

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO CURITIBA**

CELISE DA SILVA BELTRÃO

**DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TERMINALIDADE DA VIDA NO DIREITO
BRASILEIRO**

CURITIBA

2018

CELISE DA SILVA BELTRÃO

**DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TERMINALIDADE DA VIDA NO DIREITO
BRASILEIRO**

**Monografia apresentada como requisito parcial
para à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

**Orientadora: Msc. Maria da Glória Lins da Silva
Colucci.**

**CURITIBA
2018**

CELISE DA SILVA BELTRÃO

**TERMINALIDADE DA VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO
BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau em Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientadora: Msc. Maria da Glória Lins da Silva Colucci.

Curitiba, de de 2018.

DEDICATÓRIA

Ao meu querido e eternamente amado pai, JOÃO.

Você foi e sempre será minha referência.

À minha doce e companheira mãe, APARECIDA.

E ao meu grande amor, VINÍCIUS.

AGRADECIMENTOS

Com a conclusão deste trabalho, uma importante etapa da minha vida chega ao fim, e não poderia deixar de agradecer a certas pessoas que foram essenciais.

Agradeço a Deus, por ter me dado forças nos momentos em que eu já não tinha mais, por ter colocado anjos na minha caminhada para me ajudar a superar os momentos difíceis, e por ter me dado a dádiva da vida.

Ao meu querido Pai, que infelizmente acompanhou apenas o início dessa jornada, mas que nos momentos que pôde, se fez presente e acalmou meu coração em momentos de estresse e cansaço.

À minha indescritível Mãe, que me apoiou em todos os momentos, seja com uma palavra doce, ou com um colo oferecido: nós sabemos a imensidão do nosso amor, e registro aqui minha imensa gratidão por ser sua filha.

Ao meu amor, agradeço por todas as noites de estudo comigo, os chocolates, o companheirismo e a paciência que teve nesta jornada, que coincidiu com os piores dias da minha vida: irei recompensá-lo, com todo o amor que eu puder lhe dar.

Professora Maria da Glória, que aceitou ser minha orientadora e me acompanhou, no momento mais difícil da minha vida, tendo sempre gentileza em suas palavras. A ela, também serei eternamente grata.

RESUMO

A presente monografia desenvolve um estudo acerca da importância do princípio da dignidade da pessoa humana, e a necessidade de sua priorização em situações de terminalidade, abarcando o histórico de proteção assegurado nas Constituições Brasileiras. Para um melhor esclarecimento sobre o tema, o texto traz os conceitos de morte, eutanásia, ortotanásia, distanásia, mistanásia e cuidados paliativos, com ênfase para eutanásia. Discorre acerca da inviolabilidade da vida no Direito Brasileiro, e da proteção jurídica a ela atribuída em casos de terminalidade, a partir da análise da Legislação Penal e da legislação específica sobre o assunto, do Conselho Federal de Medicina. O estudo se desenvolve de forma interdisciplinar, visando demonstrar a importância social, jurídica e religiosa do tema. Em que pese o ensaio seja majoritariamente sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, aborda a análise de legislações estrangeiras e casos reais.

Palavras-chave: Direito à vida. Direito à morte. Dignidade da pessoa humana. Terminalidade.

LISTA DE SIGLAS

CFM	- Conselho Federal de Medicina
CP	- Código Penal
EC	- Emenda Constitucional
EUA	- Estados Unidos da América
RE	- Recurso Especial
STF	- Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
1 INTRODUÇÃO.....	9
2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL....	11
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	11
2.1.1 Evolução Dos Direitos Fundamentais.....	11
2.1.1.1 Surgimento dos direitos civis e políticos.....	12
2.1.1.2 Igualdade como fundamento dos direitos.....	13
2.1.1.3 Terceira dimensão e solidariedade.....	13
2.1.1.4 Direitos fundamentais de quarta e quinta dimensão.....	14
2.1.2 A Evolução da Proteção nas Constituições Brasileiras.....	15
2.1.3 Documentos Internacionais.....	19
2.1.4 Direito Positivo Brasileiro.....	21
2.2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO.....	21
2.2.1 Conceito de Princípio.....	21
2.2.1.1 Espécies normativas: regras e princípios.....	24
2.2.2 Conceito de Dignidade.....	24
3 TERMINALIDADE DA VIDA NO DIREITO BRASILEIRO.....	29
3.1 A MORTE E SEUS DILEMAS	29
3.2 TERMINALIDADE DA VIDA.....	33
3.2.1 Conceito de Morte e sua Evolução.....	33
3.2.2 Pacientes Terminais.....	35
3.3 INVIOABILIDADE DA VIDA.....	36
3.3.1 Eutanásia.....	36
3.3.1.1 A Eutanásia pelo viés religioso.....	38
3.3.1.1.1 Budismo.....	39
3.3.1.1.2 Cristianismo.....	41
3.3.1.1.3 Judaísmo.....	43
3.3.1.1.4 Islamismo.....	44
3.3.2. Ortotanásia.....	45
3.3.2.1 <i>Hospices care</i>	46

3.3.3 Distanásia.....	47
3.3.4 Mistanásia.....	49
3.3.5 Proteção Jurídica da Vida em Situações de Terminalidade.....	50
3.4 DIREITO COMPARADO.....	52
3.4.1 Estados Unidos.....	53
3.4.2 Espanha.....	54
3.4.3 Holanda.....	55
3.4.4 Dinamarca.....	56
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
REFERÊNCIAS/BIBLIOGRAFIA.....	61

1 INTRODUÇÃO

Falar sobre a morte é sempre um assunto que causa incômodo às pessoas, pelo simples fato de não existir uma resposta única e certa sobre o que realmente é a morte, pois embora diversas áreas apresentem respostas à esta indagação, todas divergem entre si, ao menos em detalhes. Fato é que a sociedade não nasce pronta para lidar com a morte, ainda que seja algo inevitável para todos.

O respeito à dignidade da pessoa humana deve ser priorizado também nos momentos finais de sua vida, pois a ausência de consagração em lei de proteção à uma morte digna, não é óbice ao respeito à mesma.

Com os avanços da Ciência e da Medicina, cada vez mais se verifica o anseio pelo prolongamento da vida, mesmo que artificial, priorizando o caráter quantitativo, ao qualitativo. Porém, simultaneamente, verifica-se um elevado número de casos de pacientes terminais, que muitas vezes já não têm condições de exprimir suas vontades, ou de exercerem sua autonomia plenamente.

Surgem, assim, questionamentos iniciais a serem respondidos: Em que consiste a dignidade da pessoa humana à luz da Constituição Brasileira? Quais os aspectos que a terminalidade da vida comportam no Direito Brasileiro? Ou, ainda, como o Código de Ética Médica e o Direito Penal se posicionam e regulamentam as questões relacionadas?

O que acontece é que muitas vezes, ao evitar falar sobre o assunto, surgem decisões que precisam ser tomadas em casos de terminalidade, e, tanto a família, quanto os médicos, se vêem de mãos atadas sobre como prosseguir com o caso: Deve ser realizada a Eutanásia, encerrando a vida do paciente de forma antecipada, visando a cessação de seu sofrimento? Ou deve-se proceder à Ortotanásia, com emprego de tratamentos paliativos em um *Hospice care*? Ou, ainda, deve-se proceder à Distanásia, com o emprego de tratamentos visivelmente protelatórios e inúteis, visando unicamente não deixar o paciente ir a óbito (com base na definição de morte dada pela Ciência)?

Em meio à essa temática, a Monografia analisará as questões relacionadas à terminalidade da vida e à dignidade da pessoa humana, tópicos de tamanha relevância jurídica e social.

Primeiramente, o texto abordará o caminho que a dignidade da pessoa humana percorreu até se tornar princípio constitucional consagrado na Constituição Federal vigente.

Em seguida, o conceito de morte, de terminalidade e seus desdobramentos (Eutanásia e a visão pelas principais religiões do mundo [budismo, cristianismo, judaísmo e islamismo], Distanásia, Ortotanásia e *Hospice Cares*, e Mistanásia), e fará uma breve exposição acerca da proteção conferida à vida pelo ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque para casos de terminalidade.

Por fim, visando um estudo mais global do assunto, será discorrido acerca do tratamento jurídico conferido por outros países, dentre os quais: Estados Unidos, Espanha, Holanda e Dinamarca, bem como, casos reais envolvendo situações de terminalidade.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

O ordenamento jurídico brasileiro vigente rege-se a partir da dignidade da pessoa humana e os direitos a ela atrelados. Contudo, o conceito de dignidade possui caráter abstrato, e só é plausível de verificação a partir do contexto social, razão pela qual evidencia-se a necessidade em discorrer acerca de sua evolução até os dias de hoje, quando se constituiu como pilar nas relações de todos os campos jurídicos.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O direito à dignidade da pessoa humana, bem como, o direito à vida, nem sempre tiveram posição privilegiada nas Constituições brasileiras, não havendo, inclusive, a proteção expressa no texto de lei.

2.1.1 Evolução dos Direitos Fundamentais

A Constituição de 1988 inovou ao trazer o “Título II - Dos Direitos e Garantias Individuais”. Contudo, cabe destacar que os direitos fundamentais ali consagrados são fruto da evolução da sociedade.

A doutrina divide os direitos fundamentais em "gerações" ou “dimensões”. Atualmente, o termo mais aceito é “dimensões”, pelo entendimento que se passou a ter de que os direitos são cumulativos, e não substitutivos.

Em um primeiro momento, Karel Vazak explicitou a Teoria das Gerações (1979), pela qual os direitos humanos fragmentam-se em três gerações, e cada uma delas é associada aos ideais da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade)¹.

¹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55.

Contudo, a doutrina aceita majoritariamente é o entendimento adotado por Norberto Bobbio, acerca da consolidação dos direitos do homem. O autor afirma que, em um primeiro momento verificou-se a transição entre as liberdades negativas, para direitos subordinados à intervenção estatal de forma direta.

Em seguida, passou-se a considerar a universalidade do ser humano, e não mais ele como indivíduo singular. Finalmente, em um terceiro momento, passaram a ser consideradas as especificidades dos homens, ensejando tratamentos e proteções diferenciadas².

Cabe destacar que, atualmente, alguns doutrinadores apontam a existência de direitos de quarta e quinta dimensão, os quais serão explicitados a seguir.

2.1.1.1 Surgimento dos direitos civis e políticos

Os direitos de primeira dimensão são marcados pela mudança da forma de Estado, que passou de Autoritário para Estado de Direito:

A primeira geração engloba os chamados direitos de liberdade, que são direitos às prestações negativas, nas quais o Estado deve proteger a esfera de autonomia do indivíduo. São denominados também “direitos de defesa”, pois protegem o indivíduo contra intervenções indevidas do Estado, possuindo caráter de distribuição de competências (limitação) entre o Estado e o ser humano.³

São os direitos civis e políticos, que refletem as liberdades individuais, e referem-se às prestações negativas (protegem a sociedade da intervenção estatal). Com estes, o Estado passa a ter como dever a proteção da autonomia dos indivíduos, tanto no polo tradicional passivo (as prestações negativas anteriormente citadas), quanto no polo ativo (em vista da possibilidade de exigir do Estado uma postura ativa para assegurar, por exemplo, a segurança pública e a administração da justiça⁴.

² BOBBIO, Norberto, 1909. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 83-84.

³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55.

⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 56.

Determinados documentos históricos foram significativos para consolidação desta dimensão, podendo destacar como os mais expressivos: Magna Carta de 1215, Paz de Westfália (1648), *Habeas Corpus Act* (1679), *Bill of Rights* (1688), Declaração Americana (1776) e a Declaração Francesa (1789).

2.1.1.2 Igualdade como fundamento dos direitos

Os direitos de segunda dimensão, de cunho eminentemente socialista, refletem o ideal de igualdade. Foram inspirados pela Revolução Industrial europeia, que levou a fixação dos direitos sociais e coletivos no início do século XX.

Referem-se às prestações positivas do Estado, que deve agir para garantir a subsistência mínima de toda a sociedade. Destacam-se aqui o direito à saúde, educação e previdência social.

Neste mesmo sentido, Ramos assevera que “[...] são denominados direitos de igualdade por garantirem, justamente às camadas mais miseráveis da sociedade, a concretização das liberdades abstratas reconhecidas nas primeiras declarações de direito.”⁵.

Essa dimensão de direitos de liberdade também foram marcados por determinados documentos históricos, dentre os quais, destacam-se: Constituição do México (1917), Constituição de Weimar (1919), Tratado de Versalhes (1919) e a Constituição de 1934.

2.1.1.3 Terceira dimensão e solidariedade

Os direitos de terceira dimensão foram marcados pela mudança da sociedade e pelo surgimento de novas preocupações em face dos avanços científicos, refletindo o ideal de fraternidade.

⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 56.

Constituem-se como os direitos de solidariedade, que sobrevieram a partir do reconhecimento da finitude dos recursos disponíveis na Terra para o homem, das desigualdades econômicas e sociais, e da necessidade de proteção da espécie humana⁶.

São exemplos o direito ao meio ambiente, direito de autodeterminação e o direito ao progresso. Segundo Pedro Lenza, são direitos que ultrapassam a dimensão do indivíduo, pois estão relacionados a uma proteção universal do homem⁷.

Nota-se neste cenário, uma mudança de paradigma quanto à imagem do homem, que deixa de ser visto como um ser em si mesmo que deve ser protegido, e passa a importar como coletividade.

2.1.1.4 Direitos fundamentais de quarta e quinta dimensão

Alguns doutrinadores defendem a existência de direitos de quarta e quinta dimensão, destacando-se, neste esteio, Bobbio e Bonavides.

No tocante aos direitos de quarta dimensão, Norberto Bobbio entende que decorrem da necessária proteção que deve ser auferida ao patrimônio genético, frente aos avanços no campo da engenharia genética.

Em contraposto, Paulo Bonavides associa essa dimensão de direitos à globalização dos direitos fundamentais, em face da implementação do Estado social, invocando os direitos à democracia direta, à informação e ao pluralismo partidário⁸.

Quanto aos direitos de quinta dimensão, Bonavides atribui ao direito à paz uma dimensão autônoma, contrário a Karel Vazak, que classifica como um direito de terceira dimensão.

⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 56.

⁷ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1058.

⁸ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1058.

2.1.2 A Evolução da Proteção nas Constituições Brasileiras

Importante realizar um breve estudo acerca das constituições brasileiras, no que tange a proteção à dignidade da pessoa humana, bem como, ao contexto em que estavam inseridas, para uma melhor visualização sobre o avanço da proteção da mesma no ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira Constituição brasileira foi promulgada em 25 de março de 1824, logo após a declaração de independência do Brasil por Dom Pedro I. Importante destacar que esta foi a única na história das constituições a trazer como religião oficial o Catolicismo Apostólico Romano, em vista da forte influência da Igreja neste período.

O texto foi marcado por disposições sobre direitos e garantias individuais do homem (especificamente direitos civis e políticos), e embora não tenha trazido qualquer proteção expressa à dignidade, tutelou a liberdade de locomoção e vedou as hipóteses de prisão arbitrária⁹, como se verifica pela leitura dos incisos VI, VIII, e IX do artigo 179 da referida Constituição:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: [...] VI. Qualquer pode conservar-se, ou sair do Império, como lhe convenha, levando consigo os seus bens, guardados os Regulamentos policiais, e salvo o prejuízo de terceiro. VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações próximas aos lugares da residência do Juiz; e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável, que a Lei marcará, atenta a extensão do território, o Juiz por uma Nota, por ele assinada, fará constar ao Réu o motivo da prisão, os nomes do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as. [...] IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis meses de prisão, ou desterro para fora da Comarca, poderá o réu livrar-se solto.¹⁰

Posteriormente, com o enfraquecimento da Monarquia resultante da eclosão de diversos litígios, a exemplo, o Manifesto Republicano (1870) e tantos outros

⁹ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 112 - 117.

¹⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 04 de Setembro de 2017.

conflitos entre a Igreja Católica e a Monarquia (1874), deu-se a Proclamação da República (1889) por Marechal Deodoro da Fonseca, instalando o Governo Provisório.

Logo após a realização da Assembléia Constituinte (1890), nasce a primeira Constituição da República do Brasil, em 24 de fevereiro de 1891. Esta, variou trazendo a forma federativa, com a clássica separação tripartite dos poderes e a laicização do Estado, trazendo a proteção da dignidade da pessoa humana com a instituição expressa do *habeas corpus*¹¹.

Subsequentemente, com o fim da República Velha e a tomada de poder por Getúlio Vargas, ocorreu a promulgação da Constituição de 1934, fortemente influenciada pela Constituição de Weimar. Inovou ao trazer um capítulo intitulado “Dos Direitos e Das Garantias Individuais”, bem como, a ideia de dignidade de forma mais precisa, como verifica-se pela leitura do *caput* do artigo 115:

Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. ¹²

Com a eclosão da Intentona Comunista (1935), foi decretado estado de sítio no País, seguido de estado de guerra, e então o presidente Vargas realizou o golpe ditatorial e outorgou a Constituição de 1937, marcada por ideais fascistas¹³.

Na nova legislação foram abolidos os direitos até então conquistados pela constituições anteriores, sendo, inclusive, permitida a tortura como forma de controle da sociedade¹⁴, de modo que não há como falar minimamente em dignidade.

Com a deposição de Getúlio Vargas pelas Forças Armadas Brasileiras, instalou-se a Assembléia Constituinte (1946), e houve a promulgação da Constituição de 1946, em meio ao processo de redemocratização, resultando no restabelecimento

¹¹ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/especiais/constituicao25anos/historia-das-constituicoes.htm>>. Acesso em 29 de agosto de 2017.

¹² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 05 de setembro de 2017.

¹³ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/especiais/constituicao25anos/historia-das-constituicoes.htm>>. Acesso em 29 de agosto de 2017.

¹⁴ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 126 - 129.

da proteção dos direitos e garantias individuais, com a vedação da pena de morte (caráter relativo¹⁵).

Em que pese o avanço conquistado quanto à proteção de direitos e garantias, com o Golpe Militar (1964) foram baixados atos institucionais que restringiram inúmeros direitos conquistados no processo de redemocratização, e logo após a edição do AI-4/66¹⁶, foi outorgada a Constituição de 1967.

Pela primeira vez se viu a expressão “dignidade humana”, em vista de ter sido influenciada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), que dispunha já em seu artigo I: “*Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade*”.

Contudo, cabe salientar que esta se deu de forma conexas à ideia de trabalho¹⁷, como verifica-se pela leitura do Art. 157 do texto: “*Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana*”¹⁸.

Embora o texto de 1967 tenha trazido a expressão dignidade e tenha se preocupado com a segurança nacional, verifica-se que houve uma supressão exacerbada de direitos, influenciado pelo contexto ditatorial.

Foi somente com o advento da Constituição de 1988 que os direitos e garantias se tornaram cláusulas pétreas do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Pela primeira vez viu-se a consolidação dos princípios democráticos e dos direitos e garantias fundamentais¹⁹:

¹⁵ Embora houvesse a vedação da pena de morte pela Constituição, não se pode afirmar que era absoluta, em vista da possibilidade da pena em tempos de guerra com país estrangeiro. *Ibid.*, p. 132.

¹⁶ “[...] Para evitar maiores alardes, o governo editou o AI-4, em 12 de dezembro de 1966. Por meio deste, o governo convocou todo o Congresso Nacional em sessão extraordinária para votar, discutir e promulgar uma nova constituição em ritmo de trabalho acelerado. Sem dúvida, a urgência da ação seria fundamental para que tais leis fossem discutidas sem o devido cuidado.” SOUSA, Rainer Gonçalves. “**AI-4**”; Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/historiab/ai4.htm>>. Acesso em 06 de setembro de 2017.

¹⁷ Disponível em: <<http://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/31641/a-dignidade-humana-nas-constituicoes-brasileiras>>. Acesso em 29 de agosto de 2017.

¹⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 06 de setembro de 2017.

¹⁹ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 143.

Do ponto de vista dos ordenamentos internos, a dignidade humana aparecer hoje em diversos textos constitucionais - a Constituição alemã de Weimar já proclamava, no artigo 151, que “o ordenamento da vida econômica deve corresponder aos princípios da justiça com o objetivo de garantir a todos um existência digna”. No Brasil, a dignidade encontra-se no epicentro da ordem jurídica, pois o constituinte de 1988 elevou à categoria de princípio fundamental da República, pilar estrutural da organização do Estado, conforme previsto no artigo 1, inciso III, da CRFB/88. Esse princípio irradia-se para todas as outras seções da Constituição, a exemplo do artigo 170, *caput*.²⁰

Não obstante, resta evidente que a dignidade da pessoa humana, além de princípio constitucional, integrou um dos fundamentos da República Federativa do Brasil na Constituição de 1988, no *caput* do Art. 1º, e seu inciso III²¹:

Dessa declaração podemos exaurir o espírito da Constituição e começar a análise do seu texto no que respeita à bioética. O Preâmbulo, apesar de não conter dispositivos normativos, é, contudo, um importante elemento de hermenêutica constitucional, além, é claro, de fornecer um precioso testemunho da filosofia que embasou a elaboração da Carta Constitucional e, portanto, podemos perceber qual é o espírito da Lei Fundamental. A declaração destaca a necessidade do reconhecimento da dignidade da pessoa, pela garantia e exercício dos direitos humanos. Destaca-se, no texto, também que o Estado, apesar de ser laico, não é ateu, pois os constituintes trouxeram ao texto a expressa menção a Deus, expressão genuína da religiosidade acentuada no povo brasileiro de todos os tempos e expressão da dimensão transcendental inerente à pessoa humana.²²

Desse modo, observa-se que a Constituição vigente é mais completa no que tange à proteção aos direitos da pessoa humana, trazendo pela primeira vez a proteção expressa sem qualquer condicionamento.

Evidencia-se, então, que a dignidade da pessoa humana, como preceito de incorporação da ordem constitucional, atua como base para a constituição dos direitos humanos, instituindo, assim, o rol de direitos fundamentais.

²⁰ Cidadania/Alexandre de Moraes, Richard Pae Kim coordenadores. São Paulo: Atlas, 2013, p. 109.

²¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 de agosto de 2017.

²² MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 151 - 152.

2.1.3 Documentos Internacionais

Cabe ressaltar que a República Federativa Brasileira preocupa-se com a proteção que deve ser conferida aos direitos humanos, tanto no âmbito nacional, quanto internacional²³.

Neste sentido, com o intuito de ampliar a proteção auferida aos direitos humanos, a EC n. 45/2004 possibilitou ao Congresso Nacional a incorporação de tratados e convenções internacionais que abordassem questões de Direitos Humanos ao ordenamento jurídico brasileiro, com *status* constitucional, compondo assim, o "bloco de constitucionalidade"²⁴.

A Emenda estabelece o procedimento a ser seguido para a incorporação dos tratados ou convenções que versem sobre direitos humanos, em seu art. 5º, § 3º. A aprovação pelo Congresso deve ser realizada em dois turnos, com quorum de três quintos do membros, e a partir da incorporação, passam a equivaler a emendas constitucionais.

Tem-se como exemplo, o Decreto n. 6.949/2009, que incorporou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ao ordenamento interno, com *status* de norma constitucional.

A Convenção foi instituída visando a proteção e promoção dos direitos humanos por todas as pessoas com deficiência. Com esta, firmou-se o entendimento de que as pessoas com deficiência são igualmente titulares de direitos.

Com a ratificação pelo ordenamento jurídico brasileiro, o Brasil passou a ter o dever de declinar-se de todo e qualquer ato incompatível com a redação constante na Convenção, bem como, atuar ativamente para repelir possíveis discriminações:

No Brasil, a Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3 do art. 5 da Constituição. Portanto, foi incorporada ao direito brasileiro com estatuto normativo equivalente ao de emenda constitucional. O instrumento de ratificação dos textos foi depositado junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1 de agosto de 2008, entrando em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31 de agosto de 2008. A promulgação deu-se

²³ LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia**. 1 .ed. 2007. 1 reimpressão 2009. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 136.

²⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 130.

por meio do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. O rito utilizado foi o do art. 5º, § 3º, da CF/88, que concede a esse tratado status equivalente ao de emenda constitucional.²⁵

Em 2008, no julgamento do RE 466.343, o STF entendeu que os tratados e convenções que versem sobre direitos humanos, incorporados de forma diversa à prevista no artigo 5º, § 3º, possuem natureza supralegal, e paralisam a eficácia de todo e qualquer ordenamento infraconstitucional, anterior ou posterior, que seja contrário:

Importante destacar, também, que, além do surgimento desse novo instrumento, a evolução na ampla proteção e garantia de efetividade dos direitos humanos foi reforçada pela alteração de posicionamento jurídico do Supremo Tribunal Federal, que passou a proclamar o *status da supralegalidade* dos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados no ordenamento jurídico brasileiro antes da EC n 45/04, dando-lhes prevalência sobre o ordenamento jurídico pátrio, pois como definido pelo STF, “o *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão” (RE 349.703).²⁶

Cabe ressaltar que a única diferença entre os Tratados e Convenções ratificados antes da EC n. 45/2004 está no processo de retirada do mundo jurídico. Os Tratados e Convenções que versem sobre direitos humanos posteriores a EC n. 45/2004, estão sujeitos à autorização do Congresso Nacional, nos mesmos moldes da aprovação (dois turnos, com quorum de três quintos do membros). Já os tratados anteriores, podem ser retirados do ordenamento interno pelo Poder Executivo, sem estarem vinculados a permissão do Congresso Nacional.

