

## O DIREITO À VIDA OU À MORTE DIGNA: UMA ANÁLISE À LUZ DA PONDERAÇÃO

The right to life or to a dignified death: an analysis in the light of weighting

Revista dos Tribunais | vol. 1039/2022 | p. 127 - 146 | Maio / 2022

DTR\2022\9385

---

### Thiago Reis Augusto Rigamonti

Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP) no Núcleo de Direitos Difusos e Coletivos, Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e em Direito Tributário pela Faculdade Damásio de Jesus. Professor em Direito na Faculdade de Direito de Itu (FADITU) e Membro das Comissões Acadêmicas de Direito da 33ª Subseção da OAB/SP (Jundiaí/SP) e de Direito Administrativo da OAB/SP (Seção Estadual). Atualmente, é Controlador Geral do Município de Itu/SP. Advogado. thiago.rigamonti@gmail.com

### Gustavo Freddi Toledo

Mestrando no Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito (PPGD) da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas), vinculado à linha de pesquisa "Cooperação Internacional e Direitos Humanos", Pós-Graduado em Direito Administrativo pela Faculdade Damásio de Jesus e Pós-Graduado em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Advogado. gustavoftoledo@outlook.com

**Área do Direito:** Constitucional; Direitos Humanos

**Resumo:** O presente trabalho busca analisar a possibilidade de franquear o direito à morte digna, consistente na interrupção voluntária da vida mediante tolerância ou cooperação do Poder Público, a partir das leis de ponderação em face do direito à vida e do quanto justifica a tutela do Estado em delimitação da liberdade do indivíduo. Pretende-se, ainda, vislumbrar o papel do Estado na proteção de referidos direitos fundamentais a partir da garantia da felicidade objetiva e da proteção da criação, justificada, da infelicidade subjetiva aos indivíduos.

**Palavras-chave:** Direito constitucional – Direito à vida – Interrupção voluntária da vida – Eutanásia – Ponderação

**Abstract:** This paper seeks to analyze the possibility of granting the right to a dignified death, consisting of the voluntary interruption of life through tolerance or cooperation of the government, based on the law of balance in the face of the right to life and how much it justifies the protection of the State in delimiting the freedom of the individual. It is also intended to glimpse the role of the State in the protection of these fundamental rights based on the guarantee of objective happiness and the protection of the justified creation of subjective unhappiness of individuals.

**Keywords:** Constitutional law – Right to life – Voluntary interruption of life – Euthanasia – Weighting

**Para citar este artigo:** Rigamonti, Thiago Reis Augusto; Toledo, Gustavo Freddi. O direito à vida ou à morte digna: uma análise à luz da ponderação. *Revista dos Tribunais*. vol. 1039. ano 111. p. 127-146. São Paulo: Ed. RT, maio 2022. Disponível em: inserir link consultado. Acesso em: DD.MM.AAAA.

### **Sumário:**

1. Introdução: conceitos de interrupção voluntária da vida - 2. Do interesse público estatal na proteção da vida e do direito à morte digna à luz da dignidade humana - 3. Da ponderação - 4. Realidade brasileira no século XXI: do avanço da medicina e do mal do século - 5. Conclusão - 6. Referências

### **1. Introdução: conceitos de interrupção voluntária da vida**

A prolongação artificial da vida, decorrente dos grandes avanços tecnológicos na área médica, carrega consigo a possibilidade de, sob o fundamento de promover a morte digna, autorizar sua interrupção voluntária?

Em tempos de pandemia, no qual parcela da população humana presencia tratamentos médicos artificiais e invasivos, como intubação e ECMO (*Extracorporeal Membrane Oxygenation*), que, por vezes, não evitam a morte do paciente, o tema, já sensível, ganha contornos práticos e potencializa a discussão sobre o Estado possibilitar ao cidadão uma morte digna através da interrupção voluntária da vida.

O conceito de morte digna, além de amplo, demonstra-se deveras subjetivo, não se limitando aos casos de enfermidades incuráveis ou de estado vegetativo do indivíduo, estendendo-se, também, ao suicídio assistido, fomentado por questões pessoais sob o enfoque da autonomia da dignidade humana<sup>1</sup>.

A fim de delimitar o escopo do presente trabalho, trabalhar-se-á com três categorias operacionais de morte com intervenção: a) eutanásia; b) retirada de suporte vital (RSV); e c) suicídio assistido.

A primeira, já em uma interpretação moderna restritiva (VILLAS BOAS, 2005), conceitua-se a partir de ação médica que almeja acelerar ou provocar a morte de paciente com doença terminal. Frisa-se que o conceito não prescinde do diagnóstico técnico e da *boa-fé* do profissional responsável, pois, caso ausentes, patente a incidência do tipo penal do art. 121 do Código Penal, homicídio (VILLAS BOAS, 2005, p. 193).

O conceito exposto se adequa à subclassificação ativa da eutanásia. Para fins de segregação, elucida-se a existência da chamada eutanásia passiva (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 239), cujo conceito repousa na suspensão de qualquer medicamento paliativo ou impossibilidade de submeter o paciente aos avanços mecânicos hospitalares, garantindo-lhe uma morte natural.

Por conseguinte, a retirada de suporte vital (RSV) conceitua-se pela interrupção dos

suportes artificiais que mantêm o paciente com vida (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 241). A título de exemplo, no cenário atual, seria o caso do desligamento do ECMO de um paciente em tratamento de Covid-19.

A grande problemática nestes casos, que será posteriormente melhor aprofundada, é que, via de regra, os pacientes submetidos a mecanismos artificiais de suporte vital estão sedados, sem consciência, inviabilizando a necessária manifestação de vontade para retirada dos mecanismos, ressalvados aqueles casos em que houve, previamente, a declaração por opção do próprio indivíduo, a qual deverá ser atestada por meio seguro e juridicamente válido.

Em terceiro, reside a mais polêmica operação de interrupção da vida sob a perspectiva de morte digna: suicídio assistido.

Isto porque, neste caso, o indivíduo, assistido por terceiro, delibera, por motivos subjetivos ou enfermidades psicológicas e até mesmo por conflitos sociais, em retirar a própria vida.

É de rigor, porque necessário, diferenciar o exposto conceito da situação descrita no tipo penal previsto no art. 121, induzimento ao suicídio, pois, naquele, é o indivíduo que traz consigo a vontade de interromper a vida, sendo o terceiro mero meio para concretizar a morte digna. Já neste, o terceiro induz e cria à vontade, anteriormente inexistente, ao indivíduo.

Sobre o tema, Barroso e Martel (2010, p. 241) destacam:

“[...] suicídio assistido designa a retirada da própria vida com auxílio ou assistência de terceiro. O ato causador da morte é de autoria daquele que põe termo à própria vida. O terceiro colabora com o ato quer prestando informações, quer colocando à disposição do paciente os meios e condições necessárias para prática”.

No Brasil, o suicídio não é penalmente tipificado na legislação – e, por mera lógica, nem se poderia –, todavia a instigação ou auxílio ao ato possui tipo penal previsto, impossibilitando, no plano concreto, a realização das operações de interrupção da vida retroconceituadas, já que a doutrina (CABETTE, 2012, p. 10) classifica-as como homicídio privilegiado (art. 121, § 1º, do CP (LGL\1940\2)).

Apresentados os conceitos de interrupção voluntária da vida, justificados pelo direito à morte digna, resta questionar se o Estado, enquanto protetor da vida (art. 5º, *caput*, CF 88) e com fulcro na dignidade da pessoa humana em seu conceito de autonomia (DOS SANTOS; DIAS, 2016, p. 134-135), deve permitir a prática de tais condutas na sociedade.

## **2. Do interesse público estatal na proteção da vida e do direito à morte digna à luz da dignidade humana**

A proteção do direito à vida como direito fundamental a ser garantido pelo Estado é insuscetível de dúvidas, diante da previsão expressa contida no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Todavia, a questão a ser debatida vai além, buscando responder se cabe ao Estado sobrepor-se à escolha do indivíduo de morrer de forma digna, a partir da sua autonomia, em defesa do direito à vida, contrariando a perspectiva – e a vontade imediata – do indivíduo.

Primeiramente, é importante conceituar a diferença existente entre a dignidade humana a partir de um viés da autonomia e da heteronomia (KANT, 2004, p. 75). A autonomia, como sugere o nome, privilegia a situação de autonomia ao indivíduo em suas ações e criações, a partir da capacidade de autodeterminação, com a conseqüente responsabilização moral pelas decisões tomadas.

Obviamente, ainda que a partir de um conceito da dignidade humana como autonomia, a autodeterminação para realização de escolhas não é absoluta, podendo o Estado tomar decisões em nome do bem comum da coletividade<sup>2</sup>.

O fulcro do conceito está na autodeterminação referente às decisões subjetivas do indivíduo, aquelas que são personalíssimas e não imputam a terceiros restrição de direitos ou risco de dano, ainda que futuro<sup>3</sup>.

Outrossim, para que a autonomia seja efetiva, cabe ao Estado garantir os meios adequados, proporcionando o chamado mínimo essencial ao indivíduo, possibilitando-lhe, materialmente, tomar decisões concretas para a instrumentalização da autonomia (COSTA NETO, 2014, p. 89-95).

Só há liberdade, de fato, se as escolhas forem possíveis, isto é, se houver o mínimo de recursos que não façam com que a pessoa humana se limite ao esforço de sua básica sobrevivência (MARTINS, 2015, p. 145-146).

Cabe, entretanto, tecer um comentário. O exercício do Estado, neste caso, não se trata apenas de prover limitações à autonomia, aproximando do conceito de dignidade humana como heteronomia (posteriormente abordado), mas de proporcionar parâmetros mínimos aos indivíduos para que consigam materializar a dignidade humana por meio de suas decisões<sup>4</sup>.

Todavia, a efetivação absoluta da dignidade humana somente a partir de um viés da autonomia conduziria a colisões de valores plurais divergentes que precisam conviver harmonicamente na sociedade.

Isto porque, algumas decisões subjetivas possuem o condão de causar conseqüências em outros indivíduos, necessitando, em razão disso, do estabelecimento de valores Estatais para proteção, aproximando-se da dignidade humana como heteronomia.

Ou seja, o entendimento da dignidade humana como heteronomia repousa em valores compartilhados na sociedade, a partir de uma definição Estatal. Neste enfoque, as escolhas individuais devem ser preteridas em prol do bem comum, consubstanciando o interesse público:

“O terceiro e último elemento, a dignidade humana como valor comunitário, também chamada de dignidade como restrição ou dignidade como heteronomia, representa o elemento social da dignidade. Os contornos da dignidade humana são moldados pelas relações do indivíduo com os outros, assim como com o mundo ao seu redor. A autonomia protege a pessoa de se tornar apenas mais uma engrenagem do maquinário social. Contudo, na famosa passagem de John Donne, ‘nenhum homem é uma ilha, completa em si mesma’. A expressão ‘valor comunitário’, que é bastante ambígua, é usada aqui, por convenção, para identificar duas diferentes forças exógenas que agem sobre o indivíduo:

1. Os compromissos, valores e “crenças compartilhadas” de um grupo social, e 2. As normas impostas pelo Estado. O indivíduo, portanto, vide dentro de si mesmo, de uma comunidade e de um Estado”. (BARROSO, 2015, p. 87).

Isto posto, na prática, defender a dignidade humana somente como autonomia não conduz a resultados práticos, haja vista que a própria teoria prevê a necessidade da atuação Estatal em alguns casos, inclusive para garantir o chamado mínimo essencial ao indivíduo, atuação que lhe é obrigatória, vinculada (MARTINS, 2015, p. 155-157).

No Estado Social, convém mencionar, o Estado não necessariamente se limita em garantir o mínimo vital, devendo sua atuação ser pautada pela busca da felicidade do indivíduo (MARTINS, 2020, p. 11)<sup>5</sup>, ponderando-a entre os aspectos subjetivos e objetivos.

Em linha gerais, tracemos a seguinte análise: a atuação do Estado se dará de forma a prestigiar tanto o conceito da dignidade humana como autonomia quanto como heteronomia, não há cisão entre eles, mas, sim, uma complementação.

Explica-se. Há a necessidade de estabelecer limites à autodeterminação dos indivíduos para que as decisões convivam de maneira pluralizada na sociedade, respeitando-as individualmente. Nesse enfoque, podemos entender que o Estado busca garantir a felicidade objetiva (MARTINS, 2020) – mediante objetivas condições para que todos atinjam –, limitando a liberdade do indivíduo em prol da sociedade, o que caracteriza o conceito da dignidade humana como heteronomia.

Por outro lado, há também a necessidade de respeitar a autodeterminação de cada indivíduo quando suas decisões personalíssimas não afetam e não trazem risco para a sociedade, consubstanciando a dignidade humana como autonomia.

Importante destacar que não se busca a felicidade subjetiva – de específico sujeito – com a presente proteção, mas, sim, garantir que a infelicidade subjetiva não seja acionada sem necessidade de fomentar a felicidade objetiva, compreendida esta última como a satisfação de valores suscetíveis de, sob o viés comunitário (e não de um determinado indivíduo), propiciar felicidade às pessoas (MARTINS, 2020, p. 15-17).

Aplicando-se as premissas expostas, tem-se que o Estado só poderia vedar a interrupção voluntária da vida – por meio da eutanásia, retirada de suporte vital (RSV) ou suicídio assistido –, caso constate risco a valores fulcrais de proteção da sociedade. Temos aqui a busca Estatal pela felicidade objetiva<sup>6</sup> e a aplicação da dignidade humana como heteronomia; ou quando o próprio indivíduo não possui condição de expressar seu consentimento, sua autodeterminação, aproximando-se da dignidade humana como autonomia, em seu conceito de proteção.

Não há dúvidas quanto à constatação da segunda afirmação, afinal, caso não haja manifestação expressa do indivíduo ou por outro meio que garanta, indubitavelmente, sua expressão de vontade no que tangencia à interrupção voluntária da vida, esta não poderá ser permitida pelo Estado.

E no caso da heteronomia? Isto é, caso haja, de fato, manifestação de vontade do indivíduo, alicerçada na dignidade humana como autonomia em poder ter uma morte digna, como o Estado deve avaliar se há valores de proteção da felicidade objetiva,

possibilitando-o a não autorizar a prática e, assim, conseqüentemente, causar uma infelicidade subjetiva ao indivíduo?

Para tentar resolver a problemática, mister se faz verificar se a felicidade objetiva (proteção à vida) é suficiente para causar a infelicidade subjetiva ao indivíduo (vedação da interrupção vital e, conseqüentemente, de proporcionar, subjetivamente, a morte digna).

Não se trata de um ato político da autoridade competente, fundamentado na teoria kelsiana, para o enquadramento correto na moldura (KELSEN, 1998, p. 247), pois, especialmente se tratando de direitos fundamentais, há de se buscar a interpretação mais correta a ser aplicável, à luz das teorias do legislador racional<sup>7</sup>, da perseguição do objeto do legislador – “le but poursuivi par le législateur<sup>8</sup>” (PASQUIER, 1948, p. 129) – e da interpretação criativa de Ronald Dworkin (DWORKIN, 1999, p. 63-64), que compreendem a inviabilidade da conclusão de que a resolução da problemática apresentada se daria por meio da discricionariedade da autoridade competente consubstanciada em um ato de vontade, mas, ao revés, que o Direito concede uma solução ideal, que reclama a adequada identificação pelo intérprete.

Estabelecidas as premissas do afastamento da mera “vontade” discricionária da autoridade competente e da necessidade de se estabelecer a melhor interpretação jurídica no caso concreto a partir da “vontade do direito”, reconhece-se, ante a colisão de valores igualmente fortes do sistema normativo, ser inescusável a aplicação da teoria da ponderação de Robert Alexy.

### **3. Da ponderação**

Sabe-se que o direito, em rigor, é a expressão de normas, as quais são divididas em: regras e princípios. As regras revelam a subsunção do fato a determinado mandamento e são responsáveis por disciplinar determinada questão fática, por meio da máxima tudo ou nada (Dworkin, 1999, p. 367 e 373). Por sua vez, diante da impossibilidade da previsão, através de regras, de todas as condutas possíveis, os princípios são definidos como mandamentos de otimização, ordenando que algo seja feito na maior medida possível, respeitando as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto (SILVA, 2002, p. 43-44).

Trata-se de uma diferença qualitativa entre a subsunção do primeiro, em face da ponderação do segundo (ALEXY, 2012, p. 90-91).

Nesse sentido, os direitos fundamentais, quando conflitantes, por não lhes ser possível a aplicação da teoria da subsunção, ou seja, tudo ou nada, possuem, na ótica de Alexy, a característica de princípios, cuja colisão aparente deve ser enfrentada por meio da ponderação (ALEXY, 2012, p. 93-94).

Assim, buscando apresentar possível resolução para a questão, adota-se o postulado da proporcionalidade, a partir do qual a problemática deve ser submetida a avaliação trifásica acerca de sua justa proporção: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (MELLO, 2019, p. 114).

Na aferição da adequação, é necessário verificar se, de algum modo, o meio utilizado é apto a alcançar o valor buscado. Neste ponto, insta ressaltar que, embora comumente utilizado o verbo nuclear “alcançar”, o meio não precisa de fato realizar o valor, bastando

que fomente sua realização (MARTINS, 2017, p. 18).

Inclusive, o Tribunal Constitucional Alemão ao se valer da análise da adequação utiliza a nomenclatura "*fördern*", cuja tradução literal é promover, aproximando mais de fomentar do que de alcançar o fim buscado (SILVA, 2002, p. 36).

Isto posto, questiona-se se a interrupção da vida é adequada para, nos casos apresentados – eutanásia, suicídio assistido e/ou RSV –, promover uma morte digna, ou seja, a interrupção da vida, nestes casos, fomenta uma morte digna ao indivíduo?

De fato, a partir da visão da dignidade como autonomia, o meio proposto (M – *interrupção da vida*) fomenta o valor jurídico almejado (P – *morte digna*).

Portanto, pelo exposto e nos termos conceituais, conclui-se que a medida exposta é adequada para o fim buscado, passando-se para a próxima análise: necessidade.

A restrição aos princípios e direitos fundamentais pela medida adotada deve ser a menor possível dentre as soluções disponíveis para, assim, ter-se como necessária.

Cabe, portanto, buscar a existência de outras medidas para o fim pretendido – morte digna – e, caso existentes, verificar se entre elas há alguma que restrinja em menor grau o princípio constitucional ou direito fundamental contrariado, no caso, o direito à vida.

O ponto é que o fim pretendido, a partir do estudo em tela, recai no conceito de morte digna, cuja subjetividade impera, possuindo diversos significados para cada indivíduo, que nem sempre resultam na perda imediata da vida por meio dos mecanismos expostos – eutanásia, RSV ou suicídio assistido.

Não se pode confundir a vida digna e a morte digna. Pois, ainda que diluída no tempo, mediante um processo (a título de exemplo, rememora-se o conceito de eutanásia passiva), o fim almejado pelo indivíduo é a morte, não existindo, em razão disso, outra medida para este fim que restrinja em menor grau o direito à vida. A morte (digna ou não) se alcança através dela mesma, não há meio termo.

Isto posto, constata-se, neste enfoque, a necessidade da medida.

A maior complexidade reside na última fase da análise, na qual se avalia a proporcionalidade em sentido estrito, precisamente na qual se aplica a teoria da ponderação de Robert Alexy (ALEXY, 2012, p. 593-594).

Busca-se avaliar se, a partir da atribuição de peso aos direitos fundamentais ou aos princípios, é possível justificar a adoção de determinada medida em face do fim pretendido, ou seja, se o peso em concreto deste justifica a restrição do princípio que lhe seja colidente: a importância – leia-se peso – da morte digna justifica a restrição ao direito à vida? Não se ignora ou se desconhece as críticas relacionadas à subjetividade da análise da ponderação, capitaneadas, principalmente por Habermas (HABERMAS, 2003, p. 315-323), todavia, no presente artigo, são adotadas as elucidações realizadas pelo próprio Alexy (ALEXY, 2009, p. 131-140) e Ricardo Marcondes Martins (MARTINS, 2017, p. 16)<sup>9</sup>.

A maneira racional de solucionar o conflito entre princípios jurídicos e/ou direitos fundamentais proposta por Alexy, que aqui adotamos, compõe-se em uma fórmula,

suscetível de estabelecer quais valores terão o maior peso, diante do caso concreto:

$$P_{1,2} = \frac{WP1.GP1.S1}{WP2.GP2.S2}$$

Não obstante a apresentação transmita complexidade, a leitura da fórmula é simples. No início, o símbolo  $P_{1,2}$  representa, respectivamente, o peso dos princípios ou direitos fundamentais debatidos, trata-se, portanto, da resposta para a proporcionalidade em sentido estrito: se a medida adotada justifica a restrição ao direito fundamental ou ao princípio, isto é, se os princípios satisfeitos através da medida têm mais peso que aqueles por ela afetados (restringidos).

Adota-se, no caso em tela,  $P_1$  como direito à vida e  $P_2$  a título de direito à morte digna a partir da interrupção voluntária da vida.

Dessa forma, para responder à questão quanto à proporcionalidade em sentido estrito, os pesos ( $P_1$  e  $P_2$ ) serão analisados quanto ao nível de afetação de um princípio ou direito fundamental em relação ao outro ( $WP_1$  e  $WP_2$ ), pelo peso abstrato de cada um ( $GP_1$  e  $GP_2$ ) e pelo grau de segurança das premissas que justificam a aplicação ( $S_1$  e  $S_2$ ).

Para cada parte da equação, Alexy propõe uma escala trifásica de pontuação, representando a satisfação e a restrição das medidas adotadas, quais sejam: 0 (baixa ou leve), 2 (média) ou 4 (alta ou grave).

Aplicando-se o início da fórmula ( $WP_1$  e  $WP_2$ ), vislumbra-se que a interrupção da vida para atingir o fim da morte digna é razoavelmente classificada como uma restrição grave ao direito à vida, adotando-se o valor 4 na escala trifásica, afinal a concretização do primeiro tem como pressuposto o fim do segundo.

Por seu turno, a vedação à interrupção da vida também pode ser considerada uma restrição grave à dignidade humana como autonomia, sendo valorada, igualmente, com a pontuação 4 na mencionada escala, já que, conforme exposto, o Estado só deve restringir ou limitar (infelicidade subjetiva) o exercício da dignidade humana como autonomia (felicidade subjetiva) se detectar a proteção de valores fulcrais na sociedade (felicidade objetiva).

É excepcional a limitação da autonomia pelo Estado, mormente em matéria que se reveste de individualidade, como a definição do momento da própria morte, daí nos levar a crer ter a vida afetação grave (será gravemente afetada pelo suicídio), enquanto a dignidade da pessoa humana tem importância igualmente grave (a não prevalência da vontade individual significa sério desatendimento às premissas da vida digna).

Na primeira etapa, portanto, observa-se um empate valorativo, o qual não está sujeito, *per se* e neste momento, à vontade do agente competente (legislador), rememorando a crítica retromencionada à teoria Kelseniana, vez que se deve buscar a vontade do direito, prosseguindo a aplicação da fórmula.

Parte-se para a comparação do peso abstrato ( $GP_1$  e  $GP_2$ ) de  $P_1$  e  $P_2$ . Diferentemente do peso concreto, aferível após a aplicação da presente fórmula diante do caso real, o peso abstrato se conceitua a partir de hierarquização dos princípios e dos direitos fundamentais no plano hipotético.

Diz-se hipotético, pois é inviável a criação de hierarquia “rígida” entre princípios e direitos fundamentais, embora deva se reconhecer a possibilidade de que sejam, em um cenário de conflitos, sobrepostos (MARTINS, 2017, p. 25).

A roupagem constitucional dada para determinadas normas, ainda que formalmente igualitária, não resulta na equivalência material entre elas, possibilitando, no plano abstrato, classificá-las dentro de uma hierarquia:

“Apesar de toda norma constitucional possuir, no modelo do constitucionalismo, formalmente, o mesmo valor jurídico (rigidez e supremacia), nem toda norma constitucional possui a mesma importância material. Basta um exemplo: por óbvio, na CF/88 (LGL\1988\3) a dignidade da pessoa humana não tem, no plano abstrato, o mesmo peso que a economicidade” (MARTINS, 2020, p. 191).

É importante ressaltar que raramente o peso abstrato possui valoração predominante na fórmula da ponderação, vez que, na grande maioria, os pesos abstratos são equivalentes, preferindo o aplicador, na linha de Alexy, anulá-los devido a sua igualdade (ALEXY, 2012, p. 604), facilitando a aplicação da fórmula.

Da máxima não se distancia a questão em tela, afinal P1 (direito à vida) e P2 (morte digna/dignidade humana) são equivalentes no plano abstrato, podendo-se atribuir a ambos um peso abstrato *alto*, valorando-os com 4 na escala.

Por fim, a mais determinante fase da fórmula, diante de nossa hipótese. Diz-se a mais determinante diante de seu papel de desempate, afinal as fases anteriores revelam um empate ponderativo.

Esta terceira fase é a chamada lei da ponderação epistêmica. Trata-se da análise, não abstrata, mas, concreta, do grau de conhecimento das premissas aplicáveis, ou seja, da segurança tida ao caso concreto após sua aplicação. A fase é representada pela letra “s” justamente referente à tradução alemã da palavra “(s)icherheit”, cuja tradução literal ao vernáculo se revela tratar-se da (s)egurança das premissas aplicáveis (MARTINS, 2020, p. 192).

Passa-se, portanto, a análise, a partir do grau de certeza na aplicação das premissas em face do resultado obtido ou esperado, possibilitando três possíveis constatações (nova escala trifásica a ser valorada pela fórmula): certo ou seguro, sustentável ou provável, não evidentemente falso. Atribui-se os respectivos quantitativos a título de peso: 4, 2 ou 1.

O resultado é o produto da aplicação de uma premissa no caso prático e seus dobramentos conforme o fim almejado. Assim, trazendo para o caso discutido, a questão se resume na análise do produto e o nível de segurança do fim buscado no caso da adoção de P1 (direito à vida) em face de P2 (direito à morte digna), bem como o inverso.

Adotando-se, assim, a permissão da interrupção voluntária da vida, privilegiando, portanto, o P2, tem-se a certeza da violação e de danos ao P1, afinal, levada a efeito a interrupção da vida, têm-se como certos ou seguros os danos à vida, a qual acabaria, ao menos para aquela pessoa.

Assim, o grau de certeza da interrupção voluntária da vida, isto é, de restrição do direito à

vida a fim de que se viabilize a morte digna (P2), é tido como seguro, valorado com peso 4, a título de intervenção na vida humana (P1).

Necessário, todavia, aplicar o mesmo raciocínio para P1, visando a verificar o grau de certeza em relação ao P2. Implementando, portanto, a vedação à interrupção voluntária da vida, buscando a priorizar o direito à vida (P1), tem-se que a intervenção às pessoas de terem uma morte digna (P2) é meramente provável, valorada com peso 2, desempatando a ponderação realizada.

A conclusão quanto a mera probabilidade de intervenção de P1 em P2 se dá pelo fato que da vedação à interrupção voluntária da vida não resulta, automaticamente, a impossibilidade de se obter uma morte digna, seja por fatores fáticos, sociais e/ou, até mesmo, emocionais, todos os quais são voláteis ao longo de lapsos temporais, devendo, inclusive, em razão disso, o Estado evitar a tomada de decisão irreversível.

Explica-se, uma vez que a premissa que ora se adota é a que revela o desempate ponderativo hábil à adoção da conclusão que se propõe.

As decisões quanto à interrupção voluntária da vida podem se alterar diante de circunstâncias fáticas, emocionais e sociais, cambiantes, assim sendo inclusive aquelas tidas como impossíveis tanto tecnicamente (médicos), quanto emocionalmente. Diversos são os casos de desistência da prática de eutanásia<sup>10</sup>, revelando que, após lapso temporal, a morte digna não se daria naquele momento, mas após uma maior vivência.

Não é só. Diversas são as discussões quanto aos casos de coma por anos<sup>11</sup>, cuja retirada dos aparelhos (RSV) era tida como única saída para prover a morte digna ao paciente. Todavia, também são incontáveis – não obstante, a título de proteção Estatal, bastar apenas um –, os casos de melhoras diagnósticas tidas como impossíveis, conduzindo o então paciente a uma nova vida, na qual, no decorrer da sua vivência, depara-se com questões sociais que se demonstrarão suficientes para afirmar que o conceito de morte digna mudou, passando a ser possível a concretização da vida digna somente após certa experiência, como um paciente que retorna de anos de coma e pode ver seus netos crescidos, estabelecer relação afetiva etc.

Ou seja, caso fosse levada a efeito a interrupção da vida, sob o pretexto de promover a morte digna, com a retirada precoce dos aparelhos, inviáveis seriam os potenciais acontecimentos ulteriores, e, portanto, ainda que em lapsos temporais distintos, não se teria promovido a morte digna de fato, pois que prematura e interruptiva de experiências que certamente seriam desejadas pelo enfermo ou descrente, se certeza tivesse de sua recuperação.

O raciocínio exposto também pode ser aplicado para diagnóstico de doenças incuráveis, tanto àqueles que com a notícia buscam a realização do suicídio assistido quanto àqueles que buscam, a partir do diagnóstico, a prática da eutanásia passiva (interrupção de tratamento), pois também são diversos os casos de curas repentinas<sup>12</sup> ou avanços médicos (SINGH, 2010, p. 270-271) no decorrer da doença que acabam por curar o paciente, dando-lhe nova vida, cuja vivência poderá revelar novo conceito de morte digna, a qual, novamente, não seria possível caso a interrupção precoce anterior fosse efetivada.

Por tais razões, ao vedar a interrupção voluntária da vida é apenas provável que não se

concretize a morte digna, eis que esta pode ser alcançada sem a necessidade de sua interrupção voluntária. Todavia, o inverso não resulta na mesma conclusão, pois ao permitir a interrupção voluntária da vida o grau de certeza é certo, tendo em vista que com a interrupção voluntária da vida a consequência morte (desprotegendo o direito à vida) é segura.

Ao P1 (direito à vida) se acresce o peso 4 da segurança sobre as premissas que sustentam a sua proteção. Ao P2 (autonomia mediante a morte digna) se acresce apenas o peso 2, pois são prováveis as premissas sobre as quais se assenta.

Ora, quão mais graves sejam as medidas porventura permitidas pelo Direito, igualmente certas e seguras devem ser as premissas que asseguram a tomada de decisão. Não se autoriza a demolição de um prédio porque este apresentou uma rachadura, mas impõe-se fazê-lo se forem sérias e diversas as máculas estruturais.

O princípio da proporcionalidade informa o Direito como um todo, estabelecendo-se como um *standard* para o exercício de competências e delimitador da incidência das normas que compõem o ordenamento jurídico, dando-lhes senso de justiça e coesão:

“Sendo assim, conforme já demonstramos, um princípio geral de direito, o princípio da proporcionalidade não padece lesão sem que ocorra dano irreparável à natureza e integridade do sistema constitucional. A lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades, porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades, cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos. [...] Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade”. (BONAVIDES, 2017, p. 444 e 446).

Ainda que se possa questionar as estatísticas dos casos que concretizam o grau de certeza referente à interrupção voluntária da vida (cura de doença incurável, retorno de coma após anos, avanço da medicina e surgimento de tratamento), é primordial rememorar que a análise em tela é realizada sob o manto da guarda Estatal, de forma pela qual, considerando a importância do direito à vida e a gravidade de sua interrupção precoce, seriam relevantes referidas premissas de proteção mesmo que tivessem ocorrido em apenas um caso. Trata-se, novamente, da certeza da morte em face da possibilidade da vida, ainda que em quantitativo, estatisticamente, baixo<sup>13</sup>.

Ainda que se entenda serem as estatísticas expostas baixas, sua consequência e os altos valores naturais envolvidos justificam sua plena proteção pelo Estado, à luz do princípio da proporcionalidade, mormente quando decantado através da referida fórmula do peso.

Retornando à análise, ainda que se discuta, estatisticamente, a possibilidade de arrependimento prévio da eutanásia passiva, a cura inexplicável ou medicamentosa de

uma doença supostamente incurável ou o retorno de um coma de décadas, o novo conceito de morte digna após tais acontecimentos, especialmente àquela pessoa, é suficiente para não ter como certa a interrupção voluntária da vida para alcançar o mesmo objetivo, impondo ao Estado a necessidade de resguardar o direito à vida, isto é, obstaculiza qualquer decisão estatal que não aquela destinada a satisfazer os valores jurídicos mais pesados ou, noutras palavras, a satisfazer a vontade do ordenamento jurídico, a qual o Estado se vincula.

Trata-se da *incerteza* de não alcançar futuramente a morte digna com a interrupção voluntária da vida, sendo que a primeira pode ser alcançada de outras formas; em face da *certeza* de dano à vida ao autorizar que se coloque o fim de maneira voluntária.

Assim, diante da constatação exposta, a vontade do direito – extraída após a aplicação ponderativa exposta – imputa, ao Estado, a proteção ao direito à vida, impossibilitando ou, ao menos, não autorizando a interrupção voluntária da vida.

Aplicando o produto da fórmula, é possível observar a existência da felicidade objetiva protegida, autorizando o Estado, nesta conformidade e nos termos expostos, a criação de infelicidade subjetiva em determinadas pessoas ao vedar ou não autorizar que estas interrompam voluntariamente suas vidas.

Outrossim, proteção, primordialmente alicerçada na felicidade objetiva, pode se revelar, também, extensora à felicidade subjetiva da própria pessoa futuramente, vez que, no âmbito do raciocínio exposto, o conceito de morte digna pode ser alterado a depender de circunstâncias fáticas do momento, podendo a vedação proposta, inclusive, acabar por beneficiar pessoa que, inicialmente, gostaria de interromper sua vida em prol da morte digna com base em conceito destorcido ou equivocado por questões sociais, emocionais ou fáticas, as quais são posteriormente reveladas como superáveis.

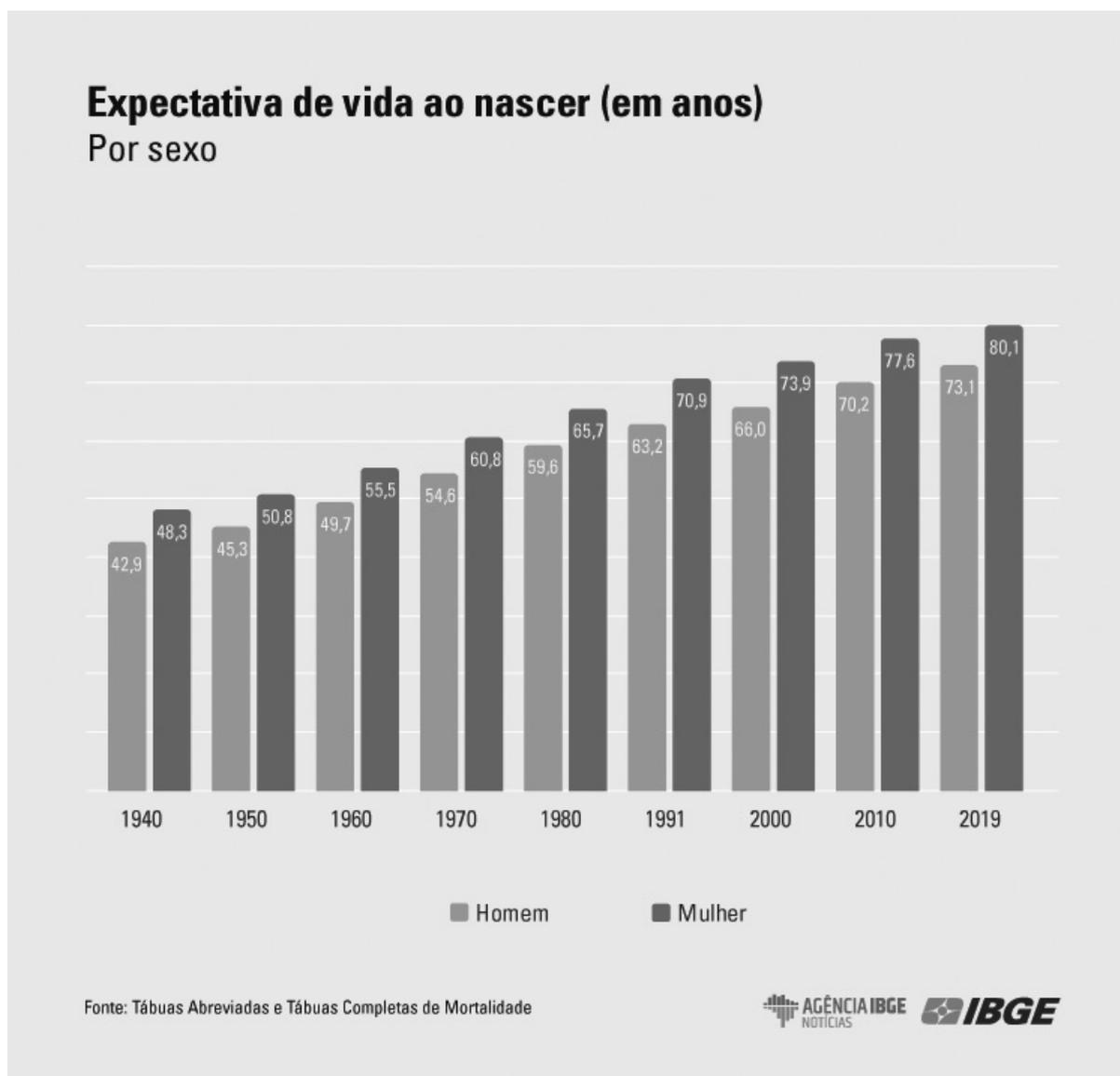
A vedação ou a não autorização produto da aplicação da fórmula são, portanto, garantias da felicidade objetiva e subjetiva do indivíduo, ainda que em um primeiro momento seja enfrentada como uma infelicidade subjetiva criada pelo Estado.

#### **4. Realidade brasileira no século XXI: do avanço da medicina e do mal do século**

Não obstante o produto constatado após a aplicação da fórmula, é imprescindível que o resultado obtido seja, também, analisado à luz do cenário fenomênico a ser aplicado, pois a fórmula desenvolvida, principalmente pela análise de parâmetros racionais, afastando as críticas quanto à subjetividade da medida, acaba por resultar em produtos técnicos e, por vezes, destoantes da realidade do campo aplicável.

Assim sendo, a fórmula deve ser interpretada sob o enfoque da realidade afetada pela decisão, utilizando-se, inclusive, de estudos sociais, sob o risco de se interpretá-la equivocadamente (MARTINS, 2020, p. 196).

Isto posto, o avanço da medicina, especificamente no Brasil, é notado, claramente, pelo aumento da expectativa de vida dos brasileiros, a qual, desde 1940 até 2019, aumentou quase em 70% para os homens e 67% para as mulheres (IBGE, 2019):



Fonte: Tábuas Abreviadas e Tábuas Completas de Mortalidade.

O avanço também resultou na radical diminuição da mortalidade infantil no mesmo período (1940-2019), atingindo percentuais redutivos de: 92% na taxa de mortalidade infantil (menos de 1 ano); 97% na taxa de mortalidade no grupo de 1 a 4 anos de idade; e 93% na taxa de mortalidade na infância (IBGE, 2020, p. 1-7).

Os números são consequência, primordialmente, dos avanços com os cuidados com a saúde, especialmente, mas não só, pelo avanço da medicina preventiva e diagnóstica. Hoje, quadros clínicos tidos, em décadas passadas, como incuráveis ou cujo diagnóstico seria mortal em meses, possuem tratamentos eficazes que possibilitam aos pacientes viverem bem por décadas e, até mesmo, curarem-se.

Com a cautela de não destoar do tema do artigo, limita-se à citação, como exemplo, do câncer. Antigamente, no início da década de 40, o diagnóstico precoce da doença não era possível, sendo que sua constatação e respectivo diagnóstico só era possível após o tumor já ter tomado algum órgão (PEREIRA, et al, 2015, p. 267). Nestes casos, a morte acabava

por se confirmar, consubstanciando o grave diagnóstico cancerígeno. Nos tempos atuais, o avanço da medicina no que tange ao diagnóstico precoce, tratamento e convívio com a doença, possibilita ao paciente diagnosticado com câncer não só a plena capacidade de viver anos com a doença mediante tratamento regular, como também reais chances de se curar.

O avanço da medicina é veloz e nem sempre previsível, as pesquisas avançam celeremente e, em razão disso, são capazes de alterar diagnósticos graves, tidos, muitas vezes, como fundamentos da interrupção voluntária da vida, resultando na alteração do conceito de morte digna após certo lapso temporal ou experiência, conforme já exposto.

Assim, deve-se levar em consideração que o avanço das tecnologias de tratamento e diagnóstico é questão que soma ao produto da ponderação levado a efeito, ou seja, a *incerteza* da morte digna com a interrupção da vida ganha contornos ainda mais sólidos diante dos avanços na área médica que, por vezes, desconstrói os fundamentos que fomentam a vontade de interromper voluntariamente a vida, nascendo, em razão disso, o dever de proteção estatal.

Contextualizemos, igualmente, referida interrupção voluntária “vis-à-vis” da enfermidade considerada pela Organização Mundial da Saúde como sendo o mal do século: a depressão. A OMS e demais especialistas assim consideram a patologia, que circunda o cotidiano da humanidade, com o aumento de diagnósticos, sendo notória sua frequência entre a população jovem, composta, segundo o IBGE (Pesquisa Nacional de Saúde, 2019), por pessoas entre 0 e 19 anos de idade, as quais tendem a possuir anos de vida pela frente, de acordo com a expectativa de vida anteriormente abordada.

A Organização Mundial da Saúde e demais especialistas (OMS, 2012) declaram a depressão como o mal do Século XXI, resultando em brusco aumento de diagnósticos, principalmente, entre os jovens (SANTIAGO; MATHEWS; et al, 2021, p. 74).

Não só o aumento quantitativo de diagnósticos se apresenta como fator preocupante, que demanda o incremento da proteção estatal, mas, também, a baixíssima procura por tratamento dos acometidos pela doença igualmente demanda atenção, considerando o aprofundamento da depressão e suas graves consequências. Em estudo realizado no Estado do Acre, entre adolescentes de 12 a 17 anos, 9% já tiveram episódios depressivos e apenas 40% desses buscaram tratamento e ajuda psicológica (PAPALIA, 2013, p. 402).

Nesse contexto, é inegável que o avanço da depressão em certo indivíduo pode submetê-lo a experiências psicológicas tidas como insuportáveis, fomentando sua vontade de interromper sua vida, a fim de que tenha a tão buscada morte digna. Ignorar o cenário posto, franqueando ao indivíduo, amplamente abalado, a possibilidade legal de interromper sua vida, conforme demonstrado na fórmula ponderativa, é desatender ao comando constitucional de proteção. Isso porque, o próprio indivíduo merece ser protegido pelo Estado em um momento de fragilidade social e psicológica, devendo o Estado, portanto, protegê-lo de si mesmo, oferecendo apoio e tratamento, ainda que mais complexo e custoso.

A proteção neste caso e conforme já exposto é, novamente, mais do que proteção à felicidade objetiva e à dignidade humana como heteronomia, revelando-se verdadeira

guardada à felicidade subjetiva e à dignidade humana como autonomia ao indivíduo, ao tempo em que o mantém com domínio do mínimo existencial indispensável para que exerça a sua liberdade.

## 5. Conclusão

O tema é tormentoso, como são aqueles que envolvem conflitos entre direitos fundamentais, mas não há conflito para o qual o Direito não dite uma solução, à luz dos valores jurídicos nele consagrados.

A fórmula do peso se revela como instrumento inexorável para que se proceda à ponderação para estabelecimento da regra de precedência entre os valores jurídicos conflitantes, à luz do caso concreto, evitando-se o relativismo e o subjetivismo na interpretação, mormente de casos difíceis.

Antes da aplicação da fórmula, apresentou-se, ainda que brevemente, o conceito da dignidade humana, elucidando-o tanto em seu caráter de autonomia, quanto de heteronomia, analisando a problemática proposta sob ambos os prismas. Se de um lado tem-se a vontade do indivíduo como determinante para tomada de decisões, de outro tem-se a limitação diante das consequências e danos para a coletividade (e para ele mesmo, pois que nela inserido).

Paralelizando, aproximamos a dignidade humana como autonomia da felicidade subjetiva e a dignidade humana como heteronomia da felicidade objetiva, concluindo, após as questões postas, que só poderia o Estado limitar aquela em busca da proteção coletiva desta, ou seja, só resta possível a criação de uma infelicidade subjetiva para garantir a felicidade objetiva.

A questão que surgiu, portanto, foi de verificar a existência da condição de intervenção Estatal e, se constatada, delimitá-la, utilizando-se da medida ponderativa, por se tratar de direitos fundamentais em aparente conflito, a partir da aplicação da fórmula proposta por Robert Alexy ( $P_{1,2} = WP_1.GP_1.S_1/WP_2.GP_2.S_2$ ), na qual P1 e P2 são os direitos conflitantes (P1 como direito à vida e P2 a título de direito à morte digna a partir da interrupção voluntária da vida); WP é o nível de afetação de um direito fundamental em relação ao outro; GP o peso abstrato de cada; e S o grau de segurança das premissas que justifiquem ou concretizem sua aplicação.

A aplicação da fórmula, ao menos nos quesitos iniciais, demonstrou-se equivalente na ponderação, vez que o nível de afetação (WP) se expressou igualitário, ante a natureza grave, por óbvio, da interrupção voluntária da vida ao direito à vida, bem como da proibição daquela ao direito de se obter uma morte digna à luz do viés da dignidade humana como autonomia. O empate ponderativo também se estendeu ao segundo quesito da fórmula, eis que se vislumbrou a equivalência entre o direito à vida e o direito à morte digna.

A problemática começou a ser esclarecida no último quesito da fórmula, ao se analisar o grau de segurança das premissas aplicáveis, ou seja, o grau de certeza dos efeitos concretos com base na aplicação das medidas. Percebeu-se, neste contexto, que se adotando P2 (morte digna a partir da interrupção voluntária da vida) o grau de certeza na violação de P1 (direito à vida) é certo, afinal, a interrupção da vida é pressuposto, ainda

que não conclusivo, para atingir buscada morte digna, classificando a violação como segura/certa.

Diferentemente da equidade que vinha se observando com a aplicação da fórmula, o inverso não resultou no mesmo grau de certeza. Isso porque, ao se adotar P1 (direito à vida), não autorizando, por consequência, interrupção voluntária da vida para se atingir P2 (morte digna), a violação é apenas provável. A mera probabilidade, conforme observamos, advém de elementos fáticos, sociais, psicológicos e tecnológicos que revelam que os fundamentos para a interrupção voluntária da vida como meio de obtenção a morte digna são plenamente mutáveis, alterando, conseqüentemente, o conceito de morte digna.

Seja em virtude da possível cura de doença diagnosticada como incurável, de potencial superação de barreiras psicológicas, da possibilidade do retorno de estados de coma após anos, fatores tidos como fundamentos para morte digna podem ser alterados e, conseqüentemente, o conceito buscado não se revelará mais o suficiente para o atingimento da morte digna, o qual apenas após certa experiência, ainda não vivida, mas possível, revelará o seu verdadeiro significado. Há, portanto, uma reconceituação da morte digna.

Buscou-se exemplificar com casos reais de indivíduos diagnosticados com doenças incuráveis, cuja vontade inicial recaía na interrupção voluntária da vida (seja qual for sua espécie), mas, posteriormente, as circunstâncias foram alteradas.

Concluímos que, ante o avanço da medicina ou por questões fisiológicas relativas, a doença pode vir a ter uma evolução branda ou estacionária, até mesmo vir a ser curada, possibilitando a vivência de experiências, as quais não seriam aferíveis caso levasse a efeito à interrupção voluntária da vida. Experiências, ainda, que somente a partir delas demonstrar-se-ia o conceito para a morte digna.

Questões psicológicas, como o mal do século XXI (depressão), também acabam sendo fomentos e impulsos para buscar, diante da situação vivenciada pelo indivíduo, a interrupção de sua vida visando à morte digna, as quais, tratadas dignamente, com atenção estatal esmerada, podem revelar uma nova maneira de viver, alterando, novamente, o conceito de morte digna.

Por todas as razões, especialmente após a aplicação da fórmula ponderativa, conclui-se que a não autorização da interrupção voluntária da vida a fim de prover a buscada morte digna, diante da incerteza desta em face da certeza dos danos daquela, é mais do que necessária para proteger o interesse comum (dignidade humana como heteronomia), ou seja, a felicidade objetiva, autorizando a limitação na felicidade subjetiva (dignidade humana como autonomia) e a criação, conseqüentemente, de infelicidade subjetiva, revelando-se como medida protetora da própria felicidade subjetiva, no momento em que os fundamentos para tomada de decisão referente à interrupção voluntária da vida podem se revelar insubsistentes ao longo do tempo, devendo o Estado proteger também o indivíduo de si próprio.

## 6. Referências

ALEXY, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Processual Constitucional*, 2009. Originalmente publicado

como "Grundrechte, Abwägung und Rationalität", en *Ars Interpretandi. Yearbook of Legal Hermeneutics*, Münster, Lit, núm. 7, 2002, p. 113-125. Versión inglesa del propio autor: "Constitutional rights, balancing, and rationality", en *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, EUA, Universidad de Boloña, vol. 16, núm. 2, junio de 2003, p. 131-140. Traducción española anterior de David García Pazos y Alberto Oehling de los Reyes, con el mismo título que la presente, en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (ed.), *The Spanish Constitution in the European constitutional context. La Constitución española en el contexto constitucional europeo*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 1505-1514.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campo Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista Faculdade de Direito de Uberlândia*, t. 38: 241-242, 2010. Disponível em: [www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930]. Acesso em: 29.04.2021.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo – A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*. 3. reimp. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. edição, atualizada (em apêndice a CF/1988 (LGL\1988\3), com as Emendas Constitucionais até a de n. 95, de 15.12.2016). São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

BRAGA, Paulo Henrique. Homem se comunica após coma de 8 anos. *Folha do Estado de São Paulo*. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft270301.htm]. Acesso em: 18.06.2021.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Em 2019, expectativa de vida era de 76,6 anos. Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29502-em-2019-expectativa-de-vida-era-de-76-6-anos]. Acesso em: 20.07.2021.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional de Saúde*, 2019. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101764.pdf]. Acesso em: 30.08.2021.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Direito Penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA NETO, João. *Dignidade Humana – visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

DOS SANTOS, Fernanda Freire; DIAS, Roberto. El derecho a la muerte digna: em defensa del suicidio asistido y de la limitación del esfuerzo terapéutico. *BioLaw Journal – Rivista di Bio Diritto*, n. 03/2016. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/23804]. Acesso em: 29.04.2021.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins

Fontes, 1999.

FREIRE, Diogo. Jovem acorda do coma sem saber da pandemia — mesmo tendo pegado Covid duas vezes. *CNN Brasil*. Disponível em [www.cnnbrasil.com.br/internacional/2021/02/03/jovem-acorda-do-coma-sem-saber-da-pandemia-mesmo-tendo-pegado-covid-duas-vezes]. Acesso em: 18.07.2021.

GOÑI, Ignacio López. Coronavírus: o estranho caso da cura de um linfoma após infecção por covid-19. *BBC*. Disponível em: [www.bbc.com/portuguese/geral-55809104]. Acesso em: 18.07.2021.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Educação 70, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Coronavírus e ponderação. *Revista Int. de Dir. Público – RIDP*: Belo Horizonte, ano 5, n. 8, p. 9-19, jan.-jun. 2020.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Felicidade e ponderação. *Revista Int. de Dir. Público – RIDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, p. 9-19, jan.-jun. 2020. Disponível em [www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/CEJUR%20-%20PGM/CEJUR%20Clipping/9%C2%AA%20Edi%C3%A7%C3%A3o/ARTIGOS/4.pdf](http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/CEJUR%20-%20PGM/CEJUR%20Clipping/9%C2%AA%20Edi%C3%A7%C3%A3o/ARTIGOS/4.pdf). Acesso em: 20.07.2021.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria Jurídica da Liberdade*. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. *R. Int. de Dir. Público – RIDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 9-35, jan.-jul. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 34. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2019.

MULLER, Enrique. Uma mulher acordou do coma depois de 27 anos. *El País*. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/04/24/internacional/1556132242\_092592.html] Acesso em: 29.08.2021.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto; revisão da tradução de Denise Matos Marino. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2010.

PAES, Cíntia. Paciente com remissão de câncer terminal já está em casa, em BH, após tratamento inédito no Brasil. *G1 Globo*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/10/14/paciente-com-remissao-de-cancer-terminal-ja-esta-em-casa-em-bh-apos-tratamento-inedito-no-brasil.ghtml>>. Acesso em 18 jul. 2021.

PAPALIA, Diane.; FELDMAN, Ruth Duskin. *Desenvolvimento humano*. Porto Alegre: AMGH, 2013.

PASQUIER, Claude du. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Neuchatel, 1948.

PEREIRA, Vanessa; et al. *a evolução da luta contra o câncer*. Revista Unisepe, Ed. 7. São Paulo. Disponível em: [https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2018/06/32evolu\_luta\_cancer.pdf]. Acesso em: 26.07.2021.

PICO DELLA MIRANDA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. 6. ed. Lisboa: Edições 70, 2011.

SÁNCHEZ, Álvaro. As 150 eutanásias do médico que ajudou o próprio irmão a morrer. *El país*. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/31/internacional/1490968072\_696807.html]. Acesso em: 18.07.2021.

SANTIAGO, Mathews Barbosa., BRAGA, Odete Silva., DA SILVA, Polyanna Rodrigues., Capelli, Vinicius Matheus., & DA COSTA, Ruth Silva Lima. Índices de depressão, ansiedade e estresse entre estudantes de enfermagem e medicina do Acre. *Revista Psicologia, Diversidade e Saúde*, 10(1), 73-84, 2021. Disponível em: [www5.bahiana.edu.br/index.php/psicologia/article/view/3374/3942]. Acesso em: 26.07.2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798 (2002). p. 23--50. Disponível em: [https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf]. Acesso em: 23.09.2021.

SINGH, Ajai. Medicina moderna rumo à prevenção, à cura, ao bem-estar e à longevidade. *Rev. Latinoam. Psicopat. Fund.*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 265-282, jun. 2010. Disponível em [www.scielo.br/j/rlpf/a/7PQrFxxvNMsvJV8Jf6pwSXQx/?lang=pt&format=pdf]. Acesso em: 23.07.2021.

VILLAS-BOAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

1 .“Por um lado, diz-se que (TEIFKE, 2011, *passim*): (1) a dignidade é um direito *prima facie* de autodeterminação. Isso significa que, em regra, todo indivíduo possui o direito de fazer o que quiser. [...] Como se trata de um direito *prima facie*, ele só será um mandamento definitivo (*definitivies Gebot*) quando não houver motivos suficientes para afastar aquele direito *prima facie*. Decidir se esse é, ou não, o caso depende de um sopesamento (*Abwagung*)” (COSTA NETO, 2014, p. 176).

2 .“Foi partindo do pressuposto de que o Estado não pode proteger os cidadãos de si mesmos que BVerfG julgou constitucional a obrigação de usar cinto de segurança (*Gurtanlegeoflicht*). Na ocasião, a Corte valeu-se de uma artificiosa e pouco persuasiva solução. Constatou-se que, com base no direito infraconstitucional, todos têm o dever de

ajuda mútua, em caso de acidente. Ao não utilizar o cinto, o motorista diminui sobremaneira a sua aptidão para cumprir esse dever de ajuda ao próximo. Logo, é constitucional a obrigação de uso do cinto de segurança” (COSTA NETO, 2014, p. 49).

3 .“Note-se que no sistema moral kantiano a autonomia é a vontade que não sofre influências heterônomas e corresponde à ideia de liberdade. Contudo, na prática política e na vida social, a vontade individual é restringida pelo direito e pelos costumes e normas sociais” (BARROSO, 2015, p. 82).

4 .“O risco de causar dano aos outros normalmente – embora nem sempre – constitui uma base razoável para a limitação da autonomia pessoal. É amplamente reconhecido, nos dias de hoje, que o uso da formulação de Mill sobre do princípio do dano como a única justificativa para a interferência estatal na liberdade do indivíduo ‘pode ser excessivamente simplista’ e que uma ‘variedade de critérios’ vai determinar quando a liberdade pode ser restringida. Mas a ideia de dano aos outros confere à restrição uma justa presunção de legitimidade. O dano a si mesmo pode também constituir uma base aceitável para a limitação da autonomia pessoal, como anteriormente mencionado, mas nesse caso o ônus de comprovar a sua legitimidade vai usualmente recair sobre o Estado” (BARROSO, 2015, p. 96-97).

5 .“Mas, o que significa ‘busca do bem comum’? Voltando à pergunta inicial, seria o respeito à dignidade, ao pleno asseguramento apenas do mínimo vital? Só isso? E aí a proposta do Professor Emerson Gabardo: Não! Entender o Estado – e isso na Constituição de 1988 fica claro, do ponto de vista positivo – a partir de uma Teoria Geral que restringe a atuação estatal apenas ao asseguramento de um mínimo vital é uma teoria não apenas insuficiente, mas incorreta. Nesse ponto, concordo integralmente com o Prof. Gabardo. Imaginemos, por abstração, que todos tenham assegurado um mínimo vital numa determinada sociedade. Nesse caso, o Estado não tem mais uma missão? Ele não tem mais deveres para com o povo daquele local? Parece-me que ele continuará tendo deveres, de modo que o bem comum deverá ser realizado além do mínimo vital. Portanto, a missão estatal vai além! E aí está a grande resposta que nos apresenta o Professor Emerson Gabardo, por meio de sua tese: em relação à missão estatal, o delimitador fundamental para atuação do Estado não é o asseguramento do mínimo vital, mas sim, a busca da felicidade”. (MARTINS, 2020, p. 11).

6 .“Se a felicidade objetiva se dá a partir de uma reflexão esclarecida, crítica, sobre os valores consagrados, de modo que ela se configura a partir de uma abstração, ela não se confunde com a tristeza subjetiva. Regra geral, é isso! Mas me parece que nessa abstração a infelicidade subjetiva é relevante. Ela é relevante para a definição da felicidade objetiva. Para mim não é juridicamente válido, não é correto, o Estado causar a tristeza subjetiva se isso não for de alguma forma necessário para a felicidade objetiva. Se o Estado causar

tristeza subjetiva sem que isso seja necessário para a felicidade objetiva, a atuação estatal é ilícita. Vou dar um exemplo óbvio: colocar alguém numa prisão causa uma infelicidade subjetiva evidente. Ninguém gosta, regra geral, de estar preso. Mas o Estado pode causar essa infelicidade subjetiva de forma arbitrária? Claro que não!” (MARTINS, 2020, p. 15).

7 .O Direito concede uma solução ideal e a expressão dela parte da premissa de que o legislador é único, imperecível, consciente, onisciente, operante, justo, coerente, onicompreensivo e preciso (NINO, 2010, p. 386-387).

8 .Mais si c’est la règle récente qui est générale et si la plus ancienne est spéciale, on peut raisonner de deux manières: ou bien on considère la règle nouvelle comme balayant tout ce qui lui est contraire; ou bien on lui sous-entend la formule — d’ailleurs fréquemment exprimée: —«sous réserve des exceptions déjà consacrées »; generalia specialibus non derogant. Entre ces deux interprétations opposées, c’est l’étude des deux lois qui devra inspirer la réponse: le but poursuivi par le législateur lorsqu’il a édicté la loi nouvelle fournit la clef. (PASQUIER, 1948, p. 129-130).

9 .“A crítica, com todo respeito, envolve uma grande hipocrisia: a proposta kelseniana, por exemplo, conduz ao clímax da arbitrariedade hermenêutica, pois, conforme aqui afirmado, a escolha da solução jurídica é ditada somente pela vontade do agente competente. Quem atribui a pecha da arbitrariedade à Teoria da ponderação, sem apresentar proposta substitutiva, não pode ser levado a sério”. (MARTINS, 2017. p. 16).

10 .“Quando cheguei à sua casa, o homem se arrependeu. Tomamos um copo de vinho à sua saúde, com os filhos dele, e fui embora” [“As 150 eutanásias do médico que ajudou o próprio irmão a morrer” (SÁNCHEZ, 2017, p. 1-3)].

11 .“Jovem acorda do coma sem saber da pandemia — mesmo tendo pegado Covid duas vezes” (FREIRE, 2021, p. 1-3).“Homem se comunica após coma de 8 anos” (BRAGA, 1997, p. 1-2).

“Uma mulher acorda do coma depois de 27 anos” (MULLER, 2019, p. 1-4).

12 .“Paciente com remissão de câncer terminal já está em casa, em BH, após tratamento inédito no Brasil” (PAES, 2019, p. 1-5).“Coronavírus: o estranho caso da cura de um linfoma após infecção por Covid-19” (GOÑI, 2021, p. 1-2).

13 .Nesse mesmo sentido, a partir de um viés analógico, fora a conclusão do Supremo Tribunal Federal quanto à impossibilidade da execução provisória da pena em face dos argumentos prescricionais e de impunidade advindos da execução da pena somente após o trânsito em julgado na ADC 43, cuja execução provisória da sanção lastreada e fundamentada em milhares de prescrições ao esperar o trânsito em julgado, ainda assim, não seria justificativa bastante para prisão ilegal, sequer por mero minuto, de réu considerado inocente após a análise de recurso pelas instâncias superiores.