

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Elisabete Susi de Avila Fernandes

A EUTANÁSIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE
HUMANA

Passo Fundo
2011

Elisabete Susi de Avila Fernandes

A EUTANÁSIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Monografia Jurídica, apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação da professora Me. Nadya Gusella Tonial.

Passo Fundo
2011

Em memória de Antonio Alves Fernandes,
pai, amigo, incentivador...
o seu amor incondicional será, para sempre,
a minha força

À professora orientadora, Me. Nadya Regina Gusella Tonial,
pela orientação que excede o profissionalismo,
pela confiança depositada,
por ser exemplo e inspiração,
Meu abraço e reconhecimento.

“A vida não tem mais que duas portas:
uma de entrar, pelo nascimento; outra de sair, pela morte.
Ninguém, cabendo-lhe a vez, poder-se-á furtar à entrada.
Ninguém, desde que entrou, em lhe chegando o turno,
Conseguir-se-á evadir à saída.
E, de um ao outro extremo, vai o caminho, longo ou breve,
ninguém o sabe, entre cujos termos fatais se debate o homem,
pesaroso de que entrasse, receoso da hora em que saia,
cativo de um e outro mistério que lhe confinam a passagem terrestre.”

Rui Barbosa

RESUMO

Este estudo versa sobre os direitos fundamentais na perspectiva dos cuidados médicos na iminência da morte, tendo como objetivo a análise jurídica da eutanásia em face dos direitos fundamentais esposados pelo Brasil, na busca pela concretização dos valores do Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal revela a primazia conferida ao direito à vida, à liberdade e à dignidade da pessoa humana, como pilares do Estado. Dessa forma, propiciar bem-estar ao ser humano é a razão de ser do ordenamento jurídico. Assim, cabe perquirir se, na iminência da morte, especificamente em caso de doença em estado terminal, invalidez irreversível ou quando constatada a inviabilidade de vida futura, apesar da possibilidade de manutenção artificial, a proteção conferida à dignidade da pessoa se apresenta ou não como argumento suficiente para permitir àqueles que desejarem a opção pela morte eutanásica ou ortotanásica. Nesse contexto, utilizando o método de procedimento documental e histórico, sob a ótica de abordagem dialética e hermenêutica, entende-se a vida como bem supremo e identifica-se a dignidade humana como valor capaz de sobrepor-se ao direito à vida, culminando na visualização do direito à liberdade como elo entre esses direitos, de modo que, em casos extremos, o direito à vida e à dignidade devem ser exercidos conforme a particular interpretação que deles se faça. Nessa senda, além da proteção contra atos degradantes, a dignidade da pessoa humana contempla a garantia a um bem mais valioso que a simples existência biológica: a vida digna.

Palavras-chave: Autonomia. Dignidade humana. Direitos fundamentais. Eutanásia. Ortotanásia. Vida.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O RESPEITO À PESSOA HUMANA.....	9
1.1 Os direitos fundamentais: sua origem e fundamentação	9
1.2 O direito fundamental à vida	16
1.3 Liberdade e autodeterminação	20
1.4 A dignidade da pessoa humana	25
2. A MEDICINA E OS CUIDADOS MÉDICOS NO FINAL DA VIDA	32
2.1 A medicina: objetivos e padrões éticos	32
2.2 Bioética	38
2.2.1 Biodireito	41
2.2.2 Bioconstituição	43
2.3 A medicina e o enfrentamento do final da vida	45
2.3.1 Conceito de morte	46
2.3.2 Medicina paliativa	48
2.3.3 Ortotanásia ou eutanásia passiva	50
2.3.4 Distanásia ou obstinação terapêutica	53
3 OS ASPECTOS JURÍDICOS DA EUTANÁSIA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	57
3.1 Conceito de eutanásia	57
3.2 Aspectos penais da eutanásia	62
3.2.1. Homicídio	63
3.2.2 Homicídio privilegiado	64
3.2.3 Auxílio ao suicídio ou suicídio assistido	68
3.3 Aspectos constitucionais da eutanásia	71
3.3.1 O conflito de normas constitucionais	74
3.3.2 A colisão entre direitos fundamentais	75
CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS	88

INTRODUÇÃO

Os avanços da medicina fizeram (re)surgir a controvérsia em relação à eutanásia. Ocorre que tanto os defensores da conduta quanto aqueles que a abominam apresentam argumentos válidos e relevantes, sobretudo quando se trata de profissionais da saúde ou operadores do direito. Esses argumentos constituem o foco do presente trabalho acerca da eutanásia enquanto conduta médica analisada à luz da dignidade da pessoa humana.

