

O direito subjetivo à morte digna: uma leitura do direito brasileiro a partir do caso José Ovidio González

Maria de Fátima Freire de Sá*

Diogo Luna MOUREIRA**

*Señores Oncólogos de Occidente S.A. Yo, José Ovidio González Correa, con 79 años de edad, en uso pleno de mis facultades mentales y de manera libre y voluntaria, manifiesto mi intención de que se realice la eutanasia. La anterior solicitud la hago bajo la gravedad de juramento, con la convicción libre y absoluta del ejercicio de mi derecho fundamental a morir dignamente*¹

RESUMO: O artigo versa sobre a possibilidade do exercício de uma autonomia para morrer no Direito brasileiro, a partir de precedentes judiciais da Corte Constitucional colombiana. Para tanto, discute-se a morte como exercício de um direito subjetivo da personalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito subjetivo; liberdade fundamental; morte digna.

SUMÁRIO: 1. José Ovidio González Correa e a morte; – 2. O reconhecimento do direito a morrer com dignidade pela Corte Constitucional Colombiana; – 3. A efetivação do direito de morrer pela Resolução n. 1216 de 2015; – 4. A autonomia para morrer e o seu fundamento normativo; – 5. Por uma proposta de efetivação do direito subjetivo a morrer com dignidade; – 6. Conclusão; – Bibliografia.

ENGLISH TITLE: *The Subjective Right to a Dignified Death: a Reading of Brazilian Law from the José Ovidio González Case*

ABSTRACT: *The article deals with the possibility of the exercise of an autonomy to die in Brazilian Law from judicial precedents of the Colombian Constitutional Court. Therefore discusses the death as the exercise of a subjective right of personality.*

KEYWORDS: *Subjective right; fundamental liberty; dignified death.*

CONTENTS: *1. José Ovidio González Correa and death; – 2. The recognition of the right to a dignified death by the Colombian Constitutional Court; – 3. The effectiveness of the right to a dignified death through Resolution n. 1216 of 2015; – 4. The autonomy to die and its normative basis; – 5. Towards a proposal of effectiveness of the subjective right to a dignified death; – 6. Conclusion; – Bibliography.*

* Doutora em Direito pela UFMG. Mestre em Direito pela PUC Minas. Professora no Programa de Pós-graduação em Direito (mestrado e doutorado) da PUC Minas. Pesquisadora do Centro de Estudos em Biodireito - CEBID. Advogada.

** Doutor e Mestre em Direito pela PUC Minas. Professor dos cursos de graduação da Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira (FUNCESI) e da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Pesquisador do Centro de Estudos em Biodireito – CEBID.

¹ http://brasil.elpais.com/brasil/2015/07/03/internacional/1435890823_266874.html, acesso em 17 de julho de 2015.

1. José Ovidio González Correa e a morte

O mundo acaba de conhecer a história da primeira pessoa que morre pela prática de eutanásia ativa na América Latina. Assustador? Impossível generalizar esse adjetivo em um mundo plural, em que muitos defendem e outros tantos condenam um pedido por uma morte piedosa.

O fato é que a caminhada não é curta. Há muito que estudamos, assim como tantos outros, essa tormentosa questão. A discussão sobre a dignidade no morrer pode ainda ser um tabu para muitos, mas vem sendo escancarada pelos casos que se somam às primeiras notícias sobre o assunto, a exemplo do ocorrido a Nancy Cruzan, nos Estados Unidos da América².

O movimento por legislações que amparem a eutanásia e ou o suicídio assistido acontece com sucesso. Muitos Estados dos Estados Unidos permitem a prática (Oregon, Washington e Vermont); a Holanda e a Bélgica comumente são citadas como exemplos de países com legislação respeitável, além de a Suíça ser conhecida como um país que recebe pessoas de toda a parte para a prática do suicídio assistido, fato que instiga o debate acerca de um verdadeiro turismo para a morte.

A América Latina passa a ter um representante. Não seria correto dizer que a Colômbia possui legislação específica relacionada à eutanásia. Há, sim, uma Resolução do Ministério da Saúde com diretrizes para a organização e o funcionamento de comitês que tornem efetivo o direito à morte digna, por determinação de decisão da Corte Constitucional colombiana. A partir desse marco – duas sentenças da Corte Constitucional e uma Resolução do Ministério da Saúde – foi possível acolher o pedido veemente do senhor José Ovidio González Correa, que morreu no mês de julho de 2015. Ele foi assistido por uma junta médica que lhe ministrou sedação, com a aplicação de um fármaco, abreviando-lhe a vida.

José Ovidio sofria de um câncer na boca diagnosticado em 2010. Passou por diversas sessões de quimioterapia e radioterapia. Perdeu parte de um osso do lado esquerdo do rosto. A evolução da doença o fez perder muitos quilos pela dificuldade na alimentação. Dores intensas, dificuldade na fala e, enfim, um *basta*. Segundo relatam os jornais, dono de um senso de humor ácido, Ovidio chegou a declarar que a morte parecia não

² Além de outros como o caso Eluana Englaro, na Itália; Chantal Sèbire e Vincent Lambert, ambos na França; Aruna Shanbaug, na Índia; Valentina Maureira, no Chile; Nancy Fitzmaurice, na Inglaterra, dentre outros.

gostar dele. O jeito, então, foi, conscientemente, buscá-la através de solicitação à Clínica *Oncólogos de Occidente*. A possibilidade se dava em razão da Resolução n.1216 de 20 de abril de 2015, do Ministério da Saúde da Colômbia.³

Os médicos marcaram a data da morte, convencidos de que José Ovidio preenchia os requisitos determinados pela Sentença da Corte Constitucional da Colômbia, datada de 1997⁴, dentre eles estar em plenas condições psíquicas para o pedido e padecer de doença terminal. Já na Clínica, a quinze minutos da *última viagem*, surgiu a notícia de que o ato estava suspenso em razão de divergência de um dos membros de uma junta multidisciplinar. A solução veio na semana seguinte quando, enfim, José Ovidio embarcou no *último vagão*.

2. O reconhecimento do direito a morrer com dignidade pela Corte Constitucional Colombiana

O embarque de José Ovídio no *último vagão* se deu com respaldo na sentença T-970, proferida em 2014 pela Corte Constitucional colombiana, ao julgar o caso Júlia (nome fictício) *versus* Coomeva E.P.S. Mesma sorte de José Ovídio, porém, não teve Júlia.

Em 2008 Júlia foi diagnosticada com câncer. No mês de janeiro de 2010 sua enfermidade progrediu em decorrência de metástases. Júlia foi submetida a rigorosos tratamentos cirúrgicos e quimioterápicos. Todos os tratamentos foram realizados entres os meses de fevereiro e dezembro do ano de 2010.

No ano de 2012, a enfermidade de Júlia se agravou e novo ciclo quimioterápico foi iniciado. No curso do novo processo, Júlia manifestou sua vontade de interromper a quimioterapia, porquanto os efeitos colaterais a impediam de desenvolver suas atividades cotidianas. Como consequência, vieram várias internações hospitalares e perda de treze quilos do seu peso.

Em 01 de junho de 2013 o oncologista informou a Júlia que o câncer não apenas estava em progressão, mas havia deteriorado tanto seu estado funcional quanto sua qualidade de vida. Este mesmo oncologista sugeriu que Júlia se valesse de cuidados paliativos. Mas, Júlia queria morrer.

³ COLOMBIA. Ministerio de Salud y Protección Social. *Resolución n. 1216 de 2015*. Disponível em: http://www.dmd.org.co/pdf/Eutanasia_resolucion-1216-de-2015.pdf. Acesso em 12/07/2015.

⁴ As decisões da Corte Constitucional serão expostas nesse artigo nos itens subsequentes.

Embora houvesse, na Colômbia, o reconhecimento do direito fundamental a morrer com dignidade (sentença C-239/97 da Corte Constitucional), a efetivação dessa liberdade dependia de uma regulamentação específica (lei), até então inexistente, capaz de estabelecer a linha divisória entre o ato médico da eutanásia e o crime de homicídio piedoso. Foi por tal razão que a solicitação de Júlia não foi atendida pelos médicos que a acompanhavam.

A alternativa para Júlia, então, foi recorrer ao Poder Judiciário. Proposta a ação, o juiz de primeira instância negou a pretensão sob a alegação de que não se tratava de ofensa a direitos fundamentais, por não existir, na Colômbia, regulamentação legal sobre a eutanásia.

O caso foi levado à Corte Constitucional. Ocorre que antes da decisão da Corte, Júlia faleceu, o que geraria a perda do objeto da ação. Porém, a Corte Constitucional entendeu que o mérito deveria ser enfrentado, pois a resposta negativa ao pedido de Júlia se deu por ausência de respaldo legal. Assim, o mérito da ação foi analisado com o escopo de se adotar as medidas cabíveis para evitar que situações similares se produzissem no futuro.

Como dito acima, o reconhecimento normativo do direito de morrer com dignidade não foi reconhecido na sentença T-970/14 que analisou a demanda concreta de tutela de direito fundamental do caso Júlia, mas, sim, na sentença C-239/97 da Corte Constitucional, em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Vamos a ela:

No ano de 1997 foi proposta ação de inconstitucionalidade contra o disposto no art. 326 do Decreto n. 100, de 1980 (Código Penal então vigente), que previa, como fato típico, a conduta de matar alguém por piedade, com o objetivo de colocar fim a intensos sofrimentos provenientes de lesão corporal ou enfermidade grave ou incurável⁵. A pena para o *homicídio piedoso* era de seis a três anos⁶.

Segundo o autor da ação de inconstitucionalidade, o art. 326 do Código Penal contrariava o art. 11 da Constituição da Colômbia que assegura a inviolabilidade do direito à vida, haja vista que ninguém pode dispor da vida de outrem. Pediu, então, a

⁵ Art. 326: “El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años.”

⁶ O Decreto 100, de 1980 foi revogado pela Lei 599, de 2000, que manteve o tipo penal do homicídio piedoso. Assim, com a vigência do novo Código Penal, continuou sendo típica a conduta daquele que mata outro por piedade, para por fim a intensos sofrimentos provenientes de lesão corporal ou enfermidade grave e incurável.

declaração de não exequibilidade do art. 326 do Código Penal, de forma que a conduta descrita no referido tipo fosse enquadrada como homicídio simples.

Porém, o pedido de inconstitucionalidade não foi acatado pela Corte, nos termos do pedido formulado na ação. A Corte Constitucional foi além: a fim de efetivar o direito fundamental à vida digna, os juízes asseguraram que a eutanásia não podia ser considerada fato típico⁷. Mas, para isso determinadas condições deviam ser observadas.

Ao reconhecer o direito à vida como exercício de uma liberdade e não de um dever, a Corte Constitucional, na sentença C-239-97, entendeu que a dignidade da pessoa humana, vista como princípio constitucional, apresentava-se como fundamento para descriminalizar o homicídio por piedade. O direito de morrer dignamente seria reconhecido quando se cumprissem as condições determinadas na sentença:

El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no solo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP art. 12), sino a una anulación de su dignidad y de autonomía como sujeto moral⁸.

Com base em tais argumentos, a Corte Constitucional colombiana estabeleceu, na sentença C-239/97, que o caráter delitivo da conduta estaria excluído desde que preenchidos os seguintes requisitos: a) o sujeito passivo deve padecer de *enfermedad terminal que lhe cause sufrimento*; b) o *sujeito ativo* deve ser um *médico*, haja vista a capacidade técnica deste em repassar ao sujeito passivo todas as informações necessárias; c) obtenção do *consentimento livre e informado do sujeito passivo*, capaz de compreender a situação em que se encontra.

Todos os requisitos acima referenciados foram reforçados pela Corte Constitucional na sentença T-970/14 (caso Júlia) através das diretrizes analisadas abaixo.

No que tange à enfermidade (a), há dois elementos a serem considerados. O primeiro é objetivo e consiste na definição de enfermidade terminal, devidamente qualificada por

⁷ Para a Corte, qualquer pessoa que mata outrem para evitar o prolongamento dos intensos sofrimentos persegue, em princípio, um fim altruísta, razão pela qual o legislador estabeleceu um tipo penal independente do homicídio simples. Tal hipótese se diferencia daquela que o indivíduo mata outrem perseguindo fins diversos do altruísta, como fim egoístico, por exemplo. Neste caso haveria homicídio simples ou mesmo qualificado, a depender das circunstâncias.

⁸ Trecho da sentença C-239/97, citado na sentença do caso Júlia, T-970/14: CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIA. Sala Novena de Revisión, Sentencia T-970/14, Rel. Luis Ernesto Vargas Silva, j. em 15/12/2014. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>. Acesso em 12/07/2015.

um especialista. O segundo é subjetivo e evidencia o exercício efetivo da autonomia e da liberdade das pessoas. Trata-se da medição da dor que causa sofrimento intenso ao paciente. Ainda que uma determinada enfermidade possa ser, objetivamente, caracterizada como potencialmente dolorosa, é o paciente que deve pontuar se tal sofrimento mostra-se incompatível com a sua construção de dignidade.

A eutanásia apenas se justifica de forma legítima quando o sujeito ativo do ato for um médico (b). Isso porque, segundo a Corte Constitucional, os médicos e os prestadores de saúde em geral são os principais responsáveis pelo procedimento apto a consolidar o exercício do direito a morrer dignamente. Na decisão, foi salientado que o médico poderá exercer o seu direito à objeção de consciência, desde que apresente, por escrito, as razões que o impeçam de praticar o ato. Nas vinte e quatro horas seguintes à comunicação, deverá ser designado outro profissional para realizar o procedimento.

O consentimento do sujeito passivo (c) deve ser livre, informado e inequívoco. Somente se pode falar em consentimento em tais moldes quando o sujeito passivo possui informação séria e confiável sobre a sua enfermidade, as opções terapêuticas, seus prognósticos, e conta com capacidade suficiente para a tomada de decisão, evitando-se, por exemplo, decisões tomadas em episódios críticos ou depressivos.

De acordo com a Corte Constitucional, o consentimento pode ser *prévio* (quando obtido antes do decurso patológico) ou *posterior* (quando a vontade sobrevier ao decurso patológico). Em qualquer hipótese, o consentimento pode ser *formal* (quando reduzido a termo, por exemplo) ou *informal* (quando verbal, por exemplo). Além disso, o consentimento pode ser substituído pela manifestação da família quando o paciente se encontra impossibilitado faticamente para manifestá-lo (*consentimento substituto*).

A fim de preservar o consentimento livre e esclarecido, a Corte decidiu que algumas providências administrativas seriam necessárias: c.i) a criação de um Comitê Científico Interdisciplinar de acompanhamento constante ao paciente e sua família durante todo o processo para a efetivação da morte digna; c.ii) a criação de um procedimento capaz de blindar a decisão do enfermo; c.iii) a formalização do procedimento em documento a ser enviado ao Ministério da Saúde para fiscalização.

Todos os serviços de saúde da Colômbia devem formar grupos interdisciplinares de *expert* (c.i) que acompanhem o paciente e sua família com ajuda médica e assistencial, para que a decisão não produza efeitos negativos no núcleo familiar nem na situação

social do próprio paciente. Além disso, o Comitê deverá garantir e vigiar para que todo o procedimento se desenvolva respeitando os requisitos para a efetivação da morte digna, bem como a imparcialidade de todos os sujeitos que estejam envolvidos no processo. Havendo qualquer irregularidade o Comitê deverá suspender o procedimento, promovendo-se a notificação das autoridades públicas competentes em caso de falhas administrativas ou mesmo em caso de crimes.

Em razão desta particularidade, a Corte Constitucional determinou ao Ministério da Saúde a criação de diretriz administrativa dando existência e atuação aos comitês. Tal diretriz foi criada, conforme se verá no item seguinte.

Para blindar a decisão do enfermo, a Corte Constitucional determinou que, tão logo o paciente com enfermidade terminal manifeste o seu desejo de morrer, o médico deverá acionar o comitê científico interdisciplinar para acompanhamento (c.ii).

Uma vez manifestada a decisão de morrer, o médico ou o Comitê deverá, em um prazo não superior a dez dias, questionar novamente o paciente se sua decisão persiste. Caso positivo, o procedimento deve ser programado em período não superior àquele indicado pelo paciente, ou no máximo quinze dias depois de reiterada sua decisão. A manifestação de vontade é passível de revogação a qualquer momento.

Garantido o direito fundamental a morrer com dignidade, o Comitê deverá enviar documento ao Ministério da Saúde descrevendo todos os feitos e condições que delinearam o procedimento, para fim de controle do caso (c.iii). Além disso, a própria Corte determinou a criação, pelo Ministério da Saúde, de protocolo médico para auxiliar os profissionais em tais situações, sendo vedados, neste documento, a definição do conteúdo do direito fundamental à morte digna e o estabelecimento de obrigações adicionais àquelas definidas na sentença da Corte.

Estabelecidas as linhas gerais pela Corte Constitucional, o Ministério da Saúde Colombiano editou a Resolução n. 1216, de 2015, conforme análise no item que se segue.

3. A efetivação do direito de morrer pela Resolução n. 1216 de 2015

Através do disposto na sentença T-970 de 2014 da Corte Constitucional, o Ministério da Saúde e Proteção Social foi instado a elaborar as diretrizes para organização e

funcionamento de Comitês interdisciplinares para tornar efetivo o direito de morrer com dignidade. A atuação dos Comitês está adstrita aos casos e às condições definidas nas sentenças C-239 de 1997 e T-970 de 2014⁹.

A Resolução é composta por dezenove artigos, divididos em quatro capítulos. Trataremos dos aspectos mais relevantes.

O art. 2º define o paciente terminal como sendo o portador de uma enfermidade ou condição patológica grave, diagnosticada de maneira precisa por médico especialista. É necessário que o paciente seja maior de idade e capaz de expressar, de maneira livre e consciente, sua vontade. O consentimento também pode ser aferido através de diretivas antecipadas de vontade (art. 15).

A doença deve ter caráter progressivo e irreversível, com prognóstico fatal próximo e em prazo relativamente breve, que não seja suscetível de tratamento curativo e de eficácia comprovada, que permita modificar o prognóstico de morte próxima; **ou** quando os recursos terapêuticos utilizados com fins curativos deixaram de ser eficazes. Portanto, a terminalidade da vida não necessariamente está ligada ao fator tempo, a uma data próxima à morte.

A atenção aos cuidados paliativos está configurada na Resolução do Ministério da Saúde. Segundo o art. 4º, as pessoas em fase terminal têm direito aos cuidados paliativos, que visam à melhoria da qualidade de vida tanto dos pacientes quanto de seus familiares. A preocupação se verifica de forma ampla, global, com atenção aos aspectos psicopatológicos, físicos, emocionais, sociais e espirituais.

No momento em que receber a solicitação para a realização da eutanásia, cabe ao médico do paciente explicar ou reiterar o direito aos cuidados paliativos como tratamento integral da dor, do alívio do sofrimento e outros sintomas (parágrafo, art.15). Cabe, porém, à pessoa escolher o que melhor lhe atenda, se a busca pelos cuidados paliativos ou o procedimento pela morte digna¹⁰.

⁹ Dentre os considerandos da Resolução n. 1216/2015 está: que dentro de las determinaciones adoptadas en la sentencia T-970, ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social que en el término de 30 días, contados a partir de la comunicación de la mencionada sentencia, “emita una directriz y disponga todo lo necesario para que los Hospitales, Clínicas, IPS, EPS y, en general, prestadores del servicio de salud, conformen el comité interdisciplinario del que trata esta sentencia y cumplan con las obligaciones emitidas en esta decisión”. (COLOMBIA. Ministerio de Salud y Protección Social. *Resolución n. 1216 de 2015*. Disponível em: http://www.dmd.org.co/pdf/Eutanasia_resolucion-1216-de-2015.pdf. Acesso em 12/07/2015).

¹⁰ Artículo 4º. (...) En todo caso, de manera previa a la realización del procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad, se verificará el derecho que tiene la persona a la atención en cuidados

Em outra oportunidade¹¹ já afirmamos que os cuidados paliativos integram o exercício do direito fundamental à saúde. Se a morte não é tratada pela pessoa como uma realidade do seu projeto biográfico, não há que se falar em imposição do morrer, sob pena de tal conduta se mostrar juridicamente indevida, tal como a negação da própria autonomia para morrer. Nesse sentido, os cuidados paliativos se apresentam como alternativa médica para as pessoas que não vislumbram a morte como uma possibilidade do seu projeto autobiográfico. A questão, portanto, é permitir que a pessoa defina quais possibilidades são capazes de efetivar a construção da sua pessoalidade; e ao Direito cabe reconhecer e efetivar tais escolhas.

A Resolução determina às Instituições Prestadoras de Saúde (IPS) que estejam habilitadas a oferecer hospitalização de média ou alta complexidade em oncologia, ou serviços de atenção institucional e domiciliar a pacientes crônicos, incluindo cuidados paliativos, que criem um Comitê Interdisciplinar para o Direito de Morrer com Dignidade (art. 5º). A composição do Comitê deverá se dar por: a) um médico especialista na doença que padece o solicitante, não podendo ser o médico que trate o paciente, b) um advogado e c) um psiquiatra ou psicólogo clínico (art. 6º). A designação dos mesmos será feita pela Instituição Prestadora de Saúde (IPS). Os integrantes deste Comitê não poderão suscitar objeção de consciência. Contudo, eventuais conflitos de interesses que porventura afetem as decisões devem ser manifestados.

A convocação do Comitê será feita pelo médico que recebeu a solicitação do paciente e, a partir daí, o procedimento é instalado com a realização de sessões presenciais e/ou virtuais para posterior decisão (arts. 9º, 10, 11, 12). Todos os requerimentos devem ter tramitação célere (art. 13.2).

4. A autonomia para morrer e o seu fundamento normativo

A existência de uma autonomia para morrer implica a compreensão da liberdade do indivíduo moderno como um *medium* para realização de si mesmo, ou seja, trata-se da efetivação de um projeto biográfico na construção e na busca por reconhecimento da

paliativos. Cuando la persona desista de la decisión de optar por tal procedimiento, se le garantizará dicha atención.

¹¹ Este assunto pode ser encontrado em: SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer*, 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. E também: LIMA, Taisa Maria Macena; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Ensaíos sobre a velhice*. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

sua personalidade¹². Esta, não é pressuposta nem imposta, mas, sim, construída socialmente.

A condição para a efetivação normativa da personalidade exige a existência de meios que possibilitem aos indivíduos se assumirem como pessoas livres, que agem e são reconhecidas através desta ação. Não se fala, neste sentido, em possibilidades enraizadas na natureza do ser humano (metafísicas ou divinas). Ao contrário, esta condição é fruto do necessário processo comunicativo no qual as pessoas se assumem como tais, dentro de uma esfera de relações e o Direito é, neste contexto, argumentativamente gerado e aplicado. Charles Taylor afirma ser impossível ao indivíduo humano não julgar se determinada forma de vida vale de fato a pena, se sua dignidade revela certa realização ou posição, ou ainda se certas obrigações morais são válidas na medida em que são assumidas autonomamente pelo próprio indivíduo¹³.

Se a personalidade só pode ser assumida dentro de uma esfera de relações, a partir do momento em que a pessoa se autodetermina, a vida deixa de ser vista como um dever jurídico ou moral, passando a ser um direito, cuja realização não dispensa a participação da própria pessoa. Assim, permitir que a pessoa determine o seu fim é fazer com que ela realize, no momento da sua finitude, suas configurações enquanto agente da própria vida. A pessoa tem outras dimensões que não somente a biológica, de forma que aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também do seu projeto autobiográfico.

Ser pessoa é ser livre para assumir a titularidade das coordenadas de uma personalidade construída pela própria pessoa com os outros. Aqui repousa a legitimação do Direito, cujo fim precípua é a tutela da pessoa e as suas diversas formas de manifestação (diversidade). Em consequência, tratar a pessoa como não pessoa é retirar-lhe a dignidade de ser pessoa. É afrontar a sua autonomia privada e negar o direito de se autoconstruir. É desrespeitar sua dignidade e tutelar, tão somente, uma qualidade do ser, o que não necessariamente implica na defesa da dignidade.

Se o projeto da sociabilidade moderna implica em viabilizar que todo indivíduo tenha liberdade para construir sua personalidade, e os projetos individuais de identidade

¹² O desenvolvimento teórico sobre personalidade e sua construção no direito privado a partir da autonomia privada sugerimos: MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas e autonomia privada: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais da pessoa a partir da teoria do direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹³ TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1997, p. 42.

pressupõem expectativas e propostas de autorrealização individual, é evidente que a frustração destes, a partir de argumentos moralistas ou estigmatizantes, gera sentimento de desrespeito, ou seja, a indeterminação do próprio sujeito interlocutor.

Nesse sentido, Axel Honneth propõe uma teoria normativa que se fundamenta na exigência de “condições necessárias de autonomia individual, cujas esferas sociais uma sociedade moderna tem que abranger ou dispor para com isso garantir a todos os seus membros a chance de realização de sua autodeterminação”.¹⁴ Quaisquer tentativas de ilidir as possibilidades de manifestação da vontade livre¹⁵, ou mesmo criar empecilhos para a autodeterminação das pessoas, implicariam na desestruturação da modernidade do Direito.

Necessário, pois, assegurar que a pessoa se compreenda tanto como uma “pessoa de direito”, isso é, titular de direitos, bem como um “sujeito moral”, ou seja, portador de uma consciência individual, pois “apenas quando essas duas morais auto-referidas estão fundidas em um sujeito para a formação de uma identidade prática individual, ele pode então se realizar sem coerção no tecido institucional da eticidade moderna”.¹⁶

Esse argumento nos leva a uma nova hermenêutica do fundamento constitucional previsto no art. 1º, inciso III, (dignidade da pessoa humana), bem como do direito fundamental à vida, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição da República. Portanto, necessário repensar o direito infraconstitucional, readequando-o à Constituição, sobretudo àquelas normas que tratam do direito subjetivo a morrer com dignidade.

5. Por uma proposta de efetivação do direito subjetivo a morrer com dignidade

Embora as discussões sobre a autonomia para morrer encontrem no Direito brasileiro alguns entraves na lei penal, as reflexões sobre esse tema não se restringem a uma dimensão estritamente legal. Isto porque compreendemos o Direito como um dever em constante processo de releitura de si, que se perfaz no discurso, não permitindo que

¹⁴ HONNETH, Axel. *Sofrimento de indeterminação: uma reatualização da filosofia do Direito de Hegel*. São Paulo: Singular, 2007, p. 67.

¹⁵ A vontade livre é assumida como princípio fundamental da Filosofia do Direito hegeliana, de modo que “todas as determinações morais ou jurídicas só podem ser corretamente consideradas na medida em que exprimem a autonomia individual ou a autodeterminação dos homens.” (HONNETH, Axel. *Sofrimento de indeterminação: uma reatualização da filosofia do Direito de Hegel*. São Paulo: Singular, 2007, p. 56).

¹⁶ HONNETH, Axel. *Sofrimento de indeterminação: uma reatualização da filosofia do Direito de Hegel*. São Paulo: Singular, 2007, p. 81.

categorizações, postulados ou conceitos se engessem em torno de um dever ser determinado, fixo e indiscutível.

Tal como propusemos no livro *Autonomia para Morrer*, o exercício normativo da autonomia para morrer pressupõe o preenchimento de alguns critérios (esquemas hermenêuticos), tendentes a ordenar a prática do ato. Afinal, nenhum direito é absoluto.

Propor uma reflexão sobre a racionalidade do direito subjetivo a morrer com dignidade exige uma interpretação constitucional do ato, porquanto estamos tratando de exercício de direitos fundamentais. Aliás, em se tratando de assegurar direitos fundamentais, entendemos ser legítima a atuação proativa do Poder Judiciário, tal como ocorreu na Colômbia.

Por outro lado, não é nosso propósito tornar simplista a discussão. Sabemos que a realidade é infinitamente mais complexa do que qualquer esquema que se possa pensar, porém é preciso levar a sério a análise do tema, sobretudo em se tratando de uma reflexão jurídica, cujo paradigma é a sociabilidade democrática, essencialmente plural.

Pois bem. De acordo com os argumentos apresentados no item anterior, é possível afirmar que tanto o art. 1º, inciso III, quanto o art. 5º, *caput*, ambos da Constituição da República, asseguram a existência de um direito subjetivo a morrer com dignidade. Essa garantia decorre da compreensão dinâmica de construção da dignidade da pessoa humana e da eliminação do sofrimento de indeterminação, bem como da perspectiva de vida como um direito, e não como um dever. Só podemos chegar a esta conclusão porque à pessoa deve ser resguardada a possibilidade de construção da personalidade, reconhecida e efetivada pelo Direito. Se os projetos de uma sociedade fraterna e pluralista reconhecem a possibilidade de convívio de variados projetos de vida, a dignidade da pessoa humana pressupõe, inclusive, o direito subjetivo à morte.

Absolutamente nada no Direito proíbe que alguém possa se matar. Porém, será que a pretensão da pessoa é a execução do ato sem auxílio? E o receio da dor? E a possibilidade do erro? Diante dessas particularidades é que propomos uma leitura constitucional direito subjetivo a morrer com dignidade.

Apesar de o Direito Penal brasileiro prever a tipicidade de condutas que possam levar alguém à morte como a eutanásia (art. 121, §1º) ou o suicídio assistido (art. 122), desde que preenchidos alguns requisitos específicos, tais condutas podem ser tratadas como fato atípico. Não em razão de uma causa legal de exclusão da tipicidade, mas, como já dito, de uma causa constitucional de exclusão da tipicidade que encontra guarida nos arts. 1º, inciso III, e 5º, *caput*, ambos da Constituição da República de 1988.

Do contrário, impor a alguém a obrigação de prolongamento da própria vida, quando não se deseja, e se encontra em estado de terminalidade e sofrimento, implica em tratamento desumano e degradante, hipótese expressamente vedada pelo texto constitucional (art. 5º, III).

A nossa proposta é que o caráter típico da conduta estaria excluído e, em consequência, possibilitado o exercício do direito subjetivo a morrer com dignidade, desde que preenchidos os seguintes requisitos, tomando-se como referência a decisão da Corte Constitucional Colombiana:

a) *requisito objetivo*: o sujeito passivo deve padecer de enfermidade terminal que lhe cause sofrimento. Por enfermidade terminal entende-se o caráter progressivo e irreversível da enfermidade, que não seja suscetível de tratamento curativo e de eficácia comprovada; ou quando os recursos terapêuticos utilizados com fins curativos deixaram de ser eficazes. Além disso, é imprescindível a atuação do titular do direito subjetivo na determinação se tal enfermidade é capaz ou não de lhe causar sofrimento apto a ser contrário à sua compreensão de dignidade.

b) *requisito subjetivo*: o sujeito ativo que promove o ato deve ser um médico ou uma junta médica. Restringir a execução do ato (eutanásia) ou o auxílio ao suicídio aos profissionais da Medicina significa limitar a prática de tais atos a uma dimensão especializada, sendo recomendável a criação de comitês interdisciplinares para a análise dos pedidos de assistência. Isso porque o profissional da saúde possui capacidade técnica em repassar ao sujeito passivo todas as informações necessárias acerca do seu estado.

c) *requisito formal*: a obtenção do consentimento livre e esclarecido do sujeito passivo. A formação do consentimento livre e esclarecido pressupõe a dialeticidade da relação médico-paciente. Não uma dialética abstrata, resumida em uma infinidade de papéis. Trata-se de construir uma decisão a partir de critérios cooperativos decorrentes dos

deveres de esclarecimento, de consulta e de prevenção, a serem observados por todos os envolvidos na formação da decisão, inclusive terceiros que, de uma forma ou de outra, possam colaborar na relação médico-paciente.

O pedido do paciente deve evidenciar o exercício livre da sua autonomia, evitando que fatores externos possam impedir a livre escolha. Além disso, é preciso assegurar ao paciente a liberdade de desistir unilateralmente do ato, a qualquer momento e sem qualquer condicionante.

Perceba que todos os requisitos acima descritos são tratados, de uma forma ou de outra, nas legislações estrangeiras que legitimam a prática do morrer com dignidade. Porém, certo é que tais requisitos não se esgotam em si mesmos. Eles têm como escopo instigar uma discussão futura, seja pela via judicial, pela via legislativa ou administrativa, a fim de se assegurar o exercício do direito subjetivo a morrer com dignidade, que se apresenta como uma liberdade fundamental. De qualquer forma, fato típico, nestes casos, não há.

Em situações nas quais os requisitos acima apresentados não sejam claramente perceptíveis (como por exemplo, a ausência de enfermidade terminal, ou o padecimento de sofrimento psíquico ou a incapacidade civil do paciente), o exercício da autonomia para morrer não pode ser impossibilitado. O caminho, nesses casos, é recorrer ao Poder Judiciário, que exercerá a delicada tarefa de efetivar direitos fundamentais diante de cada caso concreto.

6. Conclusão

Não se pode compreender, de antemão, o que a morte significa para as pessoas. Alguns preferem morrer a viver permanentemente sedados ou incapazes; outros gostariam de continuar lutando, a despeito da dor ou da inconsciência. Talvez, só consigamos compreender o que as pessoas sentem em relação à morte se dermos as costas para ela por um momento para, então, vislumbrarmos a vida.

José Ovidio González Correa entra para a história. Como foi sua vida? Quais foram suas aspirações? Quais seriam seus medos?

Essas inquietações nos remetem à obra *A Morte de Ivan Ilich*, de Tolstoi. Quando descobriu que estava morrendo, Ivan Ilich se desesperou e o silogismo que havia

aprendido no estudo da lógica ‘Caio é homem. Todos os homens são mortais. Portanto, Caio é mortal’ só parecia legítimo em se tratando de Caio, um ser humano abstrato. Ali sim, parecia justo. Ele, Ivan, não era abstrato. Era concreto. Teve pais, tinha esposa e filhos. José Ovidio tinha esposa e filhos e, ao que parece, *estava lúcido, como se estivesse para morrer*.

Caminhou para a morte no seu sentido mais literal. Andando, consciente, com a família ao lado, se dirigiu ao local em que uma sedação terminal lhe seria aplicada. Os jornais comentam sobre o sapateiro ateu de 79 anos, homem de vida simples, que criava vacas e cavalos em Pereira. Aquele que afirmou não querer ser um trapo em uma cama.¹⁷

Autonomia. A vida nos remete à autonomia. Aos melhores interesses das pessoas. À aptidão para a manifestação da vontade. À construção não mais puramente biológica, mas também biográfica de cada um. À dignidade da pessoa humana que pode ser traduzida pela garantia de que todos se reconheçam livres e iguais em direitos. E, para a efetivação desta dignidade, é necessário que os outros se conscientizem de que cada um tem seus próprios interesses críticos, cada pessoa é dotada de um padrão moral que lhe é intrínseco.

Na nossa democracia contemporânea a função do Direito não se sustenta sob uma perspectiva meramente funcional, mas pressupõe a geração legítima, garantida normativamente, de um fluxo comunicativo capaz de respaldar sua validade, enquanto instrumento garantidor de iguais liberdades fundamentais. Ao Direito, portanto, é dado o objetivo de efetivar os projetos biográficos das personalidades que se constituem e se reconstituem diuturnamente.

Nesse contexto, se a morte figurar como uma possibilidade no processo de construção da personalidade, ela deve ser levada em consideração, não como afronta ao direito à vida, mas como realização de um projeto de *vida-bona*, de um destinatário ou coautor do Direito, que busca a realização da própria individualidade.

Bibliografia

COLOMBIA. Ministerio de Salud y Protección Social. *Resolución n. 1216 de 2015*. Disponível em: http://www.dmd.org.co/pdf/Eutanasia_resolucion-1216-de-2015.pdf. Acesso em 12/07/2015.

¹⁷ http://brasil.elpais.com/brasil/2015/07/03/internacional/1435890823_266874.html , acesso em 17 de julho de 2015.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIA. Sala Novena de Revisión, Sentencia T-970/14, Rel. Luis Ernesto Vargas Silva, j. em 15/12/2014. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>. Acesso em 12/07/2015.

HONNETH, Axel. *Sufrimento de indeterminação: uma reatualização da filosofia do Direito de Hegel*. São Paulo: Singular, 2007.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Ensaio sobre a velhice*. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas e autonomia privada: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais da pessoa a partir da teoria do direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. As flores que eu te dei. In: Tânia da Silva Pereira; Rachel Aisengart Menezes; Heloisa Helena Barboza. (Org.). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. 1ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 229-237.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

civilistica.com

Recebido em: 22.09.2016
Aprovado em:
29.09.2016 (1º parecer)
29.09.2016 (2º parecer)

Como citar: SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. O direito subjetivo à morte digna: uma leitura do direito brasileiro a partir do caso José Ovídio González. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-subjetivo-a-morte-digna/>>. Data de acesso.