V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

WILSON ENGELMANN

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes, Jaime Ruben Sapolinski Labonarski – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-254-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos. 3. Garantias Fundamentais. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O V Encontro Internacional do CONPEDI, realizado na Universidad de la República, em Montevidéu, no Uruguai, propiciou a aproximação de pesquisadores e alunos de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito brasileiros e pesquisadores uruguaios. Com o foco na internacionalização da pesquisa jurídica do Brasil, o Grupo de Trabalho 55 dedicou-se à discussão de uma variada gama de temas, que foram reunidos sob a temática de Direitos e Garantias Individuais. A seguir se destacam, em linhas gerais, os artigos que foram apresentados neste GT, integrantes desta publicação.

O primeiro trabalho é intitulado A preservação do direito fundamental à saúde: um estudo do princípio da reserva do possível, sendo de autoria de Cloris Patricia Pimente e Anisio Monteschio Junior, e aborda a repercussão das dificuldades de acessar o SUS e a judicialização do direito à saúde. Esta última vem afetando a complexidade do sistema administrativo, gerando dúvidas sobre a origem dos recursos, que são escassos. Como cumprir a decisão judicial constante de busca individualizada do direito coletivo à saúde? O direito fundamental à saúde está atrelado ao direito à vida, por isso não é absoluto. Os autores destacam a necessidade de políticas públicas, ao invés do recurso ao Poder Judiciário, o que acaba refletindo numa questão orçamentária.

O segundo texto, intitulado: Mandado de Injunção e Jurisdição dialógica: algumas considerações a partir do caso do MI nº 943, escrito por Renata de Marins Jaber Rosa, discute a função do Mandado de Injunção no contexto jurídico-constitucional brasileiro. Desde 2007, o STF definiu a solução normativa do MI. A questão sobre os efeitos ainda é polêmica, sejam efeitos inter partes ou erga omnes. Na questão do MI 943, ao julgar o pedido, o STF acabou gerando um reflexo forte sobre o Poder Legislativo, que editou a legislação, sobre o aviso prévio proporcional, objeto deste Mandado de Injunção. Trata-se de um instrumento jurídico ainda pouco utilizado no Brasil, em que pese ainda existirem muitos artigos da Constituição do Brasil sem regulamentação ordinária.

O texto que segue, intitulado O bem de família do fiador e seu direito de moradia, da lavra de Daniele Ferron D'Avila e Nicholas Augustus de Barcellos Nether, traz a discussão acerca da (im)penhorabilidade do bem de família do fiador. O problema que buscou enfrentar: Isso é ou não constitucional? Estão em oposição o direito de moradia do fiador e o direito de

proteção à locação que é do proprietário. O art. 827, do CC, traz o benefício de ordem, o fiador poderá, no prazo da defesa, indicar bens do locatário que poderão ser objeto de penhora, desde que no mesmo município onde está o imóvel locado. Este artigo acaba não viabilizando uma solução para o locador. Os diversos Tribunais de Justiça ainda não harmonizaram o entendimento, mas há uma sinalização no sentido da penhorabilidade do bem do fiador. O STJ entende que o fiador, quando assina o contrato e dá o bem em garantia, está ciente dos efeitos jurídicos e, por isso, não há uma violação constitucional. A simples aplicação da lei ao caso concreto é insuficiente, se deve lê-la à luz dos princípios da CF/88. Se deveriam utilizar outras formas de garantia, ao invés da fiança, que somente caberia se o fiador tivesse dois imóveis.

Na sequência se poderá ler o texto: A identidade de gênero do transexual na principiologia da igualdade numa perspectiva neoconstitucional, escrito por Anna Priscylla Lima Prado e Angélika Souza Veríssimo da Costa, que aborda a perspectiva de gênero, sustentado a possibilidade de ir além da apresentação binária, que ainda é muito enraizada na sociedade brasileira. A norma constitucional exige uma hermenêutica principiológica, a fim de dar execução aos direitos sociais. Um ponto importante é a identidade social dos transexuais, mesmo após a cirurgia de redesignação sexual. O "ser transexual" ainda é motivo para um elevado e crescente número de homicídios no Brasil, apontando a necessidade da prática da efetiva igualdade entre as pessoas. A discussão de e sobre o gênero nas escolas é um caminho importante para se fomentar o respeito a essa temática.

Na sequência, o leitor encontrará o artigo: A Lei de acesso à informação no Brasil e Uruguai: um estudo comparativo ante a trasnacionalidade do direito à informação, de autoria de João Francisco da Mota Júnior. O autor inicia o texto distinguindo "transnacionalização" de "globalização". Aqui se estuda a transcendência de Estado, sem preocupação com os limites territoriais. O direito à informação é um direito sem fronteiras. Por isso, terá cada vez mais dificuldades para ser efetivamente protegido pelo Direito. A lei brasileira é de 2011 e a lei uruguaia é de 2008. Ambos os textos legais apresentam pontos positivos e negativos. No Uruguai existe um recurso especial – que traz características distintas do recurso de amparo, para proteger a integridade e a confidencialidade das informações. No Uruguai ainda existe a possibilidade do sigilo eterno, o que não existe no Brasil. O estudo de Direito Comparado se apresenta como uma ferramenta metodológica significativa para a compreensão da evolução de determinados ramos novos que surgem no cenário da inovação tecnológica.

O artigo intitulado Análise dos aspectos jurídicos legais decorrentes da redesignação sexual como forma de exercício dos direitos da personalidade, escrito por Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres, aborda o tema relacionado às dificuldades da inserção do transexual em uma

categorização da distinção binária. O nome social não atende às necessidades dos transexuais e a questão registral trazem questões jurídico-sociais que ainda carecem de uma solução que menos ofenda a dignidade da pessoa humana. No bojo das discussões levantadas por estas duas questões se verifica a complexidade da plenitude do exercício dos direitos da personalidade, que se encontram inscritos no Código Civil atual.

O próximo artigo, intitulado: Capitalismo, defesa do consumidor e justiça: uma visão a partir da perspectiva da sociedade de consumo instituída enquanto modo de vida no contexto social do século XX, escrito por Renata de Carvalho Ferreira Machado e Emerson Duarte de Souza Pires, aborda a importância do direito à informação na rotulagem dos produtos transgênicos e os seus reflexos na chamada "sociedade de consumo", a partir de Baumman, Lipovetzky, Nancy Fraser, entre outros. O art. 170, da CF/88, como um referencial para a defesa do consumidor, o que se mostra ineficaz, a partir das estruturas do capitalismo, que se nutrem por meio do consumo em massa e, muitas vezes, sem uma devida informação dos diversos efeitos que tal postura social contemporânea poderá gerar.

Por meio do artigo: Crítica ao conceito de mínimo existencial na perspectiva da Teoria das Necessidades de Agnes Heller, da lavra de Léa Maria Massignan Berejuk, é trazido o estudo o mínimo existencial – hoje, é uma espécie de mínimo vital; as necessidades humanas – e a partir desta perspectiva a autora do artigo apresenta as contribuições de Agnes Heller, que trabalha a teoria das necessidades, expressas em sentimentos, não apenas alimentação, medicamentos, mas amar e ser amado. De acordo com Heller, todo ser humano tem as seguintes necessidades: o consumo; a democracia formal, a estrutura das necessidades – que vem da tradição – as transformações são lentas e graduais; a participação democrática, para inserir as pessoas no contexto; o trabalho; necessidades manipuladas – o reflexo da sociedade de consumo, as necessidades acabam sendo infinitas; participação política; o lazer e a dificuldade de conciliá-lo com o trabalho; incentivo aos jovens na participação política; a necessidade da religião; a ética; liberdade de escolha; socialização; tradições e mudanças. Por meio destes elementos é que se deveria avaliar a extensão e a medida do atendimento a tudo aquilo que se pretende inserir sob o título do "mínimo existencial".