O ordenamento jurídico, à primeira vista, sequer permite cogitar uma intervenção que modifique o momento final da vida humana. No contexto médico, apesar de o aparato tecnológico possibilitar, por períodos cada vez mais longos, a manutenção da sobrevida, a morte ainda é vista como “fracasso terapêutico”. Assim, este estudo justifica-se pela relevância das discussões em torno da terminalidade da vida, o modo com que esta ocorre e repercute na sociedade e no direito.

Desse modo, busca-se identificar e analisar as intervenções médicas que envolvem a eutanásia, bem como as incipientes disposições legais pertinentes, especialmente em âmbito penal. Uma vez verificadas as intervenções médicas e as disposições penais, cumpre examiná-las em confronto com a supremacia da Constituição, em razão da consolidação do Brasil como Estado Democrático de Direito. Logo, cabe perquirir: a dignidade humana serve como fundamento jurídico para justificar a eutanásia, a pedido do paciente, quando inexistente dignidade na vida biológica?

Para responder a questão que se apresenta, utiliza-se o método de abordagem dialético em face do desenvolvimento do tema através da investigação das diversas teorias e dos posicionamentos defendidos, revelando a realidade em permanente transformação. Como métodos de procedimento, adotam-se o documental, com análise legal e doutrinária acerca da matéria e o histórico, pela imposição de se situar no tempo a evolução dos direitos fundamentais. O marco teórico reside no direito à vida e na proteção constitucional da dignidade humana, considerada princípio informador de todo o sistema constitucional.

O estudo encontra-se dividido em três capítulos que versam sobre os direitos fundamentais e o respeito à pessoa humana, a medicina e os cuidados médicos no final da vida e sobre os aspectos jurídicos da eutanásia à luz dos direitos fundamentais. Inicialmente, cuida-se de informar a origem e a fundamentação dos direitos fundamentais, fixando-os em

contexto histórico e acompanhando sua evolução em razão das demandas e dos diversos estágios do Estado. Nesse viés, aborda-se, primeiramente, o direito fundamental à vida, pontuando as diversas conotações a ele conferidas; em segundo lugar, examinam-se a liberdade e a autodeterminação, tendo em vista, especialmente, a aceção a elas conferida por Kant; por último, a dignidade humana como o direito fundamental de maior expressão constitucional, apesar da necessidade constante de delimitação do seu conteúdo.

O segundo capítulo apresenta um panorama da medicina atual e das diferentes formas de cuidado dirigidas aos pacientes no final da vida, apresentando também o conceito de morte. Assim, são trazidos os objetivos da medicina, seus padrões éticos e as áreas de atuação surgidas da crescente especialização, como a bioética, o biodireito e a bioconstituição. Ainda neste capítulo, estão as definições de medicina paliativa, ortotanásia ou eutanásia passiva e distanásia ou obstinação terapêutica, que correspondem, em ordem crescente, ao grau de utilização de tecnologia e medicamentos com ênfase em pacientes terminais.

No terceiro e último capítulo, concentram-se os aspectos jurídicos da eutanásia. Assim, parte-se do conceito de eutanásia, verificam-se seus aspectos penais, diante da ausência de tipificação própria, sob a denominação de homicídio, de homicídio privilegiado ou de auxílio ao suicídio, ou suicídio assistido. Em seguida, estão os aspectos constitucionais da eutanásia confrontando o princípio da dignidade da pessoa humana com o direito à vida e demonstrando o conflito entre normas constitucionais e a colisão entre direitos fundamentais.