Salienta-se que a simples aprovação pelo Congresso Nacional não garante a recepção da norma ao ordenamento interno. A aplicabilidade só se dá a partir da promulgação pelo chefe do Executivo.

²⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 221.

²⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 130.

2.1.4 Direito Positivo Brasileiro

O Direito Positivo Brasileiro como se vê hoje, é fruto de construção e harmonização das teorias jusnaturalista e positivista.

Ao passo que o jusnaturalismo concebe os direitos como naturais e independentes da positividade da norma, o positivismo entende que as normas seriam expressão do Direito, e que eventuais lacunas seriam resolvidas pelo costume, analogia ou princípios, sendo estas fontes formais do Direito.

Como destaca Bobbio, “[...] enquanto para um jusnaturalista clássico tem, ou melhor dizendo, deveria ter, valor de comando só o que é justo, para a doutrina oposta é justo só o que é comandado e pelo fato de ser comandado.”²⁷.

Finalmente, o pós positivismo, opta pela harmonia entre o jusnaturalismo e o positivismo. A doutrina vai além da legalidade escrita, mas nem por isso esta é desprezada. O que passa a ser feito é uma análise moral das situações.

2.2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO

2.2.1 Conceito de Princípio

Com o advento do neoconstitucionalismo em meados do século XXI, verificou-se um novo entendimento acerca do conceito e do valor atribuído aos princípios, que passaram a ser entendidos como normas fundamentais no ordenamento, em face da posição hierárquica em que se encontram:

Princípios, por sua vez, desempenham papel diverso, tanto do ponto de vista jurídico como político-institucional. No plano jurídico, eles funcionam como referencial geral para o interprete, como um farol que ilumina os caminhos a serem percorridos. De fato, são os princípios que dão identidade ideológica e ética ao sistema jurídico, apontado objetivos e caminhos. Em razão desses mesmos atributos, dão unidade ao ordenamento, permitindo articular suas diferentes partes - por vezes, aparentemente contraditárias - em torno de

²⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: EDIPRO, 2005, p. 58-59.

valores e fins comuns. Ademais, seu conteúdo aberto permite a atuação interativa e construtiva do interprete, capacitando-o a produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de justiça.²⁸

Em vista da flexibilidade que estes postulados comportam, são entendidos como mandamentos, que possibilitam a ponderação em face de colisão (porém, jamais a invalidação de um pelo outro).

Além disso, operam grande importância no mundo jurídico, tanto para o legislador, quanto para aqueles que lidam com o direito, por se constituírem como norteadores do sistema jurídico brasileiro.

Cabe destacar, contudo, que o fato de serem norteadores genéricos, tal não é óbice à incidência destes no mundo dos fatos²⁹. Por estas razões, Nunes afirma que:

Nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas. E essa influência tem uma eficácia efetiva, real, concreta. Não faz parte apenas do plano abstrato do sistema. É de ser levada em conta na determinação do sentido de qualquer norma, como exigência da influência plena e direta. Vale dizer: o princípio, em qualquer caso concreto de aplicação das normas jurídicas, da mais simples à mais complexa, desde das altas esferas do sistema ético-jurídico em que se encontra para imediata e concretamente ser implementado no caso rela que se está a analisar [...] Ele é real, palpável, substancial e por isso está presente em todas as normas do sistema jurídico, não podendo, por consequência, ser desprezado.³⁰

Em casos de colisão entre direitos constitucionalmente protegidos, ou até mesmo, vasta possibilidade de interpretação de norma prevista na Magna Carta, os princípios devem atuar como meio de o intérprete alcançar harmonia, até porque, nenhuma interpretação que atrite com algum princípio poderá ser considerada como jurídica³¹.

Já em casos em que a colisão se dê entre princípios, sempre deverá ser realizada a ponderação, pois não comportam qualquer tipo de precedência abstrata.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 232.

²⁹ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002., p. 20.

³⁰ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

³¹ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37.

Um princípio só poderá ter mais valor que outro em face da avaliação do caso concreto.

Assim, tem-se que os princípios atuam como guia para o legislador no momento de estabelecimento das normas jurídicas, e como mesmo afirma Nunes, “*Os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao edifício jurídico. Assim, devem ser estritamente obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper [...] influi na interpretação até mesmo das próprias normas magnas*”³².

2.2.1.1 Espécies normativas: regras e princípios

Com a consolidação do pós-positivismo, vigorou o entendimento de que norma é gênero, da qual derivam as espécies regras e princípios. Enquanto estes traduzem uma unidade de valores do Estado, aquelas estabelecem de forma incisiva a conduta que deve ser adotada pela sociedade³³.

Alexy destaca que a principal diferença entre estas espécies normativas, está na qualidade da norma. Os princípios ordenam que algo se realize da forma mais benéfica, sendo, portanto, amplo. Já as regras, uma vez que sejam válidas, deverão ser aplicadas (ressalvados os casos em que a própria lei traz exceção)³⁴.

Também, Barroso explicita que estas espécies se diferenciam pelos seguintes critérios: conteúdo, estrutura normativa e modo de aplicação. As regras retratam a concretização de valores pelo legislador, sem a garantia de discricionariedade ao intérprete, e não comportam aplicabilidade parcial.

Os princípios, por sua vez, expressam valores éticos, possuem efeitos ilimitados e possibilidade de efetivação ampla, razão pela qual, comportam relativização, pois apenas indicam fins a serem perseguidos³⁵:

³² NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37.

³³ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Curso de direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 32.

³⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2005, p. 118.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 228-231.

Por fim, a diferença de papéis entre as regras e os princípios, no plano político-ideológico, implica reavivar as duas grandes funções desempenhadas pela Constituição em um Estado democrático de direito: (i) proteger valores fundamentais e consensos básicos contra a ação predatória das maiorias e (ii) garantir o funcionamento adequado da democracia e do pluralismo político.³⁶

Assim, resta evidente que a diferença entre as espécies normativas auferidas está naquilo que elas transmitem: ao passo que as regras garantem a segurança jurídica, em vista de serem previsíveis e objetivas, os princípios dão unidade ao sistema, e asseguram a efetivação da justiça.

2.2.2 Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição vigente³⁷ dispõe em seu art. 4º, que a República Federativa do Brasil rege-se nas relações internacionais pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, resta evidente a necessidade de um entendimento mais A fundo acerca do que é, de fato, a dignidade:

A raiz da palavra dignidade vem de *dignus*, que ressalta aquilo que possui honra ou importância. Com São Tomás de Aquino, há o reconhecimento da dignidade humana, qualidade inerente a todos os seres humanos, que nos separa dos demais seres e objetos. São Tomás de Aquino defende o conceito de que a pessoa é uma substância individual da natureza racional, centro da criação pelo fato ser imagem e semelhança de Deus. Logo, o intelecto e a semelhança com Deus geram a dignidade que é inerente ao homem, como espécie.³⁸

A expressão dignidade remonta à ideia de autoridade, grandiosidade e nobreza. Não obstante, está intimamente ligada ao conceito de autonomia e de soberania do homem perante a si mesmo, sendo imprescindível a própria manutenção

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 232-233.

³⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 03 de setembro de 2017.

³⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 74.

da vida humana, sendo entendida como “[...] *valor único e incondicional que tem a existência de todo ser humano, independentemente de qualquer “qualidade acessória” que pudesse corresponder*”³⁹:

Segundo a Constituição brasileira de 88, a dignidade da pessoa humana é um fim, sendo que para ser alcançada o indivíduo necessita que o estado crie todo um aparato material para assegurá-la, provendo primeiramente os seus direitos sociais (art. ° 6 da CF), ou seja, as condições materiais mínimas, sendo que sem estas a pessoa humana tem a sua dignidade prejudicada. A noção de conceber a dignidade da pessoa humana como fundamento da Republica significa admitir que o estado brasileiro se construa a partir da pessoa humana, e para servi-la. Portanto o seu fundamento é de proteger, zelar e propor os meios necessários para a sua manutenção.⁴⁰

Neste esteio, Santoro aponta que a dignidade “[...] *deve ser considerada valor supremo por ser o limite para os demais direitos fundamentais do homem*”⁴¹:

A dignidade é composta por um conjunto de direitos existenciais compartilhados por todos os homens, em igual proporção. Partindo dessa premissa, contesta-se aqui toda e qualquer ideia de que a dignidade humana encontre seu fundamento na autonomia da vontade. A titularidade dos direitos existenciais, porque decorre da própria condição humana, independe até da capacidade da pessoa de se relacionar, expressar, comunicar, criar, sentir.⁴²

Importante salientar, também, as palavras de Régis Prado:

Nesse sentido, é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana pode assumir contornos de verdadeira categoria lógico-objetiva ou lógico-concreta, inerente ao homem enquanto pessoa. É, pois, um atributo ontológico do homem como ser integrante da espécie humana - vale em si e por si mesmo.⁴³

³⁹ **Bioética e responsabilidade/** organizadoras Judith Martins-Costa, Letícia Ludwig Moller; autores Cristiane Avancini Alves... [et al]. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 81.

⁴⁰ Disponível em: <https://vitorviviani.jusbrasil.com.br/artigos/111894609/dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em 29 de agosto de 2017.

⁴¹ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 ed. 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 77.

⁴² Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe>. Acesso em 30 de agosto de 2017.

⁴³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro/** Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 113.

Barroso ressalta que a dignidade da pessoa humana carrega dentro de seu conceito uma funcionalidade dupla, por se tratar de valor constante na sociedade e princípio juridicamente protegido⁴⁴, dispondo da seguinte maneira: *“Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificção moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais”*⁴⁵. Ainda, o autor destaca que a dignidade se constitui como princípio norteador para solução de questões onde se verifica colisão entre direitos:

Os princípios operam como fonte direta de direitos e deveres quando do seu núcleo essencial de sentido se extraem regras que incidirão sobre situações concretas. Por exemplo: o conteúdo essencial da dignidade humana implica à proibição da tortura, mesmo em um ordenamento jurídico no qual não existia regra expressa impedindo tal conduta. Já no seu papel interpretativo, o princípio da dignidade humana vai informar o sentido e o alcance dos direitos constitucionais. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução.⁴⁶

Também, Clayton Reis destaca a necessidade da observância da dignidade como princípio, vez que se constitui como base de todas as relações que envolvem o ser humano⁴⁷.

O autor ressalta, também, que a partir do momento em que se entende a dignidade como fundamento constitucional do Estado Democrático de Direito, caminha-se para um horizonte fraternal e solidário⁴⁸.

Nas palavras de Bittencourt, a dignidade da pessoa humana *“[...] enquanto princípio mais importante ao definir que a organização estatal, deverá respeitar um conjunto mínimo de direitos e garantias fundamentais que toda pessoa física merece*

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 274.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 273.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** - 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 273.

⁴⁷ CÔRREA, Elídia Aparecida de Andrade. **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 26.

⁴⁸ CÔRREA, Elídia Aparecida de Andrade. **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 45.

ter"⁴⁹. Já Magalhães, adota uma visão de caráter nitidamente antropocêntrico, ao associar o princípio ao valor do homem:

Segundo esse princípio, somente o homem, entre todos os seres materiais, é pessoa e, precisamente, por isso, é a mais valiosa. O homem supera todos os valores materiais por seu bem pessoa. O ser pessoa é o bem mais estimável que o homem possui e que lhe confere a máxima dignidade.⁵⁰

Neste mesmo sentido, Nunes discorre a respeito da superioridade que a dignidade como princípio carrega perante o ordenamento jurídico brasileiro, servindo como guia para todos os postulados jurídicos, razão pela qual em nenhum momento pode ser desprezada, seja na elaboração ou na compreensão das normas jurídicas⁵¹.

Verifica-se, então, que a dignidade, seja como garantia, seja como princípio, atua como base para entendimento e aplicação do Direito, não podendo ser desconsiderada em qualquer momento da vida do homem.

Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro tenha estabelecido a proteção do direito à vida como premissa fundamental, a dignidade da pessoa humana, em face da importância demonstrada anteriormente, atua como limitadora para os direitos fundamentais:

O princípio da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõem a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual.⁵²

⁴⁹ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Curso de direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 34.

⁵⁰ MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 112.

⁵¹ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 50 - 51.

⁵² FARIAS, Edílson 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: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 63 apud DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, pág. 24.

Em face da complexidade e vasta interpretação que o tema apresenta, constata-se a pertinência de se realizar uma análise mais abrangente sobre o assunto, consoante com outras questões relacionadas à vida humana, como, por exemplo, a integridade física e o consentimento informado⁵³.