O artigo que tem como título: Contradição fática na efetivação dos direitos fundamentais sociais, de autoria de Filipe Augusto Silva, estuda algumas contradições presentes na satisfação de direitos básicos, com um aporte financeiro significativo por parte do Estado. Existe uma limitação nesta questão, pois se estabelece uma relação entre a escassez de recursos e as necessidades da sociedade (as demandas por efetivação de direitos fundamentais). Medidas propostas pelo trabalho: a integração informacional entre os 3 poderes, em forma de decisões dialógicas, buscando uma prestação qualitativa dos direitos

fundamentais, especialmente por meio de políticas públicas para atender às demandas a médio e longo prazos.

Em continuação, se poderá ler o trabalho intitulado: Direito à saúde como manifestação de vida-digna, escrito por Juliana Cristina Borcat e Alinne Cardim Alves Martha, examina a saúde como um exemplo do núcleo existencial do indivíduo. O estudo se deu a partir dos casos de fissurados do lábio palato, que são tratados pela área da saúde da USP, por uma equipe multidisciplinar. O trabalho pretende inserir o Direito nesta equipe, especialmente a partir de um tratamento/acompanhamento desde o nascimento das crianças que apresentam as características deste caso de saúde.

O artigo que tem como título: Neoconstitucionalismo e tutela das pessoas com deficiência pelo Poder Judiciário: perspectivas de uma jurisdição inclusiva na América do Sul, de autoria de Mariana Camilo Medeiros Rosa, traz o estudo comparado a partir do Brasil, Colômbia e Argentina, que possuem índices consideráveis de pessoas com deficiência. Aí a justificativa para a sua escolha no contexto da América Latina. No Brasil, em dados de 2010, são 23% de pessoas que se declaram com alguma deficiência. Nos outros 2 países os índices são bem menores. O artigo examina, ainda, a força normativa dada aos princípios, no Brasil, a partir da CF88, na Argentina em 1990, e na Colômbia em 1994. Discutiu-se a passagem do princípio da igualdade para o direito à igualdade. As ações afirmativas ou discriminação positiva são mecanismo para implantação da inclusão das pessoas com alguma deficiência.

No seguimento se encontra o artigo: O direito de tentar: a utilização de substância experimentais em pacientes terminais como hipótese concretizadora dos direitos à vida e à felicidade, de autoria de Patrícia Vieira de Melo Ferreira Rocha e Alicio de Oliveira Rocha Júnior, onde os autores trazem os contornos de um “novo” direito fundamental, ou seja, de um direito de tentar usar substâncias experimentais, com fundamento na dignidade da pessoa humana e da auto-determinação de cada indivíduo. Vale dizer, cada pessoa sabe o que é melhor para ela mesma e este direito subjetivo deverá ser reconhecido pelo Ordenamento Jurídico. A questão que se contrapõe ao direito de tentar são os riscos que poderão ser gerados ao usuário. Este direito tem uma dupla perspectiva: é uma forma de concretizar o direito à vida, mas também é um direito de relativizar este direito. Por isso, deverá receber atenção por parte do Direito, fundado no amplo esclarecimento sobre todos os possíveis desdobramentos que este “direito de tentar” poderá trazer para o seu titular. Este direito tem previsão constitucional na Colômbia.

A seguir se encontra o artigo intitulado O dever constitucional de emancipação das minorias, escrito por Sérgio Tibiriçá Amaral e Flademir Jeronimo Belinati Martins, que traz as

contribuições oriundas de decisões judiciais produzidas na Alemanha, França e Estados Unidos, buscando defender um direito/dever constitucional das minorias. Os autores observam que a criação de políticas de cotas é insuficiente, notadamente pela falta de candidatos, em muitos casos, para utilizá-las. Por isso, apontam para a necessidade de ações emancipatórias, expressas por meio de políticas públicas que busquem concretizar a emancipação das minorias.

Depois se pode ler o artigo O dever fundamental dos pais de educar os filhos: porque a educação necessita de esforços pessoais, elaborado por Adriano Sant'Ana Pedra, que destaca a necessária interrelação entre os direitos e os deveres fundamentais, especialmente no tema relacionado à educação dos filhos, que acaba aproximando os pais e o Estado. Ambos têm parcelas específicas na concretização deste direito fundamental, cujo titular são os filhos. Mesmo em escolas privadas se terá a ingerência do Estado, assim como nas escolas públicas deverá haver a efetiva participação dos pais.

Na sequência se encontra o texto intitulado O trabalho infantil e a violação dos direitos fundamentais, da lavra de Suzete da Silva Reis e André Vianna Custodio, que estuda os efeitos que o trabalho prematuro poderá gerar no desenvolvimento das crianças. Apesar das diversas ações para minorar a ocorrência desta situação, o índice do trabalho infantil ainda é bastante elevado. Atualmente existem diversas atividades que acabam atraindo as crianças, como o trabalho de modelo, de artista, como jogador de futebol, entre outros, que disfarçam um trabalho infantil. Há diversos pontos de atenção, pois os efeitos são gerados do presente para o futuro destas crianças, notadamente na qualidade de vida e os custos à saúde pública.

Se percebe a grande diversidade de temas novos que se inscrevem sob o título dos Direitos e Garantias Fundamentais, sinalizando a ampla gama de possibilidades para a promoção da inovação no Direito. Espera-se que os textos a seguir apresentados possam ser o ponto inicial para ampliar os horizontes de sentido para o Direito no Século XXI.

Os organizadores desejam uma excelente leitura.

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - Programa de Mestrado em Direito do UNICURITIBA

Prof. Dr. Wilson Engelmann - Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado; e Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, ambos da UNISINOS

O DIREITO DE TENTAR: A UTILIZAÇÃO DE SUBSTÂNCIAS EXPERIMENTAIS EM PACIENTES TERMINAIS COMO HIPÓTESE CONCRETIZADORA DOS DIREITOS À VIDA E À FELICIDADE.

RIGHT TO TRY: USE OF EXPERIMENTAL SUBSTANCES IN TERMINAL PATIENTS AS A CONCRETIZING EVENT TO THE RIGHTS TO LIFE AND TO HAPPINESS.

Patricia Vieira De Melo Ferreira Rocha [1]
Alicio De Oliveira Rocha Junior [2]

Resumo

A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro e a busca da concretização do direito à vida pretende alcançar a felicidade do indivíduo. A autodeterminação do homem, em específico do paciente gravemente enfermo ou terminal, em buscar a cura através do uso de substâncias em fase experimental, evidencia o direito fundamental conhecido como “right to try” (direito de tentar), que, apesar de se aparentar relativizador do direito à vida, pretende, efetivamente, concretizá-la através da esperança de que há chance de cura, ainda que remota.