Noticia-se, por fim, que não se pretendeu exaurir o assunto, visto que tal proposição, diante de tema tão polêmico, mostrar-se-ia, no mínimo, desarrazoada. Contudo, à vista da dimensão da dignidade humana e da reivindicação do ser humano de dispor plenamente de sua vida, inclusive buscando permissão para morrer, reconhece-se a extrema complexidade do assunto e a necessidade de novos e profundos estudos.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O RESPEITO À PESSOA HUMANA

O Estado democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.¹ Desse modo, a pessoa humana passou a representar o núcleo do ordenamento jurídico, momento em que a proteção e o respeito ao gênero humano surgem como dever do Estado e da própria sociedade.

Esta preocupação com a defesa do ser humano encontra-se amparada nos tratados internacionais de direitos humanos, bem como positivada na Constituição Federal por meio dos direitos fundamentais.

1.1 Os direitos fundamentais: sua origem e fundamentação

Os direitos fundamentais derivam dos direitos humanos atribuídos ao homem pelo simples fato de “ser humano” e representam a atenção às condições de existência digna. Mesmo considerando que aquele ideário enseja a concretização de valores basilares referentes ao mínimo essencial para uma vida digna, verifica-se, na legislação, na jurisprudência e na doutrina, certa confusão terminológica quanto ao uso dos termos direitos fundamentais e direitos humanos para definir aqueles direitos que, por sua extrema relevância, devam ser vivenciados universal e igualitariamente.

A doutrina entende que direitos humanos² são aqueles inerentes à condição humana e preexistentes em relação aos Estados e suas Constituições. Já os direitos fundamentais compreendem os valores primordiais³ de uma determinada sociedade e, em razão disso, são suscetíveis às influências dos avanços e retrocessos sociais, necessitando ser reconhecidos e

¹ Artigo 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;”

² “Os direitos humanos também podem ser entendidos como uma expressão idiomática contemporânea para direitos naturais.” DIAS, Maria Clara. **Dicionário de filosofia do direito**. Coord. Vicente de Paulo Barreto. Editora Unisinos, Livraria Editora Renovar, 2006. p. 243.

³ “Desse modo, não há um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa [...]. Nenhuma previsão especial pode ser exaustiva, porque deixaria de fora, necessariamente, novas manifestações e exigências da pessoa, que, com o progredir da sociedade, passam a exigir uma consideração positiva”. MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.p.114-115.

garantidos pela ordem jurídica. Verifica-se o uso frequente da expressão direitos fundamentais para denominar os direitos humanos contemplados pelas constituições estatais, ao passo que, nas declarações e convenções internacionais, utiliza-se, com preferência, a expressão direitos humanos.⁴

Todavia, as expressões direitos humanos e direitos fundamentais, não raro, são utilizadas como sinônimas, como no caso deste estudo, pois em que pese o debate “acerca da nomenclatura a ser utilizada para dar nome à coisa – direitos humanos e direitos fundamentais –, bem como no que concerne a seu caráter mutante – gerações e dimensões”, o que importa é compreender seu conteúdo e o “processo de transformação” que passam frente às “novas realidades”.⁵

A par das dessemelhanças, tidas como de somenos importância, é mister voltar no tempo e relembrar o momento histórico mundial que culminou com o reconhecimento dos direitos humanos.

Inicialmente, mostra-se incontestável que a primeira realização concreta dos direitos humanos ocorreu bem depois da Idade Antiga, na Europa Ocidental, à época da Baixa Idade Média, nas manifestações contra o absolutismo que “impuseram a João Sem-Terra o reconhecimento de direitos fundamentais inscritos na chamada Carta Magna⁶ e que se aperfeiçoaram nos ‘*bills*’ que se lhe seguiram”.⁷

Logo, a afirmação de uma lei suprema numa carta geral revelou o grande valor da Carta Magna ao estabelecer “um princípio fundamental: o governo daí por diante deveria significar algo mais do que o domínio arbitrário de qualquer homem e o costume e a lei deveriam erguer-se acima do próprio rei”. Entretanto, a história dos direitos humanos somente se desenvolveu com o Estado Moderno no qual ocorre o enfrentamento da questão das relações entre o indivíduo e o poder.⁸

⁴ LUÑO, Antonio Henrique Perez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5. ed. Madri: Editorial Tecnos, 1995.p.31.