Não obstante, resta evidente a necessidade de resguardar a dignidade do homem não apenas em vida, mas também em morte⁵⁴, pois como mesmo afirma Santoro: “[...] *o direito de uma vida digna deve ser completado pelo direito à morte digna. Respeita-se, assim, o curso natural da existência humana*”⁵⁵.

Tais questões direcionam a uma análise acerca de temas como eutanásia e terminalidade da vida, já que a Magna Carta traz a proteção à dignidade sem condicioná-la a qualquer fase da vida, devendo ser respeitada em todos os momentos⁵⁶, temas os quais, serão abordados de forma acentuada no próximo capítulo.

⁵³ **Bioética e responsabilidade**/ organizadoras Judith Martins-Costa, Letícia Ludwig Moller; autores Cristiane Avancini Alves... [et al]. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 87.

⁵⁴ CÔRREA, Elídia Aparecida de Andrade. **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 157.

⁵⁵ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 85.

⁵⁶ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 ed. 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 19.

3 TERMINALIDADE DA VIDA NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 A MORTE E SEUS DILEMAS

Notícias veiculadas na mídia revelam situações de terminalidade, comovendo a opinião pública referente ao tratamento adotado, seja pela equipe médica, pela família, ou até mesmo pelo paciente terminal, pois como mesmo afirma o doutrinador Luciano de Freitas Santoro, “[...] *a terminalidade da vida sempre despertou o interesse da Sociedade, talvez porque seja uma das únicas verdades incontestáveis: a morte é inexorável*”⁵⁷.

Frente à tais questões, surge uma comoção generalizada das pessoas, consoante a indagações morais, religiosas, econômicas e filosóficas acerca de qual conduta seria a mais adequada a ser empregada (se é que se pode falar em conduta correta ou incorreta, frente à peculiaridade que oferece o fim da vida).

A exemplo, recentemente muito se ouviu falar a respeito do polêmico caso do bebê inglês *Charlie Gard*. Frente à condição de terminalidade enfrentada desde o início de sua vida, obteve-se decisão judicial impondo o desligamento dos aparelhos que o mantinham vivo, em ação impetrada pelo serviço de saúde pública do Reino Unido (NHS), ao se entender que tal seria a opção mais benéfica para ele. Frente a peculiaridade e complexidade do caso, resta evidente a importância em apresentar debate mais a fundo acerca de tal.

Nascido em agosto de 2016, Charlie sofria de *Síndrome de Miopatia Mitocondrial*, condição genética extremamente rara, relacionada ao esgotamento do DNA mitocondrial, que pode acarretar na perda da força muscular e danos cerebrais irreparáveis. Assim, quem se encontra acometido pela referida moléstia sofre complicações mecânicas, renais e cerebrais, incapacitando a funcionalidade sem ajuda de médicos ou equipamentos.

No caso em comento, Charlie não possuía os movimentos motores, nem audição e visão, além de toda problemática envolvendo coração, fígado, rins e pulmões, os quais funcionavam apenas por aparelhos. O serviço de saúde pública do

⁵⁷ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba. Juruá Editora, 2011, p. 17.

Reino Unido (NHS) tentou, inclusive, um tratamento experimental trazido dos EUA, que não restou efetivo.

Frente a tal situação extremamente indigna, a equipe médica do Hospital Great Ormond Street, situado em Londres, onde a criança esteve internada, requereu a tutela jurisdicional para que fosse realizado o desligamento dos aparelhos que o mantinham vivo, contudo, vontade esta contrária a de seus pais (Chris Gard e Connie Yates) e apoiadores da causa, que ensejavam levar a criança até os EUA para tentar novamente o tratamento experimental. A situação gerou comoção generalizada, inclusive no atual presidente dos EUA, Donald Trump, e no Papa Francisco. O hospital Vaticano chegou a oferecer custear/realizar o tratamento de Charlie, contudo, por razões legais, a opção restou impossibilitada.

A justiça concluiu que o melhor para o bebê seria o desligamento dos aparelhos que o mantinham vivo. A decisão gerou revolta em parte dos que acompanhavam a situação e aos seus pais, que viram a autonomia sobre o filho sendo limitada pelo Estado. Evidencia-se, então, a necessidade de um diálogo entre o Direito e a Bioética⁵⁸, na tentativa de tornar mínima a colisão (inevitável) entre garantias constitucionalmente protegidas.

A primordialidade de proteção do direito à vida, autonomia e dignidade da pessoa humana se torna cada vez mais rígida, vez que o avanço simultâneo da tecnologia que promete cada vez mais prorrogar a duração da vida, e das declarações que trazem como máxima a indisponibilidade do direito sobre a vida das pessoas, não condiz com a autonomia supostamente garantida ao homem⁵⁹.

Importante observar que o direito à vida e à dignidade possuem uma relação intrínseca, visto que caminham junto ao homem para assegurar, minimamente, seu desenvolvimento⁶⁰, considerando-se que a dignidade representa “*valor único e incondicional que tem a existência de todo ser humano, independentemente de qualquer “qualidade acessória” que pudesse corresponder*”⁶¹.

⁵⁸ Bioética e responsabilidade/ organizadoras Judith Martins-Costa, Leticia Ludwig Moller; autores Cristiane Avancini Alves... [et al]. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 42.

⁵⁹ CÔRREA, Elídia Aparecida de Andrade. **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 157.

⁶⁰ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 77.

⁶¹ Bioética e responsabilidade/ organizadoras Judith Martins-Costa, Leticia Ludwig Moller; autores Cristiane Avancini Alves... [et al]. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 81.

Quanto à autonomia, no viés da Bioética, refere-se à capacidade de tomar decisões acerca dos procedimentos médicos a serem realizados no paciente, visando superar o caráter paternalista da medicina tradicional⁶², surgindo a necessidade da discussão (e também da distinção) acerca de temas como eutanásia⁶³, distanásia⁶⁴, mistanásia⁶⁵, ortotanásia⁶⁶ e os *hospices cares*, que conforme explica Luciano de Freitas Santoro, prezam pela preservação da dignidade do paciente terminal:

A filosofia do *hospice* encontra guarida no Código de Ética Médica, que, em seu Capítulo I, inciso VI, determina que o médico tem o dever de atuar sempre em benefício do paciente e com respeito pela vida humana, sem jamais utilizar seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral para o extermínio do ser humano ou contra a dignidade e integridade.⁶⁷

Assim, verifica-se um avanço simultâneo da tecnologia que promete cada vez mais prorrogar a duração da vida, e das declarações que trazem como máxima a indisponibilidade do direito sobre a vida das pessoas, ato que não condiz com a autonomia supostamente garantida ao homem.

A sociedade em sua maioria reflete acerca da morte somente quando em sua iminência (o que se constitui como paradoxo, já que homem já nasce com a certeza de que um dia irá morrer). Contudo, ao legislador esta reflexão não é facultada e não pode ser feita com base em ideologias pessoais, haja vista que a este é incumbido o dever de regulamentar todas as situações que envolvam a morte.

⁶² Bioética e responsabilidade/ organizadoras Judith Martins-Costa, Leticia Ludwig Moller; autores Cristiane Avancini Alves... [et al]. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 76.

⁶³ A eutanásia constitui-se pelo encerramento antecipado da vida do paciente terminal, por razões de piedade (por parte do médico) ou por interesse próprio.

⁶⁴ A distanásia consiste na incessante realização de procedimentos dilatatórios, que buscam o prolongamento (ao máximo) da vida humana. É evidente que frente ao referido procedimento, surgem inúmeras indagações acerca da garantia ou não da dignidade do paciente terminal frente a tal "manobra".

⁶⁵ A mistanásia, constitui-se pela morte miserável, ocasionada fora e antes da hora, a qual, embora seja dotada de crueldade para com o ser humano, não possui tanta repercussão na sociedade, seja pela falta de comoção nas pessoas devido as situações em que os indivíduos se encontram

⁶⁶ A ortotanásia preza pelo fim mais natural possível da vida, com a realização de tratamentos paliativos, que visam apenas controlar os sintomas no paciente terminal, priorizando o viés qualitativo ao suspender a realização de tratamentos meramente protelatórios.

⁶⁷ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 89.

Não obstante, o próprio conceito científico de morte sofreu alterações com o passar dos anos, e atualmente está ligado à falência encefálica, que acarreta na degeneração rápida das funções vitais⁶⁸ (conceito este também utilizado pelo Direito).

Embora o Direito se constitua como um reflexo dos anseios da sociedade, o legislador não consegue acompanhar o ritmo em que as pretensões do corpo social se modificam, ocasionando o óbice de respostas imediatas e pretendidas por todos, haja vista a variedade de ideologias presentes na coletividade, e em face dessa dificuldade em acompanhar o ritmo do pensamento da sociedade, o Biodireito se edifica.

A preocupação do Biodireito nasce com os avanços científicos que ocasionaram relativa interferência em valores e ideologias engessadas na sociedade, desde religiosas, até mesmo econômicas⁶⁹.

Eduardo Cambi associa o Biodireito ao entendimento da vida e da morte, já que resta impossibilitada a universalidade das normas jurídicas em face da diversidade de ideologia presente na sociedade⁷⁰

Assim, tendo em vista a complexidade que a vida e seu fim apresentam, verifica-se a pertinência de um estudo mais a fundo sobre a temática ora apresentada, diante do grande *tabu* que o falecimento do homem (e todas as questões relacionadas ao mesmo) representa.

⁶⁸ LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia**. 1 .ed. 2007. 1 reimpressão 2009. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 81.

⁶⁹ CÔRREA, Elídia Aparecida de Andrade. **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 243.

⁷⁰ CÔRREA, Elídia Aparecida de Andrade. **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 74.

3.2 TERMINALIDADE DA VIDA

3.2.1 Conceito de Morte e sua Evolução

Os critérios para definição de morte passaram por uma evolução ao longo dos anos, bem como, a questão da morte com dignidade sofreu mudanças significativas com o decorrer do tempo⁷¹.

Em um primeiro momento, a morte era associada à interrupção definitiva dos batimentos cardíacos do indivíduo. Atualmente, entende-se morte não apenas como um evento, mas como um processo.

No viés científico, a morte é atribuída à falência encefálica, que acarreta na degeneração rápida das funções vitais⁷², de modo a comprometer irreversivelmente o sistema humano.

A comprovação da morte carrega extrema importância na segurança nas relações jurídicas, já que a mesma extingue, em consequência, a personalidade jurídica⁷³.

O Conselho Federal de Medicina discorre acerca da morte encefálica e sua constatação, na Resolução CFM n. 1480⁷⁴, dispondo que a morte deverá ser constatada por exames médicos intercalados e direcionados para a faixa etária do indivíduo, e os resultados destes exames, bem como, relatórios complementares, deverão ser registrados no “Termo de declaração de morte encefálica”.

Além disso, a Resolução apresenta os seguintes parâmetros:

Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia.

Art. 5º. Os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização da morte encefálica serão definidos por faixa etária, conforme abaixo especificado:

a) de 7 dias a 2 meses incompletos - 48 horas

⁷¹ CÔRREA, Elídia Aparecida de Andrade. **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 156.

⁷² LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia**. 1 .ed. 2007. 1 reimpressão 2009. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 81.

⁷³ LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia**. 1 .ed. 2007. 1 reimpressão 2009. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 82.

⁷⁴ Resolução Conselho Federal de Medicina n. 1480, de 08/08/1990. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>. Acesso em 26/10/2017,

- b) de 2 meses a 1 ano incompleto - 24 horas
- c) de 1 ano a 2 anos incompletos - 12 horas
- d) acima de 2 anos - 6 horas

Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca:

- a) ausência de atividade elétrica cerebral ou,
- b) ausência de atividade metabólica cerebral ou,
- c) ausência de perfusão sangüínea cerebral.

Hildegard Taggessel Giotri destaca a mudança de paradigma quanto à questão da morte, bem como, sua aceitação em face do avanço tecnológico e terapêutico, e questiona até que ponto esses avanços podem ser vistos como benéficos, vez que se passa a priorizar a quantidade de vida, invés da qualidade⁷⁵. Acerca do tema, são sábias as palavras de Maria de Fátima Freire de Sá:

Não se pode compreender o que a morte significa para as pessoas, porque alguns preferem estar mortos a viver, permanentemente, sedados ou incapazes, ou porque outros gostariam de continuar lutando, até mesmo, sob grande dor ou quando estivessem inconscientes e não pudessem apreciar a luta; porque tão poucas pessoas pensam que, se elas morressem ou viverem, elas estarão permanentemente inconscientes e isso não lhe fará a menor diferença. Não se consegue compreender nada disso ou muito mais sobre o que as pessoas sentem sobre a morte, a não ser que se dê as costas para ela por um momento e se vislumbre a vida. ⁷⁶

A reformulação, ao decorrer dos anos, do conceito de morte, pauta-se não somente no avanço das técnicas da Medicina para prolongamento da vida, mas também, é mero reflexo dos valores presentes na sociedade.