Palavras-chave: Dignidade humana, Direito fundamental à vida, Uso compassivo de substâncias experimentais, Direito de tentar, Busca da felicidade, Busca da cura

Abstract/Resumen/Résumé

The dignity of the human person is a fundamental principle of Brazilian law and the pursuit of the realization of the right to life seeks to achieve happiness of the individual. The self-determination of man, in specific critically ill patient or terminal, to seek healing through the use of substances in the experimental stage, highlights the fundamental right known as "right to try", which, although appears relativizing the right to life, aims to effectively achieve it through hope that there is chance of cure, however remote.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human dignity, Fundamental right to life, Compassionate use of experimental substances, Right to try, Pursuit of happiness, Cure search

[1] Defensora Pública Federal. Membro do Conselho Penitenciário do Estado de Sergipe. Especialista em Direito Previdenciário. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe - UFS.

[2] Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Especialista em Direito Processual Civil. Aluno Especial do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe - UFS.

1. INTRODUÇÃO.

O ser humano vive em constante busca da sua felicidade, não importando onde ela esteja ou como ela se apresente. “O bem soberano é a felicidade, para onde todas as coisas tendem. Ela é caracterizada como um bem supremo, por ser um bem em si. Portanto, é em busca da felicidade que se justifica a boa ação humana. Todos os outros bens são meios para atingir o bem maior que é a felicidade.”

Assim, afirma Aristóteles que a felicidade é finalidade da própria natureza humana, uma dádiva dos deuses. Para o Filósofo, a felicidade é um bem supremo que a existência humana deseja e persegue, dependendo, porém, dos bens exteriores para ser realizada. Deste modo, é na busca da felicidade que se justifica a boa ação humana, sendo os outros bens meios para atingir o bem maior, a felicidade.

Nessa linha, não se deve esquecer que o ser humano é consciente em si mesmo, capaz de autodeterminar a sua conduta e que é nessa liberdade, na sua autonomia pessoal, que repousa a noção de dignidade da pessoa humana. O ser humano possui, ao menos potencialmente, o direito de formar a sua própria existência, concretizando a sua dignidade.

O ser humano vive em incessante busca da sua felicidade e vê, nessa realização, a concretização da sua dignidade. Tendo em vista tal jornada, o homem se depara, ao longo da sua existência, por situações que o fazem optar por um direito, em detrimento de outro, não menos importante, utilizando-se da técnica da ponderação.

Desta forma, pode-se pensar que o direito fundamental à vida, base de todos os demais direitos fundamentais, pode ser relativizado frente a outros direitos fundamentais, não se esquecendo que nenhum direito fundamental pode ser considerado absoluto. Vale ressaltar, que em determinadas situações a relativização de tal direito se demonstra apenas como uma capa que encobre a verdadeira realidade, qual seja, tornar ainda mais concreto o direito à vida. Nesse passo, pode-se afirmar que pacientes em estado terminal teriam direito de tentar o uso de substâncias/medicamentos experimentais, como forma de se manter vivos, mesmo que, ao final, tais medicamentos não lhe trouxessem a cura.

Nesse caminho é que se pode falar no direito de tentar, novo movimento que visa fazer com que substâncias experimentais sejam disponibilizadas para os doentes terminais nos EUA. Assim, advogados e estudiosos do Instituto Goldwater, do Arizona, nos EUA, elaboraram uma legislação para que os pacientes terminais fizessem uso de drogas experimentais para o câncer ou doenças neurológicas degenerativas.

No Brasil, o Direito de Tentar foi recentemente tratado no julgamento da ADI nº

5501, no qual o Supremo Tribunal Federal - STF suspendeu, liminarmente, a vigência da Lei nº 13.269/2016, que autorizava a utilização da substância fosfoetanolamina sintética em pacientes com câncer, por entender que a utilização de tal medicamento experimental poderia causar risco à saúde e à segurança das pessoas. Vale ressaltar a importância dos votos divergentes, que apoiaram a utilização de tal substância em pacientes terminais, tendo em vista o direito de tentar que tais pessoas teriam em ter esperança de se manter vivas, através da suposta cura, ou da melhoria da qualidade de vida.

2. DO DIREITO À VIDA: HIPÓTESE ABSOLUTA DE DIREITO FUNDAMENTAL?

Analisando-se a evolução dos direitos fundamentais, verifica-se que o Direito à Vida se encontra entre aqueles considerados de primeira dimensão, ou seja, um dos primeiros direitos reconhecidos como inerentes à qualidade humana.

Assim, pode-se afirmar que o seu reconhecimento, nas primeiras Constituições escritas, é produto do pensamento liberal burguês do século XVIII, de cunho individualista, surgindo-se e afirmando-se como um direito do indivíduo frente ao Estado, classificado como um direito de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma autonomia individual em frente de seu poder.

Nesse caminhar, poder-se-ia induzir que cada homem é dono da sua vida, podendo dela dispor da forma que entender mais conveniente para si, sem que o Estado pudesse exercer maior influência sobre o seu querer.

Ao se tratar do direito à vida, automaticamente, atrelamos tal direito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, não só pelo fato de se tratar de um Princípio Internacional, trazido de forma expressa ou tácita em diversos Pactos e Tratados Internacionais, mas, trazendo para nossa realidade ordenamental, por se tratar de Princípio Fundamental norteador de todo sistema jurídico pátrio.

Na análise do Direito à vida, importante se faz a verificação das teorias Universalista e Relativista e a influência que elas exercem no estudo da sua relativização. Segundo os universalistas, não haveria diferenciação de conteúdo dos direitos humanos, sendo iguais entre todos os povos, independentemente das diferenças culturais. Para Flávia de Ávila, em sua obra “Direitos e Direitos Humanos, Abordagem Histórico-Filosófica e Conceitual”, “o universalismo não implicaria em destruição de culturas, mas proclamaria o estabelecimento de instrumentos internacionais padrões de Direitos Humanos, onde haveria espaço para variações, adaptações, diferentes interpretações e maneiras de implementação”.

Já para os relativistas, ainda segundo Flávia de Ávila, “a moral teria suas origens intimamente ligadas ao desenvolvimento histórico e sociocultural de cada sociedade, não se podendo haver o estabelecimento de uma moral universal para ser imposta a todos os povos, vista que, cada um deles teria seus valores e entendimento peculiar sobre a moral. Os valores de cada sociedade seriam também influenciados pelo nível de desenvolvimento econômico e o sistema político sob o qual vivem as pessoas. Assim, diante da diversidade cultural, não teria como prevalecer o universalismo”.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana opera como “limite dos limites” aos direitos fundamentais, garantindo, desta forma, o mínimo existencial, que, por sua vez, deve ser verificado pontualmente, em cada caso específico. O direito fundamental deve ter como corolário a garantia do mínimo existencial, ou seja, deve assegurar ao ser humano uma vida com dignidade.

Nesse contexto, surge a questão de saber se a vida poderia ser relativizada, mormente sendo considerado o direito humano mais basilar. Em que pese a necessidade de ser preservada, verifica-se que a resposta positiva se impõe, principalmente diante da presença da diversidade cultural, das necessidades de cada ser humano e daquilo que cada um acredita ter valor para buscar a sua felicidade.

A supremacia da vida, no entanto, não encontra qualquer fundamento jurídico no nosso sistema normativo, não reservando a Constituição Federal de 1988 tratamento privilegiado à vida em face de outros interesses da pessoa. Nenhum direito fundamental recebe proteção absoluta. Assim, o direito à vida deve abranger o direito de pacientes terminais tentarem o uso de medicamentos experimentais na busca da cura, bem como o direito de morrer de forma digna, caso o resultado de tal tratamento não lhes seja favorável.