⁵ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 6. Ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 144.

⁶ Considera-se a Carta Magna, assinada em 1215, ponto de partida para que liberdades e direitos civis pudessem cada vez mais se estabelecer. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7 ed, São Paulo, Saraiva, 2010. p. 92-93.

⁷ Na Magna Carta havia a possibilidade dos parlamentares apresentarem petições ao rei (*bills*) a quem competia determinar ou não a sua edição, no entanto foi em 1642 que os parlamentares passaram a editar as bills (*leis*) cabendo ao soberano tão somente a sua promulgação. CAGGIAGNO, Mônica Hermann Salém. **Direito parlamentar e eleitoral**. São Paulo: Manole, 2004. p. 12.

⁸ BICUDO, Hélio. **Direitos humanos e sua proteção**. São Paulo: FTD, 1997. p. 30 - 35.

A experiência da Revolução Gloriosa, que gerou o "Bill of Rights", em inglês, "Declaração de Direitos", em 1689, embora sendo uma declaração de direitos nos moldes das que posteriormente viriam a ser aprovadas, criou uma forma de organização do Estado que velava pelos direitos fundamentais. A Declaração de Direitos eliminou o permanente intervencionismo da monarquia quanto ao acúmulo de capital e criou as condições para o pioneirismo inglês na Revolução Industrial em meados do século XVIII. Contudo, a Revolução Industrial inglesa provocou mudanças sociais profundas, especialmente pelas difíceis condições de trabalho nas fábricas, desencadeando lutas sociais, nas quais o movimento sindical europeu questionava a enorme distância entre os direitos postos nas declarações e a realidade vivida pelos operários e pela população.⁹

A Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789 foram movimentos muito próximos, porém os americanos cobravam a presença do Estado para garantir o efetivo exercício dos direitos a todos que estavam impedidos de exercê-los. Essas revoluções foram consideradas revoluções liberais por defenderem os direitos individuais, de imprensa e organização e se materializaram na Declaração de Independência de 4 de julho de 1776 e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, mas foi somente em 1791 que a Constituição Americana incorporou os direitos e as liberdades individuais.¹⁰

Nesse contexto, Bobbio refere que, até ser transformada em direito positivo, a história dos direitos do homem passou por várias fases. Primeiramente, no interior de cada Estado e, após, expandindo-se até conquistar espaço no sistema internacional. Na sua gênese, “passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política”, ressaltando, todavia, que tal passagem ocorreu de forma gradativa “de especificação dos carecimentos e dos interesses, dos quais se solicita o reconhecimento e a proteção”.¹¹

A propósito dos “carecimentos”, constata-se sua mutabilidade em razão das condições históricas, políticas, técnicas e tantas outras que influem no elenco dos direitos do homem. A exemplo do ocorrido com a inviolabilidade da propriedade,¹² hoje submetida a toda sorte de limitações, que corrobora a tese da mutabilidade, pois “o que parece fundamental numa época

⁹ COMPARATO, A **afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 105-108.

¹⁰ ÉRNICA, Maurício; ISAAC, Alexandre; MACHADO, Ronilde Rocha. **O direito de ter direitos**. Disponível em: <http://www.educarede.org.br/educa/index.cfm?pg=oassuntoe.interna&id_tema=7&id_subtema=4>. Acesso: 14set. 2010.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.2-3.

¹² A propriedade era considerada “*sacre et inviolable*”, sagrada e inviolável, direito declarado absoluto no final do século XVIII. Ibid., p.18.

histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e outras culturas”.¹³

No Século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial, surgiu “a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional”. A par de sua incipiente existência, apenas como interesse particular e interno dos Estados, o Direito Internacional dos Direitos Humanos¹⁴ (re)surge e toma forma sobretudo como resposta ao regime de horrores e atrocidades da era do nazismo.¹⁵

De fato, considerando o repúdio mundial ao holocausto¹⁶ e as implicações em âmbito, tanto interno quanto internacional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem “pode ser acolhida como a maior prova até hoje dada do *consensus omnium gentium*¹⁷ sobre um determinado sistema de valores”, aprovada por 48 (quarenta e oito) Estados em 1948. Desde aquela data, serve de inspiração e orientação para uma comunidade internacional composta de indivíduos livre e iguais, “algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens”.¹⁸

