

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS I

JANAÍNA MACHADO STURZA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

B615

Biodireito e direitos dos animais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Heron José de Santana Gordilho; Janaína Machado Sturza – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-025-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS I

Apresentação

Neste ano de 2020 - um ano totalmente atípico, o Encontro do Conpedi aconteceu de forma virtual, ou, em outras palavras, aconteceu de 23 a 30 de junho o Encontro Virtual do Conpedi.

Este encontro, que aconteceu a partir da reunião de muitos esforços, contou com a participação de muitos pesquisadores, estudantes e professores – e sem dúvida alguma, foi um sucesso!!!

Partindo deste cenário, apresentamos o GT Biodireito e Direito dos Animais I, o qual foi organizado em dois blocos de discussões, sendo que inicialmente foram apresentados os trabalhos que permeavam o tema do direito dos animais e, por fim, as apresentações pertinentes aos temas que circundam o biodireito.

Considerando a dinâmica observada no biodireito e sua proeminência na sociedade atual, bem como as transformações que envolvem os direitos atribuídos aos animais não humanos, os trabalhos apresentados neste GT, assim como as discussões e os debates propostos, possibilitaram perceber-se uma ressignificação da sociedade e dos seus atores sociais ao longo dos séculos, e, conseqüentemente, o surgimento de novos ramos do conhecimento científico – que ao final, com certeza, contribuem para um novo olhar sobre a pesquisa jurídica.

Convidamos a todos que leiam os textos apresentados neste GT.

Julho de 2020 – Pandemia de Covid-19.

Profa. Dra. Janaína Machado Sturza – UNIJUI/RS

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Biodireito e Direitos dos Animais I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>),

conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Biodireito e Direito dos Animais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O DIREITO DE MORRER: E SE MARIEKE VERVOORT TIVESSE VIVIDO NO BRASIL?

THE RIGHT TO DIE: WHAT IF MARIEKE VERVOORT HAD LIVED IN BRAZIL?

Sergio Luís Tavares ¹

Resumo

O artigo analisa eventuais dimensões jurídicas do direito de morrer no cenário do constitucionalismo brasileiro atual, em episódios onde uma pessoa decida pelo fim da própria vida, ainda que com o auxílio de terceiro, por estar padecendo considerável sofrimento, decorrente de enfermidade irreversível e incurável. Tomou-se como paradigma o caso da paratleta belga Marieke Vervoort, que sofria de doença incapacitante e degenerativa, e que teve sua opção pela eutanásia atendida na Bélgica. A pesquisa é exploratória, bibliográfica e documental, faz um breve estudo do mencionado caso e segue o método analítico.

Palavras-chave: Direito de morrer, Dignidade humana, Autonomia da vontade, Constitucionalismo brasileiro

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes possible legal dimensions of the right to die in the context of current Brazilian constitutionalism, in episodes where a person decides to end his own life, even with the help of a third party, as he is suffering considerable suffering due to irreversible and incurable illness. The case of the Belgian parathlete Marieke Vervoort was taken as a paradigm, who suffered from a disabling and degenerative disease, and who had her option for euthanasia attended in Belgium. The research is exploratory, bibliographic and documentary, makes a brief study of the mentioned case and follows the analytical method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to die, Human dignity, Autonomy of the will, Brazilian constitutionalism

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Estácio de Sá, na área de concentração: Direito Público e Evolução Social, na linha de pesquisa: Direitos Fundamentais e Novos Direitos. Teólogo. Professor. Advogado

INTRODUÇÃO

Discutir acerca da terminalidade da existência humana nunca foi tarefa fácil, especialmente se isso implica abordar o dilema concernente à disponibilidade ou não do direito à vida, ainda que se esteja no cenário de um quadro de sofrimento físico e psíquico irreversível e insuportável.

Várias dicotomias emergem no momento desse debate, como a sacralidade da vida de um lado, e no outro extremo a autodeterminação do enfermo, que decidiu conscientemente não querer mais prosseguir com aquilo que já passou a reputar como indigno e não merecido.

O pretense direito por uma morte digna desponta no debate exatamente em tais circunstâncias em que, uma pessoa, de maneira livre, consciente e esclarecida, manifeste o seu desejo por morrer, a fim de abreviar um grave sofrimento que vem experimentando e que a levou a estado terminal ou vegetativo persistente e onde não haja mais a possibilidade de cura, melhora ou reversão do quadro clínico.

O presente artigo toma por ilustração o caso da paratleta belga Marieke Vervoort, participante das Paraolimpíadas do Rio de Janeiro de 2016, que viveu um drama pessoal, visto que sofria de uma enfermidade degenerativa, incurável e que lhe acarretou grande sofrimento físico e psíquico, a ponto de ela ter decidido por morrer, o que gerou comoção a nível internacional e reinstalou um ambiente de debates quanto ao direito de morrer.

São apresentadas ainda as linhas gerais do neoconstitucionalismo brasileiro, que reputa a dignidade humana como um macro princípio e segue a linha pós-positivista, responsável por um pensamento axiológico-indutivo, onde há um sistema aberto de regras e princípios, que coloca a Constituição da República no centro do ordenamento jurídico.

Destaque-se por fim que a jurisprudência sobre essa temática é bem escassa, ao que se somam aspectos culturais, especialmente religiosos, que praticamente blindam, ou pelo menos abafam, discussões mais efetivas sobre a eutanásia, o suicídio assistido, a distanásia e mesmo a ortotanásia, expressões do direito de morrer, considerado este um verdadeiro tabu em nossa sociedade.

1. DIFICULDADES CONCEITUAIS E ACORDO SEMÂNTICO

O trato desta temática movimenta-se em meio a dificuldades conceituais, como a polissemia de alguns termos, a ambiguidade de alguns vocábulos ou expressões (por razões

epistemológicas, culturais, históricas) e mesmo pela reconhecida imprecisão ou abstração de alguns institutos.

Pela proposta acadêmica aqui presente, será feita uma breve demonstração de tal complexidade e estabelecido um mínimo acordo semântico, baseado em determinados autores, a fim de que a descrição e a análise do problema central tornem-se mais facilitadas.

Como a proposta é a reflexão quanto à possibilidade do reconhecimento jurisdicional do direito de morrer, provocado por um caso concreto, tal qual o que envolve Marieke Vervoort, na hipótese de sua ocorrência no Brasil, e considerando o perfil do constitucionalismo brasileiro atual, tem-se que a nova hermenêutica constitucional baseia-se, entre outros aspectos, numa teoria de direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana, cuja centralidade acarreta a necessidade da averiguação mais apurada de seus contornos.