Diante de situação tão inquietante, necessário se faz buscar resposta nas técnicas de hermenêutica, com destaque para o Princípio da Ponderação de Valores. Vale lembrar que, diante da evolução da ciência e da sociedade, surgiram novas necessidades do homem, o que deu surgimento a novas técnicas científicas que concretizaram ainda mais o direito à vida.

Aqui vale a pena deixar claro que a Dignidade da Pessoa Humana não pode ser tratada como princípio absoluto, já que os princípios não trazem esta característica. Assim, impõe-se a ponderação entre tensões de dignidade de diversas pessoas, ou mesmo entre tensões entre o direito à vida e a dignidade pertencente a um mesmo sujeito de direitos. Isso significa que não deve tal princípio ser sacrificado, nem violado, mas, pode ser relativizado, através de uma convivência harmônica, diante da dignidade de todos os seres humanos.

Porém, há situações em que a conciliação dos interesses em jogo se torna impossível,

já que a proteção de um direito fundamental acarretará a violação de outro bem jurídico protegido pela Constituição Federal. Nesses casos, em que a harmonização se mostra inviável, impõe-se a necessidade da ponderação propriamente dita, pela qual se escolherá qual o valor deve prevalecer e qual deverá ceder, havendo sacrifício de uma das normas constitucionais.

Diante do que já tratamos, percebemos que a ponderação de valores abre a possibilidade de se renunciar a direitos fundamentais, englobando até mesmo a vida. Não permitir que uma pessoa, com plena capacidade de discernimento, negocie ou renuncie a direitos fundamentais, é violar um dos atributas da Dignidade da Pessoa Humana, qual seja, a autonomia da vontade. A pessoa, com base nela, pode fazer tudo o que quiser, desde que não prejudique terceiros.

Assim, nos casos da utilização de medicamentos experimentais, por pacientes terminais, diante do direito fundamental à liberdade, poderia a pessoa dispor da sua vida, no sentido de aumentar eventual risco de morte, tendo em vista o seu direito de tentar aumentar suas chances de sobrevida. Não se deve esquecer que com tal situação o paciente terminal será, certamente, um paciente mais feliz, na medida em que o direito de tentar lhe traz a esperança que outrora lhe foi retirada por sua condenação clínica.

3. O DIREITO A SAÚDE E SUA ÍNTIMA RELAÇÃO COM O DIREITO À VIDA.

O direito à saúde está previsto no art. 6º da CF, bem como no art.196, da CF/88, que dispõe:

"A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Como qualquer direito social, o direito à saúde comporta duas vertentes, mormente diante do seu enquadramento como direito fundamental de 2ª geração, uma de natureza negativa (direito de se exigir do Estado e de terceiros que se abstenha de qualquer ato que prejudique à saúde), outra de natureza positiva (direito à prestação estatal visando a prevenção e o tratamento de doenças). Assim, compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica, implementando programas, ações, garantindo a prestação de determinados serviços. Tal efetivação se dá através das políticas públicas.

O direito à saúde é, sem qualquer dúvida, exigência necessária à concretização da dignidade da pessoa humana. Como direito de cunho prestacional, visa garantir a efetivação do direito à igualdade e da liberdade material, garantindo uma existência digna.

Nesse passo percebe-se a íntima relação existente entre direito à vida e o direito à saúde, uma vez que onde há vida, deve existir dignidade. A não observância do direito à saúde leva, consequentemente, à violação do direito de se viver dignamente e feliz. Vale destacar que tal afirmação se mostra ainda mais contundente quando se verifica a impossibilidade de se afastar o direito à saúde do direito à vida.

O direito à vida, não pode ser concebido de forma simplória, não se tratando apenas de viver no sentido mais rudimentar da palavra: respirar. O direito à vida deve ser visualizado e perseguido como o direito a uma vida digna, sem sofrimento, o que pode ser alcançado através da prestação do serviço de saúde de forma integral, devendo o Estado fomentar todas as formas capazes de trazer à pessoa a sensação de que sua saúde e sua vida estão sendo tuteladas da forma mais abrangente possível.

É nessa perspectiva que vem se falando do Direito de Tentar ("Right to Try"), recente doutrina criada nos Estados Unidos da América, que foi trazida à baila no Brasil no julgamento da medida cautelar na ADI nº 5501, no qual foi deferida, liminarmente, a suspensão da aplicação da Lei nº 13.269/2016, que permitia a utilização da substância fosfoetanolamina sintética em pacientes diagnosticados com câncer.

4. O DIREITO DE TENTAR: UM DIREITO FUNDAMENTAL.

O Direito de Tentar trata-se de um direito inerente a pessoa humana, constituindo forma de se atingir a sua dignidade. Tal direito humano foi alçado, nos últimos anos, a forma de movimento de grande força nos Estados Unidos da América, que visa possibilitar o uso de medicamentos experimentais para tratamento de doentes terminais, que neles enxergam chance de cura.

Deve-se levar em consideração que todo homem tem o direito de autodeterminação, ou seja, direto de decidir como quer dispor da sua vida, para torná-la digna e feliz. Nesse aspecto, o direito de tentar faz parte da autodeterminação do homem, que pode, em situação de doença terminal, decidir fazer uso de substâncias ainda não aprovadas por órgão de fiscalização interna, não devendo o Estado intervir em situações que tais, uma vez que ela em nada afetará a vida de terceiros.

Nos EUA já existem leis em 28 (vinte e oito) Estados que tratam do direito de tentar. A origem de tal movimento data do ano de 2007, ano no qual houve o julgamento, pela Corte de Apelações do Distrito de Columbia, do caso "Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs and Washington Legal Foundation, appellants vs. Eschenbach", no

qual, ao se discutir acerca do “right to try”, firmou-se o entendimento de que “quando não existam opções de tratamento, com base no consentimento informado, o paciente tem direito a acessar medicamentos e tratamentos que se encontram em fase inicial de aprovação pelo órgão regulador.”

Vale ressaltar que se configura consentimento informado quando ao paciente é disponibilizado o acesso à informação acerca dos prós e contras do tratamento experimental proposto.

O direito de tentar ou “right to try”, após o julgamento acima citado, tem sido base para recentes alterações legislativas no âmbito dos Estados, o que culminou, em maio de 2016, com a apresentação de projeto de lei, perante o Senado Americano, de autoria do Senador Ron Johnson, visando expandir a capacidade de doentes terminais de ter acesso aos medicamentos ainda em fase experimental, impedindo, desta forma, uma interferência da FDA (“Food and Drug Administration”), no sentido de impedir o uso de tais fármacos por pacientes em estado terminal.

Tal projeto de lei que hoje tramita no Senado Federal Americano trouxe as seguintes motivações:

a) O processo de aprovação de medicamentos ainda em estudo, visa proteger futuros pacientes de medicamentos e tratamentos precoces, ineficazes e perigosos, mas, tal processo de pesquisa, dura, na maioria das vezes, muitos anos;

b) os pacientes que têm uma doença terminal não teriam tempo de esperar até que uma investigação acerca de droga, produtos biológicos ou dispositivo receba aprovação final do "United States Food and Drug Administration - FDA.";

c) os pacientes que têm uma doença terminal tem o direito, de essencial importância, de tentar prosseguir na luta da preservação de suas próprias vidas através do acesso às drogas, produtos biológicos e dispositivos disponíveis como um resultado de uma investigação;

d) o uso de drogas em processo de investigação, produtos biológicos e dispositivos é uma decisão a ser tomada pelo paciente com uma doença terminal, em consulta com o médico assistente e da equipe de saúde em causa;

e) a decisão de usar uma droga experimental, produtos biológicos ou dispositivo deve ser feito com pleno conhecimento dos potenciais riscos, benefícios e consequências para o paciente e sua família.

Os críticos da legislação que trata do “right to try” apontam os seus aspectos negativos, dentre os quais destacamos os seguintes:

a) aos doentes em estado terminal são concedidas falsas esperanças ao indivíduo;

b) tais leis exigem, para o uso de tais medicamentos e tratamentos, apenas que se cumpra uma das três fases de testes clínicos, não havendo dados sobre a eficácia de tais drogas, especialmente em pessoas muito doentes;

c) não havendo dados acerca da segurança, torna-se o consentimento informado, por parte do paciente, impossível, já que para tanto necessário seria o conhecimento dos prós e contra do tratamento preposto;

d) tal tentativa de cura poderia acelerar a morte e causar mais sofrimento ao paciente.

O que não se pode esquecer é que o direito de tentar é expressão do livre arbítrio do indivíduo, essencial à concretização da sua dignidade, ou seja, trata-se de um direito fundamental e, como tal, diante de outros direitos, detém força relativizante de outro direito fundamental, mormente diante do seu caráter relativo. Desta forma, todas as citadas críticas podem ser ultrapassadas, bastando, para tanto, utilizar-se da técnica de ponderação e utilizando-se do direito do indivíduo dispor da sua vida da forma que melhor entender (direito à liberdade, livre arbítrio).

O indivíduo, acometido de doença grave ou em estado terminal, tem o poder, diante da informação que lhe é prestada, no sentido de que não se sabe quais as consequências boas ou ruins, que podem advir de determinado tratamento experimental, de escolher tentar a sua cura mesmo nada sabendo sobre efeitos colaterais ou possibilidade de cura. Neste caso, bastaria lhe ser informado que, diante das incertezas, a possibilidade de aceleramento de morte ou sua ocorrência seria uma possibilidade, e com base em tal informação decidir dispor da sua vida por entender ser esta uma chance de continuar a viver.

Seguindo tal caminho a Corte Constitucional da Colômbia tratou, no ano de 2015, do "Derecho a que sea intentado" ("Right to Try"), como um direito fundamental de que tem os pacientes em estado vegetativo persistente ou minimamente consciente de tentar a cura através de medicamentos ainda em estágio experimental: "Al respecto, la Sala considera que si bien el derecho fundamental "a que sea intentado" o "right to try", guarda en sus orígenes una relación con el suministro de tratamientos, procedimientos y medicamentos experimentales para enfermos terminales, dado que se trata de un derecho inherente a la dignidad humana (art. 94 Superior)."

Assim, não se pode negar que o direito de tentar a cura é um direito fundamental, inerente à dignidade da pessoa humana, mormente diante do direito de livre arbítrio que todo homem tem, podendo dispor da sua vida da forma que melhor entender, sempre buscando ter dignidade e ser feliz, desde que com tal atitude não prejudique direito ou coloque em risco a vida de outrem.

Nesse passo vale lembra que, quando se fala em direito à vida, deve se pensar em uma perspectiva ampla e de acordo com o Princípio da Dignidade Humana, e não vida no sentido de sobrevivência física. O direito fundamental à vida abrange o direito a uma existência digna, e se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, não devendo ser vista apenas no seu aspecto biológico, mas sim no seu sentido mais amplo. A violação da dignidade resulta na violação da própria vida, e cada ser humano detém seus parâmetros de dignidade.

Não se deve esquecer que o ser humano é consciente em si mesmo, capaz de autodeterminar a sua conduta, e que nessa liberdade, e na autonomia pessoal é que repousa a noção de dignidade da pessoa humana. O ser humano possui, ao menos potencialmente, o direito de formar a sua própria existência, concretizando a sua dignidade.

No Brasil, o "right to try" foi concretizado no ordenamento jurídico através da Lei nº 13.269/2016, que autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados por neoplasia maligna, tendo a constitucionalidade da mesma sido objeto de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI nº 5501), de autoria da Associação Médica Brasileira (AMB), havendo decisão do plenário do STF deferindo liminar, por maioria, para suspender a eficácia da citada lei até julgamento final da referida ADI.

5. APLICAÇÃO DO DIREITO DE TENTAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: USO COMPASSIVO DE SUBSTÂNCIAS EXPERIMENTAIS EM PACIENTES TERMINAIS OU COM DOENÇAS CRÔNICAS OU DEGENERATIVAS.

A Resolução nº 251, de 7 de agosto de 1997, do Conselho Nacional de Saúde - CNS, define os termos sobre pesquisa com novos fármacos, vacinas ou testes diagnósticos em seres humanos, compostos de uma fase pré-clínica, normalmente realizada em animais e mais quatro fases de pesquisa, estas tendo voluntários humanos como receptores dos fármacos experimentais.

Os Órgãos responsáveis pela análise dos pedidos de utilização de novos fármacos e pela fiscalização de seus usos específicos, dentro de suas indicações, são, no Brasil, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, no Brasil; nos Estados Unidos da América, o *Food and Drug Administration* – FDA; e, na Europa, o *European Medicines Agency* – EMA.

Vale ressaltar que, sob a regulamentação desses Órgãos, há duas formas de utilização de fármacos em humanos: como parte integrante de projetos de pesquisa, devidamente avaliados e aprovados por comitês de ética; assistencial, quando a indicação estiver aprovada

pelos órgãos responsáveis ou quanto avaliados pelos estudos toxicológicos, compostos por quatro fases, necessários à comprovação de sua segurança e eficácia.

Tal procedimento formal para liberação para uso pode ser considerado moroso e incompatível com a necessidade urgente do paciente terminal, pois, este, na maioria dos casos, tem, no passar do tempo, o seu maior inimigo em sua luta diária pela vida.

A partir do início dos anos 1980, com o surgimento da epidemia da AIDS, uma doença, à época, altamente letal, inicialmente rotulada de 5Hs (hemofílicos, homossexuais, haitianos, heroinômanos e *hookers* - profissionais do sexo), adveio nova demanda pelo uso assistencial de novos fármacos, ainda em testes experimentais, ou seja, ainda não devidamente aprovados.

Tal demanda é trabalhada no filme "Dallas Buyers Club" (título no Brasil: "Clube de Compras Dallas"), de 2013, dirigido por Jean-Marc Vallée, escrito por Craig Borten e Melisa Wallack e baseado na vida de Ronald "Ron" Woodroof, interpretado por Matthew McConaughey, cuja interpretação lhe rendeu o Oscar de melhor ator em 2014. O roteiro é baseado em Ron Woodroof, eletricista heterossexual de Dallas e que foi diagnosticado com AIDS, em 1985, durante uma das épocas mais obscuras da doença e, embora os médicos tenham lhe diagnosticado com apenas 30 dias de vida, Woodroof se recusou a aceitar o prognóstico e criou uma operação de tráfico de remédios alternativos, na época, ilegais, não autorizados pela FDA e assim, conseguiu viver 7(sete) anos após diagnosticado.

Diante do aumento de diagnósticos de doenças graves e/ou letais, a exemplo da AIDS, câncer e outras degenerativas ou crônicas, constata-se o surgimento de novas demandas por utilização de substâncias ainda em investigação, por intermédio de programas de extensão do uso (os sujeitos de uma pesquisa continuam a ter acesso ao fármaco após o término do estudo clínico), de uso compassivo (paciente específico em risco de vida) e de acesso expandido (uso por grande número de pacientes, de droga ainda não aprovada, mas com processo de liberação já encaminhado).

Para o uso compassivo, quando individual, exige-se apenas dados de estudos pré-clínicos e de fase I. Em caso de uso compassivo para pequenos grupos de pessoas, amplia-se a exigência para dados de estudos de fase II. Os programas de acesso expandido dependerão, por seu turno, de dados de estudos de fase III.

Os programas de uso compassivo e de acesso expandido ampliam a utilização assistencial de fármacos ainda experimentais para pacientes não sujeitos a projetos de pesquisa, estes beneficiários do programa da extensão do uso.

A FDA, ainda na década de 80, criou mecanismos e definiu critérios para permitir a

paciente gravemente enfermo o acesso a fármacos ainda não aprovados para uso assistencial.

Tais critérios, atualizados a partir da última década, tem sido aplicados pela ANVISA, no Brasil, e estabelecem que é possível a utilização de substância ainda experimental em programa de uso compassivo desde que: haja uma demonstração inequívoca da necessidade; não exista outro tratamento eficaz; benefícios potenciais justifiquem os riscos; e o acesso permitido não interfira na realização de pesquisa clínica em curso ou planejada.

Portanto, o uso compassivo de um fármaco ainda experimental, como a própria definição o caracteriza, compreende situação de extrema necessidade para o paciente com iminente risco de vida, sem alternativa terapêutica consagrada e anúncio de morte bem próxima se essa forma de tratamento compassivo não ocorrer rapidamente.

O uso compassivo sempre deve ser considerado prática assistencial e não uma atividade de pesquisa. O uso compassivo para pequenos grupos de pacientes pode ocorrer quando várias solicitações de acesso individual para um mesmo fármaco cheguem aos comitês de ética ou agências reguladoras. Esses ou essas podem solicitar que os patrocinadores façam uma proposta de programa de acesso a pequenos grupos. São situações também excepcionais e que têm em comum – com os programas de acesso individual – os mesmos princípios.

Assim, a regra restringe sua prescrição – de forma compassiva - às situações onde métodos já conhecidos não apresentam resultados satisfatórios. O uso compassivo ocorre quando um medicamento novo, ainda sem registro na ANVISA, pode ser prescrito para pacientes com doenças graves e sem alternativa terapêutica satisfatória com produtos registrados no país.

Vivenciamos, nas últimas décadas, o crescimento exponencial da demanda pela disponibilização de substâncias classificadas como de uso compassivo, para pacientes considerados em estado terminal (com risco iminente de morte), como também em relação a pacientes com doenças crônicas ou degenerativas, todos sem outras alternativas terapêuticas satisfatórias.

A título exemplificativo, trataremos do uso compassivo, no Brasil, do canabidiol – CBD e da fosfoetanolamina sintética - FOS.

Segundo o Conselho Federal de Medicina, a substância canabidiol - CBD é um dos 80 canabinoides presentes na planta Cannabis sativa e não produz os efeitos psicoativos típicos da planta, sendo que uma extensa revisão dos estudos de toxicidade e efeitos adversos do CBD, na qual foram avaliados mais de 120 trabalhos, a maioria em animais, poucos em humanos, sugere que o CBD é bem tolerado e seguro, mesmo em doses elevadas e com uso

crônico.

Todavia, não há estudos suficientes em humanos que possam ser caracterizados como das Fases II e III, dos estudos clínicos que comprovem sua segurança e eficácia, já que os estudos existentes envolvem número limitado de participantes de pesquisa e, apesar de tais restrições, o Conselho Federal de Medicina – CFM, por intermédio da Resolução nº 2.113/2014, publicada no D.O.U. de 16 de dezembro de 2014, Seção I, p. 183, entendeu pela necessidade da aprovação do uso compassivo do CBD, para o tratamento de epilepsias da criança e do adolescente refratárias aos tratamentos convencionais. Porém, a avaliação constante da mencionada Resolução indica que ainda não há evidências científicas que comprovem que os canabinóides são totalmente seguros e eficazes no tratamento de casos de epilepsia.

Outro notório exemplo de uso compassivo de substância experimental é vislumbrado em relação à substância fosfoetanolamina sintética - FOS, popularmente conhecida como "pílula do câncer".

Nesta seara, da defesa de viabilização de mais fácil acesso dos pacientes terminais necessitados à mencionada substância experimental, na busca pela cura ou por melhoria da qualidade de vida, destaca-se a atuação da Defensoria Pública da União - DPU, em especial do Defensor Público Federal Daniel Macedo Alves Pereira, titular do 2º Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva do Núcleo da Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro – 2º DHTC/RJ, reconhecido estudioso dessa temática.

A Defensoria Pública da União ajuizou ação civil pública com pretensão nacional de viabilizar o início das pesquisas clínicas em direção à obtenção, mediante o atendimento de todos os protocolos previstos em lei, para o reconhecimento dos fins terapêuticos da substância FOS, que, segundo afirma a DPU na petição inicial, demonstrou-se aliada dos pacientes portadores de neoplasia, embora não comprovado cientificamente e, também, viabilizar o fornecimento da substância FOS aos portadores de câncer em estado terminal.

Alega a DPU estar embasada em vinte anos de pesquisas realizadas pela Universidade de São Paulo – USP – Campus São Carlos sobre a FOS, com reconhecimento da comunidade científica internacional e a substância parece ter efeito promissor no tratamento do câncer.

Ainda segundo as afirmações da DPU, as críticas quanto ao uso da FOS se concentram, essencialmente, à inexistência de testes clínicos, porém, segundo afirma a Defensoria Pública da União, há fortes evidências e experiências positivas com o uso da substância, não sendo razoável que inexista, iniciativas efetivas do Governo Federal para que

se avance rumo à concretização dos testes clínicos e da legalização da substância.

Destaca a Defensoria da União que a substância FOS havia sido testada cientificamente em relação à toxicidade, benefícios e ação antitumoral, in vitro, em animais e em humanos, tendo ocorrido, inclusive, em 1995, teste toxicológico, realizado pelo Centro de Assistência Toxicológica da Universidade Estadual Paulista – UNESP, de Botucatu, e, em relação ao câncer, as pesquisas acadêmicas amparadas em testes in vitro e em cobaias indicaram eficácia promissora da ação antitumoral da FOS, apresentando concentrações inibitórias de tumores sem alterar a viabilidade de células normais nos casos testados de LEUCEMIA; TUMORES DE EARLICH; CÂNCER DE MAMA; EFEITOS ANTIMELANOMA; ATIVIDADE ANTIMETÁSTICA e MORTALIDADE DE TUMORES SÓLIDOS, conforme estudos publicados em renomadas revistas acadêmicas internacionais da área da saúde.

Afirmou a DPU que é necessário se considerar os resultados de exames clínicos de pacientes que utilizaram a FOS com autorização judicial e que comprovam a eliminação ou redução do tumor e/ou dos marcadores tumorais nos casos de câncer de cólon, pulmão, ovário, fígado, rim, mama, intestino, ósseo e próstata, após o início do tratamento com a FOS por 9 diferentes pacientes.

Aduziu que médicos de diversos hospitais públicos e privados, dentre eles o Hospital Sírio-Libanês, vêm prescrevendo a FOS a seus pacientes, há longa data, atestando, inclusive, a melhora do quadro clínico após o uso da substância e, por isso, não podem ser ignoradas evidências sobre melhora substancial dos portadores da doença, NÃO havendo RELATO OU NOTÍCIA DE EFEITOS COLATERAIS, apesar de recentes os resultados de exames dos pacientes que passaram a utilizar a FOS com autorização judicial, especialmente se confrontados com efeitos colaterais do tratamento convencional com quimioterapia, nocivos aos seres humanos e que podem afetar, indistintamente, células cancerígenas e células saudáveis, gerando efeitos agressivos e indesejados.

Ações como as acimas mencionadas, a exemplo da defendida pela DPU, ganharam corpo pelo clamor dos pacientes, sedentos por alguma expectativa de cura ou de melhoria de qualidade da vida, e fizeram crescer, exponencialmente, a judicialização da demanda pelo fornecimento da FOS, sendo determinantes para que os Poderes Legislativo e Executivo Federais passassem a tratar de forma diferente tal temática.

Operou-se, nesse sentido e naquele momento, certa mudança de conceitos, culminando na edição da lei federal nº 13.269, de 13 de abril de 2016, publicada em 14.04.2016, que autorizou o uso da FOS por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna,

desde que haja laudo médico que comprove o diagnóstico e o paciente, ou seu representante legal, assine termo de consentimento e responsabilidade.

A Lei nº 13.269/2016 também autorizou a produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição, dispensação, posse ou uso da FOS, direcionados aos usos de que trata, independentemente de registro sanitário, em caráter excepcional, enquanto estiverem em curso estudos clínicos acerca dessa substância.

Inconformada com o conteúdo da citada Lei, a Associação Médica Brasileira – AMB, ajuizou, no Supremo Tribunal Federal – STF, ação direta de inconstitucionalidade - ADI, tombada sob o nº 5501, com a pretensão de suspender a eficácia da Lei nº 13.269/2016 e, por consequência, o uso da FOS.

Sustentou a AMB, autora da ação, que, diante da ausência de testes da substância FOS em seres humanos e de desconhecimento acerca da real eficácia do medicamento, bem como de seus efeitos colaterais, aquela autorização legal seria incompatível com direitos constitucionais fundamentais, a exemplo do direito à saúde (artigos 6° e 196), dos direitos à segurança e à vida (artigo 5°, "caput"), além do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1°, III).

No Supremo Tribunal Federal, mediante voto do Relator, Ministro Marco Aurélio de Melo, acompanhado pelo voto de outros cinco ministros, decidiu-se, por maioria de seis votos contra quatro, pelo deferimento da liminar na medida cautelar, para suspender a eficácia da mencionada Lei até o julgamento definitivo da ação e se afirmou que "o ato atacado discrepa das balizas constitucionais concernentes ao dever estatal de reduzir o risco de doença e outros agravos à saúde dos cidadãos", "o direito à saúde não será plenamente concretizado sem que o Estado cumpra a obrigação de assegurar a qualidade das drogas distribuídas aos indivíduos mediante rigoroso crivo científico, apto a afastar desenganos, charlatanismos e efeitos prejudiciais ao ser humano" e "é, no mínimo, temerária – e potencialmente danosa – a liberação genérica do medicamento sem a realização dos estudos clínicos correspondentes, em razão da ausência, até o momento, de elementos técnicos assertivos da viabilidade da substância para o bem-estar do organismo humano".

Apesar de não ter sido decisão unânime, o voto da maioria se constituiu um profundo retrocesso ao desconsiderar significativa evolução doutrinária e jurisprudencial valorativa dos princípios sustentadores da doutrina do "right to try", alterando, substancialmente, o panorama da jurisprudência nacional, inclusive do próprio STF, relativa às demandas de judicialização da saúde, que até então caminhavam no sentido de permitir e/ou facilitar o acesso a tratamentos experimentais e privilegiavam o princípio da dignidade da pessoa

humana, o direito de tentar e o direito à busca da felicidade.

Tal decisão, em sede da medida cautelar na ADI, tem caráter liminar e, portanto, não impede, até o presente momento, a propositura de novas demandas, o que ainda vem ocorrendo, havendo juízes que continuam a deferir novas liminares, mesmo diante da ineficácia da Lei, com base nos princípios e regras (interpretação extensiva) que já utilizavam antes mesmo da promulgação da multicitada Lei.

6. A DUPLA PERSPECTIVA DO DIREITO DE TENTAR.

Como já examinado o Direito de Tentar, como expressão da autodeterminação do indivíduo, constitui um Direito Humano, detendo, desta forma, caráter principiológico. Como tal, trata-se de um mandamento de otimização, dependendo, para a sua satisfação, não apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Vale ressaltar, que o conflito entre Princípios pode existir, e nesse caso, segundo Robert Alexy havendo colisão de princípios, um deles terá que ceder frente ao outro. Isso significa que, em determinada situação, um Princípio tem precedência em face do outro sob determinadas condições, e que aquele que tiver maior força em um caso concreto, terá precedência sobre o outro.

Tendo em vista a citada autodeterminação, “toda pessoa tem direito de tomar decisões fundamentais sua sobre sua própria vida, corpo, crenças, entre outros aspectos – na acepção do Tribunal Constitucional Alemão o direito do indivíduo determinar autonomamente o seu destino, sem afetar direitos de terceiros, nem a lei moral, nem a ordem constitucional”. Assim, o paciente terminal, ou acometido de doença grave tem o direito de trilhar o caminho que quer dar a sua vida, sendo a ele resguardado o direito de lutar pela sua cura e se manter vivo.

O problema é que quando o indivíduo enfermo, ao fazer uso do seu direito de autodeterminação, e efetivar o seu direito de tentar, estará assumindo o risco de morte que tratamentos experimentais podem resultar, sendo tal decisão, por outro lado, impregnada pela fé e esperança de continuar a viver. Assim, o que se verifica é uma dupla perspectiva do direito de tentar, que ao mesmo tempo que assume papel relativizador do direito a vida e da felicidade, já que o indivíduo as coloca em risco diante da assunção de tratamentos experimentais, dos quais não se sabem quais as consequências que deles podem advir, assume, por outro viés, papel concretizador de tais direitos fundamentais, já que é ínsito a todo ser humano viver de forma digna e feliz.

Vale ressaltar, que o conceito de dignidade não pode ser considerado como um conceito uno e estático. Cada ser humano sabe a medida do que representa a sua dignidade, que varia de acordo com o povo, cultura, época, devendo sempre ser respeitado um núcleo mínimo nos parâmetros de tal conceito.

Nesse toar, mais uma vez deve-se deixar claro que a Constituição Federal de 1988, alçou a Dignidade da Pessoa Humana como Princípio Fundamental da República Federativa do Brasil. Assim, ficou claro que o real objetivo do Constituinte Originário foi no sentido de que o Estado deve servir ao homem, não devendo intervir na liberdade que cada indivíduo tem de dispor da sua vida, desde que, com tal atitude não prejudique terceiros. Não se deve esquecer que o bem-estar do ser humano deve ser tutelado pelo Estado e que tal situação é alçada através da atividade estatal e das suas políticas públicas.

Não é aceitável, que o estado, através de tais políticas públicas, intervenha na esfera pessoal do indivíduo, retirando-lhe o poder de conduzir e dispor da sua vida através do direito de tentar, alegando para tanto normas técnicas editadas por de órgãos reguladores, que em muitos casos são dotadas do vício da inconstitucionalidade, por limitar o livre arbítrio em situações onde a sua concretização não demonstra qualquer perigo á sociedade, mas, por sua vez, pode resultar em efetivação de direitos fundamentais como a saúde, felicidade e a própria vida.

Nesta toada, certa questão se impõe: será que o Estado teria o poder de retirar de um indivíduo doente, desenganado, sem nenhuma perspectiva concreta de cura, a chance de buscar o seu direito de viver, mesmo que através de tratamentos experimentais? Vale lembrar que, tais pacientes, pelo menos informados de que não se sabem quais as reações podem decorrer de tais tratamentos, mas sabendo que a morte pode ser uma possível consequência, tem a opção de escolher se quer ou não seguir tal caminho, podendo relativizar o seu direito à vida, visando, na verdade a concretizar.

Nota-se que está diante de situação onde há uma ponderação de valores e princípios, onde um, diante do caso concreto deverá prevalecer. Prioriza-se a felicidade do indivíduo, o seu bem-estar psíquico, em saber que está colocando a sua vida em uma situação de risco possível, visando, porém, um objetivo maior, a própria concretização da sua vida e a busca da felicidade.

Retirar o direito de tentar do indivíduo é afrontar contra a sua dignidade, é aniquilar o direito ao seu livre arbítrio, de conduzir a sua vida da forma que melhor entender. Nisso o Estado não pode, nem tem razão para intervir, já que cada ser humano sabe aquilo que lhe faz feliz e o que torna digna a sua vida.

7. CONCLUSÃO.

Assim, sabendo-se que os direitos fundamentais à vida, à saúde e à felicidade estão intimamente ligados e a concretização de todos eles é essencial para garantia da dignidade do homem, a autodeterminação do indivíduo se mostra um instrumento essencial para se alcançar tal "status".

O homem é livre para tomar decisões que repercutem no rumo da sua vida, desde que suas opções não afetem ou prejudiquem direitos de terceiros. É nessa perspectiva, em cenário onde pacientes portadores de doenças graves ou em estado terminal, que se passou a falar no direito de tentar ou "right to try", que nada mais é do que o direito que tais pessoas têm de tentar a cura, mesmo por intermédio de tratamentos experimentais.

O direito de tentar é, sem dúvida, direito humano fundamental e decorrente da própria essência do ser humano de lutar pela vida, tratando-se de uma perspectiva da autodeterminação do homem de decidir o caminho que deve seguir. A tendência mundial caminha no sentido de tornar cada vez mais evidente tal direito humano, formador da personalidade da pessoa, havendo fortes movimentos nesse sentido, em especial nos EUA, onde 28 (vinte e oito) Estados já reconheceram no "right to try" um direito fundamental do indivíduo de tentar a cura, replicando-se em recente projeto de legislação no Senado Norte-Americano.

Na América do Sul, tal movimento têm como expoente a Colômbia, onde decisões da sua Corte Constitucional vem garantindo tal direito aos pacientes em estado vegetativo. No Brasil, em que pese antiga discussão acerca da utilização de tratamentos experimentais como saída para a ineficácia de certos tratamentos tradicionais, tal como o uso do canabidiol em pacientes portadores de doenças crônicas, foi com a Lei nº 13.269/2016, que autorizou o uso da fosfoetanolamina sintética em pacientes com câncer, que o direito de tentar ganhou maior evidência.

Em que pese decisão do STF, no sentido de suspender liminarmente a eficácia da citada Lei, alguns dos votos divergentes citaram o direito de tentar como forma de garantir, ao paciente terminal, o direito de lutar pela sua vida, em situações extremas, em que nada mais lhe resta, a não ser a fé e a esperança em tentar a cura através de um último recurso possível naquele momento.

Desta forma, como direito fundamental que é, o direito de tentar deve ser resguardado pelo Estado, que, diante da ineficácia do seu papel de concretizador do direito à

saúde através de políticas públicas positivas, deve se valer da sua função negativa, não intervindo na autonomia que tem cada indivíduo de dispor da sua vida da forma que melhor entender, desde que não atinja direito de outrem ou afete a sociedade como um todo.

Todo ser humano tem direito de viver de forma plena e feliz e, essa plenitude e felicidade, em pacientes portadores de doenças graves ou estado terminal, está espelhada na esperança e na fé que advém dos tratamentos experimentais, no direito de tentar a cura através dos mesmos. O que se busca, através do "right do try", é a concretização da vida, em que pese, em uma análise superficial, tender-se a acreditar que se está abrindo mão dela, relativizando-a.

Em uma sociedade na qual novas tecnologias científicas vêm surgindo visando aumentar a expectativa de vida das pessoas e atender ao Princípio da Dignidade Humana, retirar do paciente terminal o seu direito de tentar a cura, além de afrontar um direito humano fundamental, poderia conduzir tais pessoas a uma condição sub-humana, condenando-as a grande sofrimento, físico e/ou psíquico, no escasso tempo de vida que lhes resta, arrebatando delas o que poderia ser seu único ou último sopro de vida, o que se mostra irrazoável e inconcebível.

8. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, São Paulo, Ed. Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BERGAMASCHI MM, QUEIROZ RH, ZUARDI AW, CRIPPA JA. Safety and side effects of cannabidiol, a Cannabis sativa constituent.Curr Drug Saf. 2011 Sep 1;6(4):237-49.

BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. São Paulo. Saraiva. 2015.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas. Brasília: Ministério da Saúde, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Coleção saraiva de legislação).

DE ÁVILA, Flavia; Direitos e Direitos Humanos, Abordagem Histórico-Filosófica e Conceitual, Ed. Appris, Curitiba-PR, 2014.

HOLLISTER LE. Cannabidiol and cannabinol in man.Experientia. 1973;29(7):825-6.

IZZO AA, BORRELLI FH, CAPASSO R, DI MARZO V, MECHOULAM R. Non-

psychotropic plant cannabinoids: new therapeutic opportunities from an ancient herb. Trends Pharmacol Sci. 2009 Oct;30(10):515-27.

LEONARDI, Marcel. Tutela e Privacidade na internet. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, George Marmelstein. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo. Editora Atlas. 2014.

LIMA, George Marmelstein. "Mínimo Existencial, Reserva do Possível e Direito à Saúde". Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/10/27/minimo-existencial-reserva-do-possivel-e-direito-a-saude/> , Acesso em 03/02/2016.

LIMA, João Pedro da Silva Rio. A positivação do direito à busca da felicidade na Constituição brasileira: A felicidade como direito fundamental. <http://jus.com.br/revista/texto/18903/a-positivacao-do-direito-a-busca-da-felicidade-naconstituicao- brasileira>. Acesso em: 10 mar. 2012.

MARTIN-SANTOS R, CRIPPA JA, BATALLA A, BHATTACHARYYA S, ATAKAN Z, BORGWARDT S, ALLEN P, SEAL M, LANGOHR K, FARRÉ M, ZUARDI AW, MCGUIRE PK. Acute effects of a single, oral dose of d9-tetrahydrocannabinol (THC) and cannabidiol (CBD) administration in healthy volunteers.Curr Pharm Des. 2012;18(32):4966-79.

RIBEIRO, Diego Coelho Antunes; À procura da felicidade: uma análise da PEC nº 19 noordenamento jurídico brasileiro. <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14022>. Acesso em: 04/02/2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2012.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. São Paulo. Editora Atlas. 2014.

TURKEWITZ, Julie. "*Patients Seek 'Right to Try' New Drugs*". <http://www.nytimes.com/2015/01/11/us/patients-seek-right-to-try-new-drugs.htmlemc=etal-&_r=0>.