

A LIBERDADE DE SER:  
MORTE, VIDA E ESCOLHAS EXISTENCIAIS

*Luís Roberto Barroso*

Palestra na Academia Brasileira de Letras, 6.12.2016

I. INTRODUÇÃO

1. Eu tenho muito prazer e muita honra de estar aqui, na Academia Brasileira de Letras, atendendo a um convite da Acadêmica Rosiska Darcy de Oliveira, dentro deste ciclo “O corpo: liberdades e riscos”. É um privilégio poder falar para as pessoas a quem estou acostumado a ler e ouvir. Eu espero estar inspirado e à altura do momento de elevação intelectual que me proporcionam.

2. Começo minha exposição com uma homenagem ao poeta Ferreira Gullar, falecido neste último final de semana, e que tinha assento nesta Academia Brasileira de Letras. Como teve ele visões diferentes do mundo ao longo de sua prolífica vida – e sei que há os que apreciam o período mais antigo e os que, diferentemente, preferem o período mais recente –, escolhi um verso atemporal, porque lírico e apaixonante. Devo dizer que o recito de memória (e não por haver decorado no voo para cá):

*“Quando você for se embora,  
moça branca como a neve,  
me leve.  
Se acaso você não possa  
me carregar pela mão,  
menina branca de neve,  
me leve no coração.*

*Se no coração não possa  
por acaso me levar,  
moça de sonho e de neve,*

*me leve no seu lembrar.*

*E se aí também não possa  
por tanta coisa que leve  
já viva em seu pensamento,  
menina branca de neve,  
me leve no esquecimento”.*

### **I.1. Autoapresentação**

3. Os senhores não me conhecem. Portanto, eu me apresento em um parágrafo. Apesar do risco de qualquer autoanálise, bem revelado por Ortega y Gasset, quando escreveu: “Entre o querer ser e o crer que já se é, vai a distância entre o sublime e o ridículo”.

4. Eu penso ser um sujeito republicano, liberal e progressista. Sou *republicano* porque acredito na igualdade essencial entre as pessoas e na decência política como um princípio maior a governar a atividade pública. Sou *liberal* porque acredito que a livre-iniciativa é a melhor forma de geração de riquezas, e que a exploração econômica pelo Estado é invariavelmente desastrosa e com frequência corrupta. E sou *progressista* porque acredito que o grande papel do Estado é redistribuir riquezas e proporcionar o máximo de igualdade entre as pessoas, igualdade de oportunidades, o que a meu ver começa com ensino público de qualidade para todos, da pré-escola até o ensino médio.

5. Ser republicano, liberal e progressista não é muito fácil no Brasil. O país não é muito republicano: aqui domina o patrimonialismo, o compadrio e as relações de amizade acima do dever. Certamente não é liberal: até o capitalismo entre nós é desvirtuado, pois vive de financiamento público e reserva de mercado, quando não de cartelização. E progressista nem sempre: o Estado é apropriado privadamente pelas corporações, e a esquerda, frequentemente conservadora, defende o atraso e não o progresso.

### **I.2. O Brasil e o Supremo Tribunal Federal**

6. Eu estou no Supremo Tribunal Federal desde 26.06.2013. Três anos, embora por vezes me pareça uma eternidade. É difícil explicar o prazer e a honra de servir ao país sem ter qualquer outra motivação ou interesse que não seja cumprir bem o próprio papel. Mesmo diante

de toda a exposição e, por vezes, das críticas mais ferozes. Este, aliás, é um dos meus *slogans* na vida: não importa o que esteja acontecendo à sua volta, cumpra o seu papel da melhor forma que puder. Seja ele grande ou pequeno. Gosto de um verso da poetisa paranaense Helena Kolody, que escreveu:

*“Não quero ser o grande rio caudaloso que figura nos mapas.  
Quero ser o cristalino fio d’água que canta e murmura na mata silenciosa”.*

7. Mas não é fácil a vida por aqui. É dura a tarefa de tentar fazer avançar o processo civilizatório e trazer o Iluminismo para um país que se atrasou na história. Alguns exemplos das vicissitudes dos tempos atuais, para mim próprio e para o Tribunal:

a) ao permitirmos a execução da decisão penal condenatória após o julgamento em 2º grau, única forma de se enfrentar a impunidade dos criminosos de colarinho branco, desagradamos os advogados;

b) ao sinalizarmos com o corte dos penduricalhos na remuneração dos magistrados, que deve ser boa mas transparente, desagradamos os juízes;

c) ao determinarmos o corte de ponto imediato de servidores públicos em greve, para desestimular a paralisação que prejudica drasticamente os mais pobres que necessitam de serviços públicos, desagradamos os sindicalistas;

d) ao considerarmos que a vaquejada constitui crueldade contra os animais, o que viola a Constituição e a ética animal, desagradamos muitos dos nossos compatriotas nordestinos;

e) ao permitirmos a tramitação da PEC 241, que não permite o Estado gastar mais do que arrecada – porque o endividamento e a irresponsabilidade fiscal penalizam sobretudo os pobres – desagradamos os que se consideram socialmente engajados;

f) ao assentarmos que a criminalização do aborto viola direitos fundamentais das mulheres, desagradamos os conservadores e os religiosos.

8. Nenhuma mudança profunda começa com o apoio da maioria. Eu me consolo me lembrando do seguinte. Em 1976, ao ingressar na Faculdade, eu me juntei ao movimento estudantil de oposição ao regime militar. No ano seguinte, em 1977, apoiei a deflagração da campanha pela anistia “ampla, geral e irrestrita” aos presos políticos e aos brasileiros no exílio. E

um ano à frente, em 1978, participei do início da mobilização pela convocação de uma Assembleia Constituinte. Pois bem: a ditadura terminou em 1985; a Lei da Anistia veio em 1979; e a nova Constituição, em 1988. Aprendi, dessas experiências, que a história, por vezes, caminha devagar; e, outras vezes, se move rapidamente. É difícil adivinhar quando será de um jeito ou de outro. Mas, a despeito disso, o nosso papel é empurrá-la. É esta a nossa missão, como cidadãos, como intelectuais e como agentes do progresso social: empurrar a história.

9. O nosso papel não muda em momentos como o atual, em que tudo parece fora do lugar. E apesar da sensação devastadora de que há espaços na vida brasileira em que o mal venceu. Feita esta introdução, vamos ao nosso tema de hoje. Ele envolve três domínios em que a história tem avançado. Já antecipo, homenageando ainda uma vez Ferreira Gullar,

*“Uma parte de mim, pesa*

*Pondera*

*Outra parte delira”.*

## II. INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO: MULHERES NÃO SÃO UM ÚTERO A SERVIÇO DA SOCIEDADE

### **1. Algumas premissas fáticas e filosóficas**

10. O aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. Por isso mesmo, é papel do Estado e da sociedade atuar nesse sentido, mediante oferta de educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas. Portanto, ao se afirmar aqui a incompatibilidade da criminalização com a Constituição, não se está a fazer a defesa da disseminação do procedimento. Pelo contrário, o que se pretende é que ele seja raro e seguro.

11. De acordo com um estudo nacional realizado pela UnB/Anis, cerca de 500.000 mulheres fizeram aborto no Brasil em 2015 (417.000 no Brasil urbano, mas as do Brasil rural). Há uma realidade para a qual não é possível fechar os olhos. Pior: no mesmo ano de 2015, segundo informação oficial do SUS, 181.000 mulheres foram atendidas por complicações relevantes em decorrência de abortos mal realizados, registrando-se 59 mortes.

12. É notório que as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito semelhantes àsquelas encontradas nos países em que ele é ilegal. Recente estudo do *Guttmacher Institute* e da *Organização Mundial da Saúde* (OMS) demonstra que a criminalização

não produz impacto relevante sobre o número de abortos. Ao contrário, enquanto a taxa anual de abortos em países onde o procedimento pode ser realizado legalmente é de 34 a cada 1 mil mulheres em idade reprodutiva, nos países em que o aborto é criminalizado, a taxa sobe para 37 a cada 1 mil mulheres. Na verdade, o que a criminalização de fato afeta é a quantidade de abortos seguros e, conseqüentemente, o número de mulheres que têm complicações de saúde ou que morrem devido à realização do procedimento. Trata-se de um grave problema de saúde pública, oficialmente reconhecido.

## **2. Direitos fundamentais das mulheres violados pela criminalização**

13. Direitos fundamentais constituem uma reserva mínima de justiça que é titularizada por toda e qualquer pessoa, um espaço da vida em que ela pode viver a plenitude de suas escolhas existenciais e morais. Uma das características essenciais dos direitos fundamentais é que eles são oponíveis às maiorias políticas, isto é, ao legislador e mesmo ao poder constituinte reformador (CF, art. 60, § 4º). Direitos verdadeiramente fundamentais, materialmente fundamentais, são direitos morais, que não dependem do legislador.

### **2.1. Violação à autonomia da mulher**

14. As pessoas têm um direito geral de liberdade, que é o direito de fazer tudo aquilo que não seja proibido por lei (CF, art. 5º, II). Portanto, a lei pode restringir faculdades. Porém, a liberdade tem um núcleo essencial que é intangível. Trata-se da autonomia, um espaço de autodeterminação garantido pelo princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III). A autonomia consiste no direito de fazer escolhas existenciais básicas e tomar as próprias decisões morais a propósito do rumo da própria vida. Qual religião? Qual ocupação? Com quem casar?

15. Ter ou não um filho é uma decisão que se insere neste espaço de autonomia. O Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – não pode impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida.

### **2.2. Violação à integridade física e psíquica da mulher**

16. O direito à integridade psicofísica (CF/1988, art. 5º, *caput* e III) protege os

indivíduos contra interferências indevidas e lesões aos seus corpos e mentes. A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma bênção quando se cuide de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada. A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. Também aqui, o que seria uma bênção se decorresse de vontade própria, pode se transformar em provação quando decorra de uma imposição heterônoma. Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher.

### **2.3. Violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher**

17. Os *direitos sexuais e reprodutivos* da mulher incluem o direito de toda mulher de decidir sobre *se e quando* deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva. A sexualidade feminina, ao lado dos direitos reprodutivos, atravessou milênios de opressão. O direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos. Parte dessas disfunções é fundamentada historicamente no papel que a natureza reservou às mulheres no processo reprodutivo. Mas justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade. O Estado não pode retirar da mulher o direito de decidir.

### **2.4. Violação à igualdade de gênero**

18. Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não. A propósito, como bem observou o Ministro Carlos Ayres Britto, valendo-se de frase histórica do movimento feminista, “*se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta*”<sup>1</sup>.

### **2.5. Discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres**

19. Por fim, a tipificação penal produz também *discriminação social*, já que

---

<sup>1</sup> ADPF 54-MC, j. 20.10.2004.

prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito.

### **3. Uma janela para o mundo**

20. Praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

### **4. Resposta à crítica principal**

21. A principal crítica à decisão é a de que esta matéria deveria ser decidida pelo Poder Legislativo. Esta é a posição de quem é contrário à descriminalização. Há décadas são debatidos projetos no Congresso, a maioria a favor do recrudescimento do tratamento do aborto, alguns poucos a favor da descriminalização. Não há maiorias consistentes sobre a matéria e, portanto, não há perspectiva de revisão do tema pelo Legislativo. Portanto, politicamente, é inviável esta transformação pelo Congresso.

22. Do ponto de vista jurídico, como expus inicialmente, a característica dos direitos fundamentais é não estarem subordinados ao legislador. São direitos que emanam da Constituição e que podem e devem ser exercidos, quer na omissão do Legislativo, quer na sua atuação contrária a eles.

23. Direitos das minorias são protegidos essencialmente pelas cortes constitucionais. Mulheres não são minorias no sentido quantitativo, mas o são no sentido de serem um grupo historicamente vulnerável. Em muitos países, a descriminalização veio por decisão das supremas cortes ou cortes constitucionais, como Estados Unidos e Canadá.

## **III. UNIÕES HOMOAFETIVAS: O DIREITO DE COLOCAR O AFETO ONDE MORA O DESEJO**

## **1. Apresentação do tema**

24. Outra questão que envolveu o rompimento de tabus e a superação de preconceitos foi a das uniões homoafetivas, que depois evoluiu para o casamento de pessoas do mesmo sexo. O termo homoafetivo constitui um neologismo pertinente, pois coloca adequadamente a ênfase no afeto, e não no sexo.

## **2. O direito de amar e de ser feliz**

25. O que vale a vida são os nossos afetos. O amor e a busca da felicidade estão no centro de todos os grandes sistemas filosóficos e de todas as grandes religiões. O amor a Deus, para os que crêem. O amor incondicional dos pais pelos filhos. O amor dos filhos pelos pais. O amor ao próximo, essa bênção que é o sentimento de fraternidade. O amor próprio, que dá paz e segurança nos caminhos da vida; mas não o amor narcísico, que é o amor de quem basta a si mesmo. E, por fim, muito importante, o amor apaixonado, de um homem por uma mulher, de uma mulher por um homem, de uma pessoa por uma pessoa. A vida boa é feita dos nossos afetos, dos prazeres legítimos e da busca pela felicidade.

⇒ Como na bela canção de Caetano Veloso e Milton Nascimento, “qualquer maneira de amar vale a pena”. Como consequência natural dessa constatação, ninguém deve ser diminuído em razão dos seus afetos.

26. O amor homossexual é vítima de preconceitos desde o início dos tempos. Cito três momentos emblemáticos:

a) Em 1521, as Ordenações Manuelinas, o mais antigo Código Penal aplicado no Brasil, previa a pena de morte na fogueira, confisco de bens e a infâmia sobre os filhos e descendentes do condenado por homossexualismo;

b) Em 1876, Oscar Wilde escreveu o seu célebre e belo poema “O amor que não ousa dizer seu nome”, no qual descrevia uma paixão homossexual. Wilde foi preso e condenado a dois anos de prisão, com trabalhos forçados;

c) Na década de 70, um soldado americano que havia sido condecorado na guerra do Vietnam foi expulso das Forças Armadas quando descobriram sua condição homossexual. Na ocasião, ele produziu uma frase antológica: “Deram-me uma medalha por matar dois homens, e uma expulsão por amar outro”.

27. A história da humanidade é a história da superação do preconceito, da progressiva inclusão social de todos. E a cada tempo, as pessoas escolhem de que lado desejam estar.

a) No julgamento do caso, eu disse na tribuna do STF: é certamente possível julgar a presente questão com as lentes do preconceito, as mesmas com as quais se avistam os milhões de judeus massacrados em campos de concentração, os milhões de negros conduzidos à força em navios negreiros, as mulheres submetidas a séculos de opressão física e moral nas sociedades patriarcais, os índios dizimados, os deficientes sacrificados. É sempre possível honrar a tradição do preconceito e racionalizá-lo, invocando um motivo “lógico”.

b) Mas é possível, também, olhar para frente e participar da construção de um mundo diferente, maior e melhor, fundado na tolerância e no respeito ao diferente. Realizar os valores da fraternidade e trabalhar por um tempo de delicadeza. Um mundo em que todo amor possa dizer seu nome.

### **3. Fundamentos jurídicos do pedido**

28. O pedido formulado na ação que legitimou as uniões homoafetivas fundamentou-se nas seguintes visões de mundo:

a) a homossexualidade é um fato da vida;

b) a existência de relações homoafetivas é uma consequência natural desse fato – ninguém pode ser impedido de compartilhar seus afetos e procurar ser feliz;

c) o direito, portanto, tem de lidar com essa realidade e tratar das suas consequências jurídicas;

d) ocorre, porém, que não há na Constituição nem na legislação ordinária qualquer norma sobre o regime jurídico das uniões estáveis homoafetivas, mas somente sobre as uniões estáveis convencionais;

e) diante disso, é preciso determinar como o Direito deve tratar as uniões homoafetivas.

29. A tese que foi defendida na ação, e que prevaleceu, é de que se deve aplicar às uniões homoafetivas o regime jurídico das uniões estáveis convencionais porque elas compartilham os mesmos pressupostos: o afeto e o projeto de vida em comum. Onde existam as mesmas razões, aplica-se a mesma lei. *Ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio esse debet.*

#### 4. Os princípios constitucionais aplicáveis

⇒ Quatro princípios constitucionais conduzem ao acolhimento da tese:

30. **Igualdade.** Todas as pessoas merecem igual respeito e consideração. E todas as pessoas merecem o reconhecimento da sua identidade, ainda que sejam parte de uma minoria. Se uma união homoafetiva é baseada nos mesmos pressupostos de uma união convencional – o afeto e o projeto de vida comum –, negar o mesmo tratamento jurídico constitui uma discriminação ilegítima, significa depreciar estas pessoas e as relações que elas estabelecem. É isso que o princípio da igualdade veda, na sua acepção mais elementar.

⇒ Na frase feliz de Boaventura de Souza Santos:

*“As pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza”.*

31. **Liberdade.** No Brasil, a homossexualidade e as relações homoafetivas são fatos lícitos. A liberdade, em sentido amplo, consiste no direito de fazer o que a lei não veda. No núcleo da liberdade está a autonomia privada, o direito de cada pessoa fazer as suas próprias valorações morais e as suas escolhas existenciais. O Estado não tem o direito de negar reconhecimento a essas escolhas, sobretudo quando envolvam duas pessoas maiores e capazes, que não interferem com o direito de nenhuma outra.

32. **Dignidade da pessoa humana.** A dignidade da pessoa humana, na visão que se tornou dominante em todo o mundo mundial, significa, dentre outras coisas, que nenhuma pessoa deve ser tratada como um meio para a realização de projetos alheios. Todo indivíduo é um fim em si mesmo. Ora bem: impedir uma pessoa de colocar o seu afeto e a sua sexualidade onde mora o seu desejo é o mesmo que roubar-lhe a alma, que submetê-la ao projeto dos outros, torná-la uma engrenagem do sistema. Vale dizer: é tirar-lhe a liberdade de ser, pensar e sentir.

⇒ Também a **segurança jurídica** exige este reconhecimento, mas vou ter de seguir adiante. Portanto, da simples aplicação dos princípios constitucionais resulta a constatação natural que as uniões homoafetivas devem ter o mesmo regime jurídico da união estável.

#### 5. O art. 223, § 3º da Constituição

⇒ Torna-se crucial aqui a interpretação do art. 226, § 3º da Constituição, onde se lê:

“Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

33. Essa norma foi o ponto culminante da emancipação da mulher que vive conjugalmente com um homem, sem ser casada. É fruto de um longo processo evolutivo, que começa com a inexistência de qualquer direito, passa pela sociedade de fato e chega até a união estável, consagrada nesse dispositivo. Trata-se de uma norma INCLUSIVA, que visa a derrotar o preconceito contra a mulher não casada. Interpretá-la como uma norma de exclusão, uma norma discriminatória aos homossexuais é subverter a sua razão de ser. É dar uma absurda interpretação literal contra o espírito e o fim da regra. É mais ou menos como condenar alguém com base na lei da anistia.

34. O preconceito assume muitas formas. Uma delas é, precisamente, refugiar-se na equivocada interpretação literal desse dispositivo. E aí a pessoa diz: “eu sou totalmente a favor do reconhecimento das uniões homoafetivas, acho que ela realiza os valores e princípios constitucionais, mas infelizmente a Constituição veda”. A interpretação literal, assim, se torna uma forma de se trancar no armário e lutar contra o desejo.

35 Alguém dirá, também aqui: essa é uma matéria que deve ser decidida pelo legislador. Por certo o legislador pode interpretar a Constituição e disciplinar o tema, se lhe aprouver. Mas o direito fundamental das minorias – qualquer uma delas – não pode ficar subordinado ao processo político majoritário, como já disse acima. Os direitos das mulheres, dos negros, dos homossexuais, em todas as democracias do mundo, foram conquistados na resistência política e nos tribunais constitucionais.

## **6. Conclusão**

36. Eu gostaria, nessa oportunidade, de manifestar toda a compreensão pelas pessoas que por convicção religiosa sincera ou por qualquer outro fundamento igualmente legítimo não compartilham da visão que eu aqui exponho. Não tenho a pretensão imprópria de mudar a fé ou a crença de quem quer que seja. Em uma sociedade aberta, democrática e plural como a que estamos construindo nesse país extraordinário, é a capacidade de conviver em harmonia com os que são diferentes – e têm o direito de ser – que eleva o espírito e põe à prova a capacidade de

respeitar o próximo. Tolerância e respeito mútuo – e não abdicação de convicções – é o que está em questão aqui.

37. Por ocasião do julgamento da ação constitucional que promoveu a equiparação das uniões homoafetivas com as uniões estáveis convencionais, apresentei um último argumento que considero muito valioso. Trata-se da regra de ouro (“Faz aos outros o que desejas que te façam”). Na ocasião, meu filho caçula tinha 12 anos de idade e encontrava-se no início da puberdade. Ele nunca me perdoou por tê-lo utilizado na construção do argumento, sem autorização prévia! Rs. Mas continuando: minha mulher e eu o educamos de maneira convencional, dentro de uma cultura heterossexual. A tolerância e o respeito à diferença não exigem de mim que eu seja hipócrita. Porém, se a vida, com seus desígnios, o tivesse levado por um outro caminho, eu não o amaria uma gota a menos. E gostaria que ele fosse tratado com respeito e consideração, com IGUAL respeito e consideração. E que a ordem jurídica o acolhesse e o ajudasse a ser feliz, a ter paz e segurança. Se é isso o que eu desejo para o meu filho, é isso que eu desejo para todo o mundo. Esta é a regra de ouro: está na tradição judaica, na tradição cristã, na ética kantiana, na boa-fé objetiva. Não há outra forma de se fazer o bem.

#### IV. A MORTE COMO ELA É: DIGNIDADE E AUTONOMIA NO FINAL DA VIDA

*“E quando se vai morrer, lembrar-se de que o dia morre,  
E que o poente é belo e é bela a noite que fica.  
Assim é e assim seja”.*

Fernando Pessoa, *O guardador de rebanhos*

##### **1. Apresentação do tema**

38. Um indivíduo não tem poder sobre o início da própria vida. Sua concepção e seu nascimento são frutos da vontade alheia. Um indivíduo tem, no entanto, poder sobre o fim da própria vida. A morte, é certo, é uma inevitabilidade. A finitude da vida e a vulnerabilidade do corpo e da mente são signos da nossa humanidade, o destino comum que nos iguala a todos. Por

isso, não é próprio se falar em um direito de morrer. Existe, todavia, o poder do indivíduo de procurar antecipá-la. A legitimidade ou não dessa escolha envolve um universo de questões religiosas, morais e jurídica.

39. O tema desse tópico envolve dois conceitos vitais na teoria dos direitos fundamentais: o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Muitas Constituições contemporâneas, inclusive a brasileira, preveem a dignidade da pessoa humana. Também o fazem alguns dos principais documentos internacionais aprovados após a 2ª Guerra Mundial. Importante emanção da dignidade humana é o direito à vida. Trata-se de um direito que tem valor intrínseco e valor instrumental. De fato, estar vivo é pressuposto para a titularidade de todos os demais direitos.

⇒ E embora boa parte da humanidade acredite na imortalidade da alma e muitos suponham que a próxima vida possa ser melhor do que esta, o fato é que à míngua de provas materiais, quase todo mundo prefere ir ficando por aqui mesmo.

40. A mortalidade não tem cura. Não obstante isso, a ciência e a medicina desenvolveram tecnologias capazes de estender a vida ou, em certos casos, de tornar a morte um processo longo e penoso. Antes temiam-se as doenças e a morte. Hoje teme-se também um final de vida em agonia, a morte adiada, atrasada, mais sofrida. A arrogância humana pretendendo dominar Tanatos, o deus da morte.

41. Estas as perguntas a serem respondidas: a ideia de dignidade que acompanha a pessoa ao longo de toda a sua vida, também pode ser determinante da hora da sua morte? Assim como há direito à vida digna, existiria direito a uma morte digna? Há direito à abreviação do sofrimento e da espera sem esperança? Eu sou um militante desta causa, deste direito. Para mim – já avisei todo mundo lá em casa – e para os outros. Uma das essências da minha filosofia de vida é o desejar para os outros o mesmo que desejo para mim. Minha posição na matéria, portanto, procura valorizar a autonomia individual como expressão da dignidade da pessoa humana e procura justificar as escolhas esclarecidas pelas pessoas.

42. Um último registro introdutório: as considerações sobre a morte com intervenção, aqui lançadas, referem-se tão-somente aos casos de pessoas em estado terminal ou em estado vegetativo persistente.

## **2. Os conceitos essenciais**

43. Há quatro conceitos essenciais a serem estabelecidos aqui: os de eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido.

44. **Eutanásia** é a ação médica intencional de apressar ou provocar a morte, com finalidade benevolente, de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, e que esteja padecendo de imensos sofrimentos físicos e psíquicos.

45. **Distanásia** é o prolongamento da vida do paciente, sem chance de cura ou de recuperação da saúde, com a utilização de meios ordinários e extraordinários, mesmo que signifique causar dores ou padecimentos a uma pessoa cuja morte é iminente e inevitável.

46. **Ortotanásia** é o meio termo entre os dois extremos acima conceituados. Ela não apressa o desfecho por ação intencional externa, como na eutanásia, nem se utiliza de métodos extraordinários e desproporcionais, como na distanásia. Ortotanásia é a morte em seu tempo adequado, com eventual retirada de suporte vital e a adoção de cuidados paliativos.

47. **Suicídio assistido** designa a retirada da própria vida com auxílio ou assistência de terceiros.

### 3. O direito brasileiro na matéria

48. A legislação ordinária brasileira não distingue essas diferentes situações. Tampouco atribui qualquer efeito jurídico relevante à vontade do indivíduo em relação à própria morte. No tocante à eutanásia e ao suicídio assistido, tem-se entendido, sem margem a dúvida, que são comportamentos ilegítimos. A ortotanásia, no entanto, tem sido admitida por atos do Conselho Federal de Medicina. A Resolução CFM 1.805/2006 dispõe expressamente:

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

49. Esta resolução esteve suspensa por longo tempo por decisão judicial, proferida em ação civil pública. Foi um interessante encontro entre dois fenômenos contemporâneos: a

medicalização e a judicialização da vida. Porém, ao final do processo, o pedido foi julgado improcedente e mantida a resolução.

50. Posteriormente, foi aprovada, igualmente pelo CFM, a Resolução CFM 1.995/2012, a regulamentação das chamadas “diretivas antecipadas de vontade dos pacientes”, também referidas como testamentos vitais, pela doutrina, que disciplina a manifestação de vontade do paciente em relação ao próprio tratamento. Os arts. 1º e 2º assim dispõem:

“Art. 1º. Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade. Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade. § 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico”.

51. Também esta resolução foi questionada pelo Ministério Público em ação civil pública, mas não houve concessão de medida cautelar. De modo que ela continua em vigor, embora sob xeque. A doutrina especializada formula críticas à redação da resolução, não obstante apoie, no geral, o seu conteúdo.

52. À luz da normatização do Conselho Federal de Medicina, que é a única existente, é lícita a prática de ortotanásia pelos médicos, desde que presentes os seguintes requisitos: a) terminalidade da vida; b) doença grave e incurável; c) consentimento livre e esclarecido do paciente ou de seu responsável legal, se incapaz o paciente.

## **5. Eutanásia, suicídio assistido e dignidade da pessoa humana**

53. A regulamentação da figura da ortotanásia torna bem menos relevantes e necessárias as alternativas da eutanásia e do suicídio assistido. Nada obstante isso, meu

entendimento jurídico-doutrinário e ético é no sentido de que, observadas cautelas necessárias, constituem procedimentos legítimos, que não violam o princípio da dignidade da pessoa humana nem tampouco o direito à vida.

54. A dignidade da pessoa humana compõe-se, a meu ver, de três elementos essenciais:

- a) o valor intrínseco da pessoa humana;
- b) a autonomia individual; e
- c) os valores comunitários ou sociais que limitam a autonomia individual.

55. Do valor intrínseco da pessoa humana se extraem o direito à vida, o direito à igualdade e o direito à integridade física e psíquica.

⇒ O direito à vida desfruta de uma posição preferencial no sistema jurídico, mas não é um direito absoluto, como nenhum direito fundamental o é. No sistema brasileiro, por exemplo, existe a previsão de pena de morte em caso de guerra declarada e a legítima defesa como excludente da ilicitude do ato. O direito à vida, ademais, deve ser ponderado com o direito à integridade física e psíquica de pessoas que estejam sob intenso sofrimento, sem perspectiva de cura e próximas ao fim da vida.

56. A dignidade como autonomia expressa a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida, de realizar as escolhas morais relevantes. Por trás da ideia de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los. Sou convencido de que uma pessoa sã, diante de certas circunstâncias – como, por exemplo, terminalidade da vida, padecimento físico ou psíquico e ausência de perspectiva de cura –, tem o direito de escolher morrer. O Estado não tem, a meu ver, o direito de impor uma visão paternalista ou moralista à vítima de um sofrimento desesperançado, já próxima do final da vida.

57. Penso que a ideia de dignidade como valor comunitário pode e deve impor salvaguardas ao suicídio assistido, para assegurar que a autonomia individual seja adequadamente exercida. De fato, há um risco de que a legalização do suicídio assistido possa colocar pressão sobre os mais velhos e sobre as pessoas acometidas de doenças terminais, por representarem ônus para os familiares ou para os planos de saúde. Por esses motivos, os indivíduos que são vítimas de doenças terminais e passam por grande sofrimento, assim como aqueles que se encontram em estado vegetativo permanente, deveriam ter direito ao suicídio assistido, mas a legislação deve ser

cuidadosamente elaborada para garantir que a ideia moralmente aceitável da morte com dignidade não se torne uma “receita para o abuso de idosos”.

58. Alguns poucos países admitem o suicídio assistido, como Bélgica, Colômbia, Holanda, Luxemburgo, Suíça e alguns estados americanos (como Oregon, Washington e Montana).

## V. CONCLUSÃO

59. O país balançando ao vento, devastado pelas incertezas e pelos desencontros entre os Poderes, e eu aqui falando de questões existenciais. O extraordinário Luís Fernando Veríssimo provavelmente incluiria esta fala na série “Poesia uma hora dessas?”. Mas é sempre boa a perspectiva do diálogo e do debate. Em uma democracia, nenhum tema é tabu. A democracia não é o regime político do consenso, mas da divergência civilizada, capaz de tratar o outro, o diferente, com respeito e consideração.

60. Eu tenho certeza de que muitos aqui veem com outros olhos esses temas que eu expus. Este é um dos fascínios da vida: as pessoas têm pontos de observação distintos. Bastar-se a si mesmo é a maior solidão, escreveu inspiradamente Vincícius de Moraes. Ou, no verso feliz do poeta espanhol Ramon de Campoamor:

“En este mundo traidor  
No hay verdad ni mentira  
Todo tiene el color  
Del Cristal con que se mira”.

61. Sou grato de coração pela atenção com que me ouviram. E me despeço com uma passagem colhida em *A correspondência de Fradique Mendes*, de Eça de Queirós, em que ele se despede da sua “muito amada Clara”:

“Pela felicidade incomparável que me proporcionaram,  
sejam perpetuamente benditos”.