Barroso (2005) declara que “*a definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade*”. Na mesma obra, Barroso aponta que a interpretação acerca do princípio da dignidade da pessoa humana encontra divergência até mesmo entre juristas contemporâneos, mencionado Ana Paula de Barcellos¹ e Daniel Sarmiento².

Em outra obra, Barroso (2010) trata a dignidade da pessoa humana como uma ideia polissêmica, onde cada um projeta nela a sua própria imagem de dignidade, donde conclui não ser possível, nem desejável, reduzi-la a um conceito fechado, embora reconheça que se lhe deva atribuir sentidos mínimos.

Nesse esforço e a título exemplificativo, E Moraes (2003, p.105-147) entende que a dignidade envolve quatro elementos: a liberdade, a integridade psico-física, a igualdade e a solidariedade.

Já Sarlet expressa que o alcance e os limites da dignidade humana devem ser aferidos no caso concreto, assim como reconhece abstração e indeterminação nesse conceito, pois se trata de uma categoria axiológica aberta, o que demanda, inclusive, tolerância multicultural:

[...] verifica-se que reduzir a uma fórmula abstrata e genérica tudo aquilo que constitui o conteúdo possível da dignidade da pessoa humana, em outras palavras, alcançar uma definição precisa do seu âmbito de proteção ou de incidência (em se considerando sua condição de norma jurídica), não parece ser possível, o que, por sua vez, não significa que não se possa e não se deva buscar uma definição, que, todavia, acabará alcançando pleno sentido e operacionalidade apenas em face do

¹ In BARCELLOS, 2002, p.305

² In SARMENTO, 2004, p.114

caso concreto, como, de resto, é o que ocorre de modo geral com os princípios e direitos fundamentais (SARLET, 2007, p. 379).

Discorrer sobre o direito de morrer demanda, obrigatoriamente, a conceituação do que seja vida e morte. E, por mais surpreendente que possa parecer, ciências como a Biologia e a Medicina encontram dificuldades para conceituar “vida”, não existindo uma definição universal para o seu conceito biológico.

No entanto, a definição da morte se mostra mais compreensível que o conceito de vida. As próprias definições para “vida” parecem colocá-la como uma ideia residual ou de contraponto ao da morte. Nesse sentido, poderia se dizer, didaticamente, que “há vida, sempre que não há morte”.

Thanatos, nome mitológico dado pelos gregos para a morte com seu mistério, seu “poder assustador”, talvez, inconscientemente, requeira do ser humano mais atenções e preocupações, pelo menos em se tentar defini-la ou dimensionar os seus variados efeitos (MITOLOGIA ONLINE, 2016).

Dworkin, refletindo filosoficamente sobre a morte, discorre:

É uma obviedade afirmar que vivemos toda nossa vida à sombra da morte; também é verdade que morremos à sombra de toda nossa vida. O horror central da morte é o esquecimento – o absoluto e terrível colapso da luz. O esquecimento, porém, não é tudo; se assim fosse, as pessoas não se preocupariam tanto com a questão de suas vidas técnicas e biológicas terem ou não continuidade depois que se tornaram inconscientes e caíram no vazio, depois que a luz já morreu para sempre. A morte domina porque não é apenas o começo do nada, mas o fim do tudo, e o modo como pensamos e falamos sobre a morte – a ênfase que colocamos no “morrer com dignidade” – mostra como é importante que a vida termine *apropriadamente*, que a morte seja um reflexo do modo como desejamos ter vivido (DWORKIN, 2002, p. 280).

De qualquer forma, do muito que se pode falar, pensar ou sentir sobre a morte, é relevante fixar a conceituação jurídica sobre o evento morte, o que também não é tarefa pacífica. O Código Civil brasileiro³ não estabelece por qual critério é definido o momento final da vida, ficando a critério da Medicina, especialmente da Medicina Legal, constatar a morte.

Conforme Oliveira (2015, p.64), já se acreditou que a morte ocorreria com a parada do coração e com a cessação da função respiratória. Entretanto, com o avançar da Medicina, a constatação da morte tornou-se mais complexa, a exemplo do que ocorre com o paciente comatoso, havendo controvérsia quanto à utilização do critério da morte cardíaca ou da morte

³ Art 6º, primeira parte, da Lei federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil brasileiro): “A existência da pessoa natural termina com a morte [...]”.

cerebral, o que impacta diretamente no procedimento a ser adotado, em face do que prevê o Art 3º, da Lei dos Transplantes⁴, que estabelece a morte encefálica.

Barroso (2010, p. 238) alerta para a necessidade de “*limpeza conceitual*”, por conta da polissemia existente na discussão bioética e jurídica sobre a morte com intervenção, o que dificulta o debate e a compreensão do tema.

Normalmente, quando se alude ao direito de morrer, o termo “*eutanásia*” é o mais difundido, tendo sido utilizado por muito tempo e de forma genérica para açambarcar as condutas comissivas ou omissivas de proporcionar a morte de pacientes terminais. O termo foi usado pela primeira vez em 1623, por Francis Bacon, defensor dessa prática pelos médicos, quando estes não mais dispusessem de meios para levar um enfermo em sofrimento à cura (GOLDIM, 2004).

Todavia, a palavra eutanásia hoje se refere apenas à forma ativa de conduta de interrupção da vida de doentes terminais, cuja morte se mostre inevitável em curto lapso temporal. Assim, atualmente, compreende-se como eutanásia propriamente dita, também conhecida como eutanásia ativa, positiva ou direta, o agir por meio do qual se põe fim à vida de um doente para lhe abreviar o sofrimento, como por exemplo, aplicar-lhe uma injeção letal ou desligar o aparelho cuja importância é vital para esse mesmo paciente, condutas essas que, no Brasil, configuram o crime de homicídio, ainda que possam ser contempladas com causa especial de diminuição de pena (privilégio)⁵, passando à alcunha de homicídio piedoso ou caritativo (MASSON, 2017, p.19-20).

A par dessa “*limpeza conceitual*”, proposta por Barroso, não estariam abrigadas, no conceito de eutanásia, condutas outrora denominadas de eutanásia passiva (decorrentes de omissão do tratamento capaz de prolongar artificialmente a vida do paciente) e de eutanásia indireta (por ação decorrente da intenção de provocar a morte).

Útil a classificação proposta por Mc Connell (2000, p.88), que categoriza a eutanásia como voluntária, não voluntária e involuntária. Voluntária, quando há expresso e informado consentimento; não voluntária, quando se realiza sem o conhecimento da vontade do paciente; e involuntária, quando é realizada contra a vontade do paciente. Para a última modalidade, há consenso que se trata de uma conduta criminosa.

⁴ Art 3º, da Lei federal nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997: “ A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

⁵ A causa de diminuição de pena (privilégio) tem, nesse caso, enquadramento no Art 121, § 1º, do Código Penal brasileiro (motivo de relevante valor moral).

Já para o termo ortotanásia, primeiro vale registrar que há um corte que coloca de um lado alguns doutrinadores que entendem a ortotanásia como sinônimo de eutanásia passiva, a exemplo de Gomes (2007, p.171-179).

No entanto, aqui é feita a escolha doutrinária pela distinção entre as duas expressões, com base nos ensinamentos de Villas-Bôas (2008, p. 61-83), que identifica na eutanásia passiva o intento do agente em abreviar a morte com a conduta de omitir ou suspender recursos que ainda seriam indicados e proporcionais, pois que ainda poderiam beneficiar o paciente, ao passo que na ortotanásia, o desejo não é o de abreviar a morte, mas sim de não prolongar indevidamente o processo de morte, optando-se pela abstenção ou suspensão de medida não indicada pela ciência médica por ser incapaz de proporcionar a evolução clínica do enfermo.

Na explicação de Goldim (2004), deve ser evitada a equiparação da eutanásia passiva com a ortotanásia, esta última vista como a “morte no tempo certo”, atuação a ser tida como correta frente à morte que se aproxima, com a adoção dos cuidados paliativos apropriados ao paciente que esteja nos momentos finais de sua vida.

Portanto, para aqueles que percebem a diferença entre a eutanásia passiva e a ortotanásia, na primeira há o encurtamento da vida, enquanto que na segunda, a omissão ou a inação do terceiro não antecipa o desfecho letal em relação ao momento naturalmente certo daquela morte.

Ao ensejo dos comentários sobre a ortotanásia, torna-se pertinente abordar o que sejam os cuidados paliativos, conceitualmente falando, especialmente pelo fato de que será a aplicação racional e razoável desses cuidados que poderá configurar o que seja a aceitável ortotanásia ou, em intensidade abusiva e desproporcional, a caracterização da distanásia, abaixo descrita.

Pessini (2001) ensina que o cuidado paliativo é o uso de toda a tecnologia disponível para aplacar o sofrimento físico e psíquico do enfermo, podendo envolver o que se denomina duplo efeito, ou seja, em determinados casos, o uso de algumas substâncias para controlar a dor e a angústia pode aproximar o momento da morte. Nesses casos, a diminuição do tempo de vida é um efeito previsível, mesmo sem ser desejado.

A respeito dos cuidados paliativos, o Código de Ética Médica brasileiro, aprovado pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.217/2018⁶, a eles faz alusão direta em três

⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução nº 2.217/2018**. Aprova o Código de Ética Médica. 27 set. 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.2226/2019.

dispositivos (Capítulo 1, inciso XXII; Art 36, § 2º; e Art 41, parágrafo único), sendo neste último evidenciada a deontologia médica em favor da ortotanásia e o repúdio à distanásia:

É vedado ao médico: Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Ainda no contexto da ortotanásia e dos cuidados paliativos, surge um conceito ainda novo, associado à figura do *hospice*⁷, que é a kalotanásia, termo apresentado por Ciro Floriani, como uma evolução do significado de ortotanásia e que contém novas propostas mais modernas nesse sentido (GERIATRICS, 2018).

Por sua vez, a distanásia, etimologicamente, é o oposto da eutanásia, isto é, a utilização de todas as possibilidades para prolongar a vida de um ser humano, ainda que a cura não seja uma possibilidade e o sofrimento se torne demasiadamente penoso.

Todavia, pertinente também afastar o conceito de distanásia de ortotanásia, como acima desenvolvido. Como afirma Pessini (2001), com a distanásia, “não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer”.

Na mesma esteira da distanásia, aparecem os conceitos de obstinação terapêutica e de tratamento fútil. Pessini (2009) escreve sobre a distanásia, questionando até quando se deve investir na continuidade de um tratamento médico inútil. Menciona, então, as condutas que, na Europa, são conhecidas como “obstinação terapêutica” e nos Estados Unidos, “futilidade médica”.

Aqui também se reconhece a complexidade da questão, que decorre exatamente dos avanços tecnológicos das ciências médicas que, a um só tempo, ampliam as suas “ferramentas” procedimentais de prolongamento da vida humana, mas são chamadas a reflexões bioéticas quanto ao uso indiscriminado das mesmas.

⁷ O conceito de *hospice* está ligado a uma filosofia de cuidados, remonta a fatos históricos longínquos e vem evoluindo a partir de diferentes experiências ocorridas em lugares distintos. Aborda uma assistência humanizada, em seu mais amplo espectro. Além dos pilares de diagnóstico, tratamento e prognóstico, soma-se o pilar dos cuidados, que engloba o paciente e seus familiares em todos os seus estágios, inclusive no pós-luto. Cuidado paliativo é o cuidado dos sintomas da doença e não da doença em si, pois não há intenção de curar. Os cuidados paliativos se apoiam na ortotanásia, repudiando a distanásia tanto quanto a eutanásia. Ciro Floriani apresenta o conceito da kalotanásia, que pode contribuir para melhor sistematização do significado da ortotanásia e propõe algumas características para o que deve ser a boa morte. (GERIATRICS, 2018).

Quanto às reais motivações, caso a caso, de se manter a pessoa em estado vegetativo e até quando, trata-se de discussão que parece infundável, pois passa por perspectivas morais, religiosas, culturais e até econômicas.

O conceito de suicídio assistido também se mostra necessário ao presente trabalho, pois inserido no gênero denominado morte com intervenção, mas que guarda distinções dos outros conceitos aqui explanados. Preliminarmente, suicídio assistido consiste no extermínio da respectiva vida com auxílio ou assistência de terceiro, de modo que não reste dúvida que o ato causador da morte é de autoria daquele que optou pela própria morte.