A sociedade moderna é inegavelmente a que mais teme a velhice e a morte, frente a inúmeras possibilidades de (falsa) manutenção da juventude.

⁷⁵ CÔRREA, Elídia Aparecida de Andrade. **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 156.

⁷⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2005, p. 82.

3.2.2 Pacientes Terminais

Entende-se por paciente terminal o indivíduo que não apresenta mais possibilidades de cura, e deixa de responder às medidas terapêuticas aplicadas e conhecidas, de modo a restar como única opção de tratamento a administração de cuidados paliativos, que visam apenas controlar os sintomas do paciente, e não curar a enfermidade em si:

O doente terminal é, antes de mais nada, uma pessoa que não pode ser limitados arbitrariamente os seus direitos pelo simples facto de se encontrar doente, na fase final de uma doença incurável no estado actual do conhecimento médico. Continua, portanto, não obstante a doença que lhe dá uma esperança de vida previsível de um ou dois meses, a ser titular dos direitos reconhecidos nas grande declarações de direitos no plano do Direito Internacional [...].⁷⁷

Há sempre a necessidade de um diálogo entre o direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à autonomia, vez que, o diagnóstico de terminalidade pode vir acompanhado de consciência, ou não, e na sua ausência, resta impossibilitada a exteriorização da vontade do indivíduo:

Sendo a dignidade da pessoa humana o limite para os direitos fundamentais e confrontando-a com o direito à vida, isto é, no choque entre manter a vida à qualquer custo com o direito à não ser submetido a tratamento cruel e degradante, como a tortura médica, prevalecerá a dignidade humana, posto que, como princípio fundamental, deverá estar presente em todos os momentos da existência do homem, inclusive quando a manutenção da vida mostrar-se inviável.⁷⁸

⁷⁷ MELO, Helena Pereira de. O direito a morrer com dignidade. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, Ano 3, n. 6, 2006, p. 72 apud DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 39.

⁷⁸ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 ed. 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 82.

Segundo José Oliveira Ascensão⁷⁹, a terminalidade reflete o estado do paciente em que não há mais a expectativa de cura ou de recuperação, devendo sempre atentar para a possibilidade de diagnóstico errôneo.

Cabe destacar que o Código de Ética Médica⁸⁰, em que pese em seu art. 49 apresente vedação expressa ao abreviamento da vida de um paciente, excetua os casos em que este é portador de doença terminal:

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. 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.

Ao passo que existem casos em que, embora o paciente seja portador de alguma doença, ainda seja possível uma vida com dignidade, existem tantos outros em que não há com se falar em vida propriamente dita, razão pela qual as situações devem ser analisadas sob óticas distintas⁸¹.

3.3 INVIOLABILIDADE DA VIDA

3.3.1 Eutanásia

A palavra eutanásia foi criada por Francis Bacon, no século XVII, para indicar uma morte fácil. O termo apareceu inicialmente em sua obra "*Historia vitae et mortis*", apontado como meio de tratamento em casos de doenças incuráveis. O filósofo se

⁷⁹ Bioética e responsabilidade/ organizadoras Judith Martins-Costa, Letícia Ludwig Moller; autores Cristiane Avancini Alves... [et al]. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 430.

⁸⁰ Código de Ética Médica. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra_5.asp>. Acesso em: 31/10/2017.

⁸¹ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 116.

inspirou no ideal da dignidade humana, como meio de defesa a uma vida longa e saudável, como fim máximo da Medicina.

Maria de Fátima de Sá, associa a eutanásia à cessação do sofrimento do paciente e a antecipação da morte natural do paciente terminal, atribuindo o seguinte conceito:

A eutanásia, propriamente dita, é a promoção do óbito. É a conduta, por meio da ação ou omissão do médico, que emprega, ou omite, meio eficiente para produzir a morte em paciente incurável e em estado de grave sofrimento, diferente do curso natural, abreviando-lhe a vida.⁸²

Distintamente, Magalhães define a eutanásia como uma forma de homicídio ou suicídio em casos onde não se vê mais a dignidade presente. Em suas palavras:

Eutanásia é a morte de um ser humano para que seja aliviado o seu sofrimento, seja auxiliando um suicídio assistido, a pedido do moribundo, seja por um homicídio, sem o pedido expresso da vítima, por considerar que a vida do doente carece de uma qualidade mínima para que mereça a qualificação de digna. A eutanásia é uma forma de homicídio ou suicídio que pode ser realizado tanto por ato comissivo como omissivo dos cuidados devidos ao doente.⁸³

Independentemente da valoração empregada pelos doutrinadores, tem-se como fundamental que por meio da eutanásia, encerra-se a vida do paciente terminal, seja por piedade ou interesse do mesmo⁸⁴, de modo que se faz necessário apontar algumas distinções.

A eutanásia pode ser ativa, na qual a morte é induzida (morte com fim). Esta, subdivide-se em direta ou indireta. Na indireta, o ato é positivo: alivia o sofrimento para que se tenha uma morte tranquila. Já na direta, o efeito é negativo, de modo que leva o paciente à morte para evitar sofrimento⁸⁵.

⁸² SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2005, p. 39.

⁸³ MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 145.

⁸⁴ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 117.

⁸⁵ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p.118.

Na eutanásia ativa indireta, não há como se falar em culpabilidade do médico, haja vista que embora a ação produza o resultado morte, este não agiu com essa intenção. Em contrapartida, na eutanásia ativa direta, tendo em vista que existem outras possibilidades que não necessariamente a morte, a conduta pode ser evitada, e portanto é culpável⁸⁶.

Pode ser também omissiva, na qual a morte resulta da obstinação de medidas indispensáveis para manutenção da vida. Nesse caso, a omissão do agente pauta-se em sentimentos de piedade ou compaixão em face da situação do moribundo.

Neste sentido, é o posicionamento adotado por Luciano de Freitas Santoro:

A compaixão é o elemento caracterizador da eutanásia, razão pela qual não se pode aceitar que comportamentos que são contrários à dignidade da pessoa humana estejam abarcados dentro do seu conceito, o que se mostra um verdadeiro contrassenso ou, ao menos, uma forma de dar uma conotação positiva a atos bárbaros e/ou cruéis.⁸⁷

Fachin ressalta que as questões relativas à eutanásia envolvem também a posição que o homem adota relativo a sua própria dignidade, e não apenas ao questionamento sobre a legitimidade da morte com consentimento⁸⁸.

3.3.1.1 O viés religioso

Embora o homem tenha plena consciência de que a vida é finita, a morte representa um *tabu* para a sociedade, que só é pensada, de fato, quando próximo de sua iminência.

Apesar de ser um acontecimento certo, as pessoas não possuem capacidade psicológica de lidar sequer com a ideia do falecimento, de tal forma que gera estado

⁸⁶ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 120.

⁸⁷ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 123.

⁸⁸ CÔRREA, Elídia Aparecida de Andrade. **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 202.

de negação nas pessoas quando precisam enfrentá-la, seja por si próprio ou por terceiros⁸⁹.

Em vista da complexidade do assunto, as religiões e os valores religiosos assumem um papel extremamente importante, apresentando possíveis respostas às indagações existenciais.

De diferentes formas, as religiões dão sentido e explicação à vida, ao apresentarem condutas a serem seguidas, que possibilitam o alcance de plenitude e serenidade. Não obstante, as doutrinas religiosas sempre atentam em preparar as pessoas para a fim da vida, dado que, embora seja algo inevitável, a morte repercute grandemente nas esferas morais e religiosas.

Assim, a fragilidade do homem é atenuada quando colocado frente à frente com a morte, e o apego às crenças religiosas muitas vezes funciona como forma de escape.

Posto isto, resta evidente a necessidade em expor a visão acerca da morte e da eutanásia nas principais religiões do mundo: budismo, cristianismo, judaísmo e islamismo.

3.3.1.1.1 Budismo

O budismo foi fundado por Siddharta Gautama (480-400 a.C.), que passou a ser conhecido como o grande “Budda” ao completar 35 anos de idade. Os budistas buscam a iluminação (*nirvana*), um estado que pode ser alcançado a partir da meditação e da vivência conforme os ensinamentos de Buda.

Cabe destacar que a religião budista não possui qualquer caráter divino (o Buda é visto como referência aos adeptos, e não como um Deus). O budismo se baseia em fundamentos racionais e na ideia de unidade entre todos os seres vivos, evidenciando-se uma visão mais ampla da vida. Conseqüentemente, têm uma visão diferenciada da morte, vista como a separação entre a mente e o corpo, até pelo fato de acreditarem no renascimento.

⁸⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2005, p. 41.

Em vista do valor atribuído à vida como um todo, a preocupação budista é voltada para o processo de decisão, e não ao fim propriamente dito, devendo sempre preservar o equilíbrio entre o bem estar do indivíduo e o bem estar da sociedade em situações onde a vida já não pode mais ser resguardada, bem como, devendo assegurar que as decisões sejam feitas com sabedoria e compaixão.

Buda associava o renascimento dos seres à consciência que tinham no momento da morte, por entender esta como mera transição. Assim, o suicídio seria aceito não pelo fato do indivíduo se encontrar em estado de terminalidade, mas, se estivesse iluminado.

Nesse mesmo sentido, a eutanásia poderia ser aceita em determinados casos, frente à valorização do estado de espírito no momento da morte e da autodeterminação que é garantida quanto ao modo de morrer.

Cabe destacar a “*Decisão da Corte Suprema de Nagoya de 1962*”, extremamente revelante por ter tratado sobre o direito de morrer. Trata-se de um jovem que colocou veneno em um copo de leite, atendendo a pedidos de seu próprio pai em estado de terminalidade, e induziu sua mãe a dar a bebida ao marido, levando-o à morte.

Conforme Léo Pessini:

No julgamento, a corte identificou seis condições que devem ser preenchidas para se ter permissão legal para a prática da eutanásia: 1) a enfermidade é considerada terminal e incurável para a medicina atual e a morte é iminente; 2) o paciente deve estar sofrendo de uma dor intolerável, que não pode ser aliviada; 3) ato de matar deve ser executado com o objetivo de aliviar a dor do paciente; 4) o ato deve ser executado somente se o próprio paciente fez um pedido explícito; 5) cabe ao médico realizar a eutanásia; caso isto não seja possível, em situações especiais será permitido receber assistência de outra pessoa; 6) a eutanásia deve ser realizada utilizando-se de métodos eticamente aceitáveis (22 December 1962, Nagoya Court, Collected Criminal Cases At High Court, vol. 15, n. 9, p. 674).⁹⁰

No caso em comento, a Corte entendeu pela presença apenas das quatro primeiras condições, mas considerou como honrosa a atitude do filho em atender à

⁹⁰ PESSINI. Revista do Conselho Federal de Medicina, p. 87-88 apud SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2005, p. 41.

vontade de seu pai, e por isso, aplicou uma pena menor do que a esperada (em casos de homicídio de ascendente a pena é de prisão perpétua ou de morte).

Ainda, a doutrina budista entende ser possível a administração de drogas para supressão das dores do moribundo, mesmo se esta acarretar em sua morte, pela valorização que é atribuída ao estado da mente e do espírito no momento do falecimento.

3.3.1.1.2 Cristianismo

O cristianismo é a religião centrada nos ensinamentos de Jesus Cristo. Em face da grande influência que detém mundialmente, pode ser vista também como filosofia de vida.

Os cristãos guiam-se pelo Evangelho de Jesus, e o consideram como um exemplo a ser seguido, pelo sacrifício que fez ao abrir mão de sua vida para que todos os homens pudessem ter acesso aos céus, e seus pecados fossem perdoados:

A filosofia cristã sempre definiu que todos os homens são pessoas e que têm dignidade pelo fato de existirem. Apregoa que não podem ser pessoas em maior ou menor medida, nem tampouco deixar de sê-lo. Poderão se comportar mal ou bem, podendo ser chamadas de boas ou más pessoas, mas nunca perdem a sua dignidade pessoal.⁹¹

Cabe destacar apreciação feita por Maria de Fátima de Sá, acerca dos valores que o cristianismo exprime:

A visão cristã da humanidade apresenta pontos importantes que valem ser citados: 1) atribui posição de destaque ao ser humano, muito embora a Bíblia tenha afirmado que as pessoas foram feitas de pó, e a ele retornarão. É que o homem foi feito senhor da criação; 2) o homem foi criado à imagem de Deus, donde a conclusão de que possui um lugar todo especial na criação; 3) o ser humano é um ser social, eis que não foi criado para viver com Deus, tão-somente, mas para existir em comunhão com os outros; 4) o ser humano

⁹¹ MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 112.

tem livre arbítrio, ou seja, possui o dom de distinguir entre o certo e o errado. Contudo, agindo contrariamente à vontade de Deus, cai em pecado.⁹²

A vida é dom de Deus, e por isso deve ser conservada. Dentre as vertentes que apresenta, o Catolicismo Romano é o que mais enfatiza questões relacionadas à eutanásia.

O cristianismo atribui à vida um valor divino, por ser entendida como um presente de Deus. Tradicionalmente, entende ser possível cessar os esforços para manutenção da vida, quando estes promovam a deterioração espiritual da pessoa.

A Declaração Sobre a Eutanásia (1980), elaborada pela Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, além de conceituar a eutanásia como a ação ou omissão que visa suprimir as dores do moribundo, mas que pode acarretar na morte, condenou-a, por violar a dignidade e a existência divina do homem.

O Documento também discorre acerca da necessária proporcionalidade que deve haver nos meios utilizados para manutenção da vitalidade, sendo possível, em caso de doença incurável, o descarte de todo e qualquer procedimento que objetive unicamente a dilação do evento morte.

Ainda mais recente, é a Carta Encíclica *Evangelium Vitae* (1995), elaborada por João Paulo II. Embora o texto reitere os argumentos apresentados na Declaração de 1980, o documento passou a associar a eutanásia à mudança de paradigma da sociedade quanto aos doentes, e ao abandono que estes sofrem. Além disso, apresenta forte resistência à distanásia, considerando os excessos terapêuticos como prejudiciais ao doente e seus familiares.

Imprescindível salientar, que a tradição cristã enfatiza que "permitir morrer" e "matar" não são sinônimos, pois embora tenham o mesmo resultado, são ações com fundamentos morais distintos: a interrupção do tratamento não é realizada com a intenção de alcançar a morte, ela ocorre apenas como resultado naturalístico.

⁹² SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2005, p. 71.

3.3.1.1.3 Judaísmo

O judaísmo é a mais antiga religião ocidental monoteísta, entendida como, além de religião, uma filosofia e um modo de vida, tendo em vista que apresenta normas de conduta a serem seguidas baseadas na Torá escrita e no *Talmud* (orientações gerais de Deus recebidas por Moisés).

Embora os pacientes terminais estejam na iminência da morte, a doutrina judaica entende que o pouco de vida não pode ser desconsiderada, julgando como assassino aquele que auxilia uma pessoa a por fim em sua vivência (eutanásia ativa).

Devido à longa data de existência, apresenta divergência entre os adeptos tradicionais e os contemporâneos. A constatação do falecimento do homem atualmente se dá pela morte cerebral, diferentemente do credo judaico tradicional, que associa a morte à parada cardiorrespiratória.

O judaísmo tradicional entende que a escolha pelo fim (ou não) da vida não cabe ao homem, devendo constantemente buscar uma resposta a partir da leitura e interpretação da Escritura. Em sentido oposto, os contemporâneos questionam a capacidade da Escritura para resolução de questões como estas em vista das mudanças que ocorreram na sociedade:

O pensamento judaico em relação à eutanásia assinala que a tradição legal hebraica é contra, pelo fato do médico servir como um meio de Deus para preservar a vida humana, sendo-lhe proibido arrogar-se à prerrogativa divina de decisão entre a vida e a morte de seus pacientes. O conceito de santidade da vida humana significa que a vida não pode ser terminada ou abreviada, tendo como motivações à conveniência do paciente, utilidade ou empatia com o sofrimento do mesmo.⁹³

As próprias Escrituras Sagradas distinguem o prolongamento da vida e o prolongamento do sofrimento, sendo esse dispensável. Logo, verifica-se que a tradição judaica não é a favor da eutanásia direta, mas aceita a suspensão de tratamentos que visam prolongar uma vida de sofrimento.

⁹³ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2005-set-24/eutanasia_direito_vida_limites_possibilidades>. Acesso em: 03 de novembro de 2017.

3.3.1.1.4 Islamismo

O islamismo (islão ou islã) é a religião monoteísta predominante mais recente, embasada no Alcorão (livro sagrado), e nos ensinamentos do profeta Maomé (570-632 d.C.), contidos na Suna.

Importante destacar a Declaração Islâmica dos Direitos Humanos (1981), que foi redigida com base no Alcorão e na Suna. O documento admite a vida como sagrada e inviolável, razão pela qual deve ser conservada sempre, cabendo a possibilidade de violação apenas sob autoridade da lei. Também discorre acerca do necessário respeito que deve haver com o corpo, mesmo após a morte.

Conforme os ensinamentos islâmicos, os direitos humanos são fornecidos por Deus, fato que atribui imenso valor à vida dos indivíduos. Acreditam que a preciosidade dos seres humanos emana do fato que todas as coisas criadas por Deus estão à sua disposição em vida.

Por terem sido presenteados com tamanha graça divina, é atribuída a este a dignidade: o homem é digno de honra pelo fato de ser uma criatura de Deus, e Deus é digno de honra e respeito por ser criador de todas as coisas.

Em vista do entendimento de que o homem deve ser submisso à vontade de Deus, pune-se severamente o suicídio e a eutanásia, vez que, apenas Deus possui a autoridade suficiente para dar início e fim à vida.

O Código Islâmico de Ética Médica atribui aos médicos o dever e a obrigação de resguardar a vida de seus pacientes, em face da conotação sagrada que carrega. Neste sentido, Sá alega que *“O islamismo entende que a vida é dom de Deus e o médico aparece como instrumento de Deus para aliviar o sofrimento das pessoas. Por isso, deve defender a vida em todas as circunstâncias”*⁹⁴.

Nem mesmo motivado por compaixão pode o médico retirar a vida do doente. Contudo, também é vedado ao profissional o emprego de técnicas artificiais para manutenção da vida, fato que leva a concluir pela existência de certo apreço pela ortotanásia.

⁹⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2005, p. 70.

3.3.2 Ortotanásia

A ortotanásia assemelha-se à eutanásia passiva, caracterizada pela realização apenas de tratamentos paliativos, que visam o controle de sintomas, e não a cura propriamente dita⁹⁵, pois o médico tem como objetivo suprimir a dor do paciente, permitindo que o mesmo morra de uma forma digna⁹⁶.

Verifica-se, assim, um respeito à limitação que o homem tem sobre a vida. Neste contexto, os médicos não tem como fim último manter vivo, mas apenas, que o tempo restante seja o mais agradável possível.

Nesse caso, a conduta por parte do profissional da Medicina será lícita, desde que a omissão por parte deste não resulte em um encurtamento do período de vida do paciente terminal, bem como, se ao moribundo forem administrados apenas cuidados paliativos.

Santoro destaca a necessidade em assegurar que, de fato, não haja a possibilidade de cura, posto que, se houver, o médico deverá prosseguir com os tratamentos⁹⁷.

Em que pese não haja legislação no ordenamento jurídico que disponha acerca da ortotanásia, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 1805/2006, permitiu a realização da ortotanásia, ao privilegiar a dignidade da pessoa humana em casos de terminalidade:

A ortotanásia é regulada pelo Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 1.805/2006, que dispõe que, sendo o quadro irreversível, e caso assim o paciente o deseja, o médico está autorizado a não lançar mão de cuidados terapêuticos que apenas terão o condão de causar dor adicional ao paciente.⁹⁸

Verifica-se que o médico tem a faculdade de abster a realização de tratamentos, se for da vontade do moribundo, de modo a respeitar sua autonomia.

⁹⁵ CÔRREA, Elídia Aparecida de Andrade. **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 158.

⁹⁶ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 22.

⁹⁷ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 133.

⁹⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 469.

Embora em casos de terminalidade não haja expectativa de cura, é possível a administração de cuidados paliativos, razão pela qual o tema será abordado a seguir, juntamente com os *hospices*, que viabilizam o bem estar físico, mental, social e espiritual dos pacientes terminais.

3.3.2.1 *Hospices care*

A sociedade como um todo deve se preocupar com o direito de morrer de uma forma digna. Nesse contexto, em 1842 foi fundado o primeiro *hospice*, pela Madame Jeanne Garnier, e posteriormente, em 1987, o Reino Unido reconheceu a Medicina paliativa como área especializada da Medicina em qualidade de vida⁹⁹.

O *hospice* possui como princípios básicos de funcionamento a veracidade, proporcionalidade, duplo efeito, prevenção e não abandono, os quais foram inspirados pelos princípios bioéticos da autonomia e da beneficência¹⁰⁰.

Conforme princípio da beneficência, o médico deve atentar sempre ao bem estar do paciente, se possível, de modo que sempre beneficie o indivíduo, sendo tal inspirado no juramento de Hipócrates¹⁰¹. Já o princípio da autonomia, aponta a necessidade de respeito a autodeterminação do homem, podendo tomar suas decisões com base no que acredita ser melhor para si¹⁰².

A grande diferença entre o *hospice* e hospitais/clínicas da Medicina tradicional, é a atuação mais abrangente na vida do paciente e de seus familiares, voltado até mesmo para questões espirituais. O foco deixa de ser o tratamento da doença com fim último a ser perseguido, e passa a ser o bem-estar e a qualidade de vida em seus últimos dias, com emprego apenas de cuidados paliativos.

⁹⁹ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 88-89.

¹⁰⁰ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 89.

¹⁰¹ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 103.

¹⁰² SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 101.

Os cuidados paliativos pautam-se na idéia de uma morte digna, e prezam pelo processo natural da morte, amenizando sofrimento tanto para o enfermo, quando para seus familiares¹⁰³.

Santoro destaca que os *hospices* viabilizam a proteção da dignidade do moribundo, e discorre acerca do procedimento adotado:

O objetivo dos cuidados paliativos é claro: possibilitar que o processo natural do fim da vida ocorra nas melhores condições possíveis, seja para o paciente, seja para os familiares, seja para os profissionais envolvidos. Como obrigações destes pode-se mencionar: controlar a dor e os demais sintomas de desconforto, preservando o quanto possível a consciência e a comunicação (verbal ou não) do paciente; assegurar a nutrição e a hidratação adequadas, além do auxílio de enfermagem e cuidados; prestar assistência à família, inclusive com suporte psicológico necessário. Enfim, atuar no sentido de propiciar qualidade, ou melhor, dignidade, ao paciente em seus últimos momentos.¹⁰⁴

Tendo em vista a posição adotada pelo Conselho Federal de Medicina, e pela legislação penal brasileira, resta evidente que os *Hospices* são de suma importância para realização de procedimentos de Ortotanásia, buscando amenizar ao máximo a dor que o processo de morte causa ao paciente e à seus entes queridos, tendo em vista que estes passar a enxergar a finitude de sua própria vida.

3.3.3 Distanásia

Em um extremo à ortotanásia, tem-se a distanásia, que se caracteriza pela protelação, mesmo que exaustiva, da vida humana, com prioridade quantitativa frente ao inimigo que a morte representa¹⁰⁵.

¹⁰³ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 90.

¹⁰⁴ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 90.

¹⁰⁵ CÔRREA, Elídia Aparecida de Andrade. **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 158.

Como destaca Ramos, “[...] consiste na prática de prorrogar, por quaisquer meios, a vida de um paciente incurável, mesmo em quadro de agonia e dor, o que denominado também obstinação terapêutica”¹⁰⁶.

Nas palavras de Maria de Fátima Sá:

Outro importante termo é a distanásia, que, ao contrário do descrito acima, configura-se na atitude médica que tenta de todos os modos impedir a morte do paciente, seja por meios proporcionados ou não, sabendo não haver nenhuma possibilidade de cura e, frequentemente, infligindo ao paciente sofrimento desnecessário.¹⁰⁷

Os médicos associam a morte à ideia de fracasso, embora tenham pleno conhecimento de que se trata de um fato natural, e certo para todo homem. Essa obstinação terapêutica está também vinculada aos avanços da medicina moderna.

Cada vez mais a Medicina tem se posicionado de forma utilitarista, ao entender que os fins justificam os meios, tendo como fim a manutenção a qualquer custo da vida. Contudo, nesse processo verifica-se que muitas vezes a dignidade do paciente é posta como secundária:

Tem-se que não se pode privilegiar a dimensão biológica da vida humana, negligenciando a qualidade de vida do indivíduo. A obstinação em prolongar o mais possível o funcionamento do organismo de pacientes terminais não deve mais encontrar guarida no Estado de Direito, simplesmente, porque o preço dessa obstinação é uma gama indizível de sofrimentos gratuitos, seja para o enfermo, seja para os familiares deste.¹⁰⁸

Frente a esta, surgem inúmeras indagações acerca da violação da dignidade do paciente terminal, haja vista que muitas vezes são empregados tratamentos meramente experimentais, com intuito único de prolongar os dias de vida, e não de garantir a qualidade desses possíveis dias a mais.

Neste sentido é o posicionamento de Santoro, que discorre acerca da vedação à distanásia no ordenamento jurídico brasileiro:

¹⁰⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 469.

¹⁰⁷ MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 146.

¹⁰⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2005, p. 32.

Como visto, a dignidade da pessoa humana impede que o médico submeta o seu paciente a tratamento desumano e degradante, razão pela qual a obstinação terapêutica, verdadeiro sinônimo para tortura, é vedada em nosso ordenamento jurídico, ainda que decorra de um sentimento nobre do médico em querer prolongar ao máximo a vida de seus pacientes.¹⁰⁹

Verifica-se então que a maioria dos doutrinadores se posicionam contrários à prática da distanásia, em vista de ser muito mais benéfico aos pacientes terminais e seu familiares, a aceitação da morte em seu tempo certo, e não o prolongamento artificial da vida à qualquer custo.

3.3.4 Mistanásia

O termo mistanásia foi inicialmente apresentado por Leonard Martin, por seu entendimento de que determinadas situações não poderiam ser enquadradas como eutanásia, ao se considerar determinadas condições¹¹⁰.

Destacam-se três hipóteses: primeiramente pode decorrer da precariedade do sistema de saúde e da ineficiência da prestação estatal, configurando-se como uma “eutanásia social”:

Inúmeros fatores podem levar a esta hipótese de eutanásia social ou mistanásia, como a fome, o desemprego, a falta de rede de postos de saúde, enfim, é a própria ausência do Estado, que tem, conforme exposto acima, o dever de respeitar e de promover a dignidade da pessoa humana.¹¹¹

Importante destacar nessa hipótese de mistanásia, que a morte se dá unicamente pela falha do Estado em garantir a proteção da dignidade de toda pessoa humana, razão pela qual, deveria ser atribuída alguma punição.

¹⁰⁹ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 131.

¹¹⁰ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 126.

¹¹¹ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 127.

Pode decorrer, também, de conduta médica e /ou diagnóstico errôneo, ou então, por ato médico impiedoso. Em que pese essas duas possibilidades sejam similares, a diferença consiste no agir por parte do profissional da medicina: na primeira hipótese, a morte decorre de erro, enquanto na segunda, é resultado intencional do profissional.

3.3.3 Proteção jurídica da vida em situações de terminalidade

Em que pese o direito à vida seja garantia constitucional, não apresenta caráter absoluto, podendo ser relativizado quando em conflito com outro bem jurídico protegido pelo ordenamento¹¹².

Como mesmo destaca Carolina Alves de Souza Lima, *“O direito à vida não é, portanto, um direito absoluto. Mas esta relativização do direito à vida não lhe retira, evidentemente, a sua importância, muito pelo contrário, é o bem por excelência”*¹¹³.

Conforme complementa Luciano Santoro:

Quando a vida não puder mais ser preservada, sendo a morte iminente e inevitável, deve o médico adotar as medidas necessárias para a preservar e promoção da dignidade da pessoa humana, não submetendo o paciente a tratamento fútil; ao contrário, quando houver um mínimo de possibilidade de cura, o médico necessariamente deverá atuar nesse sentido, como consequência do direito à vida, porque o argumento que fundamenta a prevalência da dignidade humana (“morte iminente e inevitável”) não estará presente.¹¹⁴

Logo, resta evidente a necessidade de relativização em casos de pacientes terminais. Surge, então, como problema crucial, o conflito entre o direito à vida e à morte, e a necessária harmonização entre dignidade e autonomia. Neste sentido, dispõe Luciano de Freitas Santoro:

¹¹² LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia**. 1 .ed. 2007. 1 reimpressão 2009. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 39.

¹¹³ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 42.

¹¹⁴ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 83.

No entanto, esta relativização da dignidade da pessoa humana, privilegiando sobremaneira, quase que exclusivamente, autodeterminação do indivíduo, acaba contrapõe-se às próprias funções desta dignidade. Como visto, a função limitadora ou negativa impõe a ausência de adoção de condutas que agridam a dignidade do indivíduo - sejam estas emanadas do Estado, da Sociedade e do próprio indivíduo. Em contrapartida, a função prestacional impõe a promoção e realização desta dignidade, o que se contrapõe a ideia de que o indivíduo possa, apenas porque esta é a sua vontade, atentar contra a sua dignidade.¹¹⁵

O Código Penal Brasileiro não proíbe de forma expressa a eutanásia. Contudo, tipifica condutas que atentam contra a vida da pessoa humana, sendo possível a punibilidade frente a estas condutas, com adequação ao tipo penal homicídio privilegiado, previsto no art. 121, § 1 do CP, que determinada que a pena de homicídio (reclusão de 6 a 20 anos) pode ser reduzida pelo juiz de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se o agente tiver cometido o crime por relevante valor social ou moral.

Regis Prado destaca que o cometimento do homicídio por relevante valor social ou moral, também encontra guarida no artigo 65, inciso III, alínea "a" do Código Penal, em vista de se tratar de atenuante genérica¹¹⁶.

O autor também cita a eutanásia como hipótese de relevante valor social ou moral, discorrendo da seguinte forma:

Agregue-se, a propósito, que o “motivo humanitário ou de compaixão, característica altruísta e solidária geralmente comum a todas as variedades de eutanásia analisadas” (eutanásia pura ou genuína, indireta, passiva e ativa, salvo na hipótese de eutanásia eugenésica e socioeconômica) “faz com que o fato seja penalmente menos reprovável ao seu autor, sempre que resulte plenamente comprovado, independentemente de ter ou não mediado o requerimento da vítima”.¹¹⁷

Embora tal disposição consagrada pelo legislador penal, cabe salientar que o Código de Ética Médica Brasileiro faculta aos profissionais da Medicina a possibilidade

¹¹⁵ SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba. Juruá Editora, 2011, p. 75.

¹¹⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**/ Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 636.

¹¹⁷ ROMEO CASABONA, C. M. El Derecho y la bioética ante los limites de la vida humana, p. 472 apud PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**/ Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 436.

de abstenção na realização de procedimentos meramente protelatórios em casos de terminalidade.

Uma possível solução à luz do Direito, de forma a garantir uma proteção à vida em harmonia com a autonomia e a dignidade do paciente terminal, encontra-se na realização do testamento vital (*living will*), documento no qual a própria pessoa delibera acerca dos procedimentos que deverão ser adotados em eventual situação de terminalidade, enquanto sob plena consciência e saúde mental.

A Declaração possui validade desde que preencha os seguintes requisitos: seja emitida previamente pelo paciente terminal e consoante com a legislação brasileira, e que remonte apenas ao procedimento de ortotanásia (suspensão de procedimentos/tratamentos meramente protelatórios), vez que a condução de tratamentos paliativos asseguram a defesa da dignidade da pessoa humana¹¹⁸.

3.4 DIREITO COMPARADO

O estudo do Direito Comparado apresenta grande destaque como método de pesquisa jurídica, por meio do qual se atribui ao Direito como um todo o caráter de ciência:

O amadurecimento científico registrado no século em curso coloca o Direito Comparado como um valioso instrumento para se obter um melhor entendimento no plano das relações internacionais. Através da análise e comparação de ordenamentos jurídicos distintos, será possível não só encontrar os seus pontos comuns e evidenciar as suas particularidades como, também, captar as características básicas dos diversos países, o espírito do seu povo, as suas instituições, o seu projeto histórico, etc.¹¹⁹

Tendo em vista a complexidade da temática ora apresentada, resta evidente a importância de apresentar a posição adotada por outros países quanto à eutanásia e questões envolvendo a terminalidade da vida, bem como, casos reais.

¹¹⁸ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 164.

¹¹⁹ Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67009/69619>>. Acesso em: 13 de março de 2018.

3.4.1 Estados Unidos

Os Estados Unidos garantem autonomia aos estados para legislar sobre diversos assuntos, dentre eles questões relacionadas aos indivíduos em situação de terminalidade.

Embora a eutanásia seja proibida no país, os Estados de Washington, Califórnia, Oregon, Vermont, Novo México e Montana permitem o suicídio assistido.

O Estado de Oregon foi o primeiro estado norte-americano a legislar acerca da possibilidade da realização de suicídio assistido em pacientes terminais. Em 1994 foi aprovada a Lei sobre Morte Digna, que determinava requisitos básicos que permitiram o acesso a medicamentos ou informações que auxiliassem no processo de morrer, dentre os quais, a necessidade de confirmação do diagnóstico por outro médico e a avaliação acerca da capacidade do indivíduo que requeresse o procedimento¹²⁰.

Já o Estado da Califórnia possui desde 1977 legislação que regulamenta acerca da possibilidade de interrupção do tratamento em casos de terminalidade (*Natural Death Act*).

Contudo, foi apenas em 2016, após o caso de Brittany Maynard, jovem de 29 anos com câncer cerebral, que em seu estágio final de vida mudou-se para o Estado de Oregon, que já possuía regulamentação acerca do tema da morte com dignidade, que entrou em vigor uma lei que permite realização de suicídio assistido. Por esta nova lei, os médicos passaram a ter autorização para prescrever medicação letal aos pacientes terminais com prognóstico de vida inferior a 6 meses.

Verifica-se assim, que embora parcela dos estados norte-americanos permitam a realização do suicídio assistido, não há, por enquanto, regulamentação sobre a prática da eutanásia.

¹²⁰ Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/eutanore.htm>>. Acesso em: 20 de março de 2018.

3.4.2 Espanha

Em meados de 1920, foi observada a possibilidade de reconhecer a prática da eutanásia como uma forma piedosa de homicídio, sob influência do penalista Luiz Jiménez de Asúa.

Entendia-se que, se feita por piedade frente às súplicas do moribundo, e se o agente tivesse bons antecedentes, seria causa extintiva da punibilidade do mesmo. Contudo, esse entendimento não vigorou, e a prática da eutanásia foi classificada como uma conduta criminosa.

Atualmente, o Código Penal Espanhol pune a realização da eutanásia, como verifica-se pela leitura do trecho abaixo:

Aquele que causar ou cooperar ativamente com atos necessários e diretos para a morte de outro, com pedido expresso, sério e inequívoco deste, no caso de a vítima sofrer de uma enfermidade grave a qual o conduziria, necessariamente, à morte ou a graves problemas permanentes e difíceis de suportar, será punido com as penas inferiores a um ou dois graus ou à prisão de 2 a 5 anos (por mera cooperação) ou prisão de 6 a 10 anos (quando a cooperação colaborou com a morte).¹²¹

Em meio a essa temática, destaca-se o filme de Alejandro Amenábar, "Mar a Dentro". O filme relata o caso de Ramón Sampedro, jovem que ficou tetraplégico aos 25 anos, e frente aos anos de intenso sofrimento, solicitou junto ao Judiciário o deferimento da prática da eutanásia.

Em vista da negativa de seu pedido, fundada em dispositivo penal vigente à época, Ramón induziu seu óbito com administração de Cianeto de Potássio, com a ajuda de sua amiga Ramona Maneiro, a qual, embora tenha sido detida, não foi a julgamento pela ausência de provas materiais que comprovassem seu envolvimento com a morte de Ramón.

Somente após ter ocorrido a prescrição do crime que Ramona assumiu seu envolvimento na conduta, auxiliando o jovem a praticar a eutanásia e a gravar seu vídeo de despedida.

¹²¹ Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Ramón_Sampedro>. Acesso em: 13 de março de 2018.

3.4.3 Holanda

A Holanda foi o primeiro país a legalizar a prática da eutanásia. Após longos anos de debate acerca do tema, no ano de 2002 entrou em vigor a Lei da Eutanásia, que permite a prática do ato, e penaliza a má conduta com imputação de pena em até 12 anos de reclusão.

A lei discorre acerca de critérios que devem ser observados para realização do procedimento, quais sejam, a existência de doença incurável e dores intoleráveis, solicitação voluntária por parte do indivíduo doente, e parecer médico de um segundo profissional da Medicina, além daquele emitido pelo responsável pelo caso.

Também, a legislação holandesa apresenta particularidades, dentre elas, a possibilidade da realização do procedimento em menores de idade (idade mínima de 12 anos), da seguinte maneira: para jovens de 12 a 16 anos faz-se necessário o consentimento dos pais ou então de responsável; ao passo que para os de 16 a 17 anos, basta que os pais ou responsáveis estejam envolvidos no processo de decisão.

Recentemente veiculou na mídia notícia acerca de caso em que profissionais da Medicina autorizaram a eutanásia em jovem portador de câncer em tempo recorde, sendo o oitavo caso em que foi concedido a indivíduo menor de idade o direito à prática de eutanásia desde 2002.