A respeito da Declaração Universal dos Direitos do Homem, observa-se a inexistência de questionamentos ou reservas por parte dos Estados signatários, conferindo-lhe o “significado de um código e plataforma comum de ação” ou “consenso sobre valores de cunho universal”.¹⁹ Desde então, houve a evolução dos direitos acompanhando as demandas da sociedade, quanto em relação a bens a serem tutelados como em relação ao aumento do número de sujeitos de direito e a ampliação do tipo de status dos sujeitos.²⁰ Assim, surgem historicamente os direitos fundamentais em forma de gerações que se sucedem, mas se acumulam para representar um conjunto de valores que devem ser preservados em favor de cada pessoa.

¹³ BOBBIO, **A era dos direitos**. p.19.

¹⁴ Piovesan aponta, ainda, como fundamento para o fortalecimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos a crença que se disseminou em diversos países de que “se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse” a Segunda Guerra Mundial não seria palco de tamanho desrespeito ao gênero humano como aqueles levados a cabo na era Hitler. PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 30.

¹⁵ Ibid. p. 30.

¹⁶ O complexo de Auschwitz, no sul da Polônia, tornou-se o símbolo da barbárie nazista, porque era o maior entre campos de concentração e trabalhos e porque ali foram exterminados cerca de 1,5 milhão de pessoas nas câmaras de gás. Primo Levi permaneceu no campo de Monowitz, no complexo de Auschwitz, durante o ano de 1944, sobreviveu e relatou que “condição humana mais miserável não existe nem tampouco se pode imaginar. [...] tiraram-nos as roupas, os sapatos, os cabelos, até mesmo o nome nos tiraram [...] sofrimento, golpes, frio, cansaço, medo e promiscuidade reaparecem pelas noites nos pesadelos informes de uma violência maldita que só se pode ter o homem livre em horrendas noites de febre”. LEVI, Primo. **Isto é um homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.p. 35-38.

¹⁷ O “*consensus omnium gentium*” ou “*humani generis*” são expressões jusnaturalistas para definir consenso geral acerca da validade. BOBBIO, **A era dos direitos**. p. 26-27.

¹⁸ Ibid. p.28.

¹⁹ PIOVESAN. Op. Cit. p. 33.

²⁰ BOBBIO. Op. Cit. p.68.

Com efeito, nascem os chamados direitos de primeira geração (direitos de liberdade) relativos à vida, à segurança e outros que exigem um não-agir do Estado. Após, têm origem os de segunda geração (direitos sociais) “vinculados à positividade da ação estatal e preocupados com a questão da igualdade e aparecem como pretensão a uma atuação corretiva por parte dos Estados”.²¹ Já os direitos de terceira geração (transindividuais,²² coletivos²³ ou difusos²⁴) abarcam, principalmente, os direitos do consumidor e aqueles relacionados à questão da ecologia.²⁵

Com relação aos incipientes direitos de quarta²⁶ e quinta geração,²⁷ Streck aponta sua vinculação com as novas realidades e cita como exemplo de quarta geração a pesquisa genética, assim como as questões oriundas da evolução tecnológica/cibernética são exemplos de direitos de quinta geração.²⁸

No Brasil, a partir da Constituição de 1988, houve uma “redefinição do Estado brasileiro, bem como dos direitos fundamentais”, vale dizer, a criação e a consolidação do Estado Democrático de Direito, em franca oposição aos desmandos do regime militar que se encerrava, trazendo o eco das palavras de Bobbio quando afirmou que os direitos humanos se formulam quando e como as circunstâncias sócio-histórico-políticas são propícias e requerem o reconhecimento de novos conteúdos.²⁹

²¹ STRECK; MORAIS, **Ciência política e teoria do Estado**. p 145.

²² Ensina Ada Pellegrini Grinover que “novos grupos, novas categorias, novas classes de indivíduos, conscientes de sua comunhão de interesses, de suas necessidