



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ENSAIO SOBRE O DIREITO À MORTE DIGNA: DIREITO À LIBERDADE E À
AUTODETERMINAÇÃO, À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA. O DIREITO À LIBERDADE COMO O MAIS IMPORTANTE DIREITO PÓS-
POSITIVISTA. UM “EU SOBERANO”?

Elaine Arribada Chiote

Rio de Janeiro
2018

ELAINE ARRIBADA CHIOTE

ENSAIO SOBRE O DIREITO À MORTE DIGNA: DIREITO À LIBERDADE E À
AUTODETERMINAÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA. O DIREITO À LIBERDADE COMO O MAIS IMPORTANTE DIREITO PÓS-
POSITIVISTA. UM “EU SOBERANO”?

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Orientador:

Prof. Guilherme Braga Peña de Moraes.

Coorientadora:

Prof^ª. Néli Luiza Cavalieri Fetzner.

Rio de Janeiro
2018

ELAINE ARRIBADA CHIOTE

ENSAIO SOBRE O DIREITO À MORTE DIGNA: DIREITO À LIBERDADE E À
AUTODETERMINAÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA. O DIREITO À LIBERDADE COMO O MAIS IMPORTANTE DIREITO PÓS-
POSITIVISTA. UM “EU SOBERANO”?

Monografia apresentada como exigência para conclusão
de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2018 – Grau atribuído: _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Prof. Des. Claudio Brandão de Oliveira - Escola da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro - EMERJ.

Convidado: Prof. Dr. Marcelo Pereira de Almeida - Escola da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro - EMERJ.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Braga Peña de Moraes – Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro - EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

Ao meu amado e saudoso pai Walter Chiole.
À minha amada mãe Maria da Conceição Moreira Arribada.
À minha querida tia Fatima Rodrigues Dias.
À minha pequena sobrinha Izabella Hoffman Silva Rodrigues.
A Ramón Sampetro Cameán, por sua luta consciente pela dignidade.
E a todos aqueles que sofrem, para que possam ter paz.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e a Jesus Cristo, meu Senhor e salvador, fonte inesgotável de amor e perdão. Fonte de luz, de paz, de sabedoria e de amor. Agradeço por me proporcionar coragem e oportunidade para escrever este ensaio. Agradeço a vida e tudo o que há nela.

Ao meu amado e saudoso pai Walter Chiote por absolutamente tudo. Agradeço profundamente a ele que me amou desde antes do meu nascimento, ensinou-me a justiça, cuidou dos meus passos, ensinou-me o caminho e me ajudou a caminhar. O melhor pai que poderia existir, meu exemplo, minha luz, meu professor, meu milagre. Todas as minhas realizações devo a você, pai.

À minha amada mãe Maria da Conceição Moreira Arribada por absolutamente tudo. Agradeço a mulher mais especial que poderia existir, minha alma gêmea, minha cara metade, meu exemplo, meu escudo e minha espada, minha protetora. Agradeço a mulher que possibilitou esta conquista, minha guerreira, minha mãe. Tenho orgulho de podê-la chamar de mãe!

Ao meu anjo da guarda em forma de tia. Agradeço à minha tia e madrinha Fatima Rodrigues Dias pela paciência, amor, carinho e cuidados. Agradeço pelo esforço para que o sonho de estudar na Emerj se concretizasse. Minha incentivadora, minha segunda mãe, obrigada!

Ao professor e orientador Guilherme Braga Peña de Moraes, pelos ensinamentos, pela paciência, pelo incentivo. Obrigada por aceitar ser o meu orientador.

À querida professora e coorientadora Néli Luiza Cavalieri Fetzner, pela confiança no meu trabalho, pela dedicação aos orientandos e por entender os problemas pessoais de cada aluno. À querida professora Mônica Cavalieri Fetzner Areal, pelo auxílio.

À Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, por oportunizar a realização do meu sonho de estudar e de me dedicar cada vez mais à vida acadêmica.

À minha família em geral; aos que já partiram deixando saudade; aos meus amigos; aos meus colegas; aos funcionários da Emerj e a todos aqueles que colaboraram de alguma forma para que este sonho se tornasse realidade.

Obrigada!

“- Pai, o que eu vou fazer se você morrer?
- Você vai viver a sua vida, é isso que você vai fazer. Você vai viver a sua vida!”

Walter Chiote 1928 – 2014

SÍNTESE

Os anos passam, o mundo avança e as leis mudam, mas não ao ponto de solucionar uma dúvida que vem afetando as pessoas há décadas: eu tenho o direito de escolher o momento e as condições da minha morte? Este ensaio mostrará a ascensão da Dignidade da Pessoa como um valor e um princípio Constitucional, norteador de toda e qualquer decisão jurídica. O direito à liberdade, por sua vez, será traduzido como a expressão máxima do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, instrumento aos que sofrem e padecem de enfermidades incuráveis, sejam quais forem. O direito à vida e o direito à liberdade serão postos em discussão, ponderando qual deles, em casos concretos específicos, reflete uma existência mais digna. Será necessário uma ponderação entre direitos constitucionalmente protegidos para, enfim, atender às demandas que rotineiramente surgem no Judiciário. A opção pela antecipação da morte não será e nem deve ser incentivada, jamais! O incentivo será sempre pela permanência da vida. Contudo, o cerne do ensaio não é a permanência ou a abreviação da vida e, sim, a autodeterminação do indivíduo, que deverá decidir, de forma consciente e inequívoca, o momento de sua morte quando acometido de doença terminal ou condição degradante.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. VIDA: UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA E JURÍDICO-CONCEITUAL.....	12
1.1. Direito à vida: Conquista da vida como um direito constitucionalmente protegido. Limites e garantias num conceito histórico.....	12
1.2. O início da vida para o Direito. Visão da doutrina pátria e do Supremo Tribunal Federal quanto ao início da vida humana.....	14
1.3. Proteção Constitucional e infraconstitucional do direito à vida.....	17
1.4. O fim da vida e o início da morte. A vida não é um direito absoluto. E a morte com intervenção seria um direito?.....	21
2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: VALOR INTRÍNSECO E INDISSOCIÁVEL DA CONDIÇÃO HUMANA.....	30
2.1. O advento da Dignidade da Pessoa Humana: um breve relato do surgimento da Dignidade da Pessoa no mundo.....	31
2.2. A visão Kantiana e a relação entre Dignidade e Autonomia: toda pessoa é um fim em si mesma.....	35
2.3. Natureza Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana e sua atuação no Direito contemporâneo.....	37
2.4. Conceito Individual de Dignidade. O que é digno pra um é também para toda a coletividade? O que é mais importante: a dignidade individual ou a dignidade coletiva?.....	39
3. PONDERAÇÃO ENTRE DIREITO À VIDA <i>VERSUS</i> DIREITO À LIBERDADE, NO VIÉS AUTONOMIA DA VONTADE.....	42
3.1. Ponderação entre os direitos fundamentais à vida e à liberdade: há hierarquia?....	42
3.2. O sistema jurídico Brasileiro pode criar um novo direito fundamental? O Direito à morte digna à luz da Dignidade da pessoa humana?.....	47
3.3. Direito à liberdade e direito à igualdade: há relação direta? O artigo 122, <i>caput</i> (parte final) do Código Penal foi recepcionado pela CRFB/88?.....	49
4. PATERNALISMO JURÍDICO: OS LIMITES A (DIS)INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	53
4.1. Paternalismo Jurídico, princípio liberal do dano e autonomia da vontade: <i>volenti non fit injuria</i>	53
4.2. Paternalismo jurídico às avessas: O Estado defendendo a morte com dignidade sem a permissão do indivíduo.....	57
4.3. Submissão compulsória. Os cuidados e as proteções que devem existir para evitar a submissão compulsória.....	59
4.4. Distanásia e a legitimidade do responsável para requerer a morte com intervenção.....	63
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS.....	70

INTRODUÇÃO

A proposta deste ensaio é buscar uma reflexão sobre os limites da autonomia da vontade, o direito à liberdade como o principal direito pós-positivista. O Direito não deve se firmar apenas nas leis, tampouco nas diversas doutrinas, o estudo do Direito não pode ser estático, mas sim dinâmico. É através das ideias e dos estudos dos atuais anseios da sociedade que o Direito se forma e é atendendo a quem padece que a Justiça é efetivada.

O tema “Direito à morte Digna” é mencionado no Brasil por Luís Roberto Barroso em diversos artigos e simboliza, antes de mais nada, a importância do princípio da Dignidade da Pessoa Humana na atual interpretação das normas. Viver com dignidade não é mais suficiente, a sociedade apela pela legitimação de um direito à morte com dignidade.

É por meio da compreensão do princípio da Dignidade da Pessoa Humana que o Direito contemporâneo deve ser estudado e interpretado. A aplicação do princípio é colocada em discussão quando em confronto com o direito à vida. Seria possível invocar a dignidade para abreviar a vida? Ou a manutenção da vida, a qualquer custo, seria a correta interpretação e aplicação do valor fundamental que é a Dignidade da Pessoa Humana?

Neste momento há um impasse: o que pode ser considerado digno?

Assim terá início o primeiro capítulo, traçando uma linha temporal para explicar a origem da vida, como um direito, no Ordenamento Jurídico pátrio. Através das primeiras Cartas e das Constituições até as recentes interpretações do Supremo Tribunal Federal sobre questões polêmicas como, por exemplo, a possibilidade do aborto do feto com anencefalia; pesquisas com células-tronco embrionárias, entre outras. Em seguida, o capítulo abordará o fim da vida e o que é a morte com intervenção, além das diferenças de cada forma de intervenção.

O segundo capítulo exporá o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e suas dimensões. Norteador de toda e qualquer interpretação, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana torna-se a base do ensaio. Em seguida, será analisada a visão Kantiana, com a afirmação de que toda pessoa é um fim em si mesma. Será analisada também a natureza da Dignidade da Pessoa Humana e sua aplicação no direito contemporâneo.

A dignidade como autonomia será a forma adotada. A decisão do indivíduo pela manutenção ou abreviação da vida, quando consciente, fica em segundo plano na análise do

ensaio, seja qual for a decisão, o importante é que ela seja livre e consciente. Portanto, o principal ponto a ser analisado é a liberdade de decidir, a autonomia da vontade.

O terceiro capítulo tratará da ponderação entre os direitos à vida e à liberdade. Questiona-se sobre a possível hierarquia entre ambos. Casos emblemáticos são citados como, por exemplo, o Caso Ramón Sampredo Cameán *versus* a Corte Espanhola. E, o direito à morte digna poderá ser considerado um direito autônomo ou é apenas um desmembramento do direito constitucional à vida?

Dessa forma, a pesquisa tomará uma posição: não importa a escolha, se é pela manutenção da vida ou pela abreviação desta, o que importa é o decidir consciente. Assim o direito à liberdade ganhará destaque e importância como o mais importante direito pós-positivista à luz do princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A autodeterminação deve ser respeitada e o indivíduo deve poder decidir o desfecho de sua vida. Liberdade de autodeterminar-se, pois é bem verdade que apenas o enfermo pode dimensionar o próprio sofrimento.

O último capítulo concluirá o ensaio com a discussão sobre o Paternalismo Jurídico e a intervenção do Estado na vontade livre e consciente do indivíduo. A ética médica é citada neste capítulo para consubstanciar a posição do Estado em determinados casos. O recente caso do bebê Charlie Gard *versus* a Corte Britânica ganhará destaque como um exemplo de Paternalismo Jurídico às avessas. A permanência da vida deverá ser incentivada em qualquer circunstância, é neste sentido que diversos casos são citados, desde pessoas conhecidas no mundo, como anônimos, que lutaram e persistiram em viver apesar das limitações.

Tratar-se-á de um ensaio. Há muito que se estudar e escrever sobre o assunto que comporta uma imensa complexidade e diversas opiniões a favor e contra. O assunto “antecipação da morte” é antigo e amplamente discutido no mundo inteiro. Na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro duas monografias foram apresentadas, em tempos distintos, discutindo a importância de uma normatização.

O assunto é complexo e engloba tanto questões jurídicas, médicas, filosóficas e religiosas. No acervo da Emerj há duas monografias sobre o tema, a primeira apresentada por Myrela Figueiredo Americano, com o título: “Eutanásia” de 1997. A segunda por Anderson Rohe Fontão Batista, com o título: “Paciente terminal e o direito de morrer” de 2000. Pouco se modificou desde então com exceção do Testamento Vital e da Ortotanásia.

O ensaio não possuirá cunho religioso ou político, apenas jurídico e filosófico. O Ordenamento Jurídico Brasileiro deverá analisar caso a caso com cuidado e cautela para evitar fraudes e decisões que não sejam fiéis a verdadeira vontade do indivíduo, porém não poderá

ignorar um problema atual que é a normatização das formas de antecipação da morte. Questões e opiniões religiosas não deverão intervir na decisão dos legisladores e dos aplicadores das leis.

Tratar-se-á de uma pesquisa qualitativa, parcialmente exploratória. É sobre isso que a pesquisa versará, sobre a discussão entre o justo e o injusto, entre o digno e o não digno, entre a vontade de quem sofre e a imposição da lei, sempre à luz do princípio da Dignidade da Pessoa Humana e dos anseios do Estado Democrático de Direito.

1. VIDA: UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA E JURÍDICO-CONCEITUAL

Só morre o que (quem) está vivo. O ditado popular não poderia estar mais correto, para que exista morte antes precisa existir vida. Dessa forma, antes de pensar em morte é preciso pensar e entender o que é a vida. O que é viver e o que é, para o Direito, “estar vivo”.

A vida tem muitos conceitos e significados, a depender do intérprete. A filosofia possui um conceito próprio para a vida, assim como a ciência determina quando a vida começa e também quando acaba. Não obstante as diversas crenças religiosas têm em seus dogmas um significado diverso do que é a vida e, por conseguinte, do que venha a ser a morte.

O Direito, por sua vez, é uma junção de todos esses conceitos, sejam filosóficos, científicos ou religiosos, além de outras vertentes do saber. É uma fonte do querer da sociedade, são as regras ditadas pela sociedade, para a sociedade. Apesar de precisar destes ensinamentos, o Direito tem autonomia, dada através da Carta Magna, para determinar quanto o direito à vida deve ser protegido.

O conceito de vida, portanto, jamais será apenas um, cada indivíduo ou cada grupo de indivíduos tem um conceito de vida e, conseqüentemente, um conceito de morte. O que interessa para o ensaio, no entanto, é determinar o que é a vida para o Direito e quais são os seus limites e proteções.

1.1. Direito à vida: Conquista da vida como um direito constitucionalmente protegido. Limites e garantias num conceito histórico

A vida, como visto anteriormente, não pode ser definida e/ou conceituada de uma única maneira. Segundo Letícia de Campos Velho Martel¹, nos estudos jurídicos, a vida passou a ser protegida como um direito desde as primeiras Cartas e Declarações de Direitos

¹MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 2010. 303 f. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

modernas como, por exemplo, a Declaração de Direitos da Virgínia, a Declaração de Direitos da Constituição dos Estados Unidos da América, entre outras.

Karel Vasak² foi o primeiro a falar em direitos de primeira, segunda e terceira gerações, atualmente chamados de direitos de primeira, segunda e terceira dimensões. Os direitos de primeira dimensão são os direitos ligados à liberdade (direitos civis e políticos) – afinal o Constitucionalismo nasce para se opor ao Absolutismo, o foco máximo da burguesia à época era a liberdade.

O direito à vida foi inserido no rol dos direitos de primeira dimensão, junto com o direito à liberdade, à igualdade³ e à propriedade. Os direitos de segunda dimensão são os direitos ligados aos valores da igualdade, quais sejam, os direitos sociais, econômicos e culturais. Os direitos de terceira dimensão, por sua vez, são os direitos ligados a fraternidade, estes direitos são: o direito ao desenvolvimento ou progresso, a autodeterminação dos povos, direito à comunicação, entre outros.

Desde as primeiras Cartas de Declarações de direitos modernas, portanto, o direito à vida já está protegido, ao lado do direito à liberdade e à propriedade. A vida como um direito não foi reconhecida tão somente após a Segunda Guerra Mundial, como se imagina. O direito à vida realmente ganhou uma relevância muito grande depois das atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, contudo, não se pode olvidar a Constituição Americana e, principalmente, a Magna Carta Inglesa de 1215 que já dispunham sobre a proteção da vida. Sobre isso Letícia de Campos Velho Martel⁴ ensina que:

Para os que discordam, o direito à vida ganhou alçada constitucional relevante apenas após a Segunda Guerra Mundial, muito em função da permissão da pena de morte. Todavia, entende-se inegável que as primeiras declarações de direitos da modernidade, cuja origem remota está na Magna Carta inglesa de 1215, já traziam o direito à vida, assim como a teoria de base, *os jusnaturalistas* do século XVIII, valoravam-no e assumiam a sua importância, daí a famosa tríade lockeana, *vida, propriedade e liberdade*.

É inegável que o Direito à vida já existia antes mesmo da Segunda Grande Guerra, após esta, no entanto, ele ganhou maior visibilidade e foi alvo de debates quanto à sua aplicação e efetividade. No Brasil, contudo, o direito à vida demorou para ser expresso na Constituição.

² Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Karel_Vasak> Acesso em: 26 mar. 2018.

³ O direito à liberdade como um direito de primeira dimensão é a liberdade formal que já era consagrada nas Constituições Francesas e Americanas, mesmo que fosse uma igualdade meramente formal. A igualdade consagrada como de segunda dimensão é a igualdade material.

⁴ MARTEL, op. cit., p. 304.

As Constituições brasileiras de 1824 e 1891 não mencionavam expressamente o direito à vida, embora esta última tenha abolido, em tempos de paz, a pena de morte. As Constituições de 1934 e 1937 mantiveram a disposição expressa da vedação à morte em tempos de paz. A Constituição de 1946 foi a primeira Constituição brasileira a proteger expressamente o direito à vida no seu artigo 141, *caput*.

Partindo-se da premissa que o direito à vida já era protegido muito antes da Segunda Guerra Mundial e que algumas Constituições já traziam em seu bojo proteção a esse direito, é necessário entender como o Direito brasileiro entende a vida e qual é o começo e o fim da vida no Ordenamento pátrio.

1.2. O início da vida para o Direito. Visão da doutrina pátria e do Supremo Tribunal Federal quanto ao início da vida humana

Antes mesmo da visão jurídica da vida, há a visão filosófica, religiosa e científica. Cada ser humano a partir de seu desenvolvimento intelectual e por pertencer a uma determinada sociedade adquire sua própria concepção de vida. Alguns crêem que a vida é fruto de uma vontade suprema, obra de um ser onipotente, algo divino. Outros crêem na vida como um mero produto da evolução. Outros, por sua vez, crêem num meio termo, outros apenas não pensam e nunca se questionam.

Seja qual for a concepção adotada, nenhuma jamais conseguirá provar ou mesmo convencer uma unanimidade. Todos sempre especularão sobre os motivos do ser humano existir, sejam eles divino, científico ou ambos.

Para toda e qualquer visão existe o Direito. Em determinados países a doutrina religiosa é determinante para definir o que será tutelado e recriminado pelo Direito. O Brasil, por sua vez, é um país que adotou como regime político a democracia, isto fica claro ao se analisar o Preâmbulo e o artigo 1º, *caput* da CRFB/88⁵, considerando-se laico, o que não se confunde com laicismo, ou seja, o Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro.⁶ Assim sendo, o Estado protege toda e qualquer expressão religiosa e

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/.htm>. Acesso em: 21 fev. 2017.

⁶ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal* (ADPF 54). Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc%2E+OU+hc%2EA+CMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

filosófica (artigo 5º, inciso VI)⁷, mas a concepção de cada indivíduo não deve atingir as decisões do Estado.

Discute-se muito sobre o momento inicial da vida. Há três correntes que dividem o pensamento dos juristas, sejam os mais tradicionais e conservadores frente aos juristas mais modernos. Cada teoria enxerga o momento inicial da vida sobre um determinado prisma, são: as teorias natalista, condicionalista e concepcionista.

Pautadas nas teorias, as doutrinas dividem-se entre si. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁸ explicam que:

Uma primeira parcela da doutrina (Sílvio Rodrigues, por exemplo), vem entendendo que o nascituro não é, e não pode ser, dotado de personalidade jurídica, abraçando assim, a *teoria natalista*, pela qual a personalidade civil somente é adquirida pelo nascimento com vida. Para os adeptos dessa corrente, apenas se atribui personalidade ao ente nascido com vida e ao nascituro não se reconheceriam direitos.

Para a teoria natalista a pessoa natural adquire a personalidade e direitos através do nascimento com vida. Ao nascituro não são reconhecidos os direitos da personalidade, uma vez que não são considerados indivíduos para o Direito.

Segundo os autores⁹, a teoria condicionalista diverge um pouco da primeira.

Outra parte dos doutos sustenta que o nascituro é, na verdade, uma pessoa virtual, condicional, estando a sua personalidade submetida ao evento nascimento com vida. Ou seja, disporia o nascituro de uma verdadeira *personalidade jurídica condicional (teoria condicionalista)*, porque haveria uma condição pendente para a implementação de sua personalidade (o nascimento com vida), como defende Washington de Barros Monteiro. Nessa linha de entendimento, Fábio Ulhoa Coelho sustenta que “a condição para que o nascituro seja sujeito de direito, isto é, tenha seus direitos legalmente protegidos, é a de que venha a nascer com vida”.

A teoria condicionalista não se opõe diretamente às outras duas teorias, ela traz aos direitos do nascituro uma condição. Para que o nascituro de fato adquira personalidade jurídica, é necessário, antes de mais nada, que ele nasça. Trata-se de uma condição imposta. Os direitos inerentes à personalidade estão resguardados, mas para que sejam implementados é necessário o nascimento com vida.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 5.

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil I* (parte geral e LINDB). 13. ed. 2015. São Paulo. Atlas. p. 261.

⁹ Ibid.

Os autores¹⁰ explicam também a teoria concepcionista:

E, finalmente, impõe-se registrar uma posição mais avançada da moderna doutrina civilista, esposando a tese de que o nascituro possui personalidade jurídica. É a *teoria concepcionista*. A ideia é inspirada no Direito francês e assegura que a personalidade jurídica é adquirida a partir do momento da concepção. Com esse pensar encontram-se os preclaros Pontes de Miranda, Renan Lotufo, J. M. Leoni Lopes de Oliveira, Rubens Limongi França, Francisco Amaral, José Ascensão de Oliveira, Flávio Tartuce, Silmara Juny A. Chinellato e Almeida, dentre outros, e que tem como precursor o genial Teixeira de Freitas.

Essas são as principais teorias apresentadas pelo Direito brasileiro quanto ao momento inicial no qual o ser humano adquire a personalidade jurídica.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se em mais de uma oportunidade sobre o início da vida para o Direito e quando é adquirida a personalidade jurídica. As mais expressivas manifestações da Suprema Corte sobre o tema foram registradas na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 de 2008 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, de 2012. Além disso, o STF manifestou-se recentemente sobre a possibilidade de aborto até os três meses iniciais da gestação no HC 124.306, de 2016.

No julgamento da ADI 3.510¹¹ – caso das células-tronco embrionárias¹² – o Ministro Ayres Britto (relator) discorreu diversas vezes sobre o início da vida e sustentou que a Constituição não estabelece o momento inicial da vida:

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria “natalista”, em contraposição às teorias ‘concepcionista’ ou da ‘personalidade condicional’). E quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (...).

¹⁰ Ibid.

¹¹ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 3510. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc%2E%2E%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

¹² A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 discute a constitucionalidade do artigo 5º da Lei n. 11.105 de 2005 (Lei de Biossegurança). O artigo 5º da lei autoriza pesquisas com células-tronco embrionárias e essa autorização é questionada levando-se em consideração o direito à vida, mais especificamente, o direito à vida do embrião fecundado. O julgamento gira em torno do momento inicial da vida humana e se há vida no embrião e mais, mesmo existindo vida no embrião, a ponderação entre a vida do embrião e as pesquisas que podem trazer vida e/ou uma vida mais digna a uma pessoa enferma.

A vida então tem um início determinado para o Direito, e, apesar das diversas interpretações do momento inicial da vida humana, há o momento inicial da aquisição da personalidade. Após ficar claro o momento inicial da vida, é necessário saber o momento em que ela alçou a categoria de Direito Constitucionalmente protegido.

1.3. Proteção Constitucional e infraconstitucional ao direito à vida

O direito à vida, como visto anteriormente, está elencado em quase todas as Constituições Democráticas do mundo como sendo o direito mais importante de uma sociedade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹³ fala pela primeira vez no Direito à vida no Preâmbulo quando fala em “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”. Em seguida, no Título II, Capítulo I, a Carta Magna fala do Direito à vida de forma expressa no artigo 5º, *caput*, “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 [...]”.

Percebe-se que em todas as vezes que a Constituição protege a vida ela também protege o direito à liberdade. Na realidade, ambos estão juntos lado a lado, sem distinção, a liberdade, portanto, seria um direito tão importante quanto o direito à vida. A Carta Magna¹⁴ em seu artigo 5º, III diz ainda que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

A Constituição também protege a vida ao vedar a pena de morte. É neste momento que surge, pela primeira vez na Constituição, uma mitigação ao direito à vida, pois foi uma escolha do constituinte originário excepcionar o que até então não tinha qualquer restrição. Isso ocorre quando a Carta Magna excepciona expressamente a vedação à pena de morte, dizendo que será permitida a pena de morte em caso de guerra declarada. Trata-se da primeira exceção Constitucional à pena de morte.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 5.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 5.

O direito à vida também é protegido pelas leis infraconstitucionais como, por exemplo, o Código Penal¹⁵. O artigo 121 estabelece uma pena de reclusão de seis a vinte anos para quem pratica o crime tipificado no *caput*, ou seja, um homicídio simples. Este é um dos exemplos de proteção do direito à vida na lei infraconstitucional. O capítulo I do Código Penal traz o rol dos crimes contra a vida, além do homicídio, há também o infanticídio e as espécies de aborto provocado seja pela gestante, seja por terceiros.

Não obstante o rol de crimes contra a vida, o próprio Ordenamento Jurídico excepciona os casos nos quais o homicídio é tolerado, o caso no qual o aborto é tolerado e o caso no qual o infanticídio é tolerado, ou seja, nenhum destes crimes contra a vida são absolutos, todos possuem uma excepcionalidade que pode livrar o agente da pena, isto porque para que um crime seja cometido é necessário que o fato seja típico, ilícito e culpável.

O fato (criminoso) para ser punido pressupõe a sua tipicidade, ilicitude e culpabilidade, a ausência de um destes três requisitos torna o fato não punível pelo Ordenamento Jurídico. Cezar Roberto Bitencourt¹⁶ explica que:

Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade estão de tal forma relacionadas entre si que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior. A divisão do delito em três aspectos, para fins de avaliação e valoração, facilita e racionaliza a aplicação do direito, garantindo a segurança contra as arbitrariedades e as contradições que frequentemente poderiam ocorrer. Essa divisão tripartida da valoração permite a busca de um resultado final mais adequado e mais justo.

As excludentes de antijuridicidade podem impedir (se provadas) que o acusado – apesar de ter praticado o delito – seja condenado e cumpra pena. Cezar Roberto Bitencourt¹⁷ ensina que o Código Penal não traz apenas normas incriminadoras, mas também normas permissivas o que, em determinadas circunstâncias, podem autorizar a realização de uma conduta que geralmente é proibida.

O estado de necessidade (artigo 24, CP), a legítima defesa (artigo 25, CP), o estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito (artigo 23, III, CP) são causas expressas de excludentes de antijuridicidade. Além das causas expressas há também hipóteses não previstas em lei, mas que podem ser excludentes de antijuridicidade, o autor¹⁸ dá o exemplo dos casos em que há o consentimento do ofendido.

¹⁵ BRASIL. *Código Penal* de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7209.htm>. Acesso em: 21 fev. 2017.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 380.

¹⁷ *Ibid*, p. 394.

¹⁸ *Ibid*, p. 396.

É também necessária a análise dos casos que envolvam estupro e infanticídio. O aborto é considerado um crime contra a vida e é tipificado no Código Penal nos artigos 124, 125 e 126, tratam-se das espécies de aborto praticadas pela gestante ou por terceiros, respectivamente. Os casos de aborto sentimental e os casos de aborto terapêutico¹⁹ são exceções à tipicidade da conduta e são casos em que o aborto é permitido, relativizando o direito à vida do feto.

Além dessas exceções ao crime de aborto, há também mais dois casos emblemáticos, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu pela descriminalização do aborto (em casos excepcionais), são: a ADPF 54 que trata da anencefalia e uma decisão recente do Colendo Tribunal que foi o julgamento do Habeas Corpus 124.306 de 2016. Outro caso emblemático foi o julgamento da ADI 3510 que trata das pesquisas em células-tronco embrionárias.

A ADPF 54 proporcionou ao Pleno do Supremo Tribunal Federal um de seus maiores desafios quando se trata de Dignidade da Pessoa Humana. A Suprema Corte decidiu pela descriminalização do aborto nos casos de feto com anencefalia, ou seja, o feto cuja formação não envolve um cérebro. Assim a Corte Suprema excepcionou o aborto de feto anencéfalo, excluindo-o do rol dos artigos 124, 125, 126 todos do Código Penal.

A decisão do Supremo Tribunal Federal não levou em consideração apenas a ausência de vida do feto anencéfalo, mas também levou em consideração o sofrimento da gestante, apoiada nos direitos, princípios e garantias Constitucionais, inclusive e principalmente apoiada na Dignidade da Pessoa Humana.

Ademais, o Ministro Marco Aurélio²⁰ (relator) fala expressamente que o direito à vida não é absoluto, tampouco hierarquicamente superior aos demais direitos fundamentais.

Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão.

¹⁹ Aborto sentimental é entendido como aquele resultante de uma agressão sexual, uma gestação provocada por um estupro. Aborto terapêutico, por sua vez, é o aborto realizado quando a gestação se torna um risco à saúde da mulher. No primeiro caso, o direito à vida do feto é relativizada quando em conflito com o direito à liberdade, à integridade física e psicológica da mulher, além do seu direito reprodutivo. No segundo caso, o aborto é permitido para garantir a vida da gestante, entre o direito à vida da gestante e o direito à vida do feto, direito à vida da mulher prepondera.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 6.

As mulheres sofreram durante anos até terem o direito de interromper a gravidez do feto anencéfalo. O direito à vida do feto – feto este que de vida só tinha o conceito – era mais forte e preponderava perante todas as outras garantias e direitos da mulher, quais sejam, o direito à liberdade, à igualdade e mesmo o direito à integridade física e mental, sendo obrigada a suportar uma gestação que não traria vida alguma.

No julgamento do Habeas Corpus 124.306, a Primeira Turma do STF revogou a prisão preventiva dos réus acusados de praticar aborto em gestantes. O Ministro Luís Roberto Barroso fundamentou seu voto na liberdade sexual e reprodutiva da mulher, além de reconhecer que o caso envolve um assunto de saúde pública, admitindo o aborto até o terceiro mês de gestação.

Outro caso emblemático sobre o tema é a ADI 3510. Distingui-se dos casos de interrupção da gravidez porque a Ação Direta de Inconstitucionalidade não discutia o direito à vida de um feto, mas de um embrião.

Os que apoiavam a tese diziam que a vida começa na concepção, sendo assim, um embrião já é possuidor de vida e, por isso, é um sujeito dotado de direitos.

O Ministro Ayres Britto foi o relator da ADI 3510. O acórdão coloca em discussão não apenas quando se inicia a vida, mas também a ponderação com os demais direitos e garantias assegurados na Constituição. Atribui-se ao Ministro Celso de Mello²¹ a seguinte passagem:

A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofia musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou despreço pelo embrião “*in vitro*”, porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos de uma sociedade mais que tudo “fraterna”. O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. (...) Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 11.

Constata-se que apesar do direito à vida ser um direito importantíssimo e considerado muitas vezes o direito mais importante para o ser humano, o direito sem o qual nenhum outro seria possível, ainda assim, a sua proteção tem limites. Dizer que o direito à vida é absoluto e que não há nenhum limite à sua proteção é um erro, nenhum direito, mesmo o direito à vida, é absoluto no nosso Ordenamento Jurídico.

1.4. O fim da vida e o início da morte. A vida não é um direito absoluto. E a morte com intervenção seria um direito?

O direito à vida não é um direito absoluto, assim como nenhum direito é detentor dessa característica. Impossível, no entanto, esquecer a importância que esse direito tem, afinal, como afirma Letícia de Campos Velho Martel²² “[...] sequer é preciso discutir a *jusfundamentalidade* material e formal do direito à vida. Trata-se, à evidência, de um direito fundamental. E de um direito fundamental especialíssimo e muito delicado [...]”.

Após entender a importância do direito à vida, a forma como foi conquistado, o seu início e até os seus limites, agora é necessário entender o que vem depois da vida e mais importante que isso é saber: se a vida é um direito, o que seria a morte?

A medicina diz que a vida termina quando acabam as atividades biológicas, ou seja, a morte é decretada pelos médicos quando termina toda a atividade cerebral. Explica Letícia de Campos Velho Martel²³ que:

Atualmente, é muito empregado o critério de morte encefálica, que substituiu o então usado critério da parada cardiorrespiratória. O critério de morte encefálica tem sua origem direta no Informe Harvard, documento de bases utilitaristas publicado no *The Journal of American Medical Association* em agosto de 1968. O sintético texto, com menos de quatro páginas, trouxe as notas essenciais do critério de morte que é hoje largamente utilizado, no Brasil inclusive. A modificação no conceito de morte e nos critérios jurídicos (e morais) para a aferição da morte de um ser humano e suas rediscussões tornam nítido o caráter normativo que se ofereceu ao evento morte, mediante adoção de um critério-padrão para seu estabelecimento. E não são poucos os problemas e reflexos ensejados pelo critério. Voltar a empregar o critério da parada cardiorrespiratória significaria que pessoas com morte cerebral pudessem ser consideradas vivas. Por outro lado, se for abandonado o critério da morte encefálica,

²² MARTEL, op., cit., p. 306.

²³ Ibid, p. 334 e 335.

em prol de novos critérios, como a irreversibilidade da perda da consciência, pessoas em estado vegetativo persistente, hoje reputadas vivas, estariam mortas.

A vida é um mistério e a morte é um mistério muito maior. Filósofos, cientistas, juristas, pesquisadores de todas as partes do mundo e de todas as épocas sempre se questionaram: de onde viemos? Para onde vamos? Por que estamos aqui? Até hoje nenhuma dessas perguntas foram respondidas e, provavelmente, nunca se chegará a uma verdade unânime sobre o que subsiste após a morte.

A única certeza que existe é que o ser humano está vivo e mais, que o ser humano vai morrer. Não importa o quanto à ciência avance, a vida tem um começo, um meio e um fim, há um ponto de encerramento da vida.

A morte é inevitável, seja ela por velhice, seja ela causada por uma doença repentina ou mesmo por um acidente. Nesse sentido, mais intrigante que a ideia de vida é a ideia de morte, uma vez que põe fim a tudo o que é conhecido. Pensar que tudo vai acabar é aterrorizante, não saber se há algo além da vida é assustador. Mas e quando a vida se torna de tal forma insuportável que a morte não é mais um pesadelo e, sim, um sonho, uma solução?

Imaginar que alguns desejam a morte, enquanto outros tentam evitá-la a qualquer custo ou mesmo vivem a vida inteira com medo dela, demonstra que, às vezes, o sofrimento é tão grande que consegue ser maior que o medo do desconhecido. Enxergar isso não é fácil, é necessário acima de tudo empatia, tentar entender de forma profunda o sofrimento alheio.

E quando a morte não é um problema e, sim, uma solução?

Algumas vezes na vida humana doenças, acidentes e outros tipos de moléstia tiram do ser humano a vontade de viver. O direito à vida é um direito importantíssimo, mas e quando a angústia e o sofrimento são mais fortes que a vontade de viver?

O Ordenamento Jurídico pátrio não agasalha um direito à morte, mas ao mesmo tempo diz que todo indivíduo tem o direito de viver com dignidade, por meio do Postulado da Dignidade da Pessoa Humana. O direito à morte digna nada mais é que o próprio desenrolar do direito à vida com dignidade. Letícia de Campos Velho Martel²⁴ ensina que:

Aos problemas atinentes à morte com intervenção, especialmente os sofrimentos ensejados pelo aprimoramento da técnica e da tecnologia em saúde, alguns estudiosos e ativistas lançaram a hipótese de um direito de morrer, por vezes como um direito autônomo, por vezes como uma posição do próprio direito à vida, que comportaria um direito-antítese, do mesmo modo que muitas liberdades (crer/não crer; manifestar/calar; consentir/recusar e assim sucessivamente). Para aqueles que

²⁴ Ibid, p. 320.

adotam a teoria dos direitos subjetivos como vontade, seria efetivamente mais acertado situar o direito de morrer como posição do direito à vida.

Procura-se alcançar com a tese não um incentivo à morte, mas admiti-la quando outros meios não possam proporcionar à pessoa o que ela entende como uma vida digna. A visão da tese não é uma visão suicida, muito pelo contrário, a ideia aqui é estimular maneiras para as pessoas aceitarem suas deficiências e continuarem a vida da melhor maneira possível. Ocorre que para algumas pessoas o sofrimento é tão grande que o caminho da morte não é o mais fácil, mas é o menos aterrorizante.

A autora²⁵ explica que:

O direito de morrer não é reclamado com uma intenção generalizante; ao contrário, ele visa a um grupo específico de seres humanos, cuja morte é obstada mediante muito sofrimento. Quem defende um direito de morrer o faz porque, na tentativa de curar a morte, de estender a vida e de afastar o tanto quanto possível a finitude típica do humano, as técnicas e a tecnologia em saúde, apesar dos grandes avanços e benesses, acarretam, no atual estado da arte, um intenso padecimento para um extrato de pessoas cujo prognóstico é nefasto. A afirmação de um direito de morrer está em um contexto determinado e representa dizer não à imposição de um específico modelo biomédico em face da morte.

A possibilidade de morte com intervenção seria uma forma de dar dignidade a quem não mais se sente digno. O direito à vida muitas vezes é entendido como o direito mais importante do ser humano, pois dele advém todos os outros, ocorre que a vida tutelada pela Carta Magna é a vida plena, vida na qual se encontra pelo menos um pouco de felicidade. É muito diferente quando a vida é imposta como uma obrigação, quando a vida não é plena ou quando ela tem prazo certo para terminar, mas mesmo assim, aquela pessoa é obrigada a suportar o ônus de viver.

A discussão que se impõe é quando a vida deixa de ser um direito e vira uma obrigação. O que se propõe é estabelecer condições para que as pessoas possam aproveitar as suas vidas com plenitude e esperança, mas quando esta não mais existir, possa acabar com o próprio sofrimento ou permitir que outro o auxilie nisso.

É difícil compreender um direito à morte quando a morte é inerente a todo ser humano. Ocorre que o tempo nem sempre é rápido como se diz, depende da percepção que se tem. Para quem está feliz o tempo corre, para quem sofre o tempo se arrasta. Impor a uma pessoa viver quando não há mais possibilidades de usufruir plenamente a vida, é infringir uma tortura, um castigo.

²⁵ Ibid, p. 322 e 323.

O direito à morte seria dado apenas às pessoas que, de fato, comprovassem que esse direito teria aplicação prática para a efetividade do postulado da Dignidade da Pessoa Humana, apenas assim esse direito poderia ser efetivado de forma a trazer mais benefícios que malefícios.

1.4.1. Formas de antecipação da morte e suas peculiaridades

Diversas são as formas de pôr fim à existência.

À primeira vista parece que as diferenças são tão sutis que não guardam distinções relevantes. A distinção, no entanto, é grande e muito discutida na área acadêmica e científica. Neste ínterim, Letícia de Campos Velho Martel²⁶ explica que:

Dentre outras questões, a discussão talvez tenha tanta persistência em função da ideia de que, uma vez que se considere que há diferenças jurídico-morais entre o ato de não salvar alguém de morte iminente e o de matar alguém no contexto da morte com intervenção, concluir-se-ia que o não salvar deve ser permitido, ao passo que o matar deve ser proibido. Ou, ao contrário, ao sustentar que não há diferenças significativas entre as condutas, ambas devem ser permitidas. Como será anotado à frente, a semelhança ou dessemelhança jurídico-moral significativa entre as condutas não é necessariamente o que as faz permitidas ou proibidas.

A eutanásia é, sem dúvida, a forma de antecipação da morte mais conhecida entre as pessoas em geral, mas não é a única. Dentre as formas de antecipação mais conhecidas estão a eutanásia, ortotanásia, distanásia, tratamento fútil e obstinação terapêutica, suicídio assistido, cuidado paliativo, recusa de tratamento médico e limitação consentida de tratamento (LCT), retirada de suporte vital (RSV) e não oferta de suporte vital (NSV) e, por fim, ordem de não-ressuscitação ou de não-reativação (ONR)²⁷.

A eutanásia [eu = bom; thánatos = morte] já foi entendida com um conceito mais amplo. Atualmente a eutanásia é entendida no Brasil como uma ação ativa realizada pelo médico em prol de doentes terminais. Nestes casos, a morte deve ser irreversível e com tempo estimado. Para que se possa falar em eutanásia, é essencial que o sujeito ativo do ato seja um

²⁶ Ibid, p. 334.

²⁷ Ibid, p. 335.

médico, de forma intencional e benevolente, em prol de um paciente que padeça de intenso sofrimento físico e psíquico.

De acordo com a autora²⁸, a eutanásia pode ser feita com ou sem o consentimento de quem padece. É chamada de voluntária quando há o consentimento inequívoco do paciente ou não-voluntária, ou seja, quando não há o consentimento do paciente. No último caso, a conduta é criminosa, pois a doença não presume necessariamente o desejo de morrer. Deve-se sempre levar em consideração a vontade do paciente.

A distanásia [dis = mal; thánatos = morte], entretanto, é compreendida como “(...) a tentativa de retardar a morte o máximo possível, empregando, para isso, todos os meios médicos ordinários e extraordinários ao alcance, proporcionais ou não (...)”²⁹. A distanásia, como no caso da eutanásia, necessita, para ser entendida como tal, que a pessoa a ela suscetível esteja enferma de forma irreversível e com tempo de sobrevida estimado.

A obstinação terapêutica e o tratamento fútil estão, de certa forma, ligados à distanásia. De acordo com Martel³⁰:

A obstinação terapêutica e o tratamento fútil estão intimamente associados à distanásia. A primeira consiste no comportamento médico de combater a morte de todas as formas, como se fosse possível curá-la, em “uma luta desenfreada e (ir)racional”, sem que se tenha em conta os padecimentos e os custos humanos gerados. O segundo refere-se ao emprego de técnicas e métodos extraordinários e desproporcionais, incapazes de ensejar a melhora ou a cura, mas hábeis a prolongar a vida, ainda que agravando sofrimentos, isto é, nos quais os benefícios previsíveis são muito inferiores aos danos causados.

A ortotanásia [orthos = correta; thánatos = morte], por sua vez, é distinta da eutanásia e o oposto da distanásia. A ortotanásia é entendida como a morte no decurso natural do tempo, sem intervenções que visam abreviar o tempo de sofrimento do enfermo. Há o oferecimento de cuidados paliativos³¹. Letícia de Campos Velho Martel³² entende a ortotanásia como:

Em sentido oposto da distanásia e distinto da eutanásia, tem-se a ortotanásia. Trata-se da morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na distanásia, nem obtida por ação intencional externa,

²⁸ Ibid, p. 336.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid, p. 337.

³¹ O cuidado paliativo possui um duplo efeito, pois, é sabido, que o uso de algumas substâncias para aplacar a dor podem antecipar a morte, mesmo que a intenção precípua não seja a morte e, sim, a diminuição da dor e do sofrimento.

³² Ibid, p. 337 e 338.

como na eutanásia. Liga-se a uma aceitação da morte, pois se permite que ela siga seu curso. É prática “sensível ao processo de humanização da morte, ao alívio das dores e não incorre em prolongamentos abusivos com aplicação de meios desproporcionados que imporiam sofrimentos adicionais. Aliado indissociável da ortotanásia é o cuidado paliativo. Seu ponto de partida é também a aceitação da morte, sem emprego de métodos extraordinários e desproporcionais. Não significa, porém, o abandono e o esquecimento do enfermo, mas a utilização de toda a tecnologia e saberes possíveis para aplacar seu sofrimento físico e psíquico. É uma forma de atender o paciente desenganado e sua família, que reconhece que o enfermo é incurável e dedica toda a sua atenção a aliviar seu padecimento com uso de recursos apropriados para tratar os sintomas, como a dor e a depressão.

A recusa de tratamento médico ocorre quando o paciente, sabendo de sua moléstia grave, decide não se submeter a nenhum tratamento. Trata-se, neste caso, da expressão livre e consciente da sua vontade. O representante legal também pode decidir não submeter o seu ente querido ao tratamento. Quando isso ocorre, o paciente ou o representante legal deve assinar o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, conhecido pela sigla TCLE.

Segundo a autora³³:

O TCLE é a ata, o registro, do processo de informação estabelecido na relação entre os profissionais da saúde, mormente médicos, e o paciente ou seus representantes. É hoje amplamente aceito, tanto juridicamente quanto na deontologia médica, que os médicos estão sob um dever especial de informar os pacientes sobre seu diagnóstico, prognóstico, alternativas de tratamento, os riscos, os benefícios, os sintomas, etc. O processo informativo precisa ser permeado pela objetividade, veracidade, completude, honestidade. Além disso, a relação entre os profissionais da saúde, especialmente médico-paciente, é de assimetria informativa, revelando a necessidade de maior atenção ao padrão de adequação das informações, não no sentido de omissão de pontos, mas de adaptação do linguajar técnico à capacidade de entendimento do paciente ou dos seus representantes. Grosso modo, incumbe ao profissional fazer-se compreender. Existem exceções ao dever de informar, abrigadas na insígnia privilégio terapêutico, que entra em cena quando a informação pode acarretar maiores lesões ao estado de saúde do paciente. É, porém, hipótese restrita.

Martel³⁴ explica que “a retirada de suporte vital (RSV), a não-oferta de suporte vital (NSV) e as ordens de não-ressuscitação ou de não-reanimação (ONR) são partes integrantes da limitação consentida de tratamento”. A Retirada de Suporte Vital, como o próprio nome diz, é a retirada de todo e qualquer aparelho ou artefato médico superficial que mantenha o paciente vivo, por exemplo, o sistema de ventilação. No caso da não-oferta de suporte vital, os mecanismos de manutenção da vida não são utilizados.

³³ Ibid, p. 338.

³⁴ Ibid, p. 339.

Por fim, as ordens de não-ressuscitação ou de não-reanimação, nada mais são – segundo a autora³⁵ – do que “uma determinação de não iniciar procedimentos para reanimar um paciente acometido de mal irreversível e incurável ou em estágio terminal, quando ocorre parada cardiorrespiratória”.

O consentimento do paciente é sempre necessário, em especial nos casos da ortotanásia, cuidado paliativo e de Limitação Consentida de Tratamento (LCT). Desde logo a vontade e a liberdade de escolher se tornam necessários e imprescindíveis, assim como deve ser. Letícia de Campo Velho Martel acredita que³⁶:

Nos casos de ortotanásia, de cuidado paliativo e de LCT é crucial o consentimento do paciente ou de seus responsáveis legais ou convencionais. Trata-se, pois, de condutas que necessitam da voluntariedade do paciente ou da aceitação de seus representantes, em casos de incapacidade. A decisão deve ser tomada após o adequado processo de informação e devidamente registrada mediante TCLE.

O suicídio assistido, por sua vez, é uma espécie de morte com intervenção realizada pelo próprio paciente, mas por não ter como fazer sozinho, necessita do auxílio de terceiros. Ocorre que a escolha é do paciente, a forma como é praticado e o próprio ato em si é praticado pelo paciente que, por sua vez, não tem condições físicas de praticá-lo sozinho. A autora³⁷ ensina que:

Por suicídio assistido, entende-se a retirada da própria vida com auxílio ou assistência de terceiro. O ato causador da morte é de autoria daquele que põe termo à própria vida. O terceiro colabora com o ato, quer prestando informações, quer disponibilizando os meios e condições necessárias à prática. O auxílio e a assistência diferem do induzimento e da instigação ao suicídio. No primeiro, a iniciativa advém do sujeito passivo; no outro, terceiro atua sobre as habilidades da agência do sujeito passivo, de modo a obnubilar sua liberdade de ação. As duas formas admitem combinação, isto é, há possibilidade de uma pessoa ser simultaneamente instigada e assistida em seu suicídio. O suicídio assistido por médico é espécie do gênero suicídio assistido.

As modalidades mais comuns e usuais de interrupção da vida são as dispostas acima. No entanto, o mais importante a ser analisado é como ajudar um paciente que não quer mais uma vida de sofrimentos. O quanto a Dignidade da Pessoa Humana e as nuances dos direitos, como o direito à vida e à liberdade podem influenciar numa posição ética e, o mais

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid, p. 339 e 340.

importante, a quem cabe decidir sobre o começo e o fim da vida? Ao indivíduo? À sociedade? Ao Estado?

De todas as formas de morte com intervenção, uma, em especial, foi regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina, qual seja, a ortotanásia. Foi editada a Resolução n. 1805 de 2006³⁸ com o seguinte conteúdo:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

O Ministério Público Federal entendeu que a Resolução atentava contra o direito Constitucional à vida, ingressando em Juízo com uma Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3 com o pedido de revogação imediata da Resolução e tutela antecipada. A tutela foi deferida para suspender os efeitos da Resolução.

A decisão prolatada na sentença de 2010 foi a favor do Conselho Federal de Medicina, por entender que a Resolução não violava o direito à vida. A sentença indeferiu o pedido do Ministério Público Federal, portanto, é possível dizer que a Ortotanásia é hoje uma prática admitida no Brasil.

Sobre o assunto, o Conselho Federal de Medicina³⁹ emitiu a seguinte nota:

Os conselhos de Medicina alcançaram importante vitória nos campos ético e jurídico em 1º de dezembro. O juiz Roberto Luis Luchi Demo emitiu sentença onde considera improcedente o pedido do Ministério Público Federal por meio de ação civil pública de decretação de nulidade da sua Resolução nº 1.805/2006, que trata de critérios para a prática da ortotanásia. A decisão divulgada pela 14ª Vara da Justiça Federal, sediada em Brasília, coloca ponto final em disputa que se arrastou por mais de três anos.

A sentença prolatada⁴⁰, em suma, dizia o seguinte:

³⁸ Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm> Acesso em: 17 abr. 2018.

³⁹ Disponível em <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21154:justica-valida-resolucao-1805-que-trata-sobre-ortotanasia&catid=3> Acesso em: 17 abr. 2018.

⁴⁰ Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2013-set-17/carlos-martins-ortotanasia-aceita-nosso-ordenamento-juridico>> Acesso em 17 abr. 2018.

Sobre muito refletir a propósito do tema veiculado nesta ação civil pública, chego à convicção de que a Resolução CFM n. 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto. Alinho-me pois à tese defendida pelo Conselho Federal de Medicina em todo o processo e pelo Ministério Público Federal nas suas alegações finais, haja vista que traduz, na perspectiva da resolução questionada, a interpretação mais adequada do Direito em face do atual estado de arte da medicina.

Hoje, portanto, a Ortotanásia é uma forma de morte com intervenção admitida e praticada no Brasil. A morte no decurso natural do tempo, sem ações médicas extraordinárias que causam mais sofrimentos ao paciente. No entanto, – e é bom reforçar – a Ortotanásia só deve ser praticada com o consentimento livre, consciente e inequívoco do paciente.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: VALOR INTRÍNSECO E INDISSOCIÁVEL DA CONDIÇÃO HUMANA

Os estudos apresentados no capítulo 1 trouxeram esclarecimentos quanto ao início e ao fim da vida, além de concluir que a proteção da vida, diferente do que muitos acreditam, existe desde muito antes da ascensão do postulado da Dignidade da Pessoa Humana. No entanto, é através deste valor ou princípio⁴¹ que não só o direito à vida, mas como outros direitos fundamentais ganham plena proteção.

A importância do estudo aprofundado⁴² da Dignidade da Pessoa Humana se dá pela própria existência humana e pela impossibilidade de se dissociar o conceito da existência. A condição de ser humano está diretamente ligada a sua dignidade. Neste ponto Ingo Wolfgang Sarlet⁴³ explica que:

Além disso, em se levando em conta que a dignidade, acima de tudo, diz com a condição humana do ser humano, cuida-se de assunto de perene relevância e atualidade, tão perene e atual quanto for a própria existência humana. Aliás, apenas quando (e se) o ser humano viesse ou pudesse renunciar à sua condição é que se poderia cogitar da absoluta desnecessidade de qualquer preocupação com a temática ora versada. (...) e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.

É neste sentido que Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁴ menciona a qualidade intrínseca e indissociável entre a dignidade e o ser humano, pois um não pode (ou não deveria) se separar do outro. Tamanha é a importância da dignidade, que a sua destruição implicaria diretamente na destruição da própria condição de ser humano.

Contudo, o ser humano nem sempre foi visto dessa forma. Através do tempo a noção de Dignidade foi mudando e se adaptando ao pensamento e ideais contemporâneos. Assim sendo, ao mensurar a importância da Dignidade da Pessoa Humana, nasce a necessidade de traçar um histórico, definir um início para ela. Afinal, como bem asseverou Bernard

⁴¹ Fala-se em valor ou princípio porque juristas discutem a natureza jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. Trata-se de um debate profundo que será esmiuçado adiante.

⁴² Falar profundamente sobre a Dignidade da Pessoa Humana e toda a sua dimensão demandaria centenas de páginas e não apenas um capítulo. O que se propõe é um estudo breve sobre a possível ou não aplicação da Dignidade da Pessoa Humana na antecipação da morte.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 30 e 31.

⁴⁴ *Ibid.*

Edelman⁴⁵, “[...] qualquer conceito (inclusive jurídico) possui uma história, que necessita ser retomada e reconstruída, para que se possa rastrear a evolução da simples palavra para o conceito e assim apreender o seu sentido.”

2.1. O advento da Dignidade da Pessoa Humana: um breve relato do surgimento da Dignidade da Pessoa no mundo

Trata-se de um erro corriqueiro vincular a Dignidade da Pessoa Humana a Segunda Guerra Mundial. Apesar da Segunda Grande Guerra ter influenciado diretamente na difusão e no aprimoramento deste princípio pelo mundo, a Dignidade da Pessoa não nasceu nesse período.

A dignidade como valor intrínseco do ser humano pode ser visto na Bíblia, no Antigo e no Novo Testamento. Não se pode afirmar que é a primeira menção de dignidade que existe, mas o Antigo Testamento refere-se à dignidade como valor relacionado ao homem ao compará-lo a Deus. A menção da Dignidade da Pessoa é vista com ainda mais força no Cristianismo.

Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁶ fala com muita propriedade que não se pode relacionar diretamente a dignidade ao Cristianismo, uma vez que diversas religiões são professadas muito antes, inclusive, do próprio pensamento Cristão. No entanto, não se pode olvidar as passagens Bíblicas do Antigo Testamento, escritas muito antes da Era Cristã e que já traziam em seu seio a ideia de dignidade.

Luís Roberto Barroso⁴⁷ segue a mesma linha de raciocínio de Ingo Wolfgang Sarlet ao citar a Bíblia como sendo a fonte primária da dignidade da pessoa. Segundo o autor “A dignidade da pessoa humana, na sua acepção contemporânea, tem origem religiosa, bíblica⁴⁸: o homem feito à imagem e semelhança de Deus.”

⁴⁵ EDELMAN apud Ibid., p. 33.

⁴⁶ SARLET, op. cit., p. 34.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 4.

⁴⁸ Mais dúvidas surgem neste momento: se a origem da Dignidade Humana nasce com a Bíblia, como poderia este conceito ser usado para pôr fim à vida? Afinal, o pensamento religioso cristão não dispõe que a vida é sagrada e apenas Deus poderia pôr fim a ela? Tão cara quanto à ideia de “amai-vos uns aos outros” está a ideia do livre arbítrio que, explicando de forma jurídica, seria o direito à liberdade, a liberdade de escolha, a autoderminação. O poder de escolher no que acreditar e poder tomar as suas próprias decisões, o poder de decidir suportar a dor ou pôr fim a ela, num exercício de autodeterminação.

Por um tempo foi difícil para a Igreja Católica Apostólica Romana⁴⁹ considerar todo ser humano como um ser dotado de dignidade, eventos como a Inquisição⁵⁰ deixam claro a intolerância que se tinha com as pessoas que não professavam a fé Cristã. Com o passar do tempo, no entanto, a ideia do ser humano digno, seja ele cristão ou não passou a ser aceito pelos religiosos.

O espanhol Francisco de Vitoria – quando da expansão colonial espanhola no século XVI – fez uma afirmação que, segundo Ingo Wolfgang Sarlet⁵¹, contribuiu muito para o que se entende por dignidade. Segundo o autor, Francisco de Vitoria afirmava que:

(...) os indígenas, em função do direito natural e de sua natureza humana – e não pelo fato de serem cristãos, católicos ou protestantes – eram em princípio livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direitos, proprietários na condição de signatários dos contratos firmados com a coroa espanhola.

O fundamental a ser dito, neste contexto, é que, com o passar do tempo, a concepção de dignidade foi se modificando, deixando de lado uma vinculação necessária e direta com a religião, atribuindo-se ao ser humano dignidade igual para todos⁵².

Não apenas nos livros Bíblicos a Dignidade da Pessoa Humana está inserida, mas também na filosofia e na política, desde a antiguidade. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet⁵³, a dignidade era vista e mensurada na antiguidade clássica de acordo com o lugar que a pessoa ocupava naquela sociedade. O grau de reconhecimento que era atribuído a cada indivíduo dizia diretamente com o seu grau de dignidade. Daí, de acordo com o autor, falar-se em “quantificação e modulação da dignidade”, admitindo-se pessoas mais dignas que outras.

O pensamento estóico era o que mais se aproximava do conceito de Dignidade que o Direito tem atualmente como premissa. Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁴ afirma em seu livro que “a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma

⁴⁹ Fala-se especificamente na Igreja Católica Apostólica Romana porque esta foi a primeira – e por tempos a única – Igreja Cristã.

⁵⁰ A Inquisição foi uma perseguição feita por grupos da Igreja Católica a pessoas que não professavam a fé Cristã. Atribui-se o início das perseguições ao século XII e, ao todo, milhares de pessoas foram mortas.

⁵¹ SARLET, op. cit., p. 35.

⁵² Há que se lembrar das diferenças que eram – e ainda são em alguns países – impostas entre os sexos. Por muito tempo a mulher não foi considerada um ser dotado de dignidade, ao contrário, a sua dignidade era determinada diretamente pelo casamento. O homem, o casamento e uma vida familiar conferiam à mulher dignidade. Tal discussão não será abordada, uma vez que não influi diretamente no tema da monografia, mas era imprescindível a sua menção.

⁵³ Ibid, p. 32.

⁵⁴ Ibid.

dignidade.” Todos os seres humanos seriam, para o pensamento estóico, iguais em dignidade. Esta tese era defendida pelo famoso filósofo estóico Marco Túlio Cícero.

A importância do pensamento do jurista, filósofo e político Marco Túlio Cícero para uma mudança na percepção da dignidade na filosofia e política de antigamente é enorme. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet:⁵⁵

(...) Especialmente em relação a Roma – notadamente a partir das formulações de Cícero, que desenvolveu uma possível compreensão de dignidade desvinculada do cargo ou posição social – é possível reconhecer a coexistência de um sentido moral (seja no que diz às virtudes pessoais do mérito, integridade, lealdade, entre outras, seja na aceção estóica referida) e sociopolítico de dignidade (aqui no sentido da posição social e política ocupada pelo indivíduo).

Muitos pensadores, filósofos, políticos, acadêmicos influenciaram direta e indiretamente no avançar da Dignidade da Pessoa. Hugo Grócio, Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf e até romancistas como Victor Hugo – no seu romance *Os Miseráveis* – contribuíram de alguma forma para o amadurecimento do conceito. Luís Roberto Barroso⁵⁶ explica que:

Com o Iluminismo e a centralidade do homem, ela migra para a filosofia, tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Ao longo do século XX, ela se torna um objetivo político, um fim a ser buscado⁵⁷ pelo Estado e pela sociedade. Após a 2ª. Guerra Mundial, a ideia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo jurídico, em razão de dois movimentos.

A dignidade da pessoa humana, como um movimento jurídico, teve mais vulto após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial. A força do pensamento Dignidade Humana, no viés jurídico, surgiu com dois movimentos, segundo Luís Roberto Barroso⁵⁸, que seriam: a cultura pós-positivista e a edição de Tratados e Convenções Internacionais sobre a Dignidade da Pessoa Humana.

⁵⁵ Ibid, p. 33.

⁵⁶ BARROSO, op. cit., p. 4.

⁵⁷ Luís Roberto Barroso fala em “um fim a ser buscado”. O que traz o questionamento: qual a verdadeira busca da dignidade? E quando ela é alcançada? Seria ela alcançada da mesma forma para todos? Quais são os limites para a interpretação?

⁵⁸ Ibid, p. 4.

2.1.1. A Dignidade da Pessoa Humana no âmbito jurídico: como surgiu a Dignidade no Direito e nas Constituições do mundo

A Dignidade da Pessoa Humana passou a ter destaque no mundo jurídico no século XX, antes da Segunda Guerra Mundial. Segundo Luís Roberto Barroso⁵⁹, a primeira Constituição a mencionar a Dignidade da Pessoa Humana foi a Constituição Mexicana, de 1917, seguida pela Constituição Alemã de Weimar, de 1919.

Após a Segunda Guerra Mundial documentos internacionais como a Carta da Organização das Nações Unidas de 1945, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, além de tratados e pactos internacionais passaram a colocar a Dignidade da Pessoa Humana no centro e como base de qualquer outro direito. Todos os demais direitos, portanto, decorrem dela.

Luís Roberto Barroso⁶⁰ afirma que – após a segunda grande guerra – a Constituição Alemã (Lei Fundamental de Bonn) de 1949 alçou a dignidade da pessoa humana “ao status de valor fundamental e centro axiológico de todo o sistema constitucional”. A aplicação da Dignidade da Pessoa Humana na Alemanha passou a ser indispensável para a solução de todos os conflitos.

Segundo o autor⁶¹, outros países também trazem a dignidade na sua Constituição, como, por exemplo, Japão, Itália, Portugal, Espanha, África do Sul, Brasil e Israel. Além do Canadá que dispõe sobre a Dignidade no Preâmbulo de sua Constituição. Os Estados Unidos da América e a França também fazem menção à Dignidade da Pessoa Humana na jurisprudência, apesar de não constar nas Constituições.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a Dignidade da Pessoa Humana repousa no artigo 1º, inciso III, como um princípio fundamental constitucional. A Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Brasileira está elencada como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Diz a CRFB/88⁶² no seu artigo 1º que [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;].

⁵⁹ Ibid, p. 4 e 5.

⁶⁰ Ibid, p 5.

⁶¹ Ibid.

⁶² BRASIL, op. cit., nota 5.

A Suprema Corte Brasileira tem se deparado com diversas questões que são resolvidas através da Dignidade da Pessoa Humana, dentre elas estão a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 que tratou do caso das células tronco embrionárias e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 que tratou da anencefalia. Em ambos os casos a solução foi dada com ênfase na Dignidade da Pessoa Humana.

Assim surgiu a Dignidade da Pessoa Humana no Direito, trazendo consigo as dúvidas inerentes à sua natureza jurídica, à sua aplicação, à sua abrangência e aos seus limites. Embasar qualquer peça jurídica na Dignidade da Pessoa Humana, significa trazer todo uma história de luta e superação em prol dos interesses da humanidade como um todo.

Os problemas surgem justamente quando da aplicação do postulado e da sua abrangência. A sua aplicação – no caso em estudo – pode possibilitar o fim da vida? Ou seria o oposto, aplicar a Dignidade da Pessoa Humana deve ser sempre em prol da defesa e da manutenção da vida, a qualquer custo?

2.2. A visão Kantiana e a relação entre Dignidade e Autonomia: toda pessoa é um fim em si mesma

Vários juristas, filósofos, políticos e, mesmo religiosos, tiveram grande influência na noção atual de Dignidade da Pessoa Humana, mas um pensador, acima de todos os outros, teve uma influência peculiar sobre o que se entende por dignidade. Immanuel Kant mudou completamente a noção que se tinha de dignidade.

Immanuel Kant (1724-1804) foi um dos mais influentes filósofos do Iluminismo e seu pensamento, em especial sobre a Dignidade da Pessoa Humana, tem influência até os dias atuais no viés jurídico e filosófico.

Ingo Wolfgang Sarlet⁶³ explica que Immanuel Kant vinculava a Dignidade à racionalidade. Para Kant, apenas os seres racionais eram dotados de dignidade, uma vez que a dignidade, segundo ele, está pautada na autonomia da vontade, e esta seria a “faculdade de determinar a si mesmo”.

⁶³ SARLET, op. cit., p. 37.

A constatação que Immanuel Kant fez, segundo Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁴, foi a de que “o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário dessa ou daquela vontade”.

Kant⁶⁵ entendia que “os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito)”. Ser um objeto de respeito, significa, em outras palavras, atribuir à pessoa dignidade.

De forma oposta, os seres irracionais não são dotados de autonomia da vontade e, portanto, não podem fazer escolhas e se autodeterminar, portanto, são consideradas coisas, meios para se alcançar determinados fins.

Para o pensamento Kantiano, tudo tem um preço ou uma dignidade. Todo ser racional teria uma dignidade, ou seja, toda pessoa, independentemente da crença, da posição social, ou mesmo da dimensão de seu conhecimento tem dignidade e essa dignidade deve ser levada em consideração pelo Estado e pela sociedade.

Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁶ explica que; “É justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e alienígena – ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana”.

Luís Roberto Barroso⁶⁷, ao falar de Immanuel Kant, menciona que as ideias do filósofo eram baseadas nas noções de razão e de dever, além do poder de controlar as suas emoções e escolher o caminho correto a ser seguido. Segundo o autor, Kant sofrera muitas críticas de diversos intelectuais, em especial quanto à ideia absoluta de racionalização, uma vez que nem sempre a razão prevalece frente às emoções. Para Luís Roberto Barroso⁶⁸, “não existe uma razão plenamente objetiva”.

Segundo o autor⁶⁹, é impossível falar em Dignidade da Pessoa Humana sem antes analisar os temas: imperativo categórico, autonomia e dignidade. Quanto ao imperativo categórico, o doutrinador⁷⁰ explica:

⁶⁴ KANT apud Ibid, p. 38.

⁶⁵ KANT apud Ibid.

⁶⁶ Ibid, p. 39.

⁶⁷ BARROSO, op. cit., p. 16.

⁶⁸ Ibid, p. 16.

⁶⁹ Ibid, p. 17.

⁷⁰ Ibid, p. 17 e 18.

A Ética, por sua vez, tem por objeto a vontade do homem, e prescreve leis destinadas a reger condutas. Estas leis exprimem um dever-ser, um imperativo, que pode ser hipotético ou categórico. O imperativo categórico, que diz respeito a condutas necessárias e boas em si mesmas – independentemente do resultado que venham a produzir –, pode ser assim enunciado: age de tal modo que a máxima da tua vontade (i.e., o princípio que a inspira e move) possa se transformar em uma lei universal. Em lugar de apresentar um catálogo de virtudes específicas, uma lista do que fazer e do que não fazer, Kant concebeu uma fórmula, uma forma de determinar a ação ética. (...) Como consectário desse raciocínio, é possível formular uma outra enunciação do imperativo categórico: toda pessoa, todo ser racional existe como um fim em si mesmo, e não como meio para o uso arbitrário pela vontade alheia.

A autonomia, por sua vez, seria a expressão da vontade livre e da possibilidade do indivíduo autodeterminar-se. Quanto à dignidade, tem-se que esta decorre da autonomia. O poder de autodeterminar-se. Ademais, fazer as escolhas de forma racional dota o ser humano de dignidade.

Ao debruçarem sobre os escritos de Immanuel Kant, Ingo Wolfgang Sarlet e Luís Roberto Barroso chegam a mesma conclusão de que as ideias Kantianas influenciaram de forma indispensável o conceito que se tem hoje de Dignidade da Pessoa Humana. E mesmo que críticas existam em torno dela, não há que se negar o quanto Immanuel Kant transformou o mundo jurídico quando se fala em dignidade.

2.3. Natureza Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana e sua atuação no Direito contemporâneo

Segundo Luís Roberto Barroso⁷¹, a Dignidade tem origem na filosofia e, por isso, deve ser vista em primeiro lugar como um valor (conceito axiológico), ligada a ideia de virtude. No viés político, a Dignidade deve ser vista como um dos principais fundamentos dos Estados Democráticos, uma vez que, após a segunda guerra mundial, passou a figurar em documentos internacionais e Constitucionais.

O autor⁷² explica que, a princípio, a sua concretização era atribuída exclusivamente aos Poderes Legislativo e Executivo. Apenas no final do século XX a responsabilidade por

⁷¹ Ibid, p. 10.

⁷² Ibid.

sua concretização e efetivação migra para o Direito, criando um dever-ser normativo (conceito jurídico deontológico), e não apenas moral e político.

Deve-se levar em consideração, para determinar a natureza jurídica da Dignidade da Pessoa Humana, que esta, apesar de ter migrado para o Direito, não deixou de possuir um viés filosófico, razão pela qual não deixou de ser um valor.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso⁷³ fala com propriedade que; “ao viajar da filosofia para o Direito, a dignidade humana, sem deixar de ser um valor moral fundamental, ganha também *status* de princípio jurídico”. Assim, segundo o autor⁷⁴:

A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.

O constitucionalista⁷⁵ ensina que os princípios em geral possuem, quanto à eficácia, três categorias: direta, interpretativa e negativa. De acordo com a eficácia direta, os princípios possuem uma vagueza característica, no entanto, existe um núcleo do qual se extrai um comando normativo, por isso, fala-se que princípios são normas jurídicas. A eficácia interpretativa diz que os valores e fins dos princípios (constitucionais) condicionam a aplicação das normas. A Dignidade da Pessoa Humana, portanto, agregará valor em casos que exijam a ponderação do intérprete. A eficácia negativa se consubstancia na não aplicação de regras que afrontem os Princípios, no caso em questão, o da Dignidade da Pessoa Humana.

Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁶ concorda com Luís Roberto Barroso ao afirmar que o Constituinte de 1988 optou por colocar Dignidade da Pessoa Humana no rol dos princípios constitucionais e, não, no rol dos direitos fundamentais. Assim, não resta dúvida que a Dignidade da Pessoa Humana é considerada hoje um princípio constitucional e, de igual forma, um valor fundamental.

Ao passar da fase de compreensão histórica e jurídica do que vem a ser o princípio Dignidade da Pessoa Humana, o questionamento que surge a seguir é quanto à aplicação prática desse princípio e a definição individual do que é dignidade.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid, p. 11.

⁷⁵ Ibid, p. 12 e 13.

⁷⁶ SARLET, op. cit., p. 77.

Poucos são aqueles que não consideram o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como princípio constitucional essencial para a formação de um Direito mais justo e harmônico. O problema, de fato, repousa na forma de aplicação do princípio, pois o que é digno para uns pode não ser digno para outros. E pior, a aplicação de uma decisão Judicial pautada na Dignidade em prol de uma pessoa pode ofender de forma grave o que a própria pessoa entende por dignidade.

2.4. Conceito Individual de Dignidade. O que é digno pra um é também para toda a coletividade? O que é mais importante: a dignidade individual ou a dignidade coletiva?

De acordo com a posição de Luís Roberto Barroso⁷⁷ o princípio da Dignidade da Pessoa Humana jamais poderá ser ponderável, uma vez que a Dignidade é a base e o parâmetro da própria ponderação. Contudo, a Dignidade da Pessoa Humana não tem caráter absoluto, uma vez que pode ser sacrificada em prol de outros valores. Um exemplo corriqueiro é a pena privativa de liberdade, consubstanciada na prisão em regime fechado.

Ademais, o que é digno para uns pode não ser digno para outros, o que quer dizer que a aplicação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana dependerá do intérprete.

Para que o princípio seja empregado de forma minimamente correta, é necessário que se analise dois aspectos, são eles: a dignidade como autonomia e dignidade como heteronomia.

A dignidade como autonomia, segundo o autor⁷⁸, é, em síntese, o poder individual de autodeterminação e a capacidade de fazê-lo. Trata-se do direito de decidir sobre a própria vida. A autonomia é uma visão do individual, trata-se da vontade única da pessoa. A dignidade como heteronomia, entretanto, são os valores compartilhados pela coletividade, a frente dos valores e desejos individuais.

O problema entre as visões autônomas e heterônomas consiste, de fato, na que deve prevalecer quando da aplicação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana no caso concreto.

⁷⁷ BARROSO, op. cit., p. 15.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *A morte como ela é: Dignidade e autonomia individual no fim da vida*. p. 18 e 21. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

Luís Roberto Barroso⁷⁹ explica que:

A dignidade como autonomia traduz as demandas pela manutenção e ampliação da liberdade humana, desde que respeitados os direitos de terceiros e presentes as condições materiais e psicofísicas para o exercício da capacidade de autodeterminação. A dignidade como heteronomia tem o seu foco na proteção de determinados valores sociais e no próprio bem do indivíduo, aferido por critérios externos a ele. No primeiro caso, prevalecem o consentimento, as escolhas pessoais e o pluralismo. No segundo, o paternalismo e institutos afins, ao lado dos valores morais compartilhados pela sociedade. A liberdade e as escolhas individuais são limitadas mesmo quando não interferam com direitos de terceiros.

O que deve prevalecer?

A dignidade como autonomia traduz o próprio querer do indivíduo, a sua visão de mundo e as suas concepções. Quando uma decisão só afeta o indivíduo, não há que se falar em dignidade como heteronomia, pois apenas o indivíduo sabe do seu sofrimento e os limites que pode suportar.

2.4.1. Tomada de posição e casos concretos no direito comparado

É neste momento que uma tomada de posição se torna necessária. A pesquisa apresentada defende a Dignidade como autonomia, rejeitando veementemente o Paternalismo Estatal consistentes nas intervenções desnecessárias do Estado na vida privada, desde que a decisão de um indivíduo não ofenda direitos de terceiros.

Diversos são os casos que chegaram ao Poder Judiciário com pedido de antecipação da morte, pendentes de uma autorização Judicial, baseadas no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, para autorizar uma morte com dignidade.

Um caso famoso foi o da americana Terri Schiavo⁸⁰ que em decorrência de uma parada cardíaca ficou em estado vegetativo até a sua morte em 2005. Trata-se de um caso peculiar, uma vez que Terri não tinha como manifestar o seu desejo de permanecer viva ou morrer de forma antecipada. Terri Schiavo encontrava-se em estado vegetativo e o esposo

⁷⁹ Ibid, p. 27.

⁸⁰ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u82067.shtml>>. Acesso em 26 de mar. 2018.

Michael Schiavo manifestou o desejo de desligar os aparelhos da esposa, mesmo com a posição contrária dos pais da paciente.

Michael Schiavo afirmava que Terri já havia se manifestado, anteriormente ao acidente, do seu desejo de não permanecer viva através de aparelhos caso algo ocorresse. O então presidente dos EUA George W. Bush foi contra o pedido de Michael. Por fim, a Suprema Corte Americana se recusou analisar a matéria e Terri faleceu em 2005.

Outro caso que também chamou atenção da mídia internacional foi o caso britânica Hannah Jones que, ao cinco anos de idade, foi diagnosticada com uma espécie rara de leucemia. O tratamento causou danos graves e irreversíveis ao seu coração e a única solução para a sobrevivência de Hannah seria um transplante. Hannah, aos treze anos, se negou a realizar o transplante, alegando que já havia sofrido demais. Os médicos então recorreram ao Poder Judiciário que reconheceu o direito de autodeterminação de Hannah.

Os dois casos apresentados trazem algo em comum, a absoluta e a relativa incapacidade de autodeterminação das pacientes, respectivamente. No caso de Terri Schiavo, a incapacidade era absoluta, pois o estado vegetativo desta retirou por completo a sua liberdade de escolha e autodeterminação. No caso de Hannah Jones a incapacidade é relativa (nos moldes do direito brasileiro), levando-se em consideração a idade da paciente.

Nos dois casos a dignidade no viés autonomia podia ter sido aplicado? Levando-se em consideração a incapacidade absoluta e relativa das pacientes, as decisões das Cortes foram corretas?

A posição adotada é de que a irreversível decisão de pôr fim à vida deve ser tomada exclusivamente pelo paciente e quando este não puder decidir e opinar por si próprio (incapacidade absoluta) a vida deve ser mantida. No caso, entretanto, de incapacidade relativa, há que se ponderar a capacidade de autodeterminação do paciente, pois a idade nem sempre deve ser determinante e, sim, o grau de sofrimento suportado pela pessoa.

Trata-se do respeito à autodeterminação e a aplicação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana como autonomia. É essencial que a vontade do paciente seja respeitada sempre, desde que, por óbvio, seja uma vontade definitiva e após muita reflexão. Afinal, não se defende a antecipação da morte, o que se defende é o direito à liberdade e à autodeterminação.

3. PONDERAÇÃO ENTRE DIREITO À VIDA *VERSUS* DIREITO À LIBERDADE, NO VIÉS AUTONOMIA DA VONTADE

Os capítulos anteriores trouxeram os fundamentos para uma vida sem dor, sem sofrimento, embasados, antes de tudo, no princípio da Dignidade da Pessoa Humana e nos direitos fundamentais de uma nova sociedade, de uma sociedade contemporânea.

Em alguns Ordenamentos Jurídicos o direito à vida ainda se sobrepõe ao direito à liberdade⁸¹, como no caso do Brasil. Isto muitas vezes ocorre porque sem a vida é impossível o exercício de outros direitos, mas e sem a liberdade, pode-se exercer plenamente o direito à vida?

Nenhum direito é absoluto e desde o primeiro capítulo essa tese foi desmistificada, não existe um direito absoluto, inclusive o próprio direito à vida. Várias foram as formas de justificação explicadas no primeiro capítulo como, por exemplo, e a mais comum, a legítima defesa.

O debate inicia-se de verdade quando o próprio titular do direito à vida quer abrir mão dele e mais, quando a busca é ainda para a institucionalização de outro direito, o direito à morte de forma digna.

3.1. Ponderação entre os direitos fundamentais à vida e à liberdade: há hierarquia?

O direito à vida, direito que repousa no artigo 5º, *caput* da CRFB/88⁸², é considerado por muitos o primeiro e principal direito fundamental de cada indivíduo, afinal, para o exercício dos demais direitos é imprescindível o pleno direito à vida. Para tanto, Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel⁸³ afirmam que: “Qualquer flexibilização de sua força jurídica ou moral é delicada e deve envolver cautelas múltiplas. Qualquer desprezo pela vida humana, mesmo nas circunstâncias mais adversas, é suspeita”.

⁸¹ De acordo com os motivos expostos nos capítulos anteriores.

⁸² BRASIL, op. cit., nota 5.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho, op.cit., p. 13.

Não há discussão quanto à importância do direito fundamental à vida, neste sentido, explica Letícia de Campos Velho Martel⁸⁴:

(...) sequer é preciso discutir a *jusfundamentalidade* material e formal do direito à vida. Trata-se, à evidência, de um direito fundamental. E de um direito fundamental especialíssimo e muito delicado. Ademais, é direito fundamental ubíquo, que já permeia intensamente os mais diversos ramos do direito e, também por este motivo, vincula particulares. Tamanha é a importância a ele conferida, que não é difícil encontrar referência sobre ser ele o primeiro, o mais importante dos direitos fundamentais, o direito fundamental que, por si só, já assume um peso abstrato mais elevado em casos de ponderação, ou expressões no sentido de que “*no right is more fundamental than the right to life*”⁸⁵.

À primeira vista, percebe-se a importância do direito à vida e a razão de sua proteção. A flexibilização sem cuidado do direito à vida pode ser algo, de fato, perigoso. Toda relativização, em especial do mais caro e primeiro direito fundamental deve ser analisado com extrema cautela, evitando assim o que se conhece como “ladeira escorregadia”⁸⁶. No entanto, não se pode olvidar a importância do direito à liberdade e a sua aplicabilidade em casos complexos que demandam a análise de direitos fundamentais que, eventualmente, contrapõe-se.

Após séculos de incansável busca pelo direito à vida e pelo reconhecimento de que todo ser humano é único, pleno e valoroso e, ainda, que sua vida deve ser tutelada e protegida pelo direito, como admitir o esvaziamento deste direito em prol de outro? Um direito à autodeterminação?

O artigo 5º, *caput* da CRFB/88⁸⁷ diz que o direito à vida e o direito à liberdade, assim como outros direitos, são invioláveis. Tal inviolabilidade, de certo ponto, é relativa. A partir do momento que nenhum direito é absoluto, não há direito inviolável. Assim como as causas de justificação (do direito penal) permitem que uma pessoa viole o direito à vida de outra, assim também é com o direito à liberdade, pois a pena privativa de liberdade, por exemplo, é uma violação aceitável desse direito.

⁸⁴ MARTEL, op. cit., p. 306.

⁸⁵ A expressão citada pela doutrina, em língua inglesa, significa: “nenhum direito é mais fundamental que o direito à vida”.

⁸⁶ O termo “ladeira escorregadia” é uma expressão usada pelos juristas como uma forma de precaução, para que o legislador ou mesmo o intérprete tenha extrema cautela quando for relativizar um direito, principalmente um direito fundamental. Teme-se que as consequências das diversas relativizações atinja direitos de altíssima relevância para o ser humano, além de uma possível ameaça direta ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

⁸⁷ BRASIL, op. cit., nota 5.

Dessa forma a análise profunda do *caput* do artigo 5º da CRFB/88⁸⁸ leva a conclusão de que nenhum direito é absoluto e, por consequência lógica, inviolável.

Admitindo-se que o direito à vida é o primeiro e mais importante direito e que dele decorrem os outros direitos fundamentais como à liberdade e à igualdade, a única forma de se admitir que tal direito seja superado pelo direito à liberdade, pela liberdade de autodeterminação, é através da ponderação no caso concreto. Segundo Robert Alexy⁸⁹:

Questões relativas à liberdade e à igualdade não são questões apenas de um ramo do direito, elas permeiam todos os ramos. A forma como elas são solucionadas em cada um desses diferentes ramos do direito não é, para esses ramos do direito, uma questão específica, mas uma questão fundamental.

A vida é entendida como o principal direito fundamental constitucionalmente protegido, no entanto, em determinados casos, a liberdade deve tomar uma posição de destaque se sobrepondo ao próprio direito à vida. Isto deve ocorrer quando o direito à vida seja questionado pelo próprio titular do direito e em circunstâncias específicas. Letícia de Campos Velho Martel⁹⁰ explica que apesar da indiscutível importância do direito à vida, este não é dotado de hierarquia:

[...] Atente-se para a afirmação de que o direito à vida conta com hierarquia normativa superior em relação aos demais enunciados normativos constitucionais, quer de direitos fundamentais, quer de metas coletivas. Sugerir um posto hierárquico cimeiro para o direito à vida é distinto de asseverar que ele conta com um peso abstrato maior, ou com uma posição preferencial. Tanto a noção de um peso abstrato maior quanto a doutrina da posição preferencial são ajustáveis à ponderação e levam à admissão de restrições ao direito, desde que existam argumentos muito cogentes, com peso suficiente a justificar a ablação, diante de um escrutínio mais rigoroso. Ou seja, nem o maior peso abstrato, nem a posição preferencial significam, tecnicamente, maior hierarquia. A maior hierarquia é estanque, quer dizer, qualquer enunciado ou norma que se contraponha a outro de superior hierarquia sucumbe.

Não se deve falar em morte quando existe vida plena e sadia, não se deve falar em morte quando a enfermidade, seja ela qual for, possa ser totalmente curada, não se deve falar em morte quando o paciente ainda tem esperanças, não se deve falar em morte quando se deseja a vida.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. 2011. São Paulo. Malheiros. p. 522.

⁹⁰ MARTEL, op., cit., p. 309.

A liberdade de autodeterminação deve sobrepor-se ao direito à vida quando existirem algumas condições, de forma simultânea, quais sejam: a) sofrimentos físicos e mentais insuportáveis; b) inexistência de cura ou previsão desta; c) consentimento expresso e inequívoco do paciente.

O Poder Judiciário foi instigado a resolver casos que tratam diretamente da ponderação entre o direito à liberdade de autodeterminação frente ao direito à vida. O caso mais emblemático até hoje foi o caso Ramón Sampedro Cameán⁹¹⁹² *versus* Corte Espanhola.

3.1.1. Caso Ramón Sampedro Cameán *versus* Corte Espanhola

O notório caso Ramón Sampedro Cameán *versus* Corte Espanhola foi a inspiração para este trabalho e a luta de Sampedro para ver realizado o seu desejo de pôr fim a um sofrimento que perdurava 30 anos comoveu grande parte do mundo.

Ramón Sampedro Cameán (1943-1998) foi um marinheiro espanhol que aos 25 anos, após um mergulho, no qual bateu com a cabeça numa pedra, ficou tetraplégico.

Sampedro foi o primeiro cidadão espanhol a ingressar em Juízo para requerer o direito de morrer. Segundo Ramón Sampedro, que ficou tetraplégico por aproximadamente 30 anos de sua vida, esta não era uma forma digna de viver, pelo menos não para ele.

Sampedro acreditava que a decisão de pôr fim à vida ou continuar vivendo pertencia a ele, pertence a quem sofre. A tetraplegia de Ramón Sampedro o impedia de colocar um ponto final ao seu sofrimento, pois o único movimento que possuía era de sua boca. Assim, Sampedro pediu autorização da Justiça para morrer.

A Justiça Espanhola, por sua vez, negou o pedido com fundamento no Código Penal espanhol que vedava qualquer tipo de auxílio ao suicídio.

O caso Sampedro é um típico exemplo de suicídio assistido, quando o paciente, impossibilitado de agir sozinho, precisa da assistência de uma terceira pessoa que vai auxiliá-lo na execução da vontade deste. No suicídio assistido, a própria pessoa decide morrer e pede por isso, mas, de alguma forma, está impossibilitada.

⁹¹ Disponível em: <<http://www.elmundo.es/elmundo/2011/11/06/galicia/1320616917.html>> Acesso em: 11 nov. 2017.

⁹² Disponível em: <https://es.wikipedia.org/wiki/Ram%C3%B3n_Sampedro> Acesso em: 11 nov. 2017.

Ramón Sampedro morreu em 12 de janeiro de 1998 após ingerir cianeto de potássio. Sampedro deixou um vídeo de despedida no qual questiona juristas, teólogos e autoridades em geral o que é, para eles, dignidade, pois para Sampedro aquela forma de vida não era digna. Um copo com cianeto de potássio foi deixado ao lado da cama do paciente que, ao beber, morreu minutos depois.

Não houve condenação, por falta de provas. Muitas pessoas, no entanto, confessaram o crime, para impedir que uma pessoa específica fosse responsabilizada. Ramona Maneiro, amiga íntima de Sampedro, segundo consta⁹³, admitiu, após a prescrição do crime, tê-lo auxiliado no seu intento final.

O local do acidente, *La playa de As Furnas*, recebeu um busto de Sampedro em homenagem à sua luta em prol da liberdade e da autodeterminação. Além de uma placa, no local exato onde Ramón saltou. Um filme inspirado na vida e na morte de Ramón Sampedro também foi lançado, com o nome *Mar Adentro*.

O exemplo de Ramón Sampedro Cameán é apenas um numa infinidade de lutas judiciais em torno do direito de abreviar a vida, considerando-se que a liberdade, em determinados casos, deve sobrepor-se à vida.

3.1.2. Direito à vida e direito à liberdade numa leitura baseada no princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Viver é uma obrigação?

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana deve servir de base para toda e qualquer interpretação jurídica. A sua importância é tamanha que é Constitucionalmente tratada, como visto no segundo capítulo, como um fundamento do Estado Democrático de Direito.

O direito à liberdade deve sobrepor-se ao direito à vida quando a própria vida ferir o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Alguns juristas são contra a antecipação da morte por entender que estariam indo contra a própria dignidade, mas estão errados, pois apenas a pessoa que está padecendo de uma enfermidade que lhe causa dores terríveis, pode decidir se está ou não vivendo dignamente.

⁹³ Diz-se “segundo consta” porque a suposta confissão de Ramona Maneiro consta nos *sites* de notícias que foram objeto de pesquisa. Não se tem dados oficiais se houve ou não a confissão de Ramona.

Neste sentido, deve-se levar em consideração a Dignidade da Pessoa Humana no viés autonomia e, não, heteronomia⁹⁴. Levando-se em consideração a vontade da pessoa que padece e não de uma coletividade que não está suportando o ônus de viver uma vida inteira sofrendo.

Ao levar em consideração a Dignidade da Pessoa Humana no viés heteronomia, impõe-se ao indivíduo que sofre o ônus de viver, o ônus de permanecer vivo, mesmo contra a sua vontade. Assim, a vida que é protegida como um direito, e este direito que deve ser protegido contra ações de terceiros, acaba por tornar-se uma obrigação para o seu titular. A vida, portanto, em alguns casos, deixa de ser um direito e passa a ser uma obrigação. O ônus de viver.

Nestes termos, Letícia de Campos Velho Martel⁹⁵ explica que:

Qualquer desprezo pela vida humana e pelo direito que a protege, mesmo nas circunstâncias mais adversas, é suspeito e, como será argumentado adiante, o direito liga-se peculiarmente à dignidade humana. Mas isso não é sinônimo de entender que o direito à vida seja absoluto, tampouco que não existam outros direitos que a ele se sobreponham sob certas condicionantes, muito menos que a dignidade humana comporte exclusivamente a proteção e a promoção do direito à vida.

O direito fundamental à vida existe para opor-se às arbitrariedades do Estado e das pessoas em geral. Trata-se de um direito fundamental porque é um pressuposto para o exercício dos outros direitos, tal afirmação não se discute. Não há hierarquia entre os direitos fundamentais, o que existe é um pressuposto lógico de existência. Para existir o direito à liberdade, antes deve existir o direito à vida.

Ocorre que a vida não deve ser vista como uma obrigação, trata-se de um direito e deve ser exercido como tal.

3.2. O sistema jurídico Brasileiro pode criar um novo direito fundamental? O Direito à morte digna à luz da Dignidade da pessoa humana?

A morte é uma condição certa e esperada de todo ser humano, quem está vivo irá morrer, por isso não se deve pleitear a criação de um direito à morte, pois ela já é uma

⁹⁴ A Dignidade da Pessoa Humana como autonomia e como heteronomia foi explicada no capítulo dois.

⁹⁵ MARTEL, op. cit., p. 309.

condição humana. O que deve ser falado, no entanto, é de uma espécie do gênero direito à vida. A morte digna seria, portanto, o desenrolar do direito à vida quando a própria vida afetar a dignidade do indivíduo.

Cria-se, assim, o direito à morte digna, o direito à uma morte com dignidade quando a vida não possa mais ser exercida com plenitude e mais, quando a manutenção da vida for de encontro ao que o próprio paciente entende como dignidade.

Quando se fala no direito à liberdade para a abreviação da vida, pensa-se imediatamente nos casos de doenças terminais ou debilidades irreversíveis que causam terríveis dores ao paciente. Mas e quando a dor não é física e, sim, psicológica? Houve um caso na Holanda que mobilizou parte do mundo para os limites da morte com intervenção.

Foi noticiado pelos meios de comunicação eletrônica⁹⁶, que uma mulher de 20 anos que sofreu abuso sexual dos cinco aos quinze anos optou pela abreviação da vida. Os abusos sofridos levaram a jovem a desenvolver transtorno de estresse pós-traumático, anorexia grave, depressão crônica e terríveis alucinações. A jovem passou por um tratamento intensivo, mas os médicos acreditavam que as múltiplas seqüelas eram incuráveis. O pedido então foi aceito pela Corte Holandesa que permitiu que a jovem abreviasse a sua vida através de uma injeção letal. A Corte e os médicos entenderam que a jovem estava consciente de sua escolha e, por isso, seu pedido era viável.

O caso da holandesa que decidiu pela morte causou polêmica em vários países, principalmente da Europa, mas foi uma decisão acertada da Justiça Holandesa, pois os sofrimentos mentais não devem ser ignorados. Quando uma doença atinge o corpo, os remédios podem, de certa forma, aliviar o sofrimento, mas quando a própria mente é atacada pela doença, dificilmente haverá um remédio que alivie a dor. As doenças mentais são as mais cruéis, pois o indivíduo se torna um prisioneiro da própria mente.

É evidente que foi uma decisão com grande carga reflexiva, não foi uma decisão tomada de forma imediata, houve grande discussão a respeito, mas a Holanda decidiu por permitir a abreviação da vida, interpretando os direitos à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Para a paciente, suportar diariamente os problemas adquiridos com os abusos, danos estes incuráveis, segundo os médicos, era viver uma vida não digna, uma vida de sofrimentos e sem perspectivas.

A preocupação que existe em torno da permissibilidade descontrolada de pôr fim ao direito à vida é compreensível, pois a decisão de retirada de uma vida é irreversível e pode, de

⁹⁶ Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/mundo/europa/holanda-autoriza-eutanasia-para-jovem-vitima-de-abuso-sexual,81d85a796766cd10148a4806508f8398ii56t7gz.html>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

fato, levar ao que se conhece como “ladeira escorregadia”, mas o direito contemporâneo deve ser entendido, compreendido e interpretado à luz da Dignidade da Pessoa Humana e por mais assustador que sejam as inovações jurídicas o princípio da Dignidade da Pessoa Humana deve ser entendido e aplicado com o fim de melhorar a vida das pessoas ou mesmo pôr um fim a ela, quando, a requerimento do paciente, o fim for o melhor caminho.

3.3. Direito à liberdade e direito à igualdade: há relação direta? O artigo 122, *caput* (parte final) do Código Penal foi recepcionado pela CRFB/88?

O direito à morte com intervenção, em especial o suicídio assistido, também deve ser interpretado como uma forma de efetivação da isonomia material (direito à igualdade).

O artigo 122, *caput* (parte final) do Código Penal Brasileiro tipifica a conduta de auxiliar o suicídio, a pena prevista é de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos se o suicídio for realizado com sucesso e de 1 (um) a 3 (três) anos também de reclusão se a tentativa do suicídio resulta em lesão corporal grave. Além dos eventuais aumentos de pena. *In verbis*⁹⁷:

Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único - A pena é duplicada:

Aumento de pena: I - se o crime é praticado por motivo egoístico; II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

O Código Penal vigente no Brasil é de 1940, momento histórico em que raramente se falava em morte com intervenção e mesmo os poucos que tentavam debater sobre o tema eram ignorados nas academias. Assim, era de se supor que o Código Penal de 1940 previsse um tipo penal que criminaliza as condutas de auxílio ao suicídio. Além disso, o artigo 122 não trata diretamente do suicídio assistido que, de fato, é uma terminologia nova e ainda pouco conhecida pela sociedade em geral⁹⁸. A intenção do legislador parece ter sido a de proteger o

⁹⁷ BRASIL, op. cit., nota 14.

⁹⁸ Não se deve perder de vista que o termo “suicídio assistido” é novo. Quando alguém pretendia discutir a morte com intervenção o termo utilizado era sempre “eutanásia”, inclusive atualmente muitos meios de comunicação

bem jurídico vida contra terceiros que gostariam de violá-lo, utilizando a própria vítima como instrumento.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o artigo 122, *caput* (parte final) do Código Penal não foi recepcionado pela Constituição quando se fala em suicídio assistido [espécie de morte com intervenção].

O artigo em questão, e apenas na parte que se refere ao auxílio, não foi recepcionado pela CRFB/88 quando se aplica ao suicídio assistido, e apenas nesta hipótese, por ferir o direito à igualdade de quem não possui mais a capacidade de se movimentar.

Violação direta à Constituição, ao direito à igualdade, o artigo 122, *caput* (parte final) do Código Penal não deve ser recepcionado quando se tratar de suicídio assistido. O auxílio ao suicídio, em casos de morte com intervenção, portanto, deve ser excluído do rol interpretativo do artigo mencionado.

O caso *Diane Pretty versus Reino Unido*⁹⁹ foi outro caso que exemplifica a importância da morte com intervenção para as pessoas que optam pelo fim da vida com dignidade. Diane Pretty foi diagnosticada com Esclerose Lateral Amiotrófica¹⁰⁰ e queria controlar como e quando morrer.

Pretty, assim como Sampedro, porém por outros motivos, necessitada do auxílio de uma terceira pessoa para morrer (suicídio assistido). Assim, ingressou com uma petição que legitimasse o seu direito de morrer livremente e, principalmente, que o marido, ao auxiliá-la, não fosse punido por ser o instrumento de sua vontade.

A Casa dos Lordes rejeitaram o caso de Diane Pretty dizendo que o direito de viver não incluía o direito de morrer, ademais, concluíram que a autora não tinha o direito de decidir quando e como gostaria de morrer. Pretty então ingressou com o pedido na Corte Europeia de Direitos Humanos, argumentando que o direito à vida incluía o direito de escolha se gostaria ou não de continuar vivendo. A Corte, no entanto, discordou, concluindo que o direito à vida não é determinado pela qualidade desta, portanto tais circunstâncias não poderiam ser interpretadas como um direito de morrer.

utilizam o termo “eutanásia” quando querem se referir a morte com intervenção, mesmo quando o caso trata de suicídio assistido ou outra forma de morte com intervenção. Trata-se de um equívoco comum.

⁹⁹ Disponível em <<https://www.dignityindying.org.uk/assisted-dying/the-law/diane-pretty/>> Acesso em: 12 nov. 2017.

¹⁰⁰ A Esclerose Lateral Amiotrófica é uma doença que afeta o sistema nervoso, enfraquecendo os músculos e retirando, aos poucos, toda a mobilidade do paciente. O paciente fica imóvel, porém consciente.

Por fim, Diane Pretty não teve o seu desejo atendido e morreu, segundo consta¹⁰¹, no dia 03 de maio de 2002 numa clínica de tratamento paliativo perto de Londres. Segundo Brian Pretty, seu marido, o estado da esposa ficou estabilizado por um tempo, mas o sofrimento era enorme e contínuo. Depois de algum tempo, Diane entrou em coma e morreu.

Pretty, assim como muitos, viu o seu desejo de abreviar a dor impedido pela completa falta de mobilidade. Neste sentido, questiona-se: há igualdade material entre uma pessoa que move os seus membros e pode tomar a decisão de pôr fim à vida sozinha e uma pessoa que está presa a um estado onde apenas a sua mente funciona?

É importante mencionar que o Código Penal Brasileiro não criminaliza a prática do suicídio. Uma pessoa com mobilidade plena pode cometer suicídio e, caso falhe, não será punida e considerada uma criminosa, por que então seria diferente com o suicídio assistido, quando o desejo de morrer é do paciente e não do intermediador?

Ramón Sampedro fez uma reflexão em seu vídeo de despedida¹⁰², afirmando que a única responsabilidade de seus colaboradores foi de ter aproximado o veneno de sua boca, pois a vontade de morrer e a idealização de como morrer foi exclusivamente dele. Sampedro afirmou categoricamente que os colaboradores foram simplesmente instrumentos do seu desejo, nada mais.

O artigo 122, *caput* (parte final) do Código Penal, portanto, não deve ser recepcionado pela Constituição, para os casos específicos e comprovados de suicídio assistido, por violar a norma constitucional expressa no artigo 5º, *caput* da CRFB/88¹⁰³, qual seja, o direito à igualdade, neste caso isonomia material.

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 seguintes: (...)

Assim sendo, o direito à morte digna, em casos específicos, além de trazer e efetivar o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, também traz eficácia aos demais direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, tais como o direito à liberdade e também o direito à igualdade. O ato de cometer suicídio não é criminalizado no Brasil, por que então o

¹⁰¹ Disponível em: <<https://www.publico.pt/2002/05/12/sociedade/noticia/morreu-diane-pretty-a-mulher-que-lutou-pelo-dir-eito-a-eutanasia-142155>> Acesso em: 12 nov. 2017.

¹⁰² Vídeo retratado no filme “Mar Adentro”, dirigido por Alejandro Amenábar.

¹⁰³ BRASIL, op. cit., nota 5.

auxílio a quem está incapacitado de fazê-lo seria? Trata-se de uma violação direta ao direito à igualdade.

Para quem não pode se mover, que lhe sejam dados braços!

O que verdadeiramente move alguém é a consciência, é a cabeça e o desejo lúcido e inequívoco, atestado por especialistas [médicos e psicólogos].

O suicídio assistido, que é uma das formas mais legítimas de antecipação da morte com dignidade, deve ser, assim como as demais, analisado com extrema cautela. A vontade deve estar sempre embasada numa real consciência das consequências. A decisão do paciente nunca deve ser influenciada ou instigada e, para tanto, deve ser realizado um estudo detalhado das escolhas e do comportamento deste, por médicos e psicólogos.

No caso de Ramón Sampredo Cameán¹⁰⁴ não restam dúvidas de que a sua decisão foi uma escolha consciente e amadurecida. Sampredo permanecera durante trinta anos de sua vida na cama, imóvel, necessitando da ajuda de seus parentes para as atividades mais naturais. Sampredo escreveu livros onde conta que não teve felicidade em nenhum dia durante esses 30 anos na cama e que queria apenas acabar com todo o sofrimento.

A vontade livre e consciente deve ser levada em consideração pelo Direito ao ponderar o direito à vida com os demais direitos à luz do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, em especial quando o direito à vida não é mais desejado, muito pelo contrário, quando o titular do direito quer se livrar dele de todas as formas, quando a vida deixa de ser um direito e passa a ser uma obrigação.

¹⁰⁴ Caso estudado acima.

4. PATERNALISMO JURÍDICO: OS LIMITES A (DIS)INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No capítulo anterior falou-se da ponderação que deve ser feita entre os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos: direito à vida, à liberdade e à igualdade. A defesa é sempre em prol da liberdade e da autonomia da vontade à luz do princípio norteador da Dignidade da Pessoa Humana.

Travou-se uma discussão sobre a possível hierarquia do direito à vida face aos demais direitos fundamentais. Como discutido, desde o princípio, nenhum direito é absoluto, inclusive o direito à vida e este direito deve ser flexibilizado em determinados casos, casos específicos, vale dizer, que demandam muita análise.

O problema que se enfrenta no capítulo quatro é quanto à aplicação do direito à liberdade, levando-se em consideração a dignidade da pessoa humana. Até que ponto o Estado permite a flexibilização de determinadas regras? Até que ponto o Estado pode intervir na vida privada do indivíduo? Há um limite?

4.1. Paternalismo Jurídico, princípio liberal do dano e autonomia da vontade: *volenti non fit injuria*

O brocardo *volenti non fit injuria*, utilizado na Roma Antiga, significa, em tradução livre que aquele que consente não sofre injúria.

Segundo Letícia de Campos Velho Martel¹⁰⁵ existem duas interpretações possíveis para o brocardo. A primeira indica que a “injúria” se refere à palavra “dano”, ou seja, não há dano se a pessoa consente. Na segunda interpretação o brocardo não se refere ao dano, pois este pode ocorrer mesmo com o consentimento, segundo a autora, a palavra “injúria” estaria se referindo ao *wrong*, que seria uma intrusão indevida e injustificada no direito alheio. Assim sendo, mesmo havendo dano, não haverá intromissão indevida no direito alheio.

Martel¹⁰⁶, ao citar Joel Feinberg, explica que a interpretação mais correta do princípio liberal do dano é a segunda, entendendo a “injúria” como *wrong*, levando-se em consideração

¹⁰⁵ MARTEL, op. cit., p. 119.

¹⁰⁶ Ibid, p. 120.

o brocardo *volenti non fit injuria*. Segundo a autora¹⁰⁷ “Em assim sendo, pode haver dano mesmo que exista consentimento, porém, não haverá intrusão indevida no(s) direito(s) daquele que consentiu. O princípio do dano não atua sobre estas situações, de modo que a ausência de *wrong* afasta a sua incidência (...)”.

No direito em estudo, qual seja, o direito à morte com intervenção pautada na Dignidade da Pessoa Humana, deve-se entender o princípio liberal do dano como a não intrusão do Estado na esfera privada do paciente, permitindo que este faça as suas escolhas, é óbvio, de forma consciente e amparado por equipes multidisciplinares que o auxiliem na decisão.

Segundo Letícia de Campos Velho Martel¹⁰⁸:

Ressalte-se, então, que o princípio do dano mediado pelo brocardo *volenti non fit injuria* parece dizer muito a respeito da disponibilidade dos direitos. Uma vez que ele não incide nos casos em que houve consentimento dos envolvidos, os direitos seriam, ao seu ensejo, disponíveis, pois não se justificaria uma proibição estatal na relação jurídica em seu nome.

Em contraposição ao princípio liberal do dano, há o paternalismo jurídico. Letícia de Campos Velho Martel¹⁰⁹ afirma que a origem do paternalismo jurídico se encontra nas obras de J.S.Mill, mas precisamente no livro *On Liberty*.

Segundo a autora¹¹⁰, o primeiro argumento de J.S.Mill para combater o paternalismo é o utilitarista, pois estaria fundada nas conseqüências, cálculo do dano em contraposição aos benefícios. Martel¹¹¹ explica que: “Segundo Mill, a coerção, quando destinada aos atos autorreferentes, é sempre mais danosa do que a preservação da liberdade.”.

A segunda ordem de argumentos e a mais forte, segundo a autora¹¹², é “a preservação do indivíduo como um agente, ou seja, como alguém hábil a empreender escolhas com liberdade e responsabilidade”.

Letícia de Campos Velho Martel¹¹³, sempre baseada em Mill, explica a importância da liberdade que cada indivíduo deve possuir para tomar suas próprias decisões e, mesmo que a

¹⁰⁷ Ibid, p. 120.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Ibid, p. 121.

¹¹⁰ Ibid, p. 122.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Ibid.

decisão possa parecer errada para a coletividade, o importante é que ela seja suficiente e justa para o indivíduo sujeito do direito. Martel¹¹⁴ explica que:

Nesse sentido, para Mill, o indivíduo é o melhor juiz de si mesmo; assim, o modo próprio de uma pessoa moldar sua existência será o melhor, não por ser o melhor em si mesmo, mas por ser o seu próprio modo. O uso da coerção estatal, justificada pelo paternalismo, desrespeita essa premissa por não levar em consideração a decisão atual de uma pessoa e é, portanto, inaceitável na maioria dos casos.

J.S.Mill¹¹⁵ não rejeitava o paternalismo jurídico de forma absoluta, a ausência de faculdade para fazer escolhas admite a aplicação do paternalismo jurídico, e também quando houver ausência de informações necessárias para a tomada de decisão. Nestes casos, o paternalismo jurídico seria aceitável. Segundo Mill¹¹⁶, “todavia, a proibição da conduta, caso, depois de informada do risco, a pessoa persistisse em seu intuito, configuraria paternalismo.”

Em síntese, Letícia de Campos Velho Martel¹¹⁷ entende o paternalismo jurídico como:

Em primeiro lugar, o paternalismo jurídico está ligado à constrição de posições subjetivas do(s) direito(s) de liberdade de indivíduos ou grupos. Segundo o estudado anteriormente, a liberdade jurídica é compreendida de formas diferentes, especialmente quanto à amplitude do direito subjetivo à liberdade. A adoção da tese de um direito geral de liberdade ou da tese das liberdades básicas refletir-se-á diretamente quando o assunto for o paternalismo jurídico. Assim, seguida a tese do direito geral de liberdade, qualquer interferência constrictiva na liberdade jurídica deverá suprir o ônus argumentativo. (...) Ao obter o mínimo denominar comum entre vários conceitos de paternalismo jurídico contemporâneos, percebeu-se que ele está na coerção – principalmente nas hipóteses que envolvem o direito penal –, na direta proibição e, em menor monta, no não-reconhecimento jurídico de condutas.

Assim, entende-se minimamente o paternalismo jurídico contemporâneo como sendo a limitação imposta pelo Estado na esfera de liberdade do indivíduo, mesmo o bem jurídico pertencendo ao próprio indivíduo e mesmo não interferindo na esfera jurídica de terceiros. Ademais, J.S.Mill defendia que o paternalismo jurídico não devia intervir na esfera particular de cada indivíduo, apenas quando interferisse no direito de terceiros ou quando a pessoa não tivesse consciência para tomar a sua decisão. Nestes casos, o Estado precisava intervir.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Ibid, p. 122.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Ibid, p. 126 e 127.

4.1.1. A Ética Médica: limites da intervenção médica na morte antecipada

A medicina sempre se manifestou de forma contrária às diversas formas de morte com intervenção. O próprio juramento de Hipócrates¹¹⁸, feito por todo estudante de medicina ao tornar-se médico, reprovava de forma inequívoca a morte com intervenção, em especial a eutanásia quando diz: “a ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva.”

Ocorre que com o avanço da ciência e o próprio desenvolvimento da sociedade e das ideias de liberdade, de forma geral, a medicina tem tentado mostrar-se de forma mais maleável quando se trata do sofrimento humano. Um claro exemplo dessa tentativa é a Resolução CFM nº 1.805/2006, de 9.11.2006, editada pelo Conselho Federal de Medicina, na qual sanciona a Ortotanásia, sem mencionar, contudo, a eutanásia e o suicídio assistido que continuam sendo consideradas condutas antiéticas.

Segundo Luís Roberto Barroso¹¹⁹, a exposição de motivos da Resolução inicia-se, resumidamente, da seguinte forma:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

A Resolução – como foi explicado no primeiro capítulo –, no entanto, sofreu diversas críticas, em especial do Ministério Público Federal¹²⁰ que propôs a Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3 com a intenção de suspender os efeitos da Resolução. As críticas do *parquet* foram severas, baseadas, como se extrai da inicial, na Dignidade da Pessoa Humana. O *parquet*¹²¹, ao iniciar o seu discurso, cita Alexandre de Moraes ao dizer que:

O direito à vida tem um conteúdo proteção positiva que impede configurá-lo com um direito de liberdade que inclua o direito à própria morte. O Estado, principalmente por situações fáticas, não pode prever e impedir que alguém disponha de seu direito à vida, suicidando-se ou praticando eutanásia. Isso, porém,

¹¹⁸ Disponível em <<https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>> Acesso em: 12 nov. 2017.

¹¹⁹ BARROSO, op. cit., p. 10

¹²⁰ Disponível em <http://www.mpf.mp.br/pgr/copy_of_pdfs/ACP%20Ortotanasia.pdf/view> Acesso em: 12 nov. 2017.

¹²¹ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo, Atlas, 2002, p. 92.

não coloca a vida como direito disponível, nem a morte como direito subjetivo do indivíduo. O direito à vida não engloba, portanto, o direito subjetivo de exigir-se a própria morte, no sentido de mobilizar-se o Poder Público para garanti-la, por meio, por exemplo, de legislação que permita a eutanásia ou ainda que forneça meios instrumentais para a prática de suicídios. O ordenamento jurídico-constitucional não autoriza, portanto, nenhuma das espécies de eutanásia, quais sejam, a ativa ou passiva (ortotanásia).

Luís Roberto Barroso alerta para o confronto entre a ética médica e o Direito, mas, não há dúvida, de que o assunto ainda é difícil de ser discutido, tanto pelos médicos quanto pelos juristas. Segundo o autor¹²²:

Estão em choque, aqui, dois modelos. Um de índole paternalista, que desconsidera a vontade do paciente e de seus familiares, privados de fazerem escolhas morais próprias. O outro, fundado na deontologia médica, valoriza a autonomia e o diálogo, aceitando que a arte de curar se converta em cuidado e amparo. Cabe procurar entender e enfrentar as razões do desencontro entre as imposições jurídicas e as exigências éticas.

Apenas a mera menção de abreviação da vida gera um impasse e um conflito de opiniões. As opiniões que se contrapõem são válidas e, inclusive, é essencial para o amadurecimento de um Estado Democrático. O que deve ser questionado e é o que este capítulo tenta questionar, entretanto, é quando as crenças religiosas vão de encontro à evolução do Direito ou da medicina.

A esfera religiosa, importante para a sociedade, não deve influenciar, de forma alguma, às decisões da ciência e do Direito, visto que a religiosidade é, e assim deve ser, individual, de foro íntimo e não pode ser imposta pelo Estado que abriga diversas religiões, além da ausência destas.

4.2. Paternalismo jurídico às avessas: O Estado defendendo a morte digna sem o consentimento do indivíduo

É inegável que a vida é preciosa e deve ser protegida de todo mal injusto e reprovável que queira pôr fim a ela. A manutenção da vida, ainda que com restrições físicas e/ou mentais,

¹²² BARROSO, op. cit., nota 71, p. 12 e 13.

deve ser sempre aconselhada. O fato de uma pessoa estar sofrendo de uma enfermidade incurável e dolorosa ou mesmo o fato da vida ter sido limitada por um acidente e que a vida, apesar de ser vivida com limitações, não pressupõe imediatamente a morte. Nunca! Estar vivo é um direito e nenhuma pessoa, seja ela quem for, tem o direito de pôr fim à vida alheia.

O Paternalismo Jurídico, objeto das críticas de J.S.Mill e de Letícia de Campos Velho Martel por intervir na esfera de liberdade do indivíduo quando este quer pôr fim à vida e é impedido (como os casos Sampedro e Pretty), no então cenário jurídico, é algo de críticas por seguir o caminho oposto, obrigar indivíduos a colocarem fim a sua existência, como foi o caso recente de Charlie Gard.

4.2.1. Caso Charlie Gard *versus* Corte Britânica

O bebê Charlie Gard¹²³, como ficou conhecido no mundo, sofria de uma doença degenerativa rara que afetava as mitocôndrias – células responsáveis pela respiração e produção de energia. Aos 11 meses de vida, Charlie¹²⁴ havia sofrido danos irreparáveis no cérebro e estava conectado a aparelhos, não movia os braços, as pernas, não comia e nem respirava sozinho.

A equipe médica britânica decidiu desligar os aparelhos de Charlie¹²⁵ ao argumento de que a doença era degenerativa e irreversível, de acordo com a Dignidade da Pessoa Humana, os aparelhos deveriam ser desligados e o sofrimento de Charlie acabar.

Médicos americanos queriam experimentar novos tratamentos em Charlie¹²⁶ nos EUA, mas os médicos britânicos alegaram que novos tratamentos apenas iriam aumentar o sofrimento do bebê Gard. A Justiça do país concordou com a opinião dos médicos de desligar o suporte vital. A Corte Europeia de Direitos Humanos concordou com a Justiça Britânica.

¹²³ Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/bebe-charlie-gard-ganha-visto-para-tratar-doenca-rara-nos-eua-21605798>> . Acesso em: 13 dez. 2017.

¹²⁴ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/07/1901310-medicos-nao-podem-decidir-se-vida-de-charlie-gard-vale-a-pena.shtml>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

¹²⁵ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/07/1898187-tribunal-manda-desligar-aparelhos-de-bebe-britanico-com-doenca-terminal.shtml>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

¹²⁶ Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/bebe-charlie-gard-morre-no-reino-unido-diz-imprensa.ghtml>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

Houve grande comoção no mundo com pedidos do presidente dos EUA Donald Trump e também do Papa Francisco para que a vida do bebê fosse preservada. Os pais do bebê Charlie, Chris Gard e Connie Yates, discordavam dos médicos britânicos e queriam lutar pela vida do filho. Eles arrecadaram cerca de US\$ 1,5 milhão para transportá-lo para os EUA, o presidente, inclusive, concedeu ao bebê o passaporte americano, para que pudesse iniciar o tratamento experimental.

Os Tribunais Britânicos e a Corte Europeia de Direitos Humanos negaram o pedido dos pais de Charlie e também do Presidente Donald Trump e do Papa Francisco. Em 28 de julho de 2017 Charlie Gard teve os aparelhos que o mantinham vivo desligados. Os pais de Charlie Gard gravaram vários vídeos em completo desespero pela impotência contra a decisão do Tribunal Britânico.

O caso do bebê Charlie Gard traz um exemplo de paternalismo jurídico às avessas, por assim dizer. Neste caso o indivíduo não pediu para morrer não invocou o princípio da Dignidade da Pessoa Humana para ter direito à morte digna. Gard, representado pelos pais, queria apenas continuar tentando.

Quais são os limites da intervenção do Estado na vida privada? Qual o interesse do Estado em acabar com o sofrimento do bebê? Quais são os critérios para a invocação da dignidade da pessoa humana?

4.3. Submissão compulsória. Os cuidados e as proteções que devem existir para evitar a submissão compulsória

Quando o direito à vida está em jogo, é preciso um certo cuidado para que ele não sofra abusos. O que aconteceu com o bebê Charlie Gard, ao ver da pesquisa, foi um abuso e um desrespeito ao direito à vida. O Estado impondo a morte, mesmo sem crime.

Não cabe ao Estado decidir qual é a decisão mais justa a ser tomada, não cabe ao Estado intervir na vida privada alegando que está agindo de acordo com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Além dos abusos praticados pelo Estado, deve-se ter cuidado com as brechas que o direito à morte digna pode trazer, para que planos de saúde, familiares ou o próprio Estado não obriguem o indivíduo a optar pela morte.

Trata-se de uma preocupação fidedigna, pois parentes cansados dos problemas físicos do paciente podem, de alguma forma, intervir na decisão do indivíduo. Ou mesmo o próprio indivíduo, preocupado em ser um fardo para a família pode optar pela morte com intervenção. Há também o risco dos planos de saúde interferirem, de alguma forma, na decisão do paciente. Todas as intervenções externas devem ser severamente rechaçadas, para tanto há a necessidade de um acompanhamento psicológico com um tempo mínimo determinado, para impedir que a decisão seja precipitada, levando a uma submissão compulsória.

Há também o perigo do próprio paciente estar passando por um momento de distúrbio psicológico como, por exemplo, a depressão, como resultado da doença, condição essa que pode ser tratada e revertida em determinados casos. Portanto, a morte com intervenção só pode ser permitida depois de um período grande de aconselhamento. A opção pela morte com intervenção nos instantes após o acidente ou da descoberta da doença é um erro, pois o psicológico do indivíduo está afetado.

Deverá existir um momento determinado para maturação da ideia e eventual mudança de percepção e de opção. A manutenção da vida deve ser sempre aconselhada, sempre!

4.3.1 Brasileiros e estrangeiros que optaram e lutaram pela vida

Viver deve ser sempre a primeira opção. O direito à morte com dignidade só deve ser invocada quando o indivíduo sente, de fato, que sua existência não é mais digna. Quando as dores e os sofrimentos alcançarem uma proporção na qual o indivíduo prefira à morte, à vida. No entanto, é impossível viver com dificuldades e com limitações, várias pessoas são exemplos disso.

Stephen William Hawking¹²⁷ (1942-2018), por exemplo, foi um grande físico, professor de Cambridge, e que ocupou a cadeira de Isaac Newton, foi também o autor do livro “A breve história do tempo”.

Em 1963 Hawking foi diagnosticado com Esclerose Lateral Amiotrófica (doença degenerativa explicada no capítulo anterior), os médicos deram a Hawking 2 (dois) anos de vida. Em 1985 Hawking contraiu pneumonia e foi obrigado a fazer uma traqueostomia e, daquele momento em diante, perdeu a capacidade de falar. Sem movimentos e sem falar, Hawking se comunicava através de um sintetizador de voz preso a sua cadeira de rodas. Hawking teria motivos claros para desejar a morte, mas optou pela vida.

Hawking faleceu aos 76 anos, escrevendo e trabalhando como professor, como sempre fez, apesar de suas limitações.

Outro exemplo de luta e persistência é o notório caso da ex-atleta Laís Souza (nascida em 1988)¹²⁸. Ginasta brasileira, Laís Souza sofreu um acidente durante os treinos para os jogos de inverno nos EUA e sofreu uma lesão na terceira vértebra da coluna cervical (C3). Laís ficou tetraplégica e, mesmo com sua nova condição, jamais demonstrou desânimo, continuou lutando para voltar à rotina o mais rápido possível. Começou a cursar a faculdade de psicologia e em nenhum momento demonstrou vontade de pôr fim à vida.

Walter Chiote (1928-2014) foi um brasileiro brilhante e corajoso que foi exemplo de luta e coragem para todos os que o cercavam, mostrou determinação em todos os momentos, até o fim. Walter Chiote foi diagnosticado em 2012 com um câncer de bexiga que os médicos consideravam leve e com grande possibilidade de cura.

Chiote foi submetido a primeira cirurgia e alguns meses depois o câncer voltou e o paciente foi submetido a segunda cirurgia, dois meses depois o câncer voltou. Ao todo foram seis cirurgias e, nesta última, a pressão do paciente chegou a zero, mas os médicos conseguiram reanimá-lo sem nenhuma sequela.

Em todas as fases do processo, Walter Chiote demonstrou uma determinação e uma esperança em busca da cura. O câncer, já em estágio terminal, foi terrível, o câncer de bexiga é especialmente cruel, pois impede o paciente de fazer suas necessidades fisiológicas básicas, mas a esperança permaneceu. Mesmo sabendo que a ciência já o tinha desenganado, Chiote jamais desistiu, tinha certeza num milagre, na cura e no retorno à vida normal. Apesar das intensas dores que sofreu, apesar de ser desenganado pela medicina, a ideia de antecipar a morte através do suicídio assistido ou eutanásia, ou qualquer outra forma de intervenção para

¹²⁷ Disponível em: <<http://www.hawking.org.uk/>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

¹²⁸ Disponível em: <<https://www.terra.com.br/esportes/jogos-de-inverno/lais-souza/>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

interrupção do sofrimento jamais passou pela sua cabeça, jamais. A esperança e a vontade de viver e de estar vivo prevaleciam, sempre.

Os exemplos acima provam que é possível uma vida com limitações, uma vida com dores, desde que o paciente ainda tenha esperanças em estar vivo. A questão fundamental da pesquisa, portanto, nunca foi discutir a possibilidade da manutenção da vida com limitações, mas o respeito à vontade do paciente, de quem, de fato, está passando pelo problema e quem tem de suportar as dores e as limitações muitas vezes consideradas irreversíveis para a medicina.

O propósito do ensaio não é estimular a tutela de um direito à morte, o propósito é dar ao paciente o direito de optar, de escolher, de decidir se a vida continua sendo digna com dores e limitações. O importante é o que deve ser tutelado pelo Direito é a Dignidade na vida e no final dela, respeitando sempre a autonomia da vontade, pautada na consciência do paciente.

A submissão compulsória jamais deve ocorrer. A escolha deve ser sempre livre e consciente da pessoa que esteja pleiteando a morte com intervenção.

Muitos cuidados devem ser tomados quando as diversas formas de morte antecipada forem regulamentadas, pois, de fato, muitos poderiam ser beneficiados com a abreviação da vida de uma pessoa, por isso, aliás, o direito à vida é tão caro para o Direito e tanto receio surge ao falar da morte com intervenção.

É evidente que planos de saúde beneficiar-se-iam muito com a antecipação da morte dos pacientes que, de forma clara, estão custando caro à seguradora que precisa arcar com tratamentos paliativos. Tal premissa é, e sempre deverá ser, tomada como reprovável pelo Ordenamento Jurídico. Além das seguradoras de assistência médica, familiares que estejam interessados em bens e valores que serão deixados pelo enfermo, ou mesmo quando este se torna um fardo, também representam riscos à legalização da morte com intervenção.

O legislador necessita de cautela ao regulamentar a morte com intervenção e o Poder Judiciário, por sua vez, precisa estar atento ao caso concreto, além disso, deve ser feita uma análise minuciosa da legítima vontade da pessoa que requer a morte com intervenção. Vários critérios precisam ser levados em consideração para uma tomada de posição do Poder Judiciário. Assim como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a própria equipe técnica dos hospitais, todos precisam estar atentos a verdadeira vontade do paciente.

A decisão de interromper a vida deve ser estudada por uma equipe especializada de médicos, psicólogos, para que confirmem, em primeiro lugar, que a enfermidade não possui esperanças de cura e, por fim, que a vontade é, de fato, do paciente. Além disso, é preciso

confirmar se a decisão foi algo movido pela reflexão. O caso de Ramón Sampedro¹²⁹, por exemplo, não demandava mais esclarecimentos, pois Sampedro permaneceu imóvel durante 30 anos, tempo suficiente para se refletir sobre a decisão de pôr fim à vida.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso¹³⁰ explica que:

(...) Em tais cenários, embora a opção por morrer seja uma decorrência da autonomia, na verdade ela se torna o produto de uma coerção sobre indivíduos vulneráveis e marginalizados, o que reduz o valor das suas vidas e da sua dignidade. Por esses motivos, os indivíduos que são vítimas de doenças terminais e passam por grande sofrimento, assim como aqueles que se encontram em estado vegetativo permanente deveriam ter direito ao suicídio assistido, mas a legislação deve ser cuidadosamente elaborada para garantir que a ideia moralmente aceitável da morte com dignidade não se torne uma “receita para o abuso de idosos”. Essas pertinentes preocupações com a proteção das pessoas vulneráveis não abalam, todavia, a ideia central defendida nesse tópico: quando dois direitos individuais da mesma pessoa estão em conflito é razoável e desejável que o Estado resguarde a autonomia pessoal. Afinal de contas, o Estado deve respeitar as escolhas de uma pessoa quando é a sua própria tragédia que está em jogo.

O receio de uma legislação incompleta não pode opor-se, vale dizer, aos avanços que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana trouxeram para o mundo. Não se pode olvidar a evolução por medo de errar, não se pode deixar de legislar por medo de uma ou de outra interpretação. Pessoas que sofrem dependem da regulamentação da morte com intervenção e os diferentes Poderes da Federação devem se atentar para isso e criar regras que regulem as formas de morte com intervenção. Os riscos, deve-se repetir, da regulamentação não podem ser obstáculos para a tutela de direitos.

4.4. Distanásia e a legitimidade do responsável para requerer a morte com intervenção

A pesquisa, em geral, defendeu a liberdade no viés autonomia da vontade, a vontade de morrer dignamente frente à vontade de viver e vice-versa, ambas são levadas em

¹²⁹ Caso estudado no capítulo dois.

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 919, p. 127-196, mai. 2012.

consideração. O principal é que o Estado leve sempre em consideração a vontade inequívoca e consciente do indivíduo.

A distanásia é mal vista por muitos, pois, ao contrário da ortotanásia, são empregados vários métodos para a manutenção da vida, mesmo que dolorosos. Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel¹³¹ ponderam a distanásia ao falar que:

Essa postura legislativa e doutrinária pode produzir consequências graves, pois, ao oferecer o mesmo tratamento jurídico para situações distintas, o paradigma legal reforça condutas de obstinação terapêutica e acaba por promover a distanásia. Com isso, endossa um modelo médico paternalista, que se funda na autoridade do profissional da medicina sobre o paciente e descaracteriza a condição de sujeito do enfermo. A arte de curar e de evitar o sofrimento se transmuda, então, no ofício mais rude de prolongar a vida a qualquer custo e sob quaisquer condições. Não é apenas a autonomia do paciente que é agredida. A liberdade de consciência do profissional da saúde pode também estar em xeque.

A pesquisa, por outro lado, atreve-se a discordar dos juristas mencionados, ao defender que a vontade do paciente deve sempre prevalecer, inclusive quando este quiser tentar todas as possibilidades, mesmo que dolorosas, mesmo que consideradas ineficazes. O indivíduo deve ter o direito de lutar pela sua vida até o desfecho final.

É necessário que as posições a favor da morte com intervenção sejam vistas com cautela, para que não virem uma obrigação, para que não seja o primeiro argumento a ser suscitado, inclusive, pelos médicos. Às vezes a prática da distanásia é uma opção do paciente, ou mesmo da própria família que acredita numa cura, inclusive numa cura espiritual, afinal, o direito à crença deve ser respeitado.

Quanto à legitimidade do representante legal, em casos de ausência de consciência do indivíduo, esta deve ser discutida com cautela. A prática da distanásia autorizada pelo representante legal deve ser abraçada pelo Ordenamento Jurídico, pois a manutenção da vida – quando não for possível a manifestação do paciente – deve ser sempre uma premissa. Por outro lado, a morte com intervenção deve ser vista sempre como uma exceção, respaldada na Dignidade da Pessoa Humana.

Desta forma, não se deve falar em legitimidade do representante legal para a prática da morte com intervenção, porque a manutenção da vida é, e deve ser sempre, a regra, que só pode ser excepcionada pela vontade do indivíduo quando manifesta a sua vontade, livre e consciente.

¹³¹ BARROSO, op. cit., p. 9.

Assim, o representante legal não deve ter legitimidade para optar pela morte com intervenção, pois apenas quem detém a vida tem o direito dela dispor.

CONCLUSÃO

O presente ensaio traz à tona a importância da análise dos direitos fundamentais como o direito à liberdade à igualdade à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, caso a caso.

O direito à vida existe há muito tempo, como foi visto no primeiro capítulo. Diversos países continham a proteção da vida na lei escrita. No Brasil, apenas com a Constituição de 1946 que o direito à vida foi positivado na Carta Magna, em seu artigo 141, *caput*. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por fim, elencou o direito à vida no rol dos direitos fundamentais, dando a ele a importância necessária.

Ocorre que com o advento da Carta Magna de 1988 o princípio da Dignidade da Pessoa Humana deixou de ser apenas um valor e passou a ser um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, positivado no inciso III do artigo 1º, a base dos demais artigos, o fundamento necessário da justiça.

O direito à morte digna, nada mais é, portanto, que um desmembramento do direito à vida pois a existência não se resume apenas à vida, mas também ao momento da partida, ao momento do inevitável fim. Uma vida de sofrimentos, de angústia, quando a situação for irreversível, deveria ser evitada, se o enfermo optar por tal decisão.

O primeiro capítulo trouxe a breve explicação do início da vida, traçando as diferenças entre as teorias natalista, condicionalista e concepcionista. Além disso, foi necessário um estudo das últimas decisões da Suprema Corte Brasileira ao julgar a ADPF 54 e a ADI 3510, momentos nos quais os ministros precisaram discutir o início da vida e da personalidade jurídica.

No final do primeiro capítulo foi feita a distinção entre os tipos de morte com antecipação como, por exemplo, a eutanásia, suicídio assistido, ortotanásia, distanásia, entre outras. É importante fazer a distinção, pois a diferença diz diretamente quanto à vontade do indivíduo. A ortotanásia, por exemplo, é considerada legítima pelo Conselho Federal de Medicina, enquanto que a eutanásia é absolutamente rechaçada, sendo considerada uma atitude antiética.

O segundo capítulo versou sobre o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, traçando seu histórico até os dias atuais, mostrando a sua importância para o Direito. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana passou a ser a base interpretativa para o

Ordenamento Jurídico de todo país considerado democrático. A dignidade como autonomia foi adotada para explicar a razão da ponderação entre os direitos à vida e à liberdade e porque este deve prevalecer sobre aquele.

A autonomia da vontade, a liberdade de decidir são os instrumentos necessários para a efetivação da dignidade. O ensaio jamais defendeu a antecipação da morte, o trabalho estimula e incentiva a manutenção da vida, mas é apenas com liberdade para autodeterminar-se que uma pessoa atinge, de fato, a dignidade.

Não é aceitável que outros decidam no lugar de quem está enfrentando o sofrimento, e uma vida que não quer mais ser vivida não é digna. Grandes personalidades do mundo inteiro optaram por viver e suportar suas limitações como é o caso do brilhante físico Stephen Hawking e também da ex-atleta brasileira Laís Souza. Ambos sofrem limitações atualmente incuráveis, mas decidiram viver e ter esperança. Esta é a atitude esperada e que deve ser incentivada sempre!

Mas e quem decidiu partir? E para quem a vida se tornou um fardo, uma obrigação? E quem suplica pela liberdade de acabar com o sofrimento? E quem busca pelo direito à igualdade de mover seu corpo com o auxílio de outro para pôr fim à vida? A esses deve ser imposta a vida, mesmo colocando em dúvida a aplicação da dignidade?

É impossível ignorar os gritos de quem não quer mais viver e se sente impossibilitado de pôr fim à vida de forma direta. Nestes casos, a pesquisa admite a prática do suicídio assistido, como forma de efetivar o direito à igualdade.

Assim, o artigo 122, *caput*, parte final, do Código Penal deve ser considerado não recepcionado pela Constituição, por violar de forma clara o direito à igualdade. Por que o suicídio não é crime e o auxílio ao suicídio, em casos específicos, é? Trata-se de afronta ao direito à igualdade.

É impossível, no entanto, concluir o ensaio sem a cautela necessária para uma tipificação consciente das formas de antecipação da morte. O legislador e o aplicador da lei devem ter cuidado ao verificar a legítima vontade do indivíduo, evitando assim fraudes e mesmo uma manipulação da legítima vontade.

A permissão para a antecipação da morte deve ser dada após, pelo menos, um ano de intenso tratamento psicológico. O indivíduo que optar pela morte antecipada deve ser aconselhado a prosseguir com a vida, estimulado a, pelo menos, tentar viver. Uma pessoa que sofre um acidente ou recebe a notícia de uma doença terminal é automaticamente acometido de problemas psicológicos como depressão, pânico, transtornos de ansiedade, entre outras

diversas doenças e um tratamento deve ser dado ao indivíduo para que, ao final, possa dar sua opinião consciente.

O caso Ramón Sampedro é talvez o melhor exemplo de consciência do desejo e vontade de abreviação da vida. Sampedro permaneceu numa cama por quase 30 anos e lutou pelo direito de morrer. Este é um caso claro de consciência e legítima vontade, sem vícios, sem pressões externas.

Por fim, é necessária uma crítica ferrenha aos excessos e à banalização dos instrumentos de antecipação da morte. A distanásia deve ser vista com muita cautela, pois há quem defenda que ela não deve ser aplicada em nenhum caso, e isso é um erro. A vontade do indivíduo deve ser respeitada, mesmo com sofrimento e com dor. Há quem tenha esperança na vida e na cura, há quem se submeta a várias cirurgias com a esperança de viver e essa vontade deve ser respeitada. Todos os métodos para a manutenção da vida devem ser aplicados, mesmo que de forma inútil, se esta for a vontade do paciente.

Os médicos e o Estado não devem impor a morte baseados na dignidade, pois a dignidade deve ser interpretada no viés autonomia, é o indivíduo que deve determinar o que lhe parece digno ou não, quando se trata do seu sofrimento. O caso do bebê Charlie Gard é um exemplo. O Estado impôs a morte, o Estado interrompeu o tratamento fundamentando na Dignidade da Pessoa Humana e isso não é admissível. Não cabe ao Estado decidir o que é digno nestes casos, cabe ao indivíduo e apenas a ele decidir continuar tentando ou desistir, trata-se do direito à liberdade na sua mais profunda análise.

O resultado da pesquisa não é a favor da morte, mas a favor da liberdade, da autodeterminação, da escolha livre e consciente, na esperança e na manutenção da vida quando assim o indivíduo decidir, pois no final o que importa é a autodeterminação.

A soberania sobre o próprio corpo deve ser entendida como a plenitude da expressão do direito à liberdade. Da mesma forma, o direito à vida não deve ser imposto ao indivíduo, em determinadas situações, este direito não pode se tornar um fardo a ser carregado.

Neste sentido, ao indivíduo que padece de enfermidades deve ser dado o direito à escolha, o direito de autodeterminar-se e decidir se o sofrimento que a sua condição lhe causa é suportável ou não e a mais ninguém cabe essa decisão, nem aos médicos e nem ao Estado, apenas ao indivíduo.

O indivíduo, portanto, é o soberano da sua própria existência, ou assim deveria sê-lo. Autodeterminar-se significa escolher o seu caminho e decidir quanto sofrimento se pode aguentar, o que varia de cada indivíduo para indivíduo. É neste sentido que o ensaio se posiciona: não importa a opção, seja pela distanásia ou pela ortotanásia, não cabe ao médico

ou ao Estado dizer o quanto basta ou não, ao indivíduo deve lhe ser dado o direito à escolha, escolher lutar e continuar ou desistir e partir.

Por fim, respondendo ao questionamento inicial: sim, o indivíduo deve ser soberano quando se trata de suas escolhas, quando se trata de sua dor... quando o primordial não é viver ou morrer, quando o principal não é lutar ou desistir, quando o essencial é o DECIDIR!

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo. Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 919, p. 127-196, mai. 2012.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *A morte como ela é: Dignidade e autonomia individual no fim da vida*. p. 18 e 21. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/.htm>. Acesso em: 21 fev. 2017.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc%2E+OU+hc%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3510. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc%2E+OU+hc%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

_____. *CÓDIGO PENAL de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7209.htm>. Acesso em: 21 fev. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil I* (parte geral e LINDB). 13. ed. São Paulo. Atlas, 2015.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 2010. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.