Nesses casos, a vontade nasceu do próprio suicida, não comportando, conceitualmente, os casos de induzimento ao suicídio. Porém, em se tratando de desejo oriundo do próprio suicida, ao intento originário se somará o auxílio ou a assistência de terceiro, que poderá ser um profissional de saúde que o acompanha ou mesmo um familiar ou pessoa próxima com grande afeição por aquele desejoso de morrer.

Uma das distinções clássicas entre a eutanásia (considerada na sua forma ativa, conforme já exposto) e o suicídio assistido reside na responsabilização do terceiro, eis que o agente da eutanásia responde, em tese, pelo crime de homicídio, enquanto o terceiro que auxilia no suicídio será enquadrado em tipo autônomo do Código Penal brasileiro⁸.

A expressão suicídio assistido ficou popularizada nos anos de 1990, por conta da atuação do doutor Jack Kervokian, vulgarmente conhecido com o “Doutor Morte”, médico estadunidense (1928-2011), que promoveu mais de noventa suicídios assistidos em pacientes terminais.

Alguns outros conceitos relevantes ao tema como a recusa de tratamento médico, a limitação consentida de tratamento, a retirada de suporte vital, a não-oferta de suporte vital, a ordem de não-ressuscitação ou de não-reanimação, a mistanásia, o testamento vital e outros, não serão aqui apresentados, em razão da proposta acadêmica para o presente artigo.

No caso paradigma trazido ilustrativamente para o debate, referente a Marieke Vervoort, as notícias coletadas mostraram que ela, apesar de ter se preparado paulatinamente para a morte, manifestou reiteradamente o desejo de pôr fim ao seu sofrimento, por meio da eutanásia, fato que se consumou no dia 23 de outubro de 2019, em sua cidade natal, Diest, na Bélgica, aos 40 anos de idade.

⁸ Art 122, do Código Penal Brasileiro: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça”.

2. O CASO MARIEKE VERVOORT: AUTONOMIA DA VONTADE E DIGNIDADE HUMANA NO CENTRO DOS DEBATES ACERCA DA MORTE COM INTERVENÇÃO

Marieke Vervoort nasceu em 10 de maio de 1979, na cidade belga de Diest, foi paratleta de alta *performance*, tendo participado dos Jogos Paralímpicos de Londres em 2012, quando ganhou a medalha de prata na corrida de cadeira de rodas (modalidade T52, 200 metros), estabeleceu o recorde europeu e ainda ganhou a medalha de ouro na corrida de cadeira de rodas nos 100 metros.

Além das citadas conquistas, Marieke obteve outras premiações, mas seu nome passou a um enfoque ainda maior, por ocasião de seus preparativos para os Jogos Paralímpicos do Rio de Janeiro em 2016, quando declarou que estaria considerando a eutanásia como uma decisão a ser tomada, diante dos sofrimentos pelos quais vinha passando, em razão de doença degenerativa e dolorosa que possuía.

A repercussão foi ainda maior quando Vervoort afirmou que o seu último desejo era participar do evento esportivo no Brasil, para então, em seguida, levar a efeito a sua decisão pela eutanásia. Nas competições no Rio de Janeiro, ela ganhou mais uma medalha de prata na prova dos 400 metros e uma de bronze na prova dos 200 metros.

Marieke foi diagnosticada, aos 14 anos de idade, com duas doenças degenerativas e incuráveis, denominadas tetraplegia progressiva e distrofia muscular miopática, as quais foram responsáveis pela progressiva perda da capacidade de movimentos e de visão da paratleta.

No ano de 2008, Marieke conseguiu autorização para praticar eutanásia, tendo assinado a documentação exigida pelo procedimento jurisdicional no seu país de origem, Bélgica, onde a eutanásia é legalizada, nos casos de pacientes terminais e desde que cumpridos os requisitos legais.

A ideia de que a autonomia da vontade seja uma expressão da dignidade da pessoa humana é um posicionamento bastante aceito, porém os limites dessa autonomia e os seus contornos quando se refere à opção pelo direito de morrer, ainda que para abreviar um grande sofrimento do seu próprio titular, num quadro de irremediável mazela, sempre levantou muita polêmica.

Em curtas palavras, o litígio de opiniões tem significativa fonte na discussão sobre a disponibilidade ou a indisponibilidade sobre o direito à vida, assim como com a definição do que seja “*vida digna*”. A partir desses impasses, diversos fundamentos jurídicos, éticos,

filosóficos, religiosos e de outras naturezas surgem para fundamentar a permissibilidade ou não da decisão de morrer.

Quanto à dignidade humana, indispensáveis as considerações de Sarlet (2007, p. 103), ao explicar que a dignidade, por ser humana, é subjetiva e variável, e que o alcance e os limites da dignidade só podem ser aferidas no caso concreto. Ou seja, é uma categoria axiológica aberta e o princípio da dignidade humana é revelador de alto grau de abstração e indeterminação.

No caso de Marieke, e a partir de sua manifestação de vontade, a justiça belga entendeu que o pedido da paratleta se mostrou legítimo, supostamente por considerar que a própria Marieke não via mais como digna a sua existência, em razão dos sofrimentos acumuladamente sofridos⁹.

No entanto, os principais argumentos contrários a essa decisão de Marieke, homologada pela justiça da Bélgica (apesar de ainda não executada) seriam a invalidade desse consentimento, por ser manifestado sob intenso grau de sofrimento físico e/ou psíquico; a subjetividade e conseqüente imprecisão do que seja uma vida “*indigna*”, a ponto de ser ceifada; e a suposta indisponibilidade do direito à vida, ainda que no contexto dessa valoração de “*indignidade*”, argumentos todos que colocam em xeque a interação entre a autonomia da vontade e o direito de morrer, com base no primado da dignidade da pessoa humana.

Barroso (2016, p.13-19) ensina que a dignidade humana é conceito que migrou do plano da Religião, passando pela Filosofia e pela Política, até chegar ao Direito, na forma de princípio jurídico, pondo-se como justificação moral e fundamento normativo para os direitos fundamentais. Reconhece ainda que ha dificuldade em se conceituar a dignidade humana, inclusive no âmbito transnacional, mas não se furta de apontar os seus conteúdos mínimos, que seriam o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário.