O rapaz apresentava diagnóstico de câncer, em estágio de metástase e já sem possibilidade de cura, razão pela qual ansiava pela prática da eutanásia, visando cessar seu sofrimento:

Como prevê a legislação, um segundo profissional independente o inspecionou 48 horas depois para constatar seu histórico e confirmou que cumpria os requisitos necessários para pedir a eutanásia: uma dor insuportável e o fato de que não ser mais possível atingir a cura. O relatório ressalta nesse ponto que, apesar do avançado estado da doença, o menor "estava em pleno uso de suas faculdades mentais" e que "seus pais estiveram junto a ele" em todo o tempo. Três dias depois, a equipe médica aprovou a solicitação e o induziram a um coma para, posteriormente, administrar uma solução intravenosa.¹²²

122 Disponível em: <<https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/saude/holanda-autoriza-em-tempo-recorde-eutanasia-a-jovem-com-cancer,631345571bcca40957f9626c1c6e5bb4u9foobqu.html>>. Acesso em: 06 de março de 2018.

O caso em comento foi o que teve resposta mais rápida quanto à solicitação da eutanásia, e foi o único ocorrido no ano de 2016.

Embora a prática da eutanásia seja legal na Holanda, o caso foi muito comentado em vista da celeridade com que se foi concedida a autorização do procedimento, tendo em vista que, conforme registros, no ano de 2016, houve 6091 pedidos de eutanásia, que levaram em torno de 37 dias para serem analisados.

Apesar do país possuir legislação permitindo a prática da eutanásia, o mesmo enfrenta problemas com casos de eutanásia involuntária, nas quais a recomendação médica seria de administração de cuidados paliativos.

3.4.4 Dinamarca

Em que pese a prática de eutanásia seja proibida na Dinamarca, por muito tempo a questão foi amplamente debatida pela sociedade e pelo governo dinamarquês, sendo temporariamente deixada de lado à época da II Guerra Mundial.

Sob a pretensão de uma sociedade pura, voltados ao caráter produtivo de seus indivíduos, o programa de extermínio implementado pelo Governo Alemão denominado “Eutanásia” foi responsável pela morte de cerca de 20.000 pessoas, dentre estes, recém nascidos, adultos internados em instituições psiquiátricas e escravos estrangeiros. As mortes eram realizadas pela organização “T4”, formada por equipes médicas que possuíam imunidade legal concedida por Adolf Hitler:

Os administradores da T4 estabeleceram seis instalações de câmara de gás. Algumas horas após a internação dos pacientes nas clínicas, eles eram assassinados nas câmaras de gás, disfarçadas como banheiros, utilizando o monóxido de carbono puro para asfixiá-las. Os funcionários da T4 queimavam os corpos das vítimas nos crematórios das clínicas. Em seguida, os operadores levavam as cinzas das vítimas queimadas para uma pilha com outros restos mortais e as colocavam em urnas para enviar à família, juntamente com um certificado médico indicando uma causa de morte fictícia. Em agosto de 1941, após a população alemã haver tomado conhecimento do programa e iniciado protestos, Hitler ordenou que o programa fosse interrompido. Todavia, um ano depois, discretamente, os profissionais de saúde alemães retomaram os assassinatos, com a colaboração das autoridades locais. Eles continuaram a empregar injeções letais e a inanição como formas mais discretas de extermínio. No leste europeu, ocupado pela Alemanha, as SS e as unidades da polícia também assassinaram dezenas de milhares de pacientes incapacitados, utilizando fuzilamentos e caminhões

de gás. Os planejadores da "Solução Final" copiaram a ideia das câmaras de gás e dos crematórios, feitos inicialmente para a campanha T4, para uso em seu plano de extermínio dos judeus europeus. Os funcionários da T4 que se mostraram confiáveis durante a execução daquele primeiro programa de extermínio de deficientes em massa, posteriormente passaram a ocupar cargos proeminentes nas equipes alemãs que cuidavam de centros de extermínio de Belzec, Sobibor e Treblinka.¹²³

Somente a partir da década de 1960 foi que o tema eutanásia voltou a ser discutido pela sociedade dinamarquesa, sendo que em um primeiro momento a análise direcionou-se para a questão da interrupção ou não de tratamentos fúteis, em vista de grande número de casos em que não se verificava mais a consciência do paciente.

Apenas em 1972, com a publicação de resolução por parte da Comissão Dinamarquesa de Saúde, que o médico passou a ter discricionariedade para interromper tratamentos fúteis, sendo tal regulamentada por lei apenas em 1992.

Cabe destacar a organização "Testamento em vida", fundada em 1976, que atuou como forte influenciadora para a regulamentação jurídica da interrupção de tratamentos fúteis. A partir do testamento em vida, pode o indivíduo registrar sua opção de conduta a ser adotada pelo médico em casos que não seja mais possível externalizar sua vontade.

A partir de então, começou-se a discutir sobre a prática ativa da eutanásia, e a possibilidade de legalização. O debate dividiu opiniões, mas resultou apenas em recomendações a serem seguidas pela sociedade, visando um melhor cuidado aos pacientes terminais e o emprego de tratamentos paliativos (ligados à ortotanásia).

¹²³ Disponível em: <<https://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10007971>>. Acesso em: 05 de março de 2018.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo da presente monografia foi realizar um breve exame acerca da proteção da dignidade da pessoa humana conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro em situações de terminalidade.

Em um primeiro momento, o estudo voltou-se para a análise da evolução histórica dos direitos fundamentais e da proteção garantida aos mesmos nas constituições brasileiras.

Constatou-se que os direitos fundamentais consagrados na Constituição vigente surgiram em momentos distintos, acompanhando a evolução da sociedade, dividindo-se em: direitos de primeira dimensão (direitos civis e políticos), direitos de segunda dimensão (direitos de igualdade) e direitos de terceira dimensão (direitos de solidariedade).

Foram verificados também direitos de quarta e quinta dimensão, que apresentaram divergência doutrinária. Os de quarta dimensão seriam os ligados ao patrimônio genético (Norberto Bobbio) ou à globalização dos direitos fundamentais (Paulo Bonavides). Já o de quinta dimensão, seria o direito à paz, (Paulo Bonavides), sendo este classificado como de terceira dimensão por Karel Vazak.

Ao passar para a abordagem da evolução da proteção desses direitos nas Constituições, verificou-se que a mesma se deu de forma reflexa ao contexto social. Embora na Constituição de 1967 tenha sido a primeira vez que se viu a expressão “dignidade humana”, esta foi trazida de forma associada ao trabalho, sendo apenas a proteção prevista pela Constituição de 1988 à dignidade da pessoa humana garantida de forma plena, sem qualquer condicionamento.

Constou-se também a preocupação do legislador brasileiro quanto à proteção dos direitos no âmbito internacional, destacando-se a EC 45/2004, que permitiu ao Congresso Nacional a incorporação de tratados e convenções que versassem sobre questões de Direitos Humanos ao ordenamento jurídico brasileiro, com status constitucional.

Tendo em vista a verificação de que o Direito Positivo Brasileiro, além de se guiar pelas leis escritas, utiliza-se também de princípios, constatou-se que estes servem como base para o legislador no momento da determinação de normas,

assegurando a unicidade do sistema jurídico, diferentemente de regras, que garantem a segurança jurídica de forma objetiva.

Em seguida, passou a uma análise minuciosa acerca do que seria a dignidade, sendo verificado que constitui-se como um conjunto mínimo de direitos e garantias que deveria ser assegurado a todos os indivíduos, não podendo ser esquecida em momento algum.

Em meio a essa temática, o estudo guiou-se para uma pesquisa sobre a terminalidade da vida no Direito brasileiro, sendo verificada uma mudança de entendimento sobre a morte, em vista dos avanços da Medicina e da Tecnologia, que deixou de ser entendida como a interrupção dos batimentos cardíacos, passando a ser constatada a partir da falência encefálica, conforme Resolução CFM n. 1480.

Em seguida, foi explicitado acerca do diagnóstico de um paciente terminal, sendo este o indivíduo que não apresentasse mais qualquer possibilidades de cura, e que deixasse de responder às medidas terapêuticas aplicadas e conhecidas, assunto que levou a uma análise acerca de temas como Eutanásia, Ortotanásia, Distanásia e Mistanásia.

Constatou-se que a eutanásia seria a promoção do óbito, podendo ser ativa, na qual a morte é induzida, subdividindo-se em ativa direta (induz a morte para evitar o sofrimento) e ativa indireta (alivia o sofrimento visando uma morte tranquila), ou ainda, omissiva (obstinação de medidas indispensáveis para manutenção da vida por motivo de piedade ou compaixão).

Em vista da influência que os valores religiosos possuem, foi realizado uma breve estudo acerca da eutanásia pela visão das maiores religiões do mundo. Para o budismo, a eutanásia seria admitida em alguns casos, tendo em vista a valorização que a religião confere ao estado de espírito do indivíduo no momento de sua morte.

No cristianismo por sua vez, em face do valor divino que atribui à vida, admite-se a possibilidade apenas de deixar o paciente terminal morrer, de modo a ser possível a abstenção de tratamentos. Na tradição judaica, verificou-se que seria aceita apenas a cessação de tratamentos protelatórios, mas não a eutanásia direta. Já o islamismo, não reconhece a prática do suicídio e da eutanásia, por entenderem que apenas Deus teria o poder de encerrar a vida.

Distintamente, a Ortotanásia seria o emprego de tratamentos meramente paliativos, visando o controle dos sintomas, para diminuir o sofrimento do paciente, e não da doença em si, sendo tal permitida pelo Conselho Federal de Medicina

(Resolução n. 1805/2006). Neste tópico, fez-se necessário discorrer acerca dos *Hospices care*, clínicas que prezam pelo bem estar e qualidade de vida do paciente terminal, com emprego unicamente de cuidados paliativos, tratando os sintomas e amenizando as dores.

Em seguida, refletiu-se no texto sobre a Distanásia e a Mistanásia, sendo esta a morte em situações de miserabilidade, que majoritariamente ocorre pela ineficiência da prestação estatal, e aquela, a protelação exaustiva da vida humana.

Passou-se, então, um recorte mais jurídico do tema, quando foi possível verificar que a legislação penal brasileira tipifica condutas que atentem contra a vida da pessoa humana como crime de homicídio privilegiado, no qual insere-se a prática da eutanásia. Em que pese disposição do legislador, constatou-se que o Código de Ética Médica Brasileiro permite aos médicos a realização da ortotanásia em pacientes terminais, verificando-se assim, que os *Hospices* possuem suma importância no cenário atual.

Finalmente, o exame voltou-se para uma breve análise do Direito Comparado nos seguintes países: Estados Unidos, Espanha, Holanda e Dinamarca.

Quanto aos estados-membros dos Estados Unidos possuem autonomia legislativa sobre o tema, e que, em que pese e a eutanásia seja proibida no país, os Estados de Washington, Califórnia, Oregon, Vermont, Novo México e Montana permitem o suicídio assistido. Holanda, entre os países citados, foi o único país a legalizar a prática da eutanásia, em 2002, penalizando apenas a má conduta.

A Espanha possui legislação penal que proíbe expressamente a eutanásia. No mesmo sentido, verificou-se que na Dinamarca a prática também é proibida, destacando-se a organização Testamento em vida (1976), adequada à prática apenas de ortotanásia.

Assim, foi possível verificar que embora apenas a Ortotanásia seja admitida pela legislação brasileira, o cenário social muda de forma extremamente rápida, bem como, a tecnologia e os avanços da Medicina, razão pela qual é possível prever que futuramente surja também nova regulamentação jurídica acerca do tema.

Embora não se possa antever como a sociedade se comportará no futuro em relação à terminalidade da vida, pergunta-se: Até que ponto a preparação para os momentos finais da vida não deve ser feita pela família na educação de adolescentes e crianças? Por que não se incentivar a elaboração de um testamento vital que contenha a vontade da pessoa em relação aos seus últimos momentos?

Fato é que o cenário social muda de forma extremamente rápida, bem como, a tecnologia e os avanços da Medicina, razão pela qual resta evidente a necessidade de abordar o tema para com a sociedade, pois como mencionado no início do estudo, o homem nasce com a certeza da morte, mas não de como ela se dará, ou de como refletirá na vida de pessoas próximas.

BIBLIOGRAFIA/REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

Bioética e responsabilidade/ organizadoras Judith Martins-Costa, Letícia Ludwig Moller; autores Cristiane Avancini Alves... [et al]. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Côrrea. **Curso de direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BOBBIO, Norberto, 1909. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: EDIPRO, 2005.

Cidadania/Alexandre de Moraes, Richard Pae Kim coordenadores. São Paulo: Atlas, 2013.

CÔRREA, Elídia Aparecida de Andrade. **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia**. 1 .ed. 2007. 1 reimpressão 2009. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: Doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro/** Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

Revista brasileira de direito da saúde. Ano I, Número 1 - Julho a Dezembro de 2011. Editora Ltda janeiro de 2012.

SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte digna: O direito do paciente terminal**. 1 edição 2010. 1 reimpressão 2011. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2005.