

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

Juliana Silva Jeronimo

EUTANÁSIA: direito à vida ou à liberdade individual?

Taubaté - SP

2022

Juliana Silva Jeronimo

EUTANÁSIA: direito à vida ou à liberdade individual?

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Edson Sampaio da Silva.

Taubaté – SP

2022

Grupo Especial de Tratamento da Informação - GETI
Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBi
Universidade de Taubaté - UNITAU

J563e Jeronimo, Juliana Silva
Eutanásia: direito à vida ou a liberdade individual? / Juliana Silva
Jerônimo. -- 2022.
57f.

Monografia (graduação) - Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2022.
Orientação: Prof. Esp. Edson Sampaio da Silva, Departamento de
Ciências Jurídicas.

1. Eutanásia. 2. Liberdade. 3. Dignidade humana. I. Universidade de
Taubaté. Departamento de Ciências Jurídicas. Curso de Direito. II.
Título.

CDU - 340

Juliana Silva Jeronimo

EUTANÁSIA: direito à vida ou à liberdade individual?

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Edson Sampaio da Silva.

Trabalho de Graduação defendido e aprovado em ____/____/____ pela comissão julgadora:

Prof. Edson Sampaio da Silva, Universidade de Taubaté

Professor (a), Universidade de Taubaté

Dedico este trabalho primeiramente à Deus, o maior orientador da minha vida. Senti sua presença ao meu lado durante todo o projeto de pesquisa. E aos meus pais, esta monografia é a prova de que todos os seus investimentos e dedicações valeram a pena.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, queria agradecer à Deus, o qual sempre fez com que minhas metas fossem alcançadas, durante todos os meus anos de estudos, sua graça me abençoa todos os dias.

Agradeço à minha família, meu pai Luiz, minha mãe Joelma e irmãs Ana Julia e Gisele. Os quais nunca me abandonaram em qualquer momento da minha vida, sempre me guiando para atingir meus objetivos e me recordando o quanto eu sou forte, jamais deixando com que eu desistisse. Vocês são partes de mim e da minha história.

Ao meu orientador, Prof. Edson Sampaio, o qual sempre esteve disposto a me amparar, sanando minhas dúvidas, se interessando pelo meu tema e rendendo conversas ótimas acerca do mesmo. O senhor é um imenso exemplo na minha vida, de um profissional capacitado, humilde e excepcional em tudo que faz. Sem a sua ajuda, jamais conseguiria concluir este trabalho, obrigada por cada apoio e orientação!

Ademais, agradeço aos meus amigos e meus cachorrinhos, os quais sempre estiveram ao meu lado, me dando grande apoio emocional, me auxiliando a ser uma pessoa melhor, e uma futura grande profissional de sucesso, eu amo vocês com todo meu ser.

“O direito de pensar com liberdade é tão necessário ao homem como o direito de viver, pois este último é consequência do primeiro.”

Carlos Bernardo González Pecotche

RESUMO

O direito à vida se encontra consagrado dentre os direitos fundamentais, no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, sendo comuns argumentos que preconizam a impossibilidade da eutanásia no direito pátrio. Não obstante, há situações, principalmente envolvendo doenças graves e terminais, que evidenciam a importância de se discutir a eutanásia e, conseqüentemente, o direito à vida à luz da autonomia da vontade, da liberdade de escolha. Este estudo objetiva discutir os efeitos e a finalidade da eutanásia e o direito à vida, avaliando a adequação constitucional, uma vez que a legislação não autoriza tal prática. Contudo, dada a relevância acadêmica, jurídica e social, é necessário questionar posturas a serem adotadas quando se instaura um suposto conflito entre o direito à vida e a liberdade de escolha. A pesquisa classifica-se como dialética e bibliográfica. Constata-se que não se pode compelir paciente portador de doença incurável a prolongar a vida, pois tal ato vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, comprometendo a qualidade de vida do indivíduo que, em virtude do princípio da autonomia, tem a liberdade de decidir sobre questões afetas à tratamentos de saúde desnecessários e inócuos, que não raras vezes são suficientes tão-somente para minimizar a dor. Não obstante, e por inexistir permissivo legal para a eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro, a questão gera insegurança e os debates se agravam por envolver fundamentos de ordem religiosa, moral, ética, médica, jurídica, dentre outros. Portanto, discutir a regulamentação da eutanásia é de grande valia, pois não existe direito fundamental absoluto, sendo mister discutir a eutanásia com vistas a assegurar a vida com qualidade e dignidade.

Palavras-chave: Eutanásia. Direito à Vida. Liberdade. Autonomia da Vontade. Dignidade Humana.

ABSTRACT

The right to life is enshrined among the fundamental rights, in the caput of article 5 of the Federal Constitution of 1988, being common arguments that advocate the impossibility of euthanasia in national law. Nevertheless, there are situations, mainly involving serious and terminal illnesses, that highlight the importance of discussing euthanasia and, consequently, the right to life in the light of autonomy of will, freedom of choice. This study aims to discuss the effects and purpose of euthanasia and the right to life, evaluating the constitutional adequacy, since the legislation does not authorize such a practice. However, given the academic, legal and social relevance, it is necessary to question positions to be adopted when an alleged conflict between the right to life and freedom of choice is established. The research is classified as dialectical and bibliographical. It appears that one cannot compel a patient with an incurable disease to prolong life, as such an act goes against the principle of human dignity, compromising the quality of life of the individual who, by virtue of the principle of autonomy, has the freedom to decide on issues related to unnecessary and innocuous health treatments, which are often enough just to minimize pain. Nevertheless, and because there is no legal permissive for euthanasia in the Brazilian legal system, the issue generates insecurity and the debates are aggravated by involving religious, moral, ethical, medical, legal grounds, among others. Therefore, discussing the regulation of euthanasia is of great value, as there is no absolute fundamental right, and it is necessary to discuss euthanasia with a view to ensuring life with quality and dignity.

Keywords: Euthanasia. Right to life. Freedom. Autonomy of the Will. Human dignity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 OS FUNDAMENTOS DA VIDA E EVENTUAIS SUCESSÕES	11
2.1 Conceito e extensão dos direitos fundamentais	11
2.2 A conotação absoluta do direito à vida	16
3 A LIBERDADE COMO PRESSUPOSTO DE UMA VIDA DIGNA.....	21
3.1 A liberdade no Estado Democrático de Direito.....	21
3.2 Eutanásia: aspectos conceituais	23
3.3 Morte digna como direito fundamental: a eutanásia à luz do princípio da dignidade humana.....	27
4 A EUTANÁSIA NO ESTADO BRASILEIRO	30
4.1 Posicionamento doutrinário e jurisprudencial	30
4.2 Eutanásia e o Conselho Federal de Medicina	38
4.3 Projetos de lei e a proposta de mudança na legislação penal	45
4.4 Eutanásia e o direito à uma morte digna: a prevalência da autonomia da vontade.....	48
5 CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

As discussões sobre o tema morte trazem arraigadas a si inúmeros tabus, que tendem a dificultar a compreensão da problemática, pois envolvem fatores culturais, religiosos, morais, não raras vezes sendo ignorados os aspectos jurídicos do direito à uma morte digna.

Não se pode ignorar, ainda, que embora muito se discuta acerca das questões éticas do início da vida, e seus reflexos no plano jurídico, há um certo esquecimento da importância de tais questões quando do fim da vida, até mesmo porque a morte, para muitos, é tida como um tabu, motivo pelo qual grande parte da sociedade prefere evitar tal discussão até que seja inevitável o enfrentamento do problema.

Outra questão de suma importância é que o avanço da tecnologia e da ciência médica tem contribuído sobremaneira para o aumento da qualidade de vida das pessoas, o que também se reflete no prolongamento artificial da vida, quando a sua finitude se aproxima.

Porém, não se pode ignorar que é imprescindível discutir o direito à morte digna, principalmente porque o nosso ordenamento jurídico consagra, de forma expressa, o princípio da dignidade da pessoa humana como corolário do Estado Democrático de Direito e fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do inciso III, do art. 3º, da Constituição de 1988, princípio este que não norteia apenas o direito à vida digna, mas que se projeta também para o direito à morte com dignidade.

Acontece que a análise do direito à morte digna perpassa, ainda, pela análise de conceitos correlatos à eutanásia, e a necessidade de se dissociar da errônea concepção de antecipação do processo de morte, o que causa repulsa na sociedade e vai de encontro ao que se propõe quando se pretende defender que a terminalidade da vida se dê com dignidade.

É nesse contexto que se situa o presente estudo, que tem por objetivo geral trazer à discussão os efeitos e a finalidade da eutanásia e o direito à vida, avaliando a adequação constitucional (vez que não há previsão legal de forma aparente), pois a legislação atual não são percebidas suas possibilidades de normas válidas e possível eficácia, possibilitando-se assim, questionar-se quais as posturas a serem

adotadas nesses casos. E, como objetivos específicos busca-se abordar os fundamentos da eutanásia e do direito à vida; identificar e analisar conjuntamente o que dispõe a Constituição Federal de 1988 no que diz respeito à dignidade humana e sua relação com o direito à vida; compreender os principais argumentos favoráveis e contrários à eutanásia; aprofundar conhecimentos sobre o tema a partir da análise doutrinária e jurisprudencial.

Para alcançar os objetivos supra, adota-se o método dialético; e, quanto à técnica de pesquisa, é de natureza bibliográfica e documental, pois se busca na doutrina, legislação, artigos, dentre outras fontes, elementos para a compreensão do tema acima exposto.

Assim, divide-se o estudo em três capítulos, sendo o primeiro deles dedicado à análise dos fundamentos da vida e eventuais sucessões, quando se aborda o conceito e extensão dos direitos fundamentais e a conotação absoluta, não raras vezes dada ao direito à vida.

No segundo capítulo, por sua vez, discorre-se sobre a liberdade como pressuposto de uma vida digna, destacando inicialmente a importância da liberdade no Estado Democrático de Direito. Em seguida, ainda no segundo capítulo, destacam-se os aspectos conceituais da eutanásia e a problemática da morte digna enquanto direito fundamental à luz da dignidade da pessoa humana.

Por fim, no terceiro capítulo, verifica-se como a doutrina e jurisprudência se posicionam acerca da eutanásia, sem ignorar as manifestações do Conselho Federal de Medicina sobre a questão, os projetos de lei que buscam alterar o Código Penal para regulamentar a eutanásia e, ainda, o suposto conflito entre o direito à vida e a autonomia da vontade.

2 OS FUNDAMENTOS DA VIDA E EVENTUAIS SUCESSÕES

As discussões em torno da eutanásia envolve aspectos éticos, médicos, filosóficos, religiosos e jurídicos. E, por isso, são inúmeros os conceitos que precisam ser abordados para que se compreenda o suposto conflito entre o direito à vida e a liberdade de escolha. Logo, nesse primeiro capítulo aborda-se o direito fundamental à vida, relacionando à eutanásia.

2.1 Conceito e extensão dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, base do ordenamento jurídico e dos quais advém todas as normas da Constituição da República, podem ser descritos como os direitos protegidos pelo direito constitucional de cada Estado. São juridicamente garantidos. Tais direitos devem ser vistos de forma ampla, para que sirvam de parâmetro para o ordenamento jurídico, servindo de verdadeiros princípios cuja existência deve nortear o ordenamento, a ideologia política de cada Estado, e o mais importante, a vida humana.

Desta feita, como ressalta Bulos (2020), os direitos fundamentais são formados por um conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular. São eles que proporcionam a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. Sem estes direitos, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive.

Semelhante são os ensinamentos de Moraes (2021), para quem os direitos fundamentais podem ser definidos como um conjunto institucionalizado de direitos e garantias inerentes ao ser humano, cuja finalidade basicamente é promover o respeito à sua dignidade, por meio de proteção frente ao arbítrio do poder estatal e estabelecer condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

O objetivo de tais direitos é permitir que os cidadãos estejam aptos a exercer direitos intrínsecos a própria essência do ser humano, assim propiciando que a dignidade da pessoa humana seja o princípio determinante nas escolhas do Estado, seja na esfera política, científica, moral, ética.

A existência desses direitos fundamentais também possui o condão de permitir a limitação do poder, ou seja, permitir que o cidadão, apesar de regido pelo Estado e por suas normas, possua direitos intransponíveis, intransferíveis, que lhe confira o necessário para que sua dignidade não seja tocada ou ofendida.

Por isso Dimoulis e Martins (2012) observam que os direitos fundamentais são público-subjetivos declarados em dispositivos constitucionais (a exemplo do *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que consagra, dentre outros direitos fundamentais, o direito à vida), atuando, dessa forma, como normas supremas. Seu objetivo, portanto, é restringir a atuação estatal frente ao exercício das liberdades individuais.