Especificamente quanto à autonomia da vontade, apontada por Barroso como o elemento ético da dignidade humana, configura-se como a autodeterminação do indivíduo, o seu livre arbítrio para que o mesmo busque o seu ideal de vida, conforme os valores,

⁹ Importante o registro de que Marieke Vervoort obteve da justiça belga, desde 2008, autorização para que fosse submetida à eutanásia. Ela chegou a declarar que não queria morrer, mas que estava se preparando para isso há muito tempo. Esteve internada em um hospital em sua cidade natal, Diest, na Bélgica. Todavia, com o avanço da doença e autorizada a ser eutanasiada, Marieke, aos 40 anos de idade, depois de abandonar o tratamento que recebia, faleceu em 23 de outubro de 2019, por meio da conduta de eutanásia (SÁNCHEZ, 2019).

interesses e desejos. É a capacidade para tomar decisões e fazer escolhas pessoais, sem interferências externas.

A título de reflexão quanto à concretude da dignidade humana em sociedades complexas, inclusive pelo avançar tecnológico, importante considerar o papel da autonomia privada no exercício do direito de personalidade, conforme as palavras de Vasconcelos (2006, p. 153):

A autonomia privada, no exercício do direito de personalidade tem dois aspectos principais: a da iniciativa na defesa da personalidade e a da auto-vinculação à sua limitação ou compressão.

No primeiro dos referidos aspectos, o titular é livre de exercer o seu direito ou de se abster de o fazer. [...] Esta liberdade é reveladora da autonomia do titular que pode decidir, só por si e livremente, sobre o exercício do direito, sem estar vinculado heteronomamente. Num outro exemplo, o doente pode não querer ser tratado.

No segundo dos aludidos aspectos, o titular do direito de personalidade pode auto-vincular-se à limitação ou à compressão do seu direito.

Comentando acerca da dignidade do paciente terminal e da autonomia da vontade, Dworkin aponta:

[...] a questão crítica consiste em saber se uma sociedade decente irá optar pela coerção ou pela responsabilidade, se tentará impor a todos os seus membros um juízo coletivo sobre assuntos do mais profundo caráter espiritual, ou se irá permitir e pedir a seus cidadãos que formulem, por si mesmos, os juízos mais crucialmente definidores da sua personalidade naquilo que diz respeito a suas próprias vidas. [...] Levar alguém a morrer de uma maneira que outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida, é uma devastadora e odiosa forma de tirania (DWORKIN, 2019, p. 305; 307).

Observa-se que, para questões sobre bioética e biodireito, tais como as categorias de morte com intervenção, existe importante corte entre a dignidade humana como restrição (heteronomia) e a dignidade humana como empoderamento (autonomia da vontade). Se de um lado, a autonomia reforça a ideia de que uma pessoa possui, em tese, o direito de escolher pela própria morte, em situações de terminalidade já relatadas, no outro extremo, o valor intrínseco, aliado ao valor comunitário podem fornecer importante substrato àqueles que se opõe ao reconhecimento da morte com intervenção.

Barroso (2016, p. 106-110) ainda destaca, para as discussões sobre o suicídio assistido, sua preferência pela não ingerência moralista e paternalista da comunidade e do Estado sobre o indivíduo que queira abreviar o seu sofrimento por meio do exercício de seu direito de morrer. Entretanto, alerta para a necessidade de normatização que garanta que o suicídio assistido não seja direcionado para o extermínio de indivíduos vulneráveis e marginalizados, como seria o caso dos idosos.

Portanto, a se enfatizar a autonomia pessoal, como elemento da dignidade humana, fica destacada a capacidade de autodeterminação, isto é, o direito que tem o indivíduo de decidir acerca da própria existência e de desenvolver a sua personalidade de forma livre. Contudo, tomar-se tal concepção de forma ilimitada ou incondicional, em tese, poderá dar legitimidade a que escolhas individuais venham a produzir impactos sociais e globais indesejados, dependendo do caso concreto.

No pensar de Barroso (2010, p. 262), a Constituição republicana de 1988 inclinou-se pela ideia da dignidade como autonomia ao estabelecer um longo elenco de direitos individuais e garantias procedimentais, sem descuidar da dimensão comunitarista, marcada por compromissos como o bem de todos, a erradicação da pobreza e a solidariedade social.

Exatamente na área fronteira entre o conceito de dignidade como autonomia e a dignidade com heteronomia, encontra-se a indagação quanto a indisponibilidade ou disponibilidade dos direitos fundamentais.

Considerando que a temática versa sobre a pretensa disposição do direito à vida, pois trata da morte com intervenção, oportuno frisar que a discussão, em última análise, envolve o questionamento sobre a disponibilidade ou não do direito à vida nas mencionadas circunstâncias de terminalidade.

Conforme Borges (2007, p. 115-126) diversos autores consideram a indisponibilidade como uma das características de tais direitos. A título de exemplo, Oliveira (2015, p. 223) afirma que *“o direito à vida é um direito da personalidade necessário, inato e, portanto, presidido pela característica de sua indisponibilidade”*.

A par da ideia de indisponibilidade sobre a vida humana, não haveria o direito ao suicídio, muito menos a permissibilidade ao suicídio assistido, mesmo nas hipóteses de grande sofrimento físico e/ou psíquico. Nesse sentido, Cupis:

Consequentemente, o direito à vida não compreende a faculdade de abuso que encontra a sua expressão no suicídio. Os atos com que o sujeito visa dispor juridicamente do seu direito ou não têm eficácia, ou têm uma eficácia reduzida; mas, além disso, é desprovido de proteção o ato com que ele pretende por fim ao seu direito, destruindo pela sua própria atividade material o objeto desse direito (CUPIS, 2008, p. 74).

A essas vozes, somam-se outras tantas que empregam o argumento da dignidade humana como fundamento para o combate, por exemplo, à eutanásia e ao suicídio assistido.

Nesse sentido, Severo:

É isso o que os defensores da eutanásia têm feito com a linguagem da “compaixão” e “misericórdia”. Eles encobrem o homicídio deliberado que alguns médicos estão cometendo. Eles o encobrem com frases positivas como: alívio da dor, preservar a

qualidade de vida, morte com dignidade, eutanásia voluntária, o direito de morrer (SEVERO, 2001, p. 43).

Outras opiniões, vindas da Teologia, como Westphal (2009, p. 27), ao comentarem sobre as dimensões da dignidade humana, também lançam críticas ao pressuposto de que não haveria dignidade onde houvesse sofrimento. Afirma que a visão corrente na mídia apregoa que somente a qualidade de vida é critério para definir a dignidade e que o sofrimento é considerado um pecado imperdoável.

3. E SE MARIEKE VERVOORT TIVESSE VIVIDO NO BRASIL?

Marieke era belga e o ordenamento jurídico daquele país permite a eutanásia. Todavia, no campo da pesquisa jurídica e a partir desse caso concreto, torna-se interessante analisar, especialmente à luz da Teoria dos Princípios, quais seriam as reflexões e respostas que o constitucionalismo brasileiro atual poderia oferecer a demandas similares, que gravitem em torno do pretense direito à morte digna.

Caso Marieke fosse brasileira ou tivesse vivido no Brasil até a sua morte, qual seria o desfecho desse caso? A partir dessa pergunta hipotética, tem-se o fio-condutor desta pesquisa, que é devolver o chamado direito de morrer ao fórum de discussões, a fim de se averiguar como o Estado e a sociedade brasileira deste tempo reagiriam a essa polêmica questão, frequentemente evitada, mas que deve, mais do que nunca, ser enfrentada, até mesmo para que haja futuras proposições.

Como é cediço, o *caput* do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, apesar de sua redação deficitária, é pacificamente interpretado como destinado a todos os que estejam no território brasileiro, sendo brasileiros ou estrangeiros, estes últimos como residentes ou mesmo em trânsito pelo país.

Nesse sentido, Lenza (2016, p.1161):

O *caput* do art. 5º faz referência expressa somente a brasileiros (natos ou naturalizados, já que não os diferencia) e a estrangeiros residentes no País. Contudo, a esses destinatários expressos, a doutrina e o STF vêm acrescentando, mediante interpretação sistemática, os estrangeiros não residentes (por exemplo, turistas), os apátridas e as pessoas jurídicas.

Também é de conhecimento amplo que a legislação brasileira, especialmente a penal, não dá espaços para que a morte com intervenção, como por exemplo, a clássica eutanásia ativa ou o suicídio assistido, seja permitida ou mesmo tolerada pelo ordenamento pátrio (MASSON, 2017).

Por simples observação, constata-se que o Brasil ainda é um país predominantemente conservador, provavelmente por conta de uma moralidade sedimentada a partir da tradição religiosa de origem judaico-cristã, o que acarreta a ideia da sacralização, da santidade da vida humana e, por conseguinte, de sua indisponibilidade por parte de seu destinatário, o que gera grande resistência ao implemento de categorias de morte com intervenção, seja pelo viés legislativo, ou mesmo pela aplicação da jurisdição.

Todavia, é necessário destacar que o nosso país vem se encorajando a discussões jurídicas nas perspectivas doutrinária, legiferante e forense sobre assuntos até então tidos como inatingíveis pelo debate social e institucional. Observa-se esse quadro atualmente por meio de diversas ações judiciais levadas ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça e a outros tribunais brasileiros, direcionadas em sua maioria pelo fio hermenêutico da dignidade humana, em temáticas como o mínimo existencial, o uso de algemas, o melhor entendimento sobre o racismo, o direito ao nome, as uniões homoafetivas, a redesignação sexual, as pesquisas com células-tronco embrionárias e a interrupção da gestação de fetos anencefálicos.

Mesmo o direito à vida, antes praticamente protegido por bastiões morais, filosóficos e religiosos, passou a ser rediscutido, diante das novas exigências de uma sociedade cada vez mais complexa e plural. Exemplo categórico disso foi a Audiência Pública ocorrida nos dias 3 e 6 agosto de 2018, promovida no STF, pela Ministra Rosa Weber, relatora em ação de descumprimento de arguição de preceito fundamental, em que se questiona a descriminalização do aborto, nos casos de interrupção voluntária da gravidez nas primeiras doze semanas de gestação, por entender que essa criminalização violaria diversos princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana¹⁰.

No entanto, a produção jurisprudencial brasileira acerca da morte com intervenção é escassa, provavelmente por conta dos filtros legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro que, de antemão, criminalizam condutas caracterizadoras da eutanásia ativa e do suicídio assistido. Justamente essa escassez de precedentes em nosso país é um fator de incertezas caso uma discussão judicial, como a que envolveu a paratleta belga em questão, fosse levada aos holofotes.

São raros os pronunciamentos jurisdicionais que tocam no tema, e que por isso mesmo, merecem ser trazidos à baila. Um deles, mais especificamente se deu sobre a possibilidade de condutas de ortotanásia, na Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3, que

¹⁰ ADPF 442. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 12 dez. 2018 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2018).

tramitou na 14ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal, ajuizada pelo Ministério Público Federal¹¹, com pedido de liminar, para que fosse revogada imediatamente a Resolução nº 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina¹².

A mencionada resolução dispõe, em sua ementa, o seguinte:

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 *parquet* chegou a obter a antecipação da tutela requerida, por entender o juiz de primeiro grau que estaria configurado um “aparente conflito entre a resolução questionada e o Código Penal”, que a resolução não poderia dispor de matéria penal e que tanto a eutanásia, quanto a ortotanásia deveriam tipificar o crime de homicídio, previsto no artigo 121, do Código Penal brasileiro. Foi, então, determinada a prévia suspensão da mencionada resolução, por decisão de 23 de outubro de 2007 (BRASIL. MPF/DF, 2007b).

A referida Ação Civil Pública, ajuizada em 9 de maio de 2007, teve sentença em 1º de dezembro de 2010, cuja decisão foi pela improcedência do pedido principal, que era do reconhecimento da nulidade daquela resolução do Conselho Federal de Medicina, assim como o pedido alternativo da alteração da resolução, sendo os autos arquivados em abril de 2011¹³.

Portanto, prevalece a Resolução nº 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre a prática de ortotanásia, categoria elencada como modalidade moderada de morte com intervenção.

Assim, por comparação, tal qual na Colômbia uma decisão judicial flexibilizou a rigidez do texto legal penal, com relação à eutanásia, em 1997, no Brasil, a retro descrita sentença de 2010, naquela Ação Civil Pública, estabeleceu um clima de tolerância jurídica à ortotanásia, até então considerada, majoritariamente, como uma forma de homicídio.

Corroborando com o princípio da autonomia da vontade do paciente e com a dignidade humana, no contexto da ortotanásia, houve duas decisões judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que se inclinaram por reconhecer o direito de morrer, fazendo inclusive referências a resoluções do Conselho Federal de Medicina nesse sentido.

A primeira decisão se deu em 2011, no Processo nº 70042509562, cuja ementa segue abaixo:

¹¹ MPF/DF propõe ação contra ortotanásia. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/mpf-df-propoe-acao-contra-ortotanasia> (BRASIL. MPF/DF, 2007a)

¹² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil), 2006.

¹³ BRASIL. Tribunal Regional Federal/1ª Região, 2018.

CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE, ATUALMENTE, SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES MANIFESTADO. Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua hierarquia. O desejo de ter a "morte no seu tempo certo", evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória. No caso dos autos, a vontade do paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir. (Apelação Cível Nº 70042509562, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 01/06/2011) (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

Esse processo judicial acima originou-se de ação cautelar distribuída para a 16ª Vara Cível de Porto Alegre/RS, proposta em 21 de dezembro de 2010, pela Associação dos Funcionários Públicos do Estado do Rio Grande do Sul (AFPERGS), em face de Guilherme da Silva Benites e Gilberto de Oliveira, neto e filho, respectivamente de Irene Oliveira de Freitas, esta internada em 5 de dezembro de 2010, com quadro de descompensação secundária a insuficiência renal e indicação expressa dos médicos quanto à realização de hemodiálise, apresentando-se como responsável o neto Guilherme.

No caso em tela, o filho Gilberto, que também invocou a condição de responsável pela mãe, não autorizou o tratamento, em razão de riscos à vida da paciente, argumentando ainda que estaria cumprindo o desejo materno

A mencionada Associação, mantenedora do Hospital Ernesto Dornelles, onde estava internada a Sra. Irene, ingressou com a ação, pretendendo que fosse suprida a vontade do Sr. Gilberto, de modo que os médicos fossem autorizados a procederem o tratamento indispensável.

Dessa divergência entre os parentes da Sra. Irene, a primeira instância decidiu por dar razão ao filho, ao argumento de que ele melhor representava a vontade da enferma, que era pela negativa do tratamento médico, sentença essa confirmada pelo tribunal gaúcho em sede da sobredita apelação civil. Chegou a ser interposto Recurso Extraordinário, que foi inadmitido, tendo os autos definitivamente arquivados em novembro de 2015.

A segunda decisão, do mesmo Tribunal de Justiça, datada de 2013, no Processo nº 70054988266, seguiu idêntico fundamento, ao valorizar a expressão da autonomia da vontade do enfermo, como representação de sua dignidade, aludindo mais uma vez à ortotanásia, bem como declarando a vida como um direito, e não como um dever, na forma da ementa infra:

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 1º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013) (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Esse processo se originou na 3ª Vara Cível de Viamão/RS, como procedimento de jurisdição voluntária, proposto pelo Ministério Público/RS, em 11 de abril de 2003, tendo como requerido o Sr. João Carlos Ferreira. O *parquet* gaúcho ingressou com pedido de alvará judicial para suprir a vontade do Sr. João, idoso, cujo pé esquerdo estava em processo de necrose, resultante de lesão ocorrida em novembro de 2011.

O requerido necessitava de que o membro inferior fosse amputado, sob risco de que lhe ocorresse a morte, por infecção generalizada, mas ele resistia, demonstrando ter desistido da própria vida e vendo a morte como alívio de seu sofrimento. As informações constantes dos autos davam conta de que o idoso não apresentava sinais de demência.

A decisão de primeira instância foi no sentido de respeitar a manifestação de vontade do requerido e o Tribunal do Rio Grande do Sul confirmou a sentença, mencionando o princípio da dignidade humana e a Resolução nº 1.805, de 2006, do Conselho Federal de Medicina, dentre outros fundamentos normativos e doutrinários, para entender pela admissibilidade da ortotanásia naquele caso concreto, em acórdão datado de 20 de novembro de 2013, com os autos arquivados definitivamente em abril de 2018, sem que aquela decisão fosse modificada.

O neoconstitucionalismo brasileiro dá evidentes sinais que vem se equipando para o enfrentamento de *hard cases*, como o de Marieke, convidando o Direito e a Moral para interlocuções maduras e coerentes no interior dos tribunais. A sinergia entre ambos vem se aprimorando por conta da aplicação do princípio da dignidade humana, considerado como

princípio fundante, a ponto de ter recebido a fama de responsável pela “viragem de Copérnico”¹⁴ do direito constitucional.

O deslocamento da Constituição para o centro do sistema jurídico, com a função de filtro axiológico, pelo qual se deve ler o direito civil, despatrimonializado, repersonalizado, com ênfase em valores existenciais e do espírito, assim como o desenvolvimento dos direitos da personalidade (BARROSO, 2005), gera uma ambiência de interpretação favorável ao reconhecimento de direitos novos, como é o caso do direito de morrer.

Embora o direito posto no Brasil ainda seja contrário (quando não reticente) quanto à morte com intervenção, a jurisprudência brasileira avança, mediante o fio-condutor hermenêutico da dignidade humana, rumo a chances de que, pelo menos a ortotanásia, seja reconhecida como direito do paciente grave e incuravelmente enfermo, decidir por não querer que o seu sofrimento se alongue de forma abusiva.

O primado do *da mihi factum, dabo tibi ius*¹⁵ ganha importantes reforços no pós-positivismo brasileiro com a contribuição do princípio da dignidade humana para a solução dos casos difíceis, a substituição de pensamento axiomático-dedutivo pelo axiológico-indutivo, a prevalência da filtragem constitucional sobre a supremacia da norma posta e a configuração de um sistema aberto de regras e princípios no lugar de um antigo sistema fechado de regras.

CONCLUSÃO

O presente artigo objetivou analisar as possíveis dimensões jurídicas do direito de morrer no ambiente do atual constitucionalismo brasileiro, que se vale da Teoria dos Princípios para o enfrentamento dos casos difíceis, além da aplicação da legislação vigente e das construções doutrinárias e jurisprudenciais.

Ficou evidenciado que o reconhecimento do direito de morrer no Brasil continua merecedor de debates, reflexões e proposições, considerando-se que as controvérsias persistem e as demandas que surgem a esse respeito normalmente acarretam a contraposição de diversos posicionamentos contrários e favoráveis a tal pretensão de direito.

¹⁴ Expressão usada por Luiz Edson Fachin na obra *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. FACHIN (1998, p. 317).

¹⁵ Expressão latina que significa “Dê-me o fato, dar-te-ei o direito”, isto é, apresenta-me a situação concreta e eu te apresentarei a solução jurídica. Uma alusão ao dever que o magistrado tem de solucionar as demandas que lhes sejam apresentadas (XAVIER, 1999, p.222).

O caso concreto da paratleta belga Marieke Vervoort, morta por procedimento de eutanásia, na Bélgica, em outubro de 2019, foi usado como ilustração, para demonstrar a importância de se inserir na pauta dos debates da sociedade brasileira um tema tão controverso, porém recorrente como a morte com intervenção.

Tratou-se de investigar, no cenário do constitucionalismo pátrio, possíveis respostas que o Poder Judiciário brasileiro possa dar a demandas que versem sobre autorizações para a morte com intervenção, nos casos em que o enfermo, de forma inequívoca, venha manifestar a sua vontade pela própria morte, como forma de interromper o sofrimento tido como degradante, causado por mazela irreversível e incurável, não obstante as restrições legais ora existentes.

Foi examinada a dignidade humana, como princípio fundante do constitucionalismo brasileiro atual, e a autonomia da vontade, como um de seus elementos essenciais, em ponderação com outros parâmetros, como o valor intrínseco da pessoa humana e os valores comunitários, na interpretação do direito fundamental à vida.

Foram comentados aspectos do neoconstitucionalismo brasileiro, como a centralidade do texto constitucional, a ênfase ao princípio da dignidade humana, a adoção de um sistema aberto de regras e princípios, a técnica da filtragem constitucional e o desenvolvimento do pensamento axiológico-indutivo, como ferramentas importantes para a solução de casos difíceis, tais quais os que se relacionam com a pretensão pela morte digna.

A conclusão a que se chega é que, caso Marieke Vervoort tivesse vivido no Brasil e manifestasse a sua vontade pela morte digna, por meio da eutanásia, apesar da proibição que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece, o Poder Judiciário brasileiro, especialmente o Supremo Tribunal Federal, teria plenas condições de oferecer um julgamento coerente e bem fundamentado, provavelmente com a aplicação da Teoria dos Princípios, para efeitos de autorizar (ou não) aquela morte por eutanásia, expressão do pretense direito de morrer.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **FGV: Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005, p. 1-42. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em 03 dez. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Título original: Here, there, and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final de vida. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, Uberlândia, v. 38, 2010, p. 235-274. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930>. Acesso em: 05 dez. 2019.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 dez. 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm. Acesso em: 12 de out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 10 de out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 13 de out. 2019.

BRASIL. MPF/DF. **MPF/DF propõe ação contra ortotanásia**. 21 mai. 2007a. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/mpf-df-propoe-acao-contra-ortotanasia>. Acesso em: 6 dez. 2019.

BRASIL. MPF/DF. **MPF/DF: resolução que regula a ortotanásia é suspensa**. 26 out. 2007b. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/mpf-df-justica-suspende-resolucao-do-cfm-que-regula-a-ortotanasia>. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processos. **ADPF 442**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 12 dez. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal /1ª Região. **Processo nº 2007.34.00.014809-3**. Consulta processual. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=DF&proc=200734000148093>. Acesso em: 14 dez. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução nº 1.805/2006**. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis [...]. 9 nov. 2006. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em: 11 dez. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução nº 2.217/2018**. Aprova o Código de Ética Médica. 27 set. 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.2226/2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Justiça valida Resolução 1.805, que trata sobre ortotanásia**. 6 dez. 2010. Disponível em: https://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: 15 dez. 2019.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, Título Original: Taking rights seriously. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

E MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar. 1998.

GERIATRICS. **Hospice care**. Disponível em: <http://www.geriatrics.com.br/hospice-care/>. Acesso em: 17 dez. 2019.

GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia**, [s.l.], 22 ago. 2004. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>. Acesso em 10 dez. 2019.

- GOMES, Luiz Flavio. Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte? **Revista do Ministério Público** [s.l.], n.26, p. 171-179, jul./dez. 2007.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte especial - v.2**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.
- Mc CONNELL, Terrance. **Inalienable rights: the limits of consent in medicine and the law**. Oxford: Oxford University, 2000.
- MITOLOGIA ONLINE. Thanatos (Tanatos). **A morte na mitologia grega**. 21. jun. 2016. Disponível em: <https://www.mitologiaonline.com/mitos-lendas-historias/thanatos-tanatos-morte/>. Acesso em: 12 dez. 2019.
- OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Curso de direito civil: parte geral, v. 1**. São Paulo: Atlas, 2015.
- PESSINI, Leo. **Distanásia: até quando investir sem agredir?** 2009. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/394. Acesso em: 10 dez. 2019.
- PESSINI, Leo. **Distanásia: até quando prolonga a vida?** São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2001.
- RIO GRANDE DO SUL. TJ/RS. **Apelação Cível nº 70042509562**. Apelante: Associação dos Funcionários Públicos do ERGS – AFPERGS. Apelado: Gilberto da Silva Benites. Relator: Desembargador Armínio José Abreu Lima da Rosa. Porto Alegre, 22 jun. 2011. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versoao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70042509562&num_processo=70042509562&codEmenta=4200429&temIntTeor=true. Acesso em: 05 dez. 2019.
- RIO GRANDE DO SUL. TJ/RS. **Apelação Cível nº 70054988266**. Apelante: Ministério Público/RS. Apelado: João Carlos Ferreira. Relator: Desembargador Irineu Mariani. Porto Alegre, 27 nov. 2013. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versoao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70054988266&num_processo=70054988266&codEmenta=5557320&temIntTeor=true. Acesso em: 05 dez. 2019.
- SÁNCHEZ, Álvaro. Eutanásia. Morre a campeã paralímpica Marieke Vervoort após passar por eutanásia. **El País**, Bruxelas, 23 out. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/10/22/deportes/1571777795_278951.html. Acesso em: 10 jan. 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista brasileira de direito constitucional**, São Paulo, v. 5, n. 9, jan./jun. 2007, p.361-388. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27252>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SEVERO, Julio. **Eutanásia: matando os doentes, os deficientes e os idosos em nome da compaixão**. Perspectiva do futuro próximo baseada em fatos passados e recentes. 2001. Disponível em: <https://livros.gospelmais.com.br/wp-content/blogs.dir/6/files/livro-ebook-Eutanasia-Matando-os-doentes-os-deficientes-e-os-idosos-em-nome-da-compaixao.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.
- VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A Ortotanásia e o direito penal brasileiro. **Revista Bioética**, Brasília, v.16, n. 1, 2008, p. 61-83. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/56/59. Acesso em: 12 dez. 2019.
- XAVIER, Ronaldo Caldeira. **Latim no direito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.