

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

ENEÁ DE STUTZ E ALMEIDA

ILTON GARCIA DA COSTA

LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Eneá de Stutz e Almeida; Ilton Garcia Da Costa; Livia Gaigher Bosio Campello - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-445-7

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais.
2. Cidadania.
3. Sociedade Plural.
4. Garantias. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

É com imensa satisfação que apresentamos aos leitores estes Anais compostos por artigos defendidos com extrema competência, após rigorosa seleção, no Grupo de Trabalho intitulado Direitos e Garantias Fundamentais I, durante o XXVI Encontro Nacional do CONPEDI, em Brasília.

Os trabalhos apresentados, de incontestável relevância para a pesquisa jurídica no Brasil, demonstram notável rigor técnico e uma grande capacidade de reflexão sobre questões atuais dos Direitos Fundamentais. A busca pela efetivação dos Direitos Fundamentais depende diretamente da concretização da noção de cidadania, possibilitando a participação integral do indivíduo na sociedade. Nesse sentido, os temas abordados nestes Anais revelam boas reflexões sobre os direitos fundamentais, enfrentando os atuais desafios e anseios da sociedade. Demonstram ainda uma visão atenta e questionadora sobre o momento atual do país, suas problemáticas e sutilezas, daí a importância do exercício da cidadania para a defesa de uma sociedade plural, tudo em perfeita consonância com os ditames da democracia.

Esperamos que a partir destes Anais novas pesquisas possam surgir e avançar em favor de um direito cada vez mais justo.

Desejamos a todas e a todos uma excelente leitura!

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa (UENP)

Prof^a. Dr^a. Livia Gaigher Bosio Campello (UFMS)

Prof^a. Dr^a. Eneá De Stutz E Almeida (UnB)

**PORQUE DESDE O INSTANTE EM QUE SE NASCE JÁ SE COMEÇA A MORRER.
BECAUSE FROM THE MOMENT YOU ARE BORN ALREADY BEGINS TO DIE.**

Ana Morena Sayão Capute Nunes ¹

Resumo

Sob a perspectiva dialética, o artigo examina o direito do indivíduo de determinar o momento de sua morte, como corolário da dignidade da pessoa humana. Utiliza a pesquisa bibliográfica como procedimento metodológico, analisando a possibilidade e a capacidade de se consentir com a abreviação da vida, à luz da Constituição, tendo como referencial teórico Dworkin. Expõe casos que envolvem o direito à vida e o direito de morrer dignamente. Através da revisão de literatura, traz fundamentos e valores norteadores da tomada desta decisão por pessoa acometida por doença terminal ou mantida viva de forma artificial, sem chances de recuperação.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Direito à existência digna, Direito à morte digna, Capacidade decisória, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

Under a dialectical perspective, the article examines the individual's right to determine the moment of his death as a corollary of the dignity of the human person. It uses bibliographical research as a methodological procedure, analyzing the possibility and ability to consent the abbreviation of life, with a Constitution focus, by Dworkin as the theoretical reference. It exposes cases involving the right to life and the right to die in a dignified manner. Through the literature review, bring elements and virtues of decision by a person affected by terminal illness or kept alive in artificial way, without chances of recovery.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Right to a dignified existence, Right to dignified death, Ability to decide, Dignity of human person

¹ Mestranda em Direito Público e Evolução Social da UNESA. Pós-graduada em Direito da Criança e do Adolescente pela UERJ e Direito Público e Privado pelo ISMP. Assessora Jurídica do MPRJ.

INTRODUÇÃO

*“Diante de coisa tão doída
conservemo-nos serenos.
Cada minuto de vida
nunca é mais, é sempre menos.
Ser é apenas uma face
do não ser, e não do ser.
Desde o instante em que se nasce
já se começa a morrer.”*

Cassiano Ricardo, *Relógio*.

O poema de Cassiano Ricardo conduz à ideia de finitude da vida, revelando a sensibilidade e a solidariedade do autor às aflições humanas decorrentes da passagem do tempo. O poeta, que costumava desumanizar o sujeito de seus textos, utilizando um objeto ou um animal no lugar do ser humano, propõe, nos versos ora transcritos, a luta pela vida e a resistência diante das dificuldades que se apresentam, aconselhando o interlocutor a permanecer sempre sereno.

O presente estudo busca justamente tratar dessa vida: finita, que constitui o mais importante dos direitos da personalidade. Visa a analisar alguns aspectos concernentes à interrupção voluntária da existência do indivíduo, sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana.

Na prática profissional, é possível deparar-se com casos que envolvem precisamente o tema aqui tratado: o direito de morrer dignamente. Na Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude em que trabalhei, foi recebido certa vez, por fac-símile, um ofício encaminhado por uma instituição de atendimento a crianças e adolescentes com câncer. O motivo era peculiar: pedia a aplicação de medidas de punição contra uma genitora que não estaria levando sua filha para a realização do tratamento indispensável à menina que possuía um tipo de leucemia que se agravava rapidamente. Tratava-se de Rafaela¹, uma criança de apenas onze anos. Na tentativa de entender melhor aquela situação, que já me trazia tantas interrogações, entrei em contato telefônico com a genitora, no local em que ela se encontrava acolhida com a filha, e lhe perguntei o porquê de sua atitude. Ela me respondeu que estava simplesmente respeitando a posição da filha, que não desejava mais passar por “tudo aquilo”, referindo-se às intervenções médicas (altamente invasivas) necessárias ao combate do câncer. Na ânsia por dissuadi-la, eu lhe disse: mas a senhora precisa ter pulso firme como mãe e levar

¹ Rafaela não é o nome verdadeiro da menina que vivenciou a história relatada. O nome fictício foi escolhido por seu significado “curada por Deus”, no intuito de preservar a imagem da criança.

a Rafaela, independentemente de sua vontade, para se tratar. Imperou o silêncio do outro lado da linha, até que ela me indagou com toda a sua simplicidade: Doutora, o que é ter pulso firme?

Essa resposta gerou em mim diversos questionamentos: qual o papel esperado da família de Rafaela? Se, com essa idade, ela é considerada absolutamente incapaz para todos os fins legais, civis ou criminais, por que poderia validamente dispor do direito mais fundamental de todos? Teria essa criança capacidade suficiente para abrir mão da própria vida? Será que ela entende verdadeiramente a importância de sua decisão?

Uma coisa é certa: o indivíduo não possui qualquer controle sobre o seu nascimento. Desde a sua concepção, já lhe são assegurados alguns direitos de personalidade, que só adquire efetivamente após nascer com vida. Mas, e sobre a sua morte, poderia o paciente terminal ou aquele que esteja sendo mantido vivo de forma artificial, sem chances de recuperação, decidir o momento de pôr termo à sua existência?

O artigo buscará, portanto, fundamentar teoricamente tais indagações, trazendo a visão filosófica de Dworkin sobre o que considera uma vida boa como principal norteador dessa questão interdisciplinar, que será desenvolvida sob os pontos de vista bioético e jurídico, compreendendo a análise da legislação pátria, bem como de casos reais já apreciados pelos tribunais.

1 SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA COMO CONSECTÁRIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A pessoa humana não é uma criação da bioética, que procura garantir a sua harmonia física, social e espiritual, tampouco do direito. Sem as pessoas², o Direito não existiria. O direito existe exatamente para tutelar o indivíduo (aquele que é indivisível, pois, em se dividindo, correria o risco de deixar de ser), sendo correto afirmar que todo direito da pessoa deriva da dignidade humana. Nas palavras de Vasconcelos (2006, p. 6):

² Hogemann (2013) pontua que o termo ser humano é de ordem biológica, enquanto o termo pessoa traz uma noção filosófica e psicológica (incorpórea). Salienta, ainda, que o referencial de homem ou ser humano como indivíduo compreende a singularidade de uma dotação genética, de uma determinada complexidade somática, sem, no entanto, especificar essa particularidade, que é pertinente a qualquer ser vivo. Conclui que o que efetivamente costuma distinguir cada indivíduo humano é sua condição de portador de valor individualmente considerado.

O direito existe pelas pessoas e para as pessoas. Tem como fim reger a sua interacção no Mundo de um modo justo. As pessoas constituem, pois, o princípio e o fim do Direito.

O Direito não tem poder nem legitimidade para atribuir a personalidade individual. Limita-se a constatar, a verificar a hominidade, qualidade de ser humano. Não tem, também, legitimidade nem poder para a excluir. Se algum legislador, juiz ou funcionário decretar ou decidir excluir, extinguir ou deixar de reconhecer a personalidade de uma pessoa humana, nem por isso a sua personalidade deixa de existir. Continua, tal como antes. Apenas terá sido desrespeitada ou perturbada. Se, pelo exercício do poder, a personalidade for desrespeitada, se a pessoa for tratada como não-pessoa, como animal ou como coisa, nem por isso deixa de ser o que é: uma pessoa, com toda a dignidade que lhe é inerente.

Os direitos da personalidade existem independentemente de sua positivação. Não são uma ficção, como a capacidade jurídica. Decerto, a conceituação de personalidade jurídica como aptidão ou capacidade para adquirir direitos e deveres é assente tanto na doutrina pátria quanto na comparada³. Mas a capacidade vai muito além da mera titularidade de direitos e obrigações defendida pelos juristas no século passado. Atualmente, a personalidade é entendida como uma projeção da natureza humana. É o “ser pessoa” que faz de cada indivíduo um sujeito de direitos, nunca deixando de lado a ideia de que “a pessoa é um processo de construção incessante. Nunca termina de se construir, é uma realidade potencial que está sempre desenvolvendo e explicitando suas virtualidades” (HOGEMANN, 2013).

De nada adiantaria a Constituição assegurar direitos fundamentais se a vida humana não constituísse um desses direitos, sendo esta garantia pressuposto do exercício de todas as outras garantias constitucionais.

O direito à vida está presente na Constituição Federal, no art. 5º, *caput*, na alínea *a* do inciso XLVII (que proíbe a pena de morte, salvo em casos de guerra declarada), além de estar previsto no art. 227, *caput*, que o assegura a toda criança e a todo adolescente com absoluta prioridade, devendo ser promovido em prol do público infantojuvenil pela sua família, pela sociedade e pelo Estado.

³ Nesse sentido, Francisco Amaral (2000, p. 213-214) cita: Orlando Gomes. *Introdução ao direito civil*, p. 165 e segs.; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, I, p. 153 e segs.; Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, I, p. 153 e segs.; Francesco Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, p. 458; C. Massimo Bianca. *Diritto Civile*, p. 138; Pietro Perlingeri. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, p. 137 e segs.; José Castan Tobeñas. *Derecho Civil Español*, Comum y Floral, tomo primeiro, vol. segundo, p. 95; Karl Larenz. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (Teoria do direito civil)*, p. 119 e segs. Alex Weil e François Terré. *Droit Civil, Les personnes*, p.3 e segs.: Antonio Chaves, *Capacidade Civil*, in Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 13. p. 2: João de Castro Mendes Direito Civil. *Teoria Geral*, I Lisboa, 1978, p. 169 e segs.

O Supremo Tribunal Federal entende que o direito à vida é assegurado e destinado à pessoa humana que nasce com vida ou que tenha esse potencial, como se vê no trecho do julgado paradigmático a seguir colacionado:

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 a '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 (como o direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. (ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-05-2008, Plenário, DJE 28-05-2010)

Para José Afonso da Silva (2003, p. 196), o significado do direito fundamental à vida:

É de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

No Brasil, pode-se dizer que todas as pessoas, sem distinção, possuem o direito à vida, podendo exercê-lo plenamente.

2 SOBRE O OUTRO EXTREMO DA VIDA

Como visto, a pessoa possui, pois, o direito à vida, mas em nenhum dispositivo do texto constitucional está escrito que ela tem o dever de viver. Nessa ótica, vale trazer a ponderação de Szaniawski (2005, p.157):

O *direito à vida* não se basta em si ou, em outras palavras, o princípio da dignidade da pessoa humana não é plenamente vivenciado com a simples ideia de deixar alguém viver. A vida tem que ser vivida dignamente. Por esta razão, o direito à vida integra-se ao direito à qualidade de vida e ambos estão vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Surge, então, a necessidade de se relacionar o direito à vida ao direito à qualidade de vida. Em decorrência deste direito, vem sendo defendido o direito de morrer sempre que o indivíduo não ostentar mais a capacidade de continuar vivendo dignamente. Por isso, o conceito de dignidade humana está estritamente ligado à discussão que envolve o direito à vida e o direito à morte digna. Vida e morte são conceitos indissociáveis, como se pode ver. Essa dicotomia também foi objeto de reflexão de Sá e Oliveira (2005, p. 121): “A simbiose é clara, porque não vivemos sem que morramos um pouco, e não morremos sem que tenhamos vivido”.

Frise-se que não é invocado, em nenhum momento, puramente um direito de morrer (diretamente relacionado à eutanásia e ao suicídio assistido, que serão tratados adiante), mas sim o direito de não se prolongar a angústia, a agonia e o sofrimento decorrentes de um tratamento sem eficácia comprovada, que só fará prolongar a existência do paciente, sem significar que ele possua reais chances de viver plenamente, razão pela qual, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, é interpretado como um direito à morte digna e humanizada.

Borges (2007, p. 231) faz uma colocação precisa acerca desse tema ao dizer que "hoje se reivindica a reapropriação da morte pelo próprio doente. Há uma preocupação sobre a salvaguarda da qualidade de vida da pessoa, mesmo na hora da morte. Reivindica-se uma morte digna."

Sem dúvidas, trata-se de questão moral e ética ao mesmo tempo. Oliveira (2002, p. 89-90) defende que as questões éticas são vistas numa perspectiva egocêntrica (relacionam-se com a minha história de vida, com o meu plano de vida) ou etnocêntrica (nossa história conjunta; nossos planos de vida comum); já as questões morais, situam-se numa perspectiva diametralmente oposta, pois cada pessoa precisa colocar-se no lugar dos outros para avaliar, a partir da perspectiva de cada um, se aquele resultado é almejado. Deste modo, enquanto as questões éticas são observadas por aqueles que assumem a "sua história de vida", individual ou coletiva, as questões morais surgem na perspectiva de quem pretende regular a convivência de acordo com o interesse de todas as pessoas envolvidas ou afetadas.

“Todos os dias, no mundo todo, pessoas racionais pedem que lhes seja permitido morrer. Às vezes, pedem que outras as matem. Algumas delas já estão morrendo, muitas em meio a grandes sofrimentos” (DWORKIN, 2003, p. 251). Existem aquelas que agonizam com dores tão terríveis que nenhum analgésico, por mais potente que seja, consegue amenizar seu

sofrimento. Outras preferem não continuar vivas de forma limitada. Há pessoas que entendem que é melhor não se submeter a determinado tratamento que lhes causa dor insuportável, mesmo tendo a chance de sobreviver, como Rafaela, que se esforçou para descrever, do seu jeito ainda infantil, com palavras carregadas de muita maturidade, como era sacrificante para ela encarar o tratamento para leucemia, fazer as punções na medula, enfrentar as sessões de quimioterapia e todos os seus efeitos posteriores e ainda assim saber que tinha poucas chances de sobreviver (como não sobreviveu⁴). Ela, com sua pouca idade e grande compreensão de seu estado, acreditava que não compensava passar por “tudo aquilo”.

Segundo Dworkin (2011), “deveríamos distinguir entre viver bem e ter uma vida boa. Esses dois diferentes empreendimentos estão conectados e distintos: viver bem significa lutar para criar uma vida boa, mas apenas sujeito a certos limites essenciais à dignidade humana”. O filósofo citado ensina que o sujeito que considera sua vida boa deve trazer em si o orgulho de ter vivido, mesmo nas adversidades.

A medicina dispõe de tecnologia suficiente para manter pessoas vivas, através de meios artificiais, por semanas, meses e até anos. Com isso, alguns processos de morte (e não de cura ou melhora) têm apenas se arrastado, tornando-se um fim em si mesmos, de tal modo que não se saberia dizer se é a vida ou a morte do paciente terminal que está sendo prolongada, se é o interesse da pessoa ou o da tecnologia que está preponderando (BORGES, 2007, p. 231).

Dworkin (2003, p. 257-268) identifica três situações em que as pessoas deveriam decidir sobre sua morte ou sobre a morte alheia: aquela em que o indivíduo está consciente e é competente (caracteriza o suicídio); aquela em que a pessoa está inconsciente (muito embora nem todos os pacientes em estado de inconsciência estejam necessariamente à beira da morte); aquela em que o indivíduo está consciente, mas é incompetente para fazê-lo. Neste último caso, o autor cita o exemplo de *Janet Adkins*, que descobriu, ainda nos estágios iniciais, que estava com a doença de Alzheimer (principal causa de demência) e tomou a

⁴ A questão de Rafaela não chegou a ser judicializada. Não foi necessário. A menina retomou o tratamento três dias após a comunicação dos fatos à Promotoria de Justiça, após muita conversa e um trabalho intensivo da Equipe Técnica de Psicologia e Serviço Social do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, tendo sido instaurado um procedimento administrativo para acompanhamento de sua situação, com efetiva atuação do Conselho Tutelar municipal. No entanto, poucas semanas depois de concluir as sessões de quimioterapia que faltavam, Rafaela faleceu subitamente, em decorrência de um aneurisma.

decisão de morrer enquanto estava com plena capacidade mental, matando-se com uma injeção de veneno⁵.

Vasconcelos (2006, p. 70) também defende que as pessoas que estão conscientes podem recusar um tratamento, ainda que esta opção as leve à morte.

Diferente, porém, é a situação em que o paciente, lúcida e informadamente, opta por não se submeter a um tratamento ou pela cessação do mesmo depois de iniciado, decidindo que é tempo de entregar a sua vida. Os meios modernos de prolongamento da vida humana podem, por vezes, perverter-se no prolongamento artificial do sofrimento e da agonia.

Nos Estados Unidos, são reconhecidos os “testamentos de vida” (*living will*), também chamados de testamentos biológicos, que estipulam os procedimentos médicos aos quais pretende ou não pretende o testador submeter-se, caso fique doente, e estado terminal ou incurável, sem poder manifestar sua vontade. No direito comparado, também é possível outorgar procurações a pessoas que fiquem responsáveis pela tomada de decisões de vida e de morte em nome do signatário que esteja impossibilitado de fazê-lo por si mesmo.

No Brasil, embora não haja previsão legal sobre esse tipo de testamento, é admitida a sua validade, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia. Vem sendo objeto de reflexão pela doutrina brasileira a possibilidade de se admitir um direito de morrer ao paciente terminal com parâmetro na presença ou na ausência de perspectiva de existência digna para a pessoa, desde possua doença incurável e consinta expressamente com a abreviação de sua vida.

A doutrina nacional e alienígena, no entanto, ainda não é pacífica em relação à admissibilidade de um direito em que a pessoa, que não puder mais viver sua vida com um mínimo de dignidade, possa optar pela morte. Esta resistência à ideia de um direito de morrer encontra sólidos fundamentos na religião, na medicina e na ética. A vedação à prática da eutanásia inclui-se entre o direito à vida e sua natural preservação até o fim. (SZANIAVWSKI, 2005, p. 159)

É necessária a elucidação de alguns termos relacionados e correlacionados à eutanásia⁶. *Eutanásia* significa, etimologicamente, “boa morte” ou morte sem sofrimento.

⁵ Oportunamente, cumpre destacar que, em junho de 1990, o médico que auxiliou Janet Adkins em seu intento, introduzindo a agulha e explicando-lhe como ela deveria proceder com a máquina que ele havia criado para auxiliar pessoas a cometerem o suicídio, o Dr. Kevorkian, foi processado pela morte de Adkins, porém, este caso foi encerrado, tendo em vista que o magistrado julgador entendeu que o suicídio assistido não configurava crime em Michigan. O mesmo médico utilizou sua invenção para auxiliar outras pessoas a cometerem o suicídio assistido, sendo condenado pela prática em 1998. No entanto, a decisão condenatória não se fundamentou na questão moral e política da eutanásia, e sim pelo desrespeito para com uma sociedade que existe por causa da força do sistema legal (SHEINWALD).

⁶ Para tanto, utilizar-se-á neste parágrafo terminologias e considerações trazidas por Borges (2007).

Logo, pela origem da palavra, não traz a ideia de morte provocada por piedade de forma antecipada que lhe é atribuída hoje em dia. Referia-se, originariamente, a cuidados paliativos empregados ao paciente com o objetivo de controlar ou diminuir sua dor e sofrimento, deixando que a morte, caso ocorresse, fosse menos dolorosa. Entende-se, atualmente, por eutanásia a morte que configura o crime de homicídio, com repercussões penais, praticada em prol de paciente terminal que possui doença incurável e que cause intensas dores, ainda que a atitude tenha sido movida por sentimentos de piedade e compaixão. O *suicídio assistido*, também conhecido como auxílio ao suicídio, é considerado crime, assim como a eutanásia, e resta configurado quando alguém oferece meios idôneos de o paciente causar sua própria morte, ainda que o doente tenha solicitado. É chamado de *distanásia* o prolongamento artificial do processo de morte (e não da vida, no sentido aqui defendido) e, conseqüentemente, a dilação da agonia do paciente terminal. Na *ortotanásia*, o doente já se encontra em processo natural de morte, mas o médico (e apenas ele) deixa que esse processo desenvolva-se regularmente, sem fazer o uso de meios artificiais de suporte vital, ou seja, sem antecipar ou evitar a morte, desde que não haja pedido expresso do paciente no sentido de prorrogar ao máximo o seu tempo de vida. Esta conduta não é tipificada pelo Código Penal.

No mesmo sentido, são os ensinamentos de Souza (1995, p. 204):

O facto de o doente estar incurso em um processo que, segundo os actuais conhecimentos médicos, conduza a breve trecho e sem remissão à morte, não impede que o auxílio médico à morte que se traduza num encurtamento do período natural de vida seja considerado homicídio, v.g., eutanásia. Diferentemente, será lícito o auxílio médico à morte (p. ex. através de analgésicos) que não se traduza num encurtamento do período normal de vida. Porém, o médico não é obrigado a intervir no sentido de prolongar a vida do paciente para além do período natural, salvo se tal lhe for expressamente requerido pelo paciente.

No que tange à expressão de vontade do paciente nesses casos, Borges (2007, p. 234) esclarece:

É de se ressaltar a importância do consentimento do próprio paciente quando está em jogo o direito à vida. Ninguém pode dispor da vida de outra pessoa, mesmo quando esta se encontra em estado degenerativo de saúde, inconsciente, sem a possibilidade de cura, sofrendo de fortes dores físicas e emocionais. Apenas o próprio enfermo pode decidir sobre sua própria vida e, em caso de este não o poder fazer, nenhuma outra pessoa o pode.

A diferenciação dos conceitos que envolvem a morte com intervenção foi elucidada de forma resumida por Barroso e Martel (2010):

No contexto da morte com intervenção, alguns conceitos devem ser bem demarcados. Eutanásia consiste no comportamento ativo e intencional de abreviação da vida de um doente terminal, adotado pelo profissional de saúde, com finalidade benevolente. Suicídio assistido é a retirada da própria vida com auxílio de terceiro. Distanásia é o retardamento máximo da morte, inclusive com o emprego de meios extraordinários e desproporcionais. Ortotanásia identifica a morte no tempo certo, de acordo com as leis da natureza, sem o emprego de meios extraordinários ou desproporcionais de prolongamento da vida.

Para os autores, a nossa ordem constitucional veda implicitamente formas não espontâneas de interrupção da vida, tendo em vista o seu caráter supremo e transpessoal, conferindo o mesmo tratamento jurídico à eutanásia e à ortotanásia ao considerá-las hipóteses de homicídio. Nem mesmo o consentimento lúcido do paciente basta para afastar essa vedação, uma vez que a vida é protegida não apenas sob o ponto de vista individual, mas também sob o ponto de vista social, merecendo sempre ser tutelada pelo Estado.

3 O DIREITO A UMA EXISTÊNCIA E A UMA MORTE DIGNAS

José Afonso da Silva menciona a tentativa de se incluir na Carta Magna de 1988 o direito a uma existência digna, que serviria para fundamentar, por exemplo, o desligamento de aparelhos médico-hospitalares de suporte artificial da vida, a prática da eutanásia, mas, não havendo a possibilidade de se colocar limites ao este exercício, poderiam ser acarretados riscos maiores do que os eventuais benefícios de sua utilização, razão pela qual entendeu o autor ter sido realmente melhor suprimi-lo do texto constitucional.

Para ele, este direito "consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte" (SILVA, 2003, p. 197).

Analisando esta definição, acredito seguramente que foi este o desejo ou o instinto que, irrefletidamente, eu busquei despertar na menina Rafaela.

O seu caso faz lembrar outro que repercutiu mundialmente em 2008. Hannah Jones teve reconhecido pela Suprema Corte do Reino Unido o direito de se recusar a tratamento porque preferia morrer com dignidade (LEWIS e PERCIVAL, 2008). A menina inglesa foi diagnosticada aos cinco anos de idade com uma forma rara de leucemia. Desde então, submeteu-se a vários tratamentos para combater o câncer por mais de oito anos, até que, aos treze anos de idade, apresentou, como sequela do uso de um medicamento, uma insuficiência

cardíaca grave que só poderia ser curada com um transplante cardíaco urgente, não sendo, entretanto, garantida a sua cura, já que seu organismo estava bastante debilitado e poderia rejeitar o novo coração, mas, sem ele, Hannah teria no máximo mais seis meses de vida. Neste momento, a menina recusou-se a fazer o transplante, afirmando que não queria sofrer mais. E os pais a apoiaram. O hospital (*Herefordshire Primary Care Trust*), então, judicializou a questão, tentando assumir temporariamente a guarda de Hannah para realizar “forçadamente” a cirurgia. O caso levantou a questão de saber se alguém da idade de Hannah estaria autorizado a tomar decisões sobre o fim da própria vida. Entrevistada por um funcionário do Juízo encarregado da proteção da criança (uma espécie de Comissário de Justiça da Infância e da Juventude), a menina demonstrou lucidez, maturidade e firmeza em sua decisão, que foram levadas em consideração pelo hospital, que desistiu da ação, e pela Suprema Corte (GIRL, 2008). A adolescente teve seu direito de escolha reconhecido, mas mudou de ideia e se submeteu à operação, atitude que posteriormente avaliou como a mais acertada, já que o transplante de coração foi bem-sucedido.

Em situações como esta, a opinião médica deve diferir muito pouco dos desejos de pai e filho, pois a proteção do paciente é o fim geralmente almejado por todos. Em qualquer caso, no entanto, os médicos devem certificar-se de que as decisões são tomadas com a apreciação plena das suas consequências e com vistas a concretizar o superior interesse da criança, nunca se olvidando de que “cada um pode tomar decisões morais com base em seus próprios sentimentos em relação ao objeto sobre o qual se dirige a ação. Aquilo que para uma pessoa é dotado de um grande valor intrínseco, para outra pode não possuir valor algum ou um valor ínfimo.” (HOGEMANN, 2008)

O que o caso de Hannah mostrou foi que as crianças muitas vezes têm habilidade, compreensão e maturidade para tomar decisões sobre seus cuidados, podendo influir no planejamento de seu tratamento médico. Neste julgamento, seus pontos de vista foram colocados no centro da tomada de decisão. Mas deve-se ter em mente que cada situação deve ser analisada de forma isolada, já que todo ser humano é único e as crianças, por serem consideradas pessoas ainda em desenvolvimento, amadurecem cada qual a seu tempo. Não se pode estabelecer parâmetros que generalizem situações que envolvem direitos fundamentais, devendo sempre ser avaliada, especialmente, a capacidade da pessoa de compreensão das consequências de uma decisão tão importante.

Não é apenas sob o ponto de vista intelectual e emocional que a maturidade deve ser analisada, mas também sob o ponto de vista social, uma vez que decisões como estas, envolvendo a disposição do direito à vida, do mesmo modo, trazem impactos para a rede de pertinência do indivíduo, aí considerados familiares e amigos (que sofrem os impactos mais profundos) e para a comunidade como um todo (ainda que superficialmente).

Todos esses aspectos devem ser considerados na hora de avaliar se a pessoa possui ou não competência para decidir sobre sua vida e morte, sendo importante observar se o indivíduo não está agindo assim simplesmente porque já não quer ser um fardo para seus pais, por exemplo.

Em se falando do direito de a criança e do adolescente de serem ouvidos e de exprimirem livremente seu modo de enxergarem os fatos levados à Juízo, não se pode deixar de destacar que esta faculdade lhe é conferida expressamente no artigo 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil e promulgada através do Decreto nº 99.710/90, considerado o grande marco normativo do depoimento especial, que assim diz:

Artigo 12

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.
2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Na legislação brasileira, o princípio da oitiva obrigatória e da participação está previsto no artigo 100, parágrafo único, XII, do diploma estatutário infantojuvenil. Este preceito oportuniza à criança e ao adolescente a possibilidade de serem ouvidos e de participarem de todos os atos que envolvem a aplicação de medidas protetivas ou a definição de sua situação jurídica, sendo-lhes concedido expressamente o direito de falarem e de terem sua opinião considerada em Juízo, quer estejam sozinhos ou na companhia dos pais, dos responsáveis ou de outra pessoa em quem confiem.

Nos Estados Unidos, o direito à privacidade (*right of privacy*) tem sido invocado para ser amplo o suficiente para incluir o direito de morrer de forma digna. No caso *Cruzan by Cruzan v. Director, Missouri Dept. Of Health* (OYEZ, 1990), foi levada a questão à

Suprema Corte, a fim de esclarecer se a cláusula do devido processo legal, prevista na Décima Quarta Emenda Constitucional, permitia que os pais de *Cruzan* recusassem em nome de sua filha o tratamento que a mantinha viva. Nancy *Cruzan* Beth havia se envolvido, em 1983, num acidente de carro que a deixou em estado vegetativo permanente. Ela se alimentava artificialmente por um tubo de gastronomia implantado. Quando seus pais decidiram desligar os aparelhos que a mantinham viva, funcionários do hospital estadual onde ela estava internada se recusaram a fazê-lo sem a aprovação judicial. Numa decisão de cinco votos a quatro, a Corte Suprema decidiu que apenas o próprio indivíduo pode exercer o direito de recusar o tratamento médico, sob a cláusula do devido processo. Assim, não havendo evidências claras e convincentes de que *Cruzan* não desejasse submeter-se ao tratamento ora realizado, sua vida deveria ser preservada, pois não havia a garantia de que os membros da família sempre agiriam em prol do melhor interesse dos pacientes incapazes. Além do mais, decisões errôneas em casos como este são irreversíveis⁷.

Como bem ponderado por Barroso e Martel (2010):

[...] o direito à vida é de fato especial. 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. Um dos consensos mínimos que compõem a dignidade humana nas sociedades ocidentais é a preservação da vida como um valor em si, que se atinge, naturalmente, por sua promoção e proteção rigorosa. Com efeito, basta considerar que, além do seu caráter substantivo, o direito à vida é pré-condição, é instrumento que permite a própria dignidade, pois sua negação leva à inexistência do sujeito da dignidade. Diante de tais premissas, criminalizar atos que atentem contra a vida humana tende a ser um meio adequado, dentre outros, de preservação da vida e da dignidade humanas. Mas nem mesmo o direito à vida é absoluto.⁸

Trilhando o mesmo caminho, Souza (1995, p. 205) adverte:

Dado que cada ser humano participa integralmente e por igual do bem insubstituível e inacrescentável da vida e de um modo único e irrepetível,

⁷ Em 1990, após passar mais de sete anos vivendo em estado vegetativo irreversível, foi retirado o suporte vital de *Cruzan*.

⁸ Por ter caráter histórico, nenhum direito fundamental é absoluto. Assim já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, como se vê a seguir: “Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerando o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros”. (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-1999, Plenário, DJ de 12-5-2000)

qualquer vida humana não pode ser comparada ou ponderada com a vida de outrem e nem mesmo com a de uma pluralidade humana. Assim, todos os seres humanos têm a mesma dignidade vital e são insupríveis e infungíveis entre si, quaisquer que sejam, v.g., a raça, o sexo, a ascendência, a situação econômica, a condição social, o grau de crescimento, as deformações e as insuficiências. Pelos mesmos motivos, a ninguém é lícito sacrificar a vida de outrem [...].

Para os autores, a dignidade, que é um dos fundamentos da República (art. 1º, III, da Constituição Federal), serviria para impulsionar a defesa da vida e da boa morte, bem como para fundamentar a morte com intervenção, de modo a assegurar a autonomia do indivíduo, a superação do sofrimento e a morte digna.

Nessa linha de entendimento, Oliveira e Ponte (2014) asseveram que “a noção de dignidade está intrinsecamente associada à de autonomia. Não há como se falar de garantia de dignidade à pessoa se a esta não for conferida autonomia para direcionar sua própria existência e para construir a sua história pessoal”.

Assim, uma das expressões da dignidade seria a responsabilidade que cada um possui por sua própria vida, por suas escolhas, por seus valores e objetivos. Essa responsabilidade exterioriza a autonomia do indivíduo, sua capacidade de autodeterminação, e repercute tanto na esfera individual do sujeito quanto na esfera social. Escolhas existenciais, por exemplo, desde que não configurem violação de direitos de terceiros, não podem ser retiradas da pessoa, pois, se o forem, ferem a sua dignidade. A dignidade como autonomia pode ser vislumbrada tanto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, geralmente associada a determinado direito fundamental, quanto nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, notadamente nos precedentes relacionados a dano moral.

CONCLUSÃO

As garantias individuais, no que tange à dignidade, pesam mais do que os direitos coletivos, isto porque a pessoa é colocada no centro das questões que envolvem a maioria dos direitos fundamentais. Deste modo, sendo favoráveis as circunstâncias em que se deu o consentimento do paciente terminal, de modo que a decisão a respeito de sua vida e morte seja tomada de forma livre e consciente, deve prevalecer a sua vontade sobre qualquer outro interesse conflitante.

Crianças e adolescentes devem ter sua expressão de vontade igualmente considerada, desde que apresentem maturidade para a tomada de decisões e consciência sobre seu estado e sobre as consequências advindas de sua opção.

Em sendo observados unicamente os interesses da pessoa, enquanto ser uno e indivisível, deveria ser dado sobrevalor ao seu poder decisório quando o assunto é o seu direito de vida ou morte, admitindo-se, por exemplo, a ortotanásia, em se tratando de pacientes em estado terminal ou em estado vegetativo permanente.

Decidir sobre viver ou morrer é uma questão que não pode ultrapassar a pessoa do doente que esteja numa dessas duas situações: terminal ou que possua doença incurável que lhe cause profundo sofrimento, como ficou reconhecido em julgado paradigmático da Suprema Corte americana (*Cruzan por Cruzan v. Diretor, Missouri Departamento de Saúde*), pois estão sendo diretamente refletidas a dignidade, a autonomia, a liberdade daquele sujeito de direitos e ninguém, além dele, poderia sopesar melhor esses valores.

Diante da certeza de que qualquer tratamento apenas irá prolongar sua dor e seu sofrimento e de que nada pode ser feito para curá-la ou melhorar o que lhe resta de vida, a decisão de morrer de forma digna assume significado de tamanha importância e revela um ato de tanta coragem, bravura e grandeza que apenas aquela pessoa que está passando pela situação agonizante poderia avaliar. É este indivíduo, paciente, o maior responsável, o maior interessado e o único ator e autor deste direito tão ou mais fundamental: a vida. Sem ela, ninguém é nada e nenhum outro direito ou valor faria sentido em existir.

Referências

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. 2010. Disponível em: <http://osconstitucionalistas.com.br/Artigos/A_Morte_Como_Ela_E-Barroso_Martel.pdf> Acesso em 29 set. 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 30 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *A constituição e o supremo*. 3. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2010.

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

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Justice for hedgehogs*. Nova York: Belknap Press of Harvard University Press, 2011. Tradução por Emilio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Freire. O que é uma vida boa? In: REVISTA DIREITO GV, São Paulo, p. 607-616, jul-dez. 2011.

GIRL wins right to refuse heart. *BBC News*. 11 nov. 2008. Disponível em <http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/england/hereford/worcs/7721231.stm> Acesso em 02 nov. 2015.

HOGEMANN, Edna Raquel R. S. *O debate bioético em torno à ideia de pessoa humana*. *Novos Estudos Jurídicos (Online)*, v. 18, p. 100-118, 2013. Disponível em <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/355/308> Acesso em 02 dez. 2015.

_____. *O princípio do valor intrínseco da vida humana e seus limites*. *Jurispoiesis (Rio de Janeiro)*, v. 11, p. 195-205, 2008. Disponível em <http://www.estacio.br/publicacoes/direitovivo/pdf/revista_eletronica_2_.pdf> Acesso em 02 dez. 2015.

LEWIS, Paul. PERCIVAL, Jenny. *Teenager who won right to die: 'I have had too much trauma'*. *The Guardian*. Reino Unido, 11 nov. 2008. Disponível em <<http://www.theguardian.com/society/2008/nov/11/child-protection-health-hannah-jones>> Acesso em 02 fev. 2016.

LIMA, Telma C. S.; MIOTO, Regina C. T. *Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico: a pesquisa bibliográfica*. *Rev. Katálysis, Florianópolis*, v. 10 n. esp., p. 37-45, 2007.

OLIVEIRA, Cecília Barroso; PONTE, Marcelo Dias. *O Direito de morrer: reflexões sobre a ortotanásia no ordenamento jurídico brasileiro*. In: Eduardo Sérgio Soares Sousa, Monica Neves Aguiar da Silva, Janaína Reckziegel. (Org.). *Biodireito I: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI*. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, v. I, p. 250-265, 2014.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento”*. Ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do direito civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

OYEZ. *Cruzan by Cruzan v. Director, Missouri Dept. Of Health*. 1990. Disponível em <<https://www.oyez.org/cases/1989/88-1503>> Acesso em 30 nov. 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; OLIVEIRA, Patricia Mara Gobbo de. *O direito de morrer na visão de Ronald Dworkin*. Disponível em <<http://pe.izabelahendrix.edu.br/ojs/index.php/dih/article/download/105/89>> Acesso em 02 dez. 2015.

SANTOS, Mailza Rodrigues dos. *O homem e os ismos na poesia ricardiana*. Disponível em <http://www.gel.org.br/estudoslinguisticos/volumes/31/htm/comunica/CiIII32a.htm> Acesso em 19 nov. 2015.

SHEINWALD, Richard. *People v. Kevorkian: the right to die*. Disponível em http://www.micourthistory.org/wp-content/uploads/verdict_pdf/kevorkian/MS_C_Mar_Kevorkian.pdf Acesso em 02, abr. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Lisboa: Coimbra, 1995.

SZANIAVWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005.

VASCONCELOS, Pedro Pais. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.