Também Bulos (2020) preconiza ser de suma importância os direitos fundamentais, pois são instrumento de defesa dos indivíduos, pois, “como direitos de defesa, permitem o ingresso em juízo para proteger bens lesados, proibindo os Poderes Públicos de invadirem a esfera privada dos indivíduos”; e, enquanto direitos instrumentais, “consagram princípios informadores de toda a ordem jurídica (legalidade, isonomia, devido processo legal, etc.), fornecendo-lhes os mecanismos de tutela” (BULOS, 2020, p. 526).

Ainda no que tange a finalidade instrumental, Bulos (2020) ressalta ser o que permite ao particular reivindicar do Estado as liberdades públicas, tais como o cumprimento dos direitos sociais, a proteção contra atos de terceiros, e a tutela contra discriminações, o que ressalta a amplitude dos direitos fundamentais.

Há que se abarcar as recorrentes discussões acerca da diferenciação entre direitos fundamentais e direitos humanos, estes, por sua vez, sendo entendidos como os direitos pactuados em perspectiva universal, tendo como base uma ética/moral universal, permitindo que o ser humano seja sujeito de direito em âmbito internacional, permitindo inclusive, a flexibilização do conceito de soberania, visto que tais direitos permitem que o ser humano seja tratado com dignidade independente do território em que esteja.

Nessa conjuntura, ao analisar as terminologias, percebe-se que a expressão direitos humanos fundamentais acaba por trazer à baila que os direitos fundamentais e os direitos humanos fazem parte de um mesmo conjunto, visto que, para que seja possível o alcance da dignidade da pessoa humana, há que se conjuga-los de forma uníssona, afinal, a ideologia política do Estado, seus direitos constitucionalmente garantidos e os direitos que permitem que o ser humano seja de fato a razão de ser

do Estado habitam a mesma esfera moral e ética. Sem o conjunto desses direitos, não há que se falar em dignidade da pessoa humana, o que acabaria por ferir o cerne da Constituição.

Sobre a problemática terminológica, Pieroth e Schlink (2012, p. 41) observam que a questão dificuldade decorre da própria evolução histórica, que permite reconhecer duas linhas, nos seguintes termos:

[...] por um lado, os direitos fundamentais são entendidos como direitos (humanos) do indivíduo anteriores ao Estado; a liberdade e a igualdade dos indivíduos são condições legitimadoras da origem do Estado, e os direitos à liberdade e à igualdade vinculam e limitam o exercício do poder do Estado. Por outro lado, na evolução alemã, também se entendem como fundamentais os direitos que cabem ao indivíduo não já como ser humano, mas apenas enquanto membro do Estado, direitos que não são anteriores ao Estado, mas que só são outorgados pelo Estado. Porém, também aqui os direitos fundamentais são direito individual e, por via da construção da auto vinculação, produz-se um compromisso do exercício do poder do Estado sobre os direitos fundamentais: as ingerências na liberdade e na propriedade carecem de lei para a sua justificação.

Bulos (2020, p. 525) ressalta que os direitos fundamentais são “conhecidos sob os mais diferentes rótulos”, e pontua serem exemplos as expressões “direitos humanos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, liberdades fundamentais, liberdades públicas, etc.”.

E ainda sobre a dificuldade terminológica, o autor comenta que “todas essas expressões sofreram crítica pela própria dificuldade de se encontrar uma terminologia exaustiva de toda a substancia que engendram” (BULOS, 2020, p. 525-526).

Ao analisar a problemática da distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, não raras vezes utilizadas por alguns autores como expressões sinônimas, Sarlet (2018, p. 29) traça a seguinte distinção:

[...] o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos ao ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional.

Factualmente, frente aos direitos humanos se encontram os direitos fundamentais mais restritos e precisos, delimitados especialmente e temporalmente

por uma determinada Constituição, que, no caso do Brasil, é a Constituição da República de 1988 (SARLET, 2018).

E sobre o tema, Sarlet (2018, p. 29-30) complementa:

[...] não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). Fosse apenas por este motivo, impor-se-ia a utilização uniforme do termo "direitos humanos" ou expressão similar, de tal sorte que não é nesta circunstância que encontraremos argumentos idôneos a justificar a distinção. De qualquer modo, cumpre destacar, antes de prosseguirmos, que se é certo que não-pretendemos hipostasiar a relevância deste ponto, também não podemos passar ao largo do mesmo, seja pelo fato de estarmos diante de um aspecto a respeito do qual existe uma ampla discussão na doutrina, seja pelas consequências de ordem prática (especialmente no que diz com a interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais e/ou direitos humanos) que podem ser extraídas da questão. De fato - como pretendemos demonstrar minimamente - não se cuida de uma mera querela acadêmica entre teóricos que não têm mais o que fazer.

Adeodato (2009, p. 124) chama a atenção para o fato de que o conceito de direitos humanos é um complicador, porque a mídia e a opinião pública muito discorre sobre esses assuntos, questionando se estariam estes direitos acima dos direitos fundamentais positivados, ressaltando que, aos aplicadores do direito, os fundamentais são considerados os únicos direitos aceitos nos procedimentos, tais como liberdade, igualdade e saúde.

Evidencia-se, portanto, que no tocante a extensão desses direitos fundamentais, há que se observar o conceito de soberania, que sofreu uma flexibilidade logo após o término da Segunda Guerra Mundial, permitindo que o ser humano seja considerado sujeito de direito em âmbito internacional, inclusive quando seu próprio Estado não é capaz de fazê-lo. A humanidade restaria comprometida caso essa perspectiva não fosse possível.

Acerca da extensão subjetiva dos direitos fundamentais, faz-se importante dizer, que esta tem como base importante vertente dos direitos aclamados pelo povo na época moderna, em que o Estado tinha papel mínimo, ou seja, acaba por abster-se frente a invocação da liberdade individual, maior objetivo da humanidade na época moderna, objetivado fazer frente a um Estado totalitarista, interventor. Assim, para que o Estado não intervisse na esfera individual – liberdades em geral e em todas as esferas – este acabou por abster-se frente a necessidade do povo.

Por isso Sarlet (2018, p. 153) observa que:

[...] no âmbito da denominada perspectiva subjetiva - falamos de direitos fundamentais subjetivos, estamos nos referindo à possibilidade que tem o seu titular [...] de fazer valer juridicamente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.

A extensão objetiva, por outro lado, invoca proteção nas esferas vertical e horizontal. Vertical referente a proteger tais direitos em razão de atos promovidos pelo próprio estado e horizontal em se tratando de atos promovidos por particulares. Ou seja, a extensão subjetiva visa a tutela efetiva desses direitos pelo Estado, permitindo que o alcance deles seja efetivamente garantido, isto é, faz-se importante perceber que aqui também é trabalhado o plano de eficácia, visto que não seria plausível a existência de tais direitos e sua recorrente proteção nas esferas interna e internacional se mecanismos de tutela não fossem capazes de propiciar a efetiva proteção a eles.

Sobre a extensão subjetiva dos direitos fundamentais, assim preleciona Sarlet (2018, p. 144):

[...] com o reconhecimento de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, não está se fazendo referência ao fato de que qualquer posição jurídica subjetiva pressupõe, necessariamente, um preceito de direito objetivo que a preveja. Assim, podemos partir da premissa de que ao versarmos sobre uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não estamos considerando esta no sentido de um mero "reverso da medalha" da perspectiva subjetiva. A faceta objetiva dos direitos fundamentais, que ora é objeto de sumária análise, significa, isto sim, que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.

Desta feita, há que existir tutela estatal para cada direito fundamental. E dentro desta tutela, cabe dizer que a intervenção penal, utilizada quando há ofensa a bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais, é utilizada como medida protetiva de tais bens jurídicos. Os distintos ramos do direito devem se integrar para que os mecanismos de controle que permitam a eficácia do que é garantido na constituição seja célere, acessível e ainda mais importante, garantidor da ordem social.

Portanto, os direitos fundamentais devem ser entendidos e aplicados em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve nortear a aplicação destes num todo e em cada caso concreto. Contudo, dada a relevância ao presente estudo, a questão será retomada oportunamente.

Por fim, é importante destacar que os direitos fundamentais, no ordenamento jurídico brasileiro, não se encontram insertos apenas no art. 5º, da Constituição da República de 1988. Eles podem ser encontrados ao longo de todo o texto constitucional, expressos ou decorrentes do regime e dos princípios acolhidos pela Constituição ou, ainda, provenientes de Tratados e Convenções Internacionais de que o Brasil faça parte, como já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal (LENZA, 2022). Porém, ao presente estudo interessa, em especial, o direito à vida, que está consagrado no *caput* do art. 5º, objeto do próximo tópico.

2.2 A conotação absoluta do direito à vida

Inicialmente, é salutar que a razão de existir do direito é o próprio ser humano e suas relações e interpessoais e com o mundo. Sem tais componentes, não haveria que se falar em direito. Direito nada mais é do que um regulamentador das relações humanas e sociais, que permeiam a humanidade desde sua existência e assim continuará sendo, pois advém da essência do ser humano.

Como regulamentador da sociedade e das próprias ações do homem, a ciência do direito, para que continue servindo a humanidade, precisa acompanhá-la em suas evoluções, seja na esfera científica, política, ética, e sobretudo, nas evoluções que permitem que o bem maior protegido pela Constituição, a vida, seja prolongada ou que influencie nesse bem de alguma forma.

As mudanças nas esferas científicas e tecnológicas, trouxeram, como consequência, mecanismos que possibilitaram o prolongamento da vida, a manutenção do funcionamento dos órgãos vitais, mesmo quando estes estão desacompanhados de consciência, ou seja, a vida como conhecemos, consciente, ativa –acaba por transformar-se em movimentos mecânicos.

Nesse contexto, percebe-se que o direito à vida, sempre tratado como inafastável, irrefutável, absoluto, merece uma flexibilização, para que possa se adequar aos novos paradigmas alçados pela sociedade. Se não houver compatibilidade entre o direito e as novas condições propiciadas a humanidade, a razão de ser do direito restará comprometida, assim como sua própria existência, visto que se tornará retrógrado e incapaz de reger as relações do ser humano.

Barroso e Martel (2012, p. 21) chamam a atenção para o fato de que o “direito à vida constitui o primeiro direito de qualquer pessoa, sendo tutelado em atos internacionais, na Constituição e no direito infraconstitucional”.

Anote-se que o direito à vida se encontra consagrado dentre os direitos fundamentais, no art. 5º da Constituição da República de 1988, que garanta a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança, dentre outros direitos.

De fato, se faz necessário ampliar o conceito de proteção à vida e a sua inviolabilidade, consignado na Constituição da República, pois além do dever de proteção, pelo Estado, sobre a integridade física do indivíduo, assegurando o seu direito de viver, incumbe também ao Estado a proteção do mínimo existencial, seja ele de cunho espiritual ou material, mantendo, dessa forma, uma vida digna.

Ao dissertar sobre a inviolabilidade do corpo humano e o direito à vida, Pieroth e Schilink (2012, p. 148) ressaltam que “o direito fundamental à vida e à inviolabilidade do corpo humano é um direito de defesa contra o Estado”, ou seja, “tem um conteúdo de dignidade humana especialmente visível”.

Também Barroso e Martel (2012, p. 33) ensinam que apesar de ser o absolutismo do direito à vida o principal argumento levantado por aqueles que são contrários a qualquer hipótese de morte com intervenção, o que no Brasil tem sua origem nas doutrinas morais abrangentes, “muitas de cunho religioso, que penetram na interpretação jurídica”, é necessário repensar e debater sobre o direito à vida em sua amplitude, sem que isso configure afronta ou desprezo pela vida humana.

Na mesma esteira são os ensinamentos de Dadalto (2015, p. 48) para quem é imperioso que, em um Estado Democrático de Direito, o direito à vida seja assegurado e exercido como direito autônomo do indivíduo, embora a vida não possa ser “vista como mais importante do que a liberdade e a dignidade”.

Diniz (2017, p. 47) pontua que a “vida humana é amparada juridicamente desde o momento da singamia, ou seja, da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozoide”, apesar do Código Civil brasileiro consignar expressamente que a personalidade do indivíduo começa com o nascimento, o que não afasta a proteção do nascituro.

Não há como afastar, portanto, o direito à vida do princípio da dignidade da pessoa humana, pois estão umbilicalmente ligados, já que à “noção de dignidade da pessoa humana está o direito à vida, como elemento intrínseco à condição de pessoa e de sujeitos de direitos” (FERNANDES, 2013, p. 364).

Ainda acerca da necessidade de se compreender o direito à vida enquanto direito não absoluto, pois intrinsecamente relacionado à noção de vida com dignidade, Fernandes (2013, p. 364) acrescenta:

[...] a atual concepção de que o direito à vida deve ser analisado sob um duplo enfoque, qual seja: o direito da vida em si mesma (direito de estar vivo) e o direito à vida digna (com condições mínimas de existência). Portanto, as doutrinas constitucionais mais recentes desenvolvem uma compreensão diversa do entendimento biológico [vida é aquela condição na qual um determinado organismo seja capaz de manter suas funções de modo contínuo, como metabolismo, crescimento], compreendendo a concepção de vida conectada à de dignidade humana.

Cumprir registrar, portanto, que o absolutismo do direito à vida toma forma quando se faz questionamentos acerca da dignidade na morte, visto que a morte nada mais é do que um fato, e sendo assim, deve, necessariamente, ser regulamentada pelo direito, sob pena da omissão legislativa acerca do fato mais certo na vida de todos os seres humanos.

Por isso Borges (2005, p. 232) defende que os direitos consagrados no art. 5º da Constituição, dentre eles o direito à vida, não são absolutos; e, principalmente, não são deveres, ou seja, o dispositivo constitucional em comento “não estabelece deveres de vida, liberdade e segurança”.

Para a autora em comento, “é assegurado o direito (e não o dever) à vida, e não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento”, pois a decisão de interrompê-lo, por exemplo, é “consequência da garantia constitucional de sua liberdade, de sua liberdade de consciência, [...] da inviolabilidade de sua intimidade e honra e, além disso, da dignidade da pessoa humana”, corolário do Estado Democrático de Direito (BORGES, 2005, p. 232).

Em outras palavras implica dizer que o por não ser o direito à vida um direito absoluto, assim como todos os direitos fundamentais, o direito à vida deve ser diferenciado de um dever à vida; e, nesse liame, tal direito deve ser relativizado, mormente quando faltar à vida a dignidade.

Ocorre que tal absolutismo faz com que a vida seja protegida de forma a não se medir esforços, porém, o ponto importante é perceber no que consiste o fim da vida, se o término da consciência e a existência de movimentos mecânicos recorrentes continuam a caracterizar o que é chamado de bem mais protegido pelo ordenamento jurídico.

Por isso é de suma importância compreender os âmbitos de proteção do direito à vida, sendo que, segundo ensinamentos de Pieroth e Schilink (2012, p. 149) consiste no direito à vida e na inviolabilidade do corpo. E, sobre o primeiro âmbito de proteção, que em especial interessa ao presente estudo, os autores pontuam ser a vida a existência física do indivíduo, motivo pelo qual o “direito à vida começa já com o nascimento e termina com a morte”, compreendendo, por conseguinte, “também o direito à morte; no sentido da proteção da liberdade negativa, o direito à vida compreende também o direito ao suicídio e a não iniciar ou continuar, contra a própria vontade, um tratamento que prolongue a vida”.

Vê-se que, para os autores supracitados, o direito à vida não é um direito absoluto, e não é um dever, podendo ser relativizado. Logo, novos paradigmas e novas direções tomadas pela humanidade devem ser absorvidas pelo ordenamento, e a dignidade da pessoa humana, como cerne desse ordenamento, deve ser aplicada em relação à morte, visto que se a vida é garantida tão veementemente na Carta Magna, na morte, como desdobramento desta, deve ter observada, pelo menos a dignidade da pessoa humana.

Portanto, o absolutismo do direito à vida deve dar lugar a flexibilidade e a necessidade de adequação, visto que as liberdades individuais tomarem frente no tocante ao próprio ordenamento, e a dignidade da pessoa humana deve ser observada em todos os aspectos da vida, e a morte, é um dos mais importantes deles.

Aqui cumpre abrir um parêntese para ressaltar que o direito à liberdade, segundo Paulo e Alexandrino (2017), foi uma das principais conquistas da Revolução Francesa, cujo lema era liberdade, igualdade e fraternidade, não restando dúvida, de que a liberdade foi o axioma mais encarecido pelo Liberalismo. Logo, o direito à liberdade garante a integração com outros princípios tão importantes quanto. E tal constatação já demonstra a necessidade de se analisar o direito à vida à luz da liberdade de escolha.

Resta evidente, portanto, que não existe direito fundamental absoluto, o que alcança também o direito à vida; e, instaurando-se um conflito entre direitos fundamentais, cabe ao intérprete, por meio do princípio da ponderação, solucionar o caso em concreto, já que o conflito não se instaura no campo normativo, mas sim na prática.

Superada tal análise, é necessário averiguar como se encontra consagrada a liberdade no Estado brasileiro e a sua relação com o direito à vida e com a eutanásia, questões que passam a ser abordadas no próximo capítulo.

3 A LIBERDADE COMO PRESSUPOSTO DE UMA VIDA DIGNA

Toda e qualquer discussão acerca do direito à vida perpassa não apenas pela análise da vida enquanto direito fundamental, objeto do capítulo anterior, mas também pela compreensão da liberdade de escolha, principalmente quando se trata da eutanásia. Portanto, nesse segundo capítulo algumas questões centrais serão abordadas, com vistas a relacionar a liberdade, a eutanásia, a vida digna e a autonomia, como se passa a expor.

3.1 A liberdade no Estado Democrático de Direito

A liberdade, no Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental e encontra amparo nos direitos humanos. Logo, parte-se da premissa de que os direitos de primeira geração passaram, na ordem institucional, a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem um processo cumulativo e qualitativo, tendo por bússola uma nova universalidade, material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica, relativa aos direitos humanos no jusnaturalismo do século XVII (BONAVIDES, 2000).

Acrescenta Mello (2002) que os direitos fundamentais de primeira geração (direitos civis e políticos) compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, realçando o princípio da liberdade.

Dos múltiplos conceitos para o direito à liberdade, partindo-se de uma perspectiva superficial, a liberdade é uma qualidade que pode ser atribuída a pessoas, ações e sociedades.

Para Alexy (2015), a base do conceito de liberdade é constituída por uma relação triádica entre um titular de uma liberdade (ou de uma não-liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade.

A liberdade limita-se até onde não prejudique outrem; todos têm direito à liberdade, desde que assegurem ao próximo o exercício dos mesmos direitos.

Em relação aos direitos de primeira geração, mencionamos as afirmações feitas por Spitzcovsky e Tura (1993, p. 8): “a liberdade sofre restrições sempre que estiver em jogo a preservação da sociedade e da vida alheia”.

Fazem parte do conteúdo jurídico do princípio da dignidade humana uma gama de direitos que a Constituição Federal expressamente tratou de referir ao longo do seu texto, tais como as liberdades: liberdade de expressão, liberdade de locomoção, liberdade religiosa, liberdade de associação, dentre outras.

Qualquer ato, seja do poder público ou do próprio particular, que implique limitação ou violação a essas liberdades, atenta certamente contra a dignidade humana, como afirma Farias (2000, p. 81):

[...] o princípio da dignidade humana constitui o fundamento material não apenas à liberdade, mas a todos os direitos fundamentais, representando um 'consenso axiológico normativo' da sociedade brasileira acerca de certos valores básicos, isto é, os direitos fundamentais, que devem orientar a conduta de todos, que se trate de órgãos estatais ou de cidadão.

O mesmo autor destaca que o princípio da dignidade humana exerce papel de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, dando-lhes unidade e coerência (FARIAS, 2000), com quem concorda Sarlet (2018, p. 115), ao afirmar que:

[...] não se pode desconsiderar [...] que a liberdade e a igualdade são noções indissociáveis da dignidade de cada pessoa, justificando, o reconhecimento de direitos fundamentais diretamente vinculados à proteção das liberdades pessoais e da isonomia.

Ao referir-se à liberdade jurídica, que é uma manifestação especial do conceito amplo de liberdade, está a se falar do objeto da liberdade como uma alternativa de ação, o que significa dizer uma 'liberdade negativa'.

Assim sendo, distinguir liberdade positiva e negativa está no fato de na primeira, o objeto da liberdade ser uma única ação; já na segunda, o objeto consiste em uma alternativa de ação. Desta forma, para criação de uma situação de liberdade jurídica é necessária apenas uma abstenção estatal, quer seja, uma ação negativa.

[...] segundo o Tribunal Constitucional Federal, o direito geral de liberdade pode, para além da proteção de ações, ser estendido à proteção de situações e posições jurídicas do titular de direitos fundamentais. Portanto, esse direito não protege apenas o seu "fazer", mas também o seu "ser" fático e jurídico. Somente após essa ampliação é que o direito geral de liberdade se torna um direito exaustivo à liberdade geral contra intervenções (ALEXY, 2015, p. 343-344).

Desta feita, a liberdade assegura que o indivíduo é livre para ir e vir, sempre respeitando os direitos fundamentais regidos pela lei. Ao ser resguardada, ela garante um bem fundamental da pessoa, não somente ao que se refere às ações do indivíduo, como de igual forma na esfera jurídica.

É importante analisar se o bem protegido pelo direito de liberdade é uma ação ou um estado do titular de direitos fundamentais. Ao se tratar de um estado, é possível determinar uma proibição.

Destarte, a liberdade limita-se até onde não cause danos a outra pessoa, todos tem direito à liberdade, desde que assegurem ao próximo o exercício dos mesmos direitos. A realidade e a materialidade devem estar presentes na liberdade e na igualdade, pois não há igualdade formal sem liberdade real.

3.2 Eutanásia: aspectos conceituais

No tópico anterior observou-se que a liberdade é um direito humano de primeira dimensão, sendo consagrado, no ordenamento jurídico brasileiro, sob diversos focos. E a questão ganha relevo em se tratando da eutanásia, já que os debates centram-se na contraposição do direito à vida e da liberdade de escolha daquele que deseja pôr fim a ela, que deseja morrer. Portanto, é necessário abordar os aspectos conceituais da eutanásia, compreendendo o sentido da palavra e distinguindo o termo de outros que, embora também estejam relacionados à vida e à morte, com a eutanásia não se confundem.

Vale dizer que com o decorrer do tempo o sentido da palavra eutanásia passou por algumas mudanças, sofrendo uma transformação em sua essência, como apresentado por Borges (2005, p. 01):

O primeiro sentido de *euthanatos* faz referência a facilitar o processo de morte, sem, entretanto, interferência neste. Na verdade, conforme o sentido originário da expressão, seriam medidas eutanásicas não a morte, mas os cuidados paliativos do sofrimento, como acompanhamento psicológico do doente e outros meios de controle da dor. Também seria uma medida eutanásica a interrupção de tratamentos inúteis ou que prolongassem a agonia.

Entretanto, o primeiro sentido da eutanásia era confundido com o conceito da ortotanásia, pois assim como esta não visava a morte, apenas desejava que a morte ocorresse sem sofrimento e da forma mais tranquila possível. Porém, como já dito, sua concepção ao longo do tempo seguiu outro sentido e atualmente é conceituada como “uma morte provocada por sentimento de piedade à pessoa que sofre. Ao invés de deixar a morte acontecer, a eutanásia, no sentido atual, age sobre a morte, antecipando-a” (BORGES, 2005, p. 01).

O termo eutanásia vem do grego, dos vocábulos *eu* (boa) e *thanatos* (morte), podendo ser traduzida como “boa morte” ou “morte apropriada” ou, ainda, como “morte certa”. Segundo Souza (2002), a expressão foi primeiramente utilizada em 1623, por Francis Bacon, caracterizando uma amplitude semântica e referindo-se a uma prática milenar.

Sobre o conceito de eutanásia, Barroso e Martel (2012, p. 05) assim discorrem:

Compreende-se que a eutanásia é a ação médica intencional de apressar ou provocar a morte – com exclusiva finalidade benevolente – de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos. Do conceito estão excluídas a assim chamada eutanásia *passiva*, eis que ocasionada por omissão, bem como a *indireta*, ocasionada por ação desprovida da *intenção* de provocar a morte. Não se confunde, tampouco, com o *homicídio piedoso*, conceito mais amplo que contém o de eutanásia. De acordo com o consentimento ou não daquele que padece, a eutanásia pode ser *voluntária*, *não-voluntária* e *involuntária*.

Não obstante as considerações supra, é comum, quando se discute o direito de morrer com dignidade, a confusão entre conceitos como distanásia, ortotanásia, eutanásia, suicídio assistido, dentre outros institutos, embora possuam significados distintos. Portanto, o ponto de partida nesse é exatamente apresentar a distinção entre os institutos da distanásia, ortotanásia e eutanásia.

A distanásia é o completo oposto da eutanásia, tem como objetivo o aumento do tempo do doente ao máximo, mesmo que cause a ele dor, de acordo com Diniz (2007, p. 316): “trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo da morte”.

Tal entendimento já não é mais válido no Brasil visto a possibilidade da escolha do paciente, ou de parente próximo, de não começar ou de interromper o tratamento pela simples manifestação da vontade como expresso pelo Conselho Federal de Medicina (eutanásia passiva), como se verá oportunamente.

Já a ortotanásia existe em resposta a distanásia é, em outras palavras, a recusa de tratamento que aumentaria o tempo de vida do paciente.

Como é sabido, não existe obrigação do médico em prolongar a vida do paciente a qualquer custo, e cabe ao mesmo ou seu representante legal decidir se querem ou não continuar o tratamento contando com todas as informações

disponíveis sobre as alternativas terapêuticas. Em suma, a distanásia nada mais é que prolongar o processo de morrer (BARROSO; MARTEL, 2012).

O termo ortotanásia tem como significado “o não prolongamento artificial do processo natural da morte, sendo, portanto, considerada como boa morte ou morte desejável” (PAIVA; ALMEIDA JÚNIOR; DAMÁSIO, 2014).

Ademais, complementam os autores que a prática da ortotanásia tem como intuito garantir ao indivíduo um processo natural de partida, não postergando nem antecipando a morte. Posto que, a morte faz parte do ciclo da vida e como se deve garantir uma vida com dignidade, conseqüentemente deve também assegurar o direito de morrer com dignidade (PAIVA; ALMEIDA JÚNIOR; DAMÁSIO, 2014).

Portanto, a ortotanásia demonstra, ao contrário da distanásia, o respeito pela vida e a conseqüente harmonização entre a vida e a morte, o alívio das dores, a inadequação de métodos desproporcionais para prolongar o processo de morte que, na prática, acabam incutindo mais sofrimento (BARROSO; MARTEL, 2012).

Nessa linha, o paciente encontra-se em processo natural de morte, desejando limitação dos tratamentos médicos, bem como cuidados paliativos por parte da equipe médica, a qual deve contribuir para que a morte se desenvolva em seu curso natural, sem dor e sofrimento degradantes.

Insta versar que no processo da ortotanásia o paciente já se encontra em processo natural de morte e recebe contribuições médicas, a fim de garantir que esse processo transcorra como desejado, ou seja, naturalmente (BORGES, 2005). Alude ainda a autora que “apenas o médico pode realizar a ortotanásia”.

E continua afirmando,

[...] entende-se que o médico não está obrigado a prolongar o processo de morte do paciente, por meios artificiais, sem que este tenha requerido que o médico assim agisse. Além disso, o médico não é obrigado a prolongar a vida do paciente contra a vontade deste (BORGES, 2005, p. 01).

Ademais, a ortotanásia é conduta não tipificada pelo atual Código Penal, uma vez que não é causa de morte da pessoa, posto que o processo de morte já está instalado (BORGES, 2005).

Dando seguimento tem-se a eutanásia. Esta ocorre quando o paciente tendo consciência que se encontra em estágio terminal de doença incurável, solicita ao médico ou a terceiro que antecipe sua morte, desejando evitar sofrimentos futuros,

bem como dores físicas e psicológicas que progredirão juntamente com a doença (BOMTEMPO, 2011).

Importante ressaltar que a eutanásia não é aceita em nosso ordenamento jurídico e sua prática constitui crime de homicídio, perante o atual Código Penal. Dependendo de cada caso, a conduta poderá ser enquadrada em homicídio privilegiado se preenchidos os requisitos para tanto, quando o autor da conduta movido por forte sentimento de compaixão e piedade, antecipa a morte do paciente ao vê-lo sofrer com doença incurável e ser vítima de fortes sofrimentos. Todavia, não preenchidos os requisitos a conduta será enquadrada como homicídio simples ou qualificado (BORGES, 2005).

Por último, tem-se a figura do suicídio assistido, que ocorre quando o doente não pode tirar a própria vida, e por isso precisa da ajuda de um outro alguém para fazê-lo, um exemplo de suicídio assistido difere da eutanásia ativa na ação do médico e do paciente, no suicídio assistido o doente tem que ingerir o veneno com as próprias forças, na eutanásia o veneno não necessita que o paciente sequer esteja consciente.

Sobre o suicídio assistido, Barroso e Martel (2012, p. 08) pontuam:

[...] *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 à prática. O auxílio e a assistência diferem do induzimento ao suicídio. No primeiro, a vontade advém do paciente, ao passo que no outro o terceiro age sobre a vontade do sujeito passivo, de modo a interferir com sua liberdade de ação. As duas formas admitem combinação, isto é, há possibilidade de uma pessoa ser simultaneamente instigada e assistida em seu suicídio. O *suicídio assistido por médico* é espécie do gênero suicídio assistido.

A diferença pode parecer mínima mais é de suma importância para alguns países como a Suíça, onde a eutanásia é proibida, mas o suicídio é permitido, a maneira mais simples de diferenciar é por meio da punição cabível prevista no Código Penal, no caso da eutanásia o crime seria o de homicídio (art. 121 do CP) e o do suicídio assistido seria o de auxílio e instigação ao suicídio (art. 122 do CP).

Em suma, o suicídio assistido ocorre com uma ação do próprio paciente, enquanto eutanásia é com uma ação ou omissão do médico, ocorre que essa exemplificação pode parecer demasiadamente complexa, no meio acadêmico de direito seria mais simples diferenciar ambos usando o Código Penal (visto ainda

serem proibidos pelo código vigente), o que ajudaria na diferenciação desses instrumentos.

Resta evidente, portanto, que a eutanásia é compreendida como a interrupção da vida, método de interrupção de pessoas que sofrem doenças terminais ou incuráveis. Logo, é uma forma de abreviar o sofrimento, sendo seu sentido etimológico, como já dito, de uma boa morte.

3.3 Morte digna como direito fundamental: a eutanásia à luz do princípio da dignidade humana

O princípio da dignidade da pessoa humana ocupa o epicentro do ordenamento jurídico e o ser humano é o seu mais importante protagonista da dignidade humana e esta, para ser efetiva, exige o respeito aos direitos fundamentais e impõe a exclusão de qualquer espécie de coação ilegal externa que impeça o desenvolvimento da personalidade.

O constituinte foi categórico ao inscrever, no inciso III, do art. 1º, da Constituição de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana na categoria de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

O reconhecimento do valor do homem como homem, implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal. Observa-se então “um deslocamento do Direito do plano do Estado para o plano indivíduo, em busca do necessário equilíbrio entre liberdade e autoridade” (PRADO, 2002, p. 114).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, reconhecendo a existência da dignidade da pessoa humana como princípio fundante, transforma-a em um valor supremo da ordem jurídica, ao declará-la como um dos fundamentos da República.

Ademais, o constituinte, ao instituir um amplo sistema de direitos e garantias fundamentais, buscou não só preservar, mas, acima de tudo, promover a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, concebido como fundamento do Estado, o princípio da dignidade da pessoa humana não é unicamente uma disposição legal a ser respeitada, mas sim uma imposição normativa, o que significa dizer que todas as

ações estatais, que de alguma forma incorrerem em violação a esse princípio, não são legítimas, pois contrárias aos valores consagrados pela Constituição.

Segundo Farias (2000, p. 63), o “respeito da dignidade humana constitui-se em um dos elementos imprescindíveis para a legitimação da atuação do estado brasileiro”, sendo vedada qualquer restrição da dignidade humana por parte do Poder Público ou de quaisquer órgãos.

Importa dizer, portanto, que há um compromisso jurídico, do ponto de vista ético, moral e político de respeitar e garantir as condições básicas de existência humana, pois nenhum Estado pode pretender assegurar a dignidade ao ser humano sem a implementação eficaz de mínimas condições de sobrevivência.

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana mostra-se como sendo um princípio estruturante, colocando-se, portanto, em uma posição de superioridade relativamente aos demais, uma vez que estabelece os vetores axiológicos sobre os quais se alicerça o estado Brasileiro.

A esse respeito assevera Sarlet (2001, p. 112):

[...] o princípio da dignidade humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade do indivíduo. [...] a concretização do programa normativo do princípio da dignidade humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que corresponda às exigências do princípio.

Com efeito, a consagração do princípio da dignidade humana, como valor e fundamento constitucional do Estado Democrático de Direito brasileiro, traduz-se na obrigação não só jurídica, mas também no compromisso ético, moral e político de respeitar e garantir condições mínimas de existência humana, visto que nenhum Estado pode pretender assegurar dignidade ao ser humano sem a implementação eficaz de condições mínimas de sobrevivência.

De igual forma, a dignidade é qualidade intrínseca do indivíduo, sendo irrenunciável e protegida pelo ordenamento jurídico. Além dessas qualidades, esse princípio merece profundo respeito da sociedade e do Estado, devendo ser garantido e protegido até o último dia da vida do ser humano, que tem o direito de possuir uma morte digna.

Portanto, a dignidade da pessoa humana se apresenta como uma “fonte aberta de proteção jurídica, não sendo casual o fato de que temas polêmicos sejam discutidos sob a ótica de seu conteúdo protetivo” (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p.

127). Logo, a dignidade possui dois pilares importantes, quais seja, a igualdade entre os seres humanos e a liberdade, permitindo ao homem exercer plenamente os seus direitos existenciais.

4 A EUTANÁSIA NO ESTADO BRASILEIRO

Como visto anteriormente, o direito à vida é consagrado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental. Porém, quando se discute a problemática da eutanásia se observa argumentos favoráveis e contrários, alguns pautados na direito à vida como um direito fundamental absoluto, outros na liberdade de escolha e autonomia, alguns destacando os aspectos médicos e éticos, dentre outros. Por isso é necessário abordar, inicialmente, como a doutrina e a jurisprudência pátria se posicionam sobre a questão, sem ignorar o tratamento dispensado pelo Conselho Federal de Medicina e pelos legisladores, questões de suma importância para uma análise crítica acerca do direito à vida e do direito à morte digna.

4.1 Posicionamento doutrinário e jurisprudencial

A primeira questão a ser ressaltada nesse momento é que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, um direito fundamental absoluto. Como visto anteriormente, quando instaurado eventual conflito entre direitos fundamentais, ou presente colisão, a ponderação dos direitos fundamentais ganha evidência.

Em que pese tal observação, principalmente no senso comum ainda impera o entendimento de que o direito à vida prepondera sobre qualquer outro direito, independentemente da qualidade de vida, ignorando, por exemplo, as situações dos pacientes terminais, a autonomia privada, a manifestação da vontade, o consentimento informado do paciente. Significa dizer, em outras palavras, que quando presente uma situação em que o direito à vida se posiciona em face de outro direito fundamental, a resposta quase imediata é de que este de preponderar.

Porém, e como já dito, a eutanásia não encontra amparo na legislação brasileira, embora seja comumente debatida na seara doutrinária e jurisprudencial, principalmente porque há ordenamentos jurídicos que autorizam a prática, embora sejam poucos os países que não tratam o instituto como crime.

Apenas para ilustrar, e segundo Oliveira (2007), várias proposições foram feitas como nos Territórios do Norte da Austrália, desde a década de 1960, mas que foram posteriormente revogadas. E o mesmo ocorreu também na Califórnia, local em

que a eutanásia não foi adiante. Porém, na Bélgica, em 2002, a Câmara de Representantes dos Países Baixos, aprovou uma lei sobre a morte assistida e em setembro do mesmo ano legalizou-se a eutanásia realizada apenas por médicos.

Já Batista (2009) destaca que “a Bélgica se tornou o segundo país europeu depois dos Países Baixos a promulgar uma lei sobre a eutanásia”, em condições estritas, somente podendo ser realizada, com já dito, por profissionais da medicina.

Segundo Leparguer (1999), nos Estados Unidos da América, *Natural Death Acts*, *Terminally Ill Acts* embasados nos *Deciding to forego life-sustaining treatment*, os “testamentos de vida”, não configuram eutanásia nem suicídio assistido, apenas consideram a decisão de não ressuscitamento em caso de parada cardíaca, contudo, existe uma proteção judicial ao médico responsável, para que o mesmo não sofra intervenção processual por parte da família do paciente. Apenas em Oregon a eutanásia é legalizada.

No Japão a Lei consente o suicídio, mas penaliza quem o incentiva ou o auxilia. No entanto o código dos samurais ao exigir morte com dignidade – *seppuku* – permitia a presença de um assistente, para complementar este ato, configurando, de certa maneira, eutanásia. E, em novembro de 2007, a Associação Japonesa de Medicina Aguda aprovou uma orientação para aplicar a eutanásia em pacientes com morte cerebral ou aos com doença terminal, sem opção de tratamento. É aplicada mediante manifestação escrita do doente com apoio da família; caso tal não ocorra, tal decisão passa ser responsabilidade da equipe médica.

Tanto na França, como na Alemanha, em Luxemburgo, na Áustria e em outros países, a chamada eutanásia assistida, em que é retirado o suporte de vida, não é penalizada, mas explicita que deve haver não só a manifestação do doente, como da família e do médico ou médios que assistem o paciente terminal.

Segundo Batista (2009), o ordenamento jurídico boliviano prevê expressamente a possibilidade de concessão do perdão judicial ao crime de homicídio quando presente o consentimento do interessado, sendo visto pelo autor como espécie de homicídio piedoso, que em muito se aproxima da eutanásia.

De acordo com Batista (2009), na Colômbia a prática de “matar outrem objetivando pôr fim ao sofrimento intenso proveniente de [...] enfermidade grave ou incurável” não é concebida como modalidade de eutanásia, pois é apenada com prisão de seis meses a três anos. Contudo, a eutanásia é praticada amplamente pelos médicos, mas informalmente, desde a década de 1990, “após o alto tribunal

decidir que este processo não era considerado crime em determinadas circunstâncias”. Logo, muito embora o ordenamento jurídico não regulamente expressamente a eutanásia, ela é praticada, ficando a cargo do Judiciário analisar os casos concretos levados à sua apreciação, o que pode conduzir a arbitrariedades.

Percebe-se, em linhas gerais, que o principal objetivo dos médicos é evitar a obstinação terapêutica, ou seja, prolongar a vida dos pacientes terminais, quando a terminalidade é diagnosticada, pois tal prática tende apenas a prolongar o sofrimento do paciente.

A questão é também debatida na jurisprudência internacional. No âmbito da Corte Europeia de Direitos humanos, foi apreciado, em 2002, o caso *Pretty c. Reino Unido*. A autora, em fase terminal de esclerose lateral amiotrófica, doença incurável e que causa paralisia muscular, buscou junto à Corte o direito de morrer, argumentando ainda que em virtude das limitações que a doença lhe impunha não tinha como cometer sozinha o suicídio (ECHR, 2015).

Ressalta a Corte, no relatório do caso em comento, que a legislação inglesa não considera o suicídio como crime. Porém, aquele que auxilia o outro a cometer é púnico, o que levou a reclamante a pleitear a autorização da corte, já que as autoridades não assumiram o compromisso de deixar de processar o seu marido acaso este a ajudasse a morrer (ECHR, 2015).

A Corte Europeia, no caso em comento, entendeu não haver violação ao direito à vida, já que este direito não pode ser interpretado de modo a conferir o direito à morte. De igual forma, não reconheceu violação ao art. 3 da Convenção, que dispõe sobre a proibição de tratamento desumano ou degradante. E assim concluiu que a autora, na verdade, tinha medo de enfrentar uma morte dolorosa, o que não a autoriza a acabar com a própria vida (ECHR, 2015), negando assim o pedido de *Pretty*.

Mais recentemente, em 2011, a Corte foi instada a se pronunciar no caso *Haas c. Suíça*. O ponto central nessa discussão é saber se em virtude ao respeito à vida privada o Estado tinha o dever de garantir que uma pessoa doente cometa suicídio sem dor e sem risco de fracasso (ECHR, 2015).

Nesse caso a recorrente afirmou que por vinte anos sofreu de transtornos psíquicos, o que compromete a sua vida com dignidade, argumentando ter o direito

de pôr fim à sua vida com segurança e dignidade, o que não foi respeitado pela Suíça (ECHR, 2015).

Assim como no caso anterior, a Corte afastou qualquer violação à Convenção, em especial ao art. 8º, que consagra o direito ao respeito pela vida privada. Logo, não houve, por parte da Suíça, qualquer violação ao não permitir que a recorrente tivesse acesso à medicação necessária para o suicídio sem receita médica, além de não ter restado comprovado, segundo os julgadores, que houve impedimentos para que a requerente encontrasse especialista disposto a ajuda-la (ECHR, 2015).

O caso mais recente divulgado no boletim da Tribunal Europeu de Direitos Humanos envolve o Estado da França e Lambert e outros. Os requerentes, no caso em comento, são pais, irmã e meio irmão de Vincent Lambert, vítima de acidente de trânsito no ano de 2008, quando em virtude de uma lesão na cabeça ficou tetraplégico (ECHR, 2015).

Em 2014 os familiares de Vincent buscaram junto aos Tribunais franceses reverter a decisão do comitê médico que decidiu pela suspensão de fornecimento de alimentos e hidratação ao paciente, ao argumento de que tal decisão é contrária às obrigações positivas do Estado em relação ao direito à vida, violando assim o art. 2º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos (ECHR, 2015).

Ao contrário dos casos acima citados, no caso Lambert o direito à vida supostamente foi violado pelo Estado francês, muito embora os médicos e os Tribunais daquele país tenham entendido que suspender o tratamento médico, ante a impossibilidade de melhora do quadro clínico do paciente, não viola direitos humanos, e que a decisão foi respaldada em princípios ético (ECHR, 2015).

Das considerações supra evidencia-se, portanto, que decisões em sentidos diversos podem ser encontradas no âmbito da Corte Europeia, principalmente porque a legislação de cada Estado trata do tema de uma forma. Portanto, enquanto os casos contra o Reino Unido e a Suécia não tiveram êxito quanto à possibilidade de pôr fim à vida, por suposta violação ao direito à privacidade e a consequente possibilidade de uma morte digna, na decisão envolvendo a França o posicionamento foi no sentido de respaldar a decisão médica quanto a não violação do direito à vida quanto há a suspensão de tratamento médico que simplesmente prolonga o processo de morte.

Ao analisar a problemática da morte com dignidade, Barroso e Martel (2012, p. 38) fazem importante reflexão, senão veja-se:

A morte é uma fatalidade, não uma escolha. Por essa razão, é difícil sustentar a existência de um direito de morrer. Contudo, a medicina e a tecnologia contemporâneas são capazes de transformar o processo de morrer em uma jornada mais longa e sofrida do que o necessário, em uma luta contra a natureza e o ciclo natural da vida. Nessa hora, o indivíduo deve poder exercer sua autonomia para que a morte chegue na hora certa, sem sofrimentos inúteis e degradantes. Toda pessoa tem direito a uma morte digna.

No Brasil, a questão também divide opiniões. Por exemplo, o Poder Judiciário não é alheio à problemática da morte com dignidade, como se extrai da decisão proferida no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementada:

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

Percebe-se claramente que a decisão supracitada se funda expressamente na vida com dignidade, destacando a importância do consentimento informado e do testamento vital, documento que, a um só tempo, resguarda os direitos do paciente e também o profissional médico.

E a respeito da clara relação entre a dignidade da pessoa humana e o direito de morrer, Barroso e Martel (2012, p. 14):

O prolongamento sacrificado da vida de pacientes com doenças para as quais a medicina desconhece a cura ou a reversão, contra a sua vontade ou

de seus responsáveis legais, enseja dor, sofrimento, humilhação, exposição, intrusões corporais indevidas e perda da liberdade. Entram em cena, então, outros conteúdos da própria dignidade. É que a dignidade protege, também, a liberdade e a inviolabilidade do indivíduo quanto à sua desumanização e degradação. É nesse passo que se verifica uma tensão dentro do próprio conceito, em busca da determinação de seu sentido e alcance diante de situações concretas. De um lado, a dignidade serviria de impulso para a defesa da vida e das concepções sociais do que seja o bem morrer. De outro, ela se apresenta como fundamento da morte com intervenção, assegurando a autonomia individual, a superação do sofrimento e a morte digna.

Não obstante, a jurisprudência é escassa, o que inviabiliza a compreensão do enfrentamento do tema pelo Poder Judiciário, até mesmo no que tange a relação médico-paciente e o não prolongamento da vida em desconformidade com a liberdade, autonomia e dignidade do paciente.

Contudo, no cenário mundial, nas últimas décadas, há alguns casos que, em decorrência da atenção que receberam dos meios de comunicação, permitem uma visão de como o tema é visto pela sociedade como um todo.

O primeiro caso a ser tratado é o da norte-americana Theresa Marie Schindler-Schiavo, que no ano de 1990 sofreu uma parada cardíaca, muito provavelmente causada por falta de potássio associada ao distúrbio alimentar que sofria (bulimia). De acordo com Azevedo (2010), seu córtex cerebral, que a é a parte do cérebro em que ocorre a consciência, foi completamente destruído em face da falta de oxigenação.

Desde a parada cardíaca, Terri Schiavo passou a viver em estado vegetativo, permanecendo assim por quinze anos, inconsciente.

Ainda segundo Azevedo (2010), durante sete anos, o marido de Terri, Michael Schiavo, que possuía legalmente a guarda da mulher, lutava na justiça pelo direito de ver a sonda de alimentação ser retirada de sua mulher, ao argumento de que antes de entrar em estado vegetativo Terri Schiavo teria expressado, inúmeras vezes, que se algo lhe acontecesse não gostaria de ter a vida mantida por meios artificiais.

Porém, os genitores de Terri Schiavo lutavam para que a sonda de alimentação fosse mantida, principalmente porque defendiam que o estado vegetativo da filha decorria de uma possível agressão do marido, que teria, por estrangulamento, causado a lesão cerebral na esposa.

Ainda segundo os pais de Terri Schiavo, o seu marido, Michael, defendia os interesses da esposa, sendo este único motivo pelo qual queria retirar a sonda de

alimentação, já que se encontrava vivendo em união estável com outra mulher (AZEVEDO, 2010).

Apesar da resistência dos pais, em 19 de março de 2005 Michael conseguiu a autorização judicial para retirar a sonda que alimentava e hidratava Terri Schiavo, que veio a falecer no dia 31 de março do mesmo ano, pois desde a retirada da sonda teve início um procedimento de desidratação que culminou na falência dos órgãos. E como algumas substâncias foram liberadas pelo corpo, Terri passou a sentir sonolência, que conseqüentemente progrediu para o estado de coma, e, pôr fim, a morte (AZEVEDO, 2010).

O caso em comento foi de grande repercussão não apenas no judiciário, mas também no cenário político, tendo sido inclusive chamado um juiz federal a se pronunciar, embora este não tenha autorizado a recolocação da sonda de alimentação.

Outro caso também de grande repercussão mundial foi o da italiana Eluana Englaro, à época com 38 anos de idade, mas que a dezessete anos vivia em estado vegetativo, após sofrer, no ano de 1992, um grave acidente automobilístico (ARAÚJO, 2009).

A busca junto ao Poder Judiciário da Itália para conseguir a autorização para fazer cessar a vida de Eluana, autorização esta concedida em 13 de novembro de 2008, aprovada em última instância, autorizando a retirada da sonda.

Assim como no caso de Terri, a sentença gerou grande polêmica na Itália, inclusive uma crise entre o premiê italiano à época, Silvio Berlusconi, e o Presidente Giorgio Napolitano (ARAÚJO, 2009).

Objetivando tornar sem eficácia a decisão judicial, Silvio Berlusconi propôs um decreto de emergência, proibindo a suspensão da alimentação artificial de Eluana. Contudo, o então Presidente se opôs ao decreto para contradizer a sentença favorável à eutanásia (ARAÚJO, 2009).

Objetivando tornar o fim da vida de Eluana amais digno, uma clínica particular aceitou recebe-la, e proceder com a prática da eutanásia, sendo que em 09 de fevereiro de 2009 a jovem veio a óbito, praticamente dez anos após o início da luta judicial dos pais para interromper a alimentação artificial da filha.

Evidencia-se que nos dois casos comentados as pacientes se encontravam em estado de inconsciência, ou seja, não era possível a manifestação da vontade. E os responsáveis legais, respectivamente o marido de Terri e os genitores de Eluana,

para conseguir fazer cessar a alimentação e hidratação tiveram que buscar autorização judicial, o que levou anos.

Outro caso citado pelos meios de comunicação, como relata Wüsthof (2005, p. 110), ao citar o caso de uma criança que nasceu com síndrome de down, malformação do cérebro e coluna vertebral, que sofria de fortes dores, que não eram aliviadas nem mesmo com potentes analgésicos.

Diante do sofrimento da filha, que conta à época com quatro semanas de vida, os pais pediram ao médico que fizesse cessar a vida da filha com a ajuda de medicamentos (WÜSTHOF, 2005, p. 110).

Ainda segundo Wüsthof (2005, p. 110), de acordo com o diretor do Hospital Universitário Gronigen, na Holanda, Dr. Eduard Verhagen, apenas no primeiro ano de vida Anna já havia sido submetida à aproximadamente vinte cirurgias, e passado pela avaliação de vários especialistas, sendo que todos concluíram que as operações não mudariam o prognóstico.

Mesmo diante do diagnóstico, e cientes de que a morte natural não tardaria a chegar, os pais não mais suportavam o sofrimento da filha. E o Dr. Eduard Verhagen, sensibilizado com a situação da criança, também concluiu ser desumano prolongar o sofrimento da pequena Anna, vindo então a lhe aplicar uma dose de morfina e calmante enquanto a mãe a segurava no colo (WÜSTHOF, 2005, p. 110).

Ressalta Wüsthof (2005, p. 110) que pela legislação holandesa o pediatra poderia ser processado. Contudo, o próprio médico, que advogou em causa própria, fez um acordo com a promotoria, prevendo a aplicação de um protocolo com critérios rígidos para a eutanásia, em situações extremas como a do caso de Anna.

O autor cita, ainda, outro caso ocorrido na Alemanha, também envolvendo uma criança, que teve parte do cérebro e rins destruídos em decorrência de um problema no parto, e foi abandonada, aos seis meses de idade, no Hospital Universitário de Hamburgo (WÜSTHOF, 2005).

A criança dependia, para a sobrevivência, de diálise peritoneal, que limpava o seu sangue das toxinas que o rim não excretava, motivo pelo qual ficou toda a sua vida acamado, não andava ou falava, e somente teve alta do hospital aos três anos de idade, quando então os pais adotivos o levaram para casa. Contudo, as sessões de diálise peritoneal continuaram sendo feitas no domicílio, sem as quais o menino Victor não sobreviveria (WÜSTHOF, 2005).

O autor informa que Victor raramente sorria, eram poucos os movimentos de lábios, e eram estes involuntários, e apesar de ter recebido transplante de rim, veio a falecer pouco tempo depois, aos oito anos de idade (WÜSTHOF, 2005).

Esclarece Wüsthof (2005) que nos últimos anos de vida de Victor, os médicos chegaram a discutir a possibilidade de eutanásia passiva, porém ninguém a executou.

Não se pode ignorar que diversas outras histórias de lutas na justiça pelo direito de morrer chamaram a atenção da mídia internacional, a exemplo da francesa Chantal Sébire, de 52 anos, portadora de um raro tumor cerebral, que deformou o seu rosto e causava sérias dores, que após ter o seu pedido para morrer com a ajuda de um médico negado pela justiça, suicidou-se em março de 2008, fomentando debates acerca da desumanidade de se impor a obrigação de viver.

Semelhante situação é vivenciada por Kelly Taylor, que no ano de 2007, quando contava com 30 anos de idade, deu início a uma batalha judicial para ver assegurado o seu direito de morrer, já que portadora da síndrome de Eisenmenger, doença degenerativa que atinge pulmões e coração, sofre fortes dores. Tem-se notícias que em 2013 a jovem tentou suicídio, após dezenove dias de greve de fome, mas suspendeu a medida por não suportar as dores.

Destarte, os casos aqui citados são apenas exemplificativos, e visam demonstrar o sofrimento dos que buscam o direito de pôr fim à própria vida, com o auxílio médico, a problemática da autonomia privada, da manifestação da vontade, do direito à vida à luz da dignidade da pessoa humana mas, principalmente, a necessidade de se debater o tema, sem preconceitos, sem tabus, despido de concepções religiosas, morais, éticas, pois somente assim o ordenamento jurídico irá evoluir, e levar em consideração os interesses que, num primeiro momento, mostram-se conflitantes, mas que se analisados à luz da dignidade da pessoa humana, permite sejam respeitados os direitos do indivíduo.

4.2 Eutanásia e o Conselho Federal de Medicina

Como apontado no tópico anterior a legislação brasileira não autoriza a eutanásia, ou seja, aquele que a pratica responde pelo crime de homicídio. Não obstante, a questão recebe do Conselho Federal de Medicina uma atenção que não

pode ser ignorada, principalmente no que diz respeito à responsabilização do profissional da medicina.

De fato, o Conselho Federal de Medicina é uma autarquia federal, criada pela Lei nº 3.268/1957, regulamentado pelo Decreto nº 44.045/1958, dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira, sendo seu objetivo supervisionar o exercício da profissão médica no Brasil podendo expedir atos normativos, julgar faltas.

Reconhecida como autarquia federal, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, pode emitir atos administrativos, com caráter de imperatividade, ou seja, a obrigação de terceiros na obediência independente de concordância. Esses atos são constitucionais, até que se prove algo contrário, e não ferem as normas infraconstitucionais (BOMTEMPO, 2011).

No Brasil também há projetos de lei apresentados ou em trâmite no Congresso que buscam regulamentar a eutanásia e a ortotanásia, direitos de pacientes terminais, e preocupada na aplicação, por parte dos profissionais da saúde, do conceito de saúde emitido pela Organização Mundial da Saúde, “bem-estar global da pessoa, no seu aspecto físico, mental e social e inclusive espiritual” (MARTIN *apud* BOMTEMPO, 2011, p. 2), orientando-os e preservando-os.

Nesse cenário é que o Conselho Federal de Medicina divulgou inicialmente a Resolução nº 1.805/2006, que tratou da problemática dos doentes em fase terminal, assegurando ao médico o direito de limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolongassem a vida do doente, de modo a garantir os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levavam ao sofrimento, sempre respeitando a vontade do paciente ou de seu representante legal, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Acerca da resolução supracitada, Barroso e Martel (2012, p. 10) esclarecem:

A Resolução CFM nº 1.805/2006, de 9.11.2006, editada pelo Conselho Federal de Medicina, procurou contornar as deficiências e insuficiências de um Código Penal cuja parte especial é da década de 40 do século passado. Nessa linha, invocando sua função disciplinadora da classe médica, bem como o art. 5º, III da Constituição, pretendeu dar suporte jurídico à ortotanásia. Sem menção à eutanásia e ao suicídio assistido – que continuam a ser considerados pelo Conselho como práticas não-éticas –, a Resolução tratou da limitação do tratamento e do cuidado paliativo de doentes em fase terminal, nas hipóteses autorizadas por seus parentes ou por seus familiares.

Verifica-se que nesta resolução preserva-se a autonomia individual e a dignidade do doente, asseguradas pela Constituição como destaca no seu Preâmbulo, e insere a filosofia do “hospice” ou hospital-lar. Nele o paciente fica próximo da sua família e dos que lhe são caros, ao mesmo tempo em que recebe todo o atendimento assegurando-lhe uma qualidade de vida que não teria no hospital propriamente dito (BOMTEMPO, 2011).

Refere-se à ética médica, pois é um ato médico, e compete ao Conselho Federal de Medicina regulamentar e disciplinar a atuação dos profissionais de saúde no tratar os seus pacientes. Assim, caberia, em tese, a esse médico assistente o acompanhamento do doente, a elaboração de seu diagnóstico, seu prognóstico, bem como a discussão do caso não só com seu paciente, mas também com os familiares do mesmo.

A Resolução em comento teve como consequência o reavivamento dos debates sobre a eutanásia e ortotanásia, a ilicitude face ao direito e face à inviolabilidade do direito à vida. Argumentos pró e contra foram colocados: o constrangimento sobre pacientes de hospitais públicos a fim de desocuparem os leitos hospitalares e permitirem que outros, com melhor de chance de cura, fossem atendidos; a possibilidade de novas técnicas se desenvolverem possibilitando a cura; a legitimidade do representante legal do paciente inconsciente ou incapaz de permitir tal ato; uma justificativa para eutanásia, suicídio assistido e aborto; crime contra a dignidade da pessoa humana; o direito à vida, o mais fundamental, não seria intocável; em cada caso concreto analisar se há o respeito à dignidade da vida humana (MARTINELLI, 2011).

Além disso, entendem Queiroz et al. (*apud* BOMTEMPO, 2011) que o Conselho Federal de Medicina, ao se constituir como uma autarquia federal, todos os seus atos passam a ter caráter de imperatividade.

Pode-se, ainda, justificar o entendimento supra pelo fato de que inexistem atos legislativos sobre o direito à morte digna, ortotanásia, em que se respeite a dignidade e a autonomia da pessoa humana no que se refere à escolha individual. E, volta-se a pontuar que os projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, que tratam do assunto, podem, e devem regulamentar esta matéria, primordial não só para quem está na fase terminal da vida e para seus familiares, mas, e, sobretudo, para os profissionais responsáveis por estes pacientes (BOMTEMPO, 2011).

Mas o Ministério Público Federal, através do Procurador Regional dos Direitos do Cidadão, Dr. Wellington Marques de Oliveira, ingressou com a Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3, em 9 de maio de 2007, pedindo a suspensão dos efeitos da Resolução nº 1.805/2006, fundamentado na falta de poder normativo do Conselho Federal de Medicina, de competência do Congresso Nacional, a indisponibilidade do direito à vida, e aparente conflito com o Código Penal, tendo sido a liminar deferida com antecipação de tutela em 23 de outubro de 2007, pelo juízo da 14ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal (BOMTEMPO, 2011).

Manifestações contestando a decisão pelo próprio Conselho Federal de Medicina, onde não a “qualquer semelhança entre ortotanásia e eutanásia (que é o ato de provocar a morte de alguém) que esteja sofrendo doença grave” (COLLUCCI, 2007); pelo corregedor do Conselho Federal de Medicina, médico Roberto D'Ávila, para o qual “a ortotanásia não antecipa o momento da morte, como acontece na eutanásia, mas permite a em seu tempo natural e sem utilização de recursos tecnológicos, como respiradores artificiais, que apenas prolongam o sofrimento do doente e da família”, sucederam a decisão liminar.

Esclarece, ainda, que “a liminar não beneficia o paciente que opta por morrer dignamente em casa, ou em enfermarias de cuidados paliativos”, afrontando a dignidade da pessoa humana (COLLUCCI, 2007).

Em apertada síntese, a polêmica levantada pode ser traduzida nas manifestações do advogado Erickson Gavazza Marques, da Comissão de Bioética da OAB-SP, citada por Collucci (2007), nos seguintes termos: “[...] A resolução não tem amparo jurídico”. Ela realmente vai contra o Código Penal Brasileiro. O CFM não o poder de legislar. Os médicos que seguem sua orientação podem ser acusados de omissão de socorro ou homicídio culposo”.

Após o trâmite legal, a Ação Civil Pública foi julgada improcedente, em data de 1º de dezembro de 2010, e a decisão judicial permitiu a total aplicação da Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina.

Cumprе ressaltar, ainda, que enquanto tramitava a referida ação, veio a lume o novo Código de Ética Médica, por força da Resolução CFM nº 1.931/2009, que entrou em vigor em abril de 2010, onde o art. 41, parágrafo único define que:

[...] nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a

vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal (CFM, 2010).

Anote-se que a palavra ortotanásia não se faz presente no texto da Resolução em comento, mas seu princípio fundamental é a vontade do paciente e a nova prática médica concebe o paciente como parceiro do médico não como um ser inanimado que deve aceitar o que lhe é imposto. Logo, ao considerar que a Resolução nº 1.805/2006 não fere a Constituição da República de 1988, nem tampouco os Códigos Penal, Civil e de Proteção e Defesa do Consumidor, além de estar em conformidade com o Código de Ética Médica e com vários projetos de lei em discussão no Congresso Nacional que tratam da ilicitude da ortotanásia e dos cuidados com o paciente terminal, surgem alguns reparos pontuais, mas igual ou tão mais importantes para que seja realizada o princípio fundamental da preservação da dignidade, da autonomia e da liberdade da pessoa humana.

Em consequência dessa nova posição acerca do comportamento médico, novos enfoques podem e devem ser discutidos no plano jurídico, no plano das ciências médicas e no plano psíquico-social do paciente e da sua família. Há necessidade de se tutelar juridicamente a ortotanásia, com protocolos elaborados a fim de garantir não só a vontade do doente terminal, mas também preservando o profissional médico e as instituições de saúde de qualquer responsabilidade civil e penal (LIMA, 2010).

É nesse cenário que ganha relevância a Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, que se funda em dois princípios de suma importância ao presente estudo, quais sejam: a autonomia do paciente e a existência de novos recursos tecnológicos que permitem a adoção de medidas desproporcionais, que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal sem, contudo, trazer-lhe benefícios, e que podem ser rejeitadas pelo paciente.

Desta feita, é lícito ao paciente manifestar sua vontade, antecipadamente, acerca de cuidados e tratamentos médicos que quer ou não se submeter na hipótese de estar incapacidade de expressar livremente sua vontade (CFM, 2012). Significa dizer, portanto, que estando o paciente incapacitado de manifestar sua vontade, deverá o médico levar em consideração suas diretivas antecipadas.

Acrescenta a Resolução em comento que na hipótese de ter o paciente designado um representante legal para tal fim, deverá este levar tais informações ao

médico que poderá, contudo, deixar de considerar as diretivas antecipadas se estas estiverem em desacordo com os preceitos éticos, muito embora não possa prevalecer sobre os desejos de terceiros, não médicos, a exemplo dos familiares.

Também prevê a Resolução nº 1.995/2012 que não sendo conhecidas as diretivas antecipadas do paciente, inexistindo representante legal ou estes não se manifestando, ou ainda na falta de consenso entre os familiares, deverá o médico recorrer ao Comitê de Bioética da instituição ou à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão (CFM, 2012).

Percebe-se que o Conselho Federal de Medicina vem buscando meios de assegurar a autonomia do paciente, em especial no que se refere a não submissão a tratamentos médicos que sabidamente só prolongaram a vida do paciente, notadamente aqueles em estado terminal, proporcionando meios para a morte digna, sem, contudo, ignorar as questões éticas.

Contudo, Lima (2010) chama a atenção para o fato de que nos países que tutelam o direito à ortotanásia e em que o modelo contratual do relacionamento médico-paciente é predominante, cresce a importância do consentimento informado e do testamento vital como manifestação da vontade do doente e que será escutado pelo médico. A ausência destes documentos pode ser substituída por informações das pessoas próximas, mas a insegurança jurídica é muito grande, sendo do maior interesse que existisse uma forma legal para garantia de todos.

A vontade livre do paciente, a autonomia e liberdade, obriga o médico a prestar todas as informações sobre suas condições clínicas, sobre os procedimentos terapêuticos, seu sucesso, risco, sequelas, complicações, desconfortos, em nível de compreensão do mesmo ou de seu representante legal, para que consinta na conduta médica, seja para diagnosticar, seja para a terapia indicada, seja para experimentação – denominado de consentimento informado (LIMA, 2010).

Anote-se que o Código de Ética Médica adota o consentimento informado, como será tratado neste trabalho, no seu art. 22, obrigando o médico a obter esse consentimento do paciente ou de seu representante legal, assim como a Resolução nº 1.995/2012 tratada no item anterior, que buscam assegurar a autonomia da vontade.

Considera-se que o consentimento informado representa o princípio da autonomia do paciente, possuindo “status jurídico porque ora é elevado à condição

de norma, ora é norma jurídica lato sensu, ora é encontrado na Teoria Geral dos Contratos em decisões jurisprudenciais e outras situações jurídicas” (FABBRO, 1998, p. 03).

É nesse cenário que ganha destaque o testamento vital, que segundo Lima (2010) é capaz de sanar a problemática do prolongamento da vida em afronta à dignidade da pessoa humana e a autonomia do paciente.

O testamento vital, documento sem regulamentação no Brasil, mas que no amplo e complexo campo de debate sobre dignidade da vida humana na morte, precisaria, igualmente, ser pensado em conjunto, tem como fundamento o direito à intimidade e à “capacidade para pensar, sentir e emitir juízos sobre o que considera bom” (LIMA, 2010, p. 62).

Também denominado “Documento de Vontades Antecipadas”, “Testamento Biológico”, “Testamento em vida”, “living will”, “testament de vie”, onde a pessoa em sua consciência voluntariamente determina, de forma escrita, sua vontade quais tratamentos médicos são desejados e quais não devem ser tentados no caso de enfermidade terminal e irreversível momento em que se encontra, na maioria das vezes, impossibilitado de manifestar sua vontade (BORGES, 2005).

Em países que aceitam o testamento vital, o mesmo deve ser assinado por pessoa maior e capaz perante duas testemunhas independentes e com validade após 14 dias de assinado, podendo ser revogado a qualquer tempo e válido por apenas cinco anos; há a exigência de estado terminal ser atestado por dois médicos (BORGES, 2005).

Como no Brasil o testamento vital não tem regulamentação, mas o Conselho Federal de Medicina no Código de Ética de 2010, no artigo 41, parágrafo único, trata da “vontade expressa do paciente” ou de “representante legal” em caso de doença incurável e/ou terminal (LIMA, 2010). Seria um documento registrado em cartório onde o paciente deixaria registrada a vontade sobre a saúde e quais os tratamentos e procedimentos médicos autorizados ou não.

Outro documento está sendo analisado pelo Conselho Federal de Medicina, o chamado ONR – Ordem de Não Reanimar, em que os pacientes incuráveis e em estado terminal não devem ser reanimados em caso de parada cardiorrespiratória; nos Estados Unidos a mesma orientação denomina-se DNR – *Do Not Resuscitate*. Esse documento deverá ser anexado ao prontuário médico.

Lima (2010) propõe um modelo de documento – Diretrizes Antecipadas Relativas a Tratamentos de Saúde e Outorga de Procuração-, no qual a pessoa deixa sua posição sobre tratamentos médicos, especificando quais delas aceita e quais recusa, independente das consequências da sua atitude e da vontade dos seus familiares.

Na verdade, embora não tenha o Conselho Federal de Medicina tratado do tema sob a rubrica de testamento vital, a Resolução nº 1.995/2012, ao tratar das diretivas antecipadas de vontade do paciente, sem prever formalidades para tal ato, trouxe para o ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de o paciente, de forma expressa, fazer constar em um documento quais tratamentos que ou não se submeter, desde que esteja lúcido e capaz de manifestar sua vontade.

Resta evidente, portanto, que a Resolução nº 1.995/2012 veio suprir uma lacuna no tocante ao estabelecimento de critérios sobre o uso de tratamentos considerados invasivos ou dolorosos em casos de doença terminal, que nada mais é que permitir ao paciente registrar seu desejo e assim nortear os procedimentos médicos, a quem cabe analisar a pertinência.

4.3 Projetos de lei e a proposta de mudança na legislação penal

Embora no Brasil o debate em torno da legalização da eutanásia seja incipiente, quando comparado a outros países, tais como a Holanda, que despenalizou a prática no ano de 1993, tendo-a legalizado em 2001, ou a Colômbia, que autorizou a eutanásia passiva em 1997, este é um assunto que ganha cada dia mais força, não apenas nos meios acadêmicos, com o crescimento da Bioética, mas na própria sociedade (DINIZ, 2007).

Embora se caminhe para a despenalização da eutanásia passiva, de forma expressa, e visando pôr fim à discussão doutrinária acerca da conduta do profissional médico que aceita interromper tratamento médico para obstar o prolongamento inútil do processo de morte, fato é que se encontra em tramitação, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº. 5.058/2005, de autoria do Deputado Osmânio Pereira, apresentado no ano de 2005, visando regulamentar o art. 226, § 7º da Constituição da República, dispondo sobre a inviolabilidade do direito à vida, definindo como eutanásia e a interrupção voluntária da gravidez como crimes hediondos (BRASIL, 2005).

O Deputado supracitado, ao justificar a inclusão da eutanásia e do aborto como crimes hediondos, assevera que os direitos individuais fundamentais do homem são invioláveis, sem qualquer distinção, por força da Constituição Federal, sendo inadmissível que o legislador ordinário o faça, por meio de lei especial (BRASIL, 2005).

Desta feita, seria inadmissível que se permitisse mitigar esta inviolabilidade, independente do estágio da vida em que se encontre, pois é o direito à vida o mais supremo bem do ser humano, sem o qual os demais direitos sequer seriam cogitados.

E em se tratando de sujeitos de direito indefesos, a proteção estatal deve ser ainda mais efetiva, não podendo permitir práticas como a interrupção de tratamento ou antecipação do parto, ainda que sob o argumento terapêutico.

Acrescenta o Deputado Osmânio Pereira que ao se tratar de pessoas vítimas de alguma doença ou debilidade física e/ou mental, deve ser observada a fragilidade psicológica, fragilidade esta capaz de viciar qualquer manifestação de vontade, pois este tende a ser motivado pelo sofrimento e pela vulnerabilidade (BRASIL, 2005).

Por esses argumentos é que o projeto em comento prever a inserção do parágrafo unido ao art. 122 do Código Penal, a punição da eutanásia como crime, de forma expressa, além de ser revestido de natureza hedionda, ou seja, o projeto não apenas tipifica a conduta como a considera demasiadamente grave.

Em contrapartida, tramitou no Senado Federal o Projeto de Lei nº. 125/1996, de autoria do Senador Gilvam Borges, que previa a legalização da morte sem dor, pois possibilitava que pessoas com sofrimento físico ou psíquico pudessem solicitar que fossem realizados procedimentos visando a sua própria morte (BRASIL, 1996).

Para que fosse autorizado o procedimento, o projeto de lei condicionava a autorização a parecer de uma junta médica composta por 5 membros, sendo dois especialistas no problema do solicitado (BRASIL, 1996).

Em se tratando de paciente incapaz ou impossibilitado de expressar a sua vontade, o projeto determinava que o interessado, amigo ou familiar, solicitasse ao Poder Judiciário tal autorização (BRASIL, 1996).

Acontece que o projeto de lei em comento apresentava várias falhas, principalmente quanto ao estabelecimento dos prazos para que o paciente refletisse sobre a sua decisão, sobre quem será o médico responsável pela realização do

procedimento, dentre outros itens, além de ensejar críticas por referir-se à eutanásia passiva (BRASIL, 1996).

Anote-se que o Projeto de Lei nº. 125/1996 foi arquivado, ao final da legislatura, no ano de 1999 (BRASIL, 1996).

Além dos dois projetos acima mencionados, em sentidos diametralmente opostos, encontra-se também em tramitação o Anteprojeto de Lei, de autoria do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, que altera os dispositivos do Código Penal, legislando especificamente sobre a eutanásia (BRASIL, 2012).

Desta feita, pretende-se alterar a redação do art. 121 do Código Penal, introduzindo o § 3º, que assegura ao autor do crime que agiu por compaixão, pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe o sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave, pena de reclusão de 03 a 06 anos (BRASIL, 2012).

O § 4º, por sua vez, trata de causa de exclusão de ilicitude, pois expressamente dispõe que não constitui crime o ato de deixar de manter a vida de alguém, por meio artificial, se previamente atestada por 02 médicos, à morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão (BRASIL, 2012).

Depreende-se, da análise das alterações propostas, que o Anteprojeto trata tanto da eutanásia passiva, quanto da eutanásia ativa, pois dedica o § 3º ao crime piedoso, onde embora haja previsão de pena, esta é menor, pois se leva em consideração a solicitação do doente e a compaixão do profissional médico (BRASIL, 2012).

O § 4º, por sua vez, refere-se à ortotanásia, ou seja, da eutanásia passiva, pois o legislador exclui a ilicitude da conduta, não havendo o que se falar em crime, o que caracteriza uma proposta de verdadeira despenalização da ortotanásia (BRASIL, 2012).

Marcão (2012) assevera que o Anteprojeto do Código Penal, encarregada de introduzir as mudanças na Parte Especial do Código Penal vigente, tipificará a eutanásia como crime comissivo, e ressalva a importância de se reconhecer que não há, por parte do legislador, qualquer interesse em despenalizar a eutanásia ativa, o que se dá tão-somente quanto a ortotanásia.

Resta claro, portanto, que o legislador pátrio já reconheceu a necessidade de se adequar as normas vigentes à evolução médico-científica.

4.4 Eutanásia e o direito à uma morte digna: a prevalência da autonomia da vontade

A Constituição da República consagra o direito à vida dentre os direitos fundamentais. Porém, se o direito à vida recebeu do constituinte tamanha importância, não se pode negar que a dignidade da pessoa humana também, motivo pelo qual há de se pensar no direito à vida com qualidade.

Ainda, ao se analisar o direito de viver, indubitavelmente surge a problemática de se compreender também a possibilidade de o indivíduo, por força do princípio da autonomia privada, decidir acerca da sua morte, principalmente a morte digna.

De acordo com Dadalto (2015), a análise da autonomia privada ou da determinação não é questão simples, até mesmo porque tal conceito sofreu grandes modificações ao longo dos tempos, embora represente o poder do indivíduo de estabelecer por si, e não por imposição externa. Logo, a autonomia está relacionada ao próprio indivíduo.

Ainda segundo a autora, o princípio da autonomia da vontade, ganhou importância nos momentos históricos em que o Estado deveria interferir o mínimo possível na esfera individual, o que sucumbiu um pouco após a Primeira Guerra Mundial, quando se passou a discutir a necessidade de maior intervenção estatal até mesmo para se resguardar a segurança (DADALTO, 2015).

Foi nesse contexto que a autonomia da vontade cedeu espaço à autonomia privada, pois enquanto aquela “está ligada a uma vontade psicológica dos indivíduos”, a autonomia privada “está ligada com a manifestação de vontade objetiva, como fonte dos efeitos jurídicos” (DADALTO, 2015, p. 09).

Não destoia desse entendimento as lições de Barroso e Martel (2012, p. 17), que bem ressaltam:

[...] no plano dos direitos individuais, ela se expressa na *autonomia privada*, que decorre da liberdade e da igualdade das pessoas. Integra o conteúdo da dignidade a autodeterminação individual e o direito ao igual respeito e consideração. As pessoas têm o direito de eleger seus projetos existenciais e de não sofrer discriminações em razão de sua identidade e de suas escolhas. No plano dos direitos políticos, ela se traduz em *autonomia pública*, no direito de participação no processo democrático. Entendida a democracia como uma parceria de todos em um projeto de autogoverno, cada pessoa tem o direito de participar politicamente e de influenciar o processo de tomada de decisões, não apenas do ponto de vista eleitoral, mas também através do debate público e da organização social. Por fim, a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, que correspondem ao mínimo existencial.

Factualmente, a autonomia privada tem relação com a liberdade, também consagrada na atual ordem constitucional no rol dos direitos fundamentais. Porém, nenhum direito fundamental é absoluto, como já dito; e nem mesmo a autonomia privada é absoluta, pois há situações em que esta pode sucumbir.

Não obstante, Dadalto (2015) ressalta que somente é possível compreender a importância da autonomia privada na atualidade se esta for analisada em conjunto com o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988.

Mais adiante a autora pontua que o princípio da autonomia privada, no ordenamento jurídico brasileiro, consiste no “poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica” (DADALTO, 2015, p. 20), resguardando não apenas as situações jurídicas relativas ao patrimônio, mas também as relações existenciais.

É exatamente nesse ponto que a autonomia privada interessa ao presente estudo, pois em se tratando de pacientes em situação terminal surge um embate, pois de um lado se tem o direito à vida; e, de outro, a autonomia privada. Logo, reconhecer que a autonomia dos pacientes deve ser preservada é de suma importância, pois é forma de assegurar a sua dignidade enquanto pessoa humana.

Cumprе ressaltar, ainda, que quando um paciente se encontra diante de um diagnóstico de doença terminal, claramente está diante de um triste cenário, pois a impossibilidade de cura é clara, e a iminência da morte também. Por nisso retirar a autonomia privada do paciente, impondo-lhe tratamentos que em nada contribuem para a sua vida com dignidade, é, não raras vezes, impor ainda mais sofrimento.

Como salienta Dadalto (2015), a terminalidade da vida é associada a situações de incapacidade, pois embora o doente terminal seja, antes de mais nada, uma pessoa, a doença lhe retira a esperança. Por isso é de suma importância, no embate que se trava entre o direito à vida, em casos de doenças terminais, e a autonomia privada, considerar que mesmo na iminência da morte o paciente ainda se encontra vivo, e é um indivíduo com desejos. Em meio a esse cenário, a autodeterminação ganha relevância.

Contudo, a autora observa que se faz necessário diferenciar, para se levar em consideração a autonomia privada, duas situações de terminalidade, quais sejam, a do paciente que se encontra consciente, e a do paciente terminal inconsciente, pois

aquele assume, perante o médico, posição de autonomia, ao passo que o segundo tem a sua autonomia reduzida, devendo os médicos se valerem dos desejos anteriormente expressados, seja por meio do testamento vital, ou qualquer outro documento congênere, no qual conste expressamente a vontade do paciente; e, respaldado no princípio da beneficência, direcionar o agir, de modo a não causar mal, “maximizando os benefícios e minimizando os riscos possíveis e sua relação” (DADALTO, 2015, p. 30-31).

Porém, em qualquer das situações - paciente consciente ou inconsciente, deve o profissional da medicina estar atento ao fato de que o paciente ainda está vivo, e seus desejos devem ser seguidos, sua dignidade e autonomia preservadas. Portanto, averiguar a morte com intervenção, no caso da eutanásia, por exemplo, clama o reconhecimento de que a autonomia da vontade e a dignidade devem prevalecer, como enfatizam Barroso e Martel (2012, p. 39):

[...] No contexto da morte com intervenção, deve prevalecer a ideia de dignidade como autonomia. Além do fundamento constitucional, que dá mais valor à liberdade individual do que às metas coletivas, ela se apoia, também, em um fundamento filosófico mais elevado: o reconhecimento do indivíduo como um ser moral, capaz de fazer escolhas e assumir responsabilidades por elas.

A prevalência da noção de dignidade como autonomia admite, como escolhas possíveis, em tese, por parte do paciente, a ortotanásia, a eutanásia e o suicídio assistido. Todavia, onde a ortotanásia é disciplinada adequadamente, do ponto de vista médico e jurídico, a eutanásia e o suicídio assistido perdem muito de sua expressão, ficando confinados a situações excepcionais e raras.

Desta feita, quando o Estado impõe a determinada pessoa o direito à vida, viola o princípio da autonomia privada ou da autodeterminação, afrontando o direito de escolha daquele que se vê em um processo de morte. Portanto, não há que se falar em direito à vida se esta não é digna, se a dor física e/ou psíquica impera, se ao indivíduo é imposto o dever de continuar vivendo, sendo mister pensar na morte digna como direito fundamental, objeto do próximo tópico.

5 CONCLUSÃO

Buscou-se compreender, ao longo do presente estudo, a problemática da morte com dignidade, principalmente quando se instaura doença terminal e deve o profissional da medicina se posicionar diante do não prolongamento da vida, buscando auxiliar no processo de morte sem afronta à dignidade do paciente.

Constatou-se que a Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, fala do direito à vida, à liberdade, à segurança, dentre outros, sem, contudo, impor ao paciente o dever de viver, principalmente quando o processo de morte se apresenta certo.

Assim, havendo todo um suporte jurídico da inviolabilidade do paciente em escolher, com plena integridade mental, se deve se submeter ou não a tratamentos e procedimentos médicos, a impedir qualquer intervenção ilícita no seu corpo, cabe ao médico respeitar a pessoa sob seus cuidados, esclarecendo-a nos diagnósticos, prognósticos e tratamentos, desde que tal atitude não prejudique a terceiros.

Ademais, morrer com dignidade não significa morte provocada, que é a eutanásia (ativa e passiva, distanásia e mistanásia), que no sistema jurídico penal brasileiro é considerado crime. Significa dizer, em outras palavras, que mesmo que tenha sido a morte pedida pelo paciente, ou a mesma tenha ocorrido motivada pela compaixão, a conduta do médico inserir-se no art. 121 do Código Penal, que tipifica o crime de homicídio, apesar da ressalva do motivo piedoso, que poderá reduzir a pena pela configuração do homicídio privilegiado.

Mister destacar, ainda, que há diferença tênue com ortotanásia, morte no tempo certo sem recorrência a medidas terapêuticas que não podem reverter o quadro terminal e mantendo-se os cuidados paliativos para com o paciente, está a exigir segurança jurídica através de uma legislação específica.

Fato é que os debates e discussões sobre o direito à morte digna, em especial quando se trata de pacientes terminais, trazem à tona o quanto é falho, incompleto e omissivo o arcabouço jurídico brasileiro a esse respeito. Respeitar a vontade individual no encarar o processo de morte é reconhecer a autonomia da pessoa humana, a sua liberdade de escolha. Os pacientes terminais devem poder decidir sobre a hora, as condições e o local de sua morte dentro de uma legislação clara e objetiva sobre o assunto.

A vontade do doente terminal e/ou de seus familiares deverá ser respeitada, e a relação médico-família-paciente é imprescindível em todas as etapas decisórias. Quanto à enfermidade incurável, ela viola o princípio fundamental da dignidade humana estampado no art. 1º da Constituição da República de 1988 e dos Pactos e Convenções ratificados pelo Brasil.

Resta claro, portanto, que a legislação deve enfatizar que o doente pode deixar diretrizes antecipadas expressas, por escrito, quando ainda era capaz; caso definitivamente inconsciente, quem possa decidir por ele, traduzindo sua vontade. É nesse cenário que a Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina ganha relevância, pois traça diretrizes para as diretivas antecipadas do paciente, que deverão ser observadas pelo médico, permitindo que aquele recuse tratamentos, e assim resguarde a sua dignidade.

Por fim, é importante ressaltar que apesar da referida Resolução, não se pode deixar de ressaltar que várias questões ainda precisam ser discutidas, pois é uma necessidade atual que se resolvam os problemas jurídicos envolvidos no debate da dignidade da pessoa humana na hora de sua finitude, dentro de um consenso racional, respeitando os direitos fundamentais consolidados na Constituição da República, em especial a autonomia da vontade.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Mauricio. **A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed., 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. **O direito de morrer: o caso Eluana Englaro**. Jus Navigandi, 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12557/o-direito-de-morrer-o-caso-eluana-englaro>. Acesso em: 20 ago. 2022.

AZEVEDO, Reinaldo. **Não Matarás**. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/nao-mataras/>. Acesso em: 13 ago. 2022.

BARROSO; Luiz Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. Bioética e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2012.

BATISTA, Américo Donizete. **A eutanásia, o direito à vida e sua tutela penal**. Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-dez-21/eutanasia-direito-vida-tutela-penal-luz-constituicao>. Acesso em: 20 ago. 2022.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. **A ortotanásia e o direito de morrer com dignidade: uma análise constitucional**. Revista Síntese Direito de Família, São Paulo, ano 13, n. 68, p. 73-92, out./nov. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORGES, Roxana C. B. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro**. Jus Navigandi, 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7571/eutanasia-ortotanasia-e-distanasia#ixzz3XfY84Sft>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%E7ao_Compilado.htm. Acesso em: 14 ago. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 125, de 1996**: Autoriza a prática a morte sem dor nos casos em que especifica e dá outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/27928>. Acesso em: 14 ago. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.058, de 2005**: Regulamenta o art. 226, § 7º, da Constituição Federal, dispondo sobre a inviolabilidade do direito à vida, definindo a

eutanásia e a interrupção voluntária da gravidez como crimes hediondos, em qualquer caso. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C73006E5E14CFC191F12BFEDA599FE9F.node1?codteor=304816&filename=Avulso+-PL+5058/2005. Acesso em: 14 ago. 2022.

BULOS, Uadi Lamego. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

COLLUCCI, Claudia. **Juiz obriga médicos a tentar prolongar vida de doentes terminais**. Folha de São Paulo, São Paulo, Fasc. C 1, p. 1, 27 nov. 2007.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **A ortotanásia na justiça brasileira**. Revista Bioéthikos: Centro Universitário São Camilo, v. 4, n. 4, 2010. p. 476- 486. Disponível em: http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/80/Bioethikos_476-486_.pdf. Acesso em: 14 ago. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.995/2012** (Publicada no D.O.U. de 31 de agosto de 2012, Seção I, p. 269-70): Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: http://www.ufrgs.br/bioetica/1995_2012.pdf. Acesso em: 28 ago. 2022.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ECHR. Euthanasia and assisted suicide (Spanish) – **Fichas temáticas: Situaciones de fin de vida y Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Case Law Factsheets, 04 nov. 2015. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{%22fulltext%22:\[%22eutana%C3%A1sia%22\],\[%22subcategory%22:\[%22case-law%22}](https://www.echr.coe.int/sites/search_eng/pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22eutana%C3%A1sia%22],[%22subcategory%22:[%22case-law%22}). Acesso em: 14 ago. 2022.

FABBRO, Leonardo. **Limitações Jurídicas à autonomia do paciente**. Revista Bioética, Brasília, v. 7, n. 1, nov. 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revistabioetica/article/view;286/425>. Acesso em: 15 ago. 2022.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

LEPARGNEUR, Hubert. **Bioética da Eutanásia: argumentos éticos em torno da Eutanásia**. Revista Bioética, v. 7, nº 01, ano 1999. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br./index.php/revista_bioetica/view/292. Acesso em: 30 ago. 2022.

LIMA, Paloma Mello de Souza. **Aspectos éticos e legais da aplicabilidade da ortotanásia**. Jus Societas, v. 3, n. 4, 2015. Disponível em: <http://revista.ulbrajp.edu.br/ojs/index.php/jussocietas/article/view/713/415>. Acesso em: 20 ago. 2022.

MARCÃO, Renato. **Homicídio eutanásico: eutanásia e ortotanásia no anteprojeto de Código Penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2012. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2962>. Acesso em: 14 ago. 2022.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **A ortotanásia e o direito penal brasileiro**. IBCCRIM, 2011. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/artigos_imprime.php?jur_is=10507. Acesso em: 17 ago. 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

OLIVEIRA, Ricardo. **Eutanásia**. Nota Positiva, jul. 2007. Disponível em: http://www.notapositiva.com/trab_estudantes/trab_estudantes/filosofia/filosofia_trabalhos/eutanasia2.htm. Acesso em: 14 ago. 2022.

PAIVA, Fabianne C. L. de; ALMEIDA JÚNIOR, José J. de; DAMÁSIO, Anne C. **Ética em cuidados paliativos: concepções sobre o fim da vida**. Revista Bioética. CFM. Brasília/DF, v. 22, nº 3, p. 550-560, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 15. ed. São Paulo: Método, 2017.

PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Tradução Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70054988266**, Relator Desembargador Irineu Mariani, julg. 20/11/2013.

Disponível em: http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs?ref=topic_feed. Acesso em: 20 ago. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA, Cimon Hendrigo Burmann de. **Eutanásia, distanásia e suicídio assistido**. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). Biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SPITZCOVSKY, Celso; TURA, Marco A. R. **As reivindicações populares e a Constituição**. São Paulo: Polis, 1993.

WÜSTHOF, Roberto. **A terrível escolha**. Revista Veja, v. 38, nº 11, p. 110-111, 16 mar. 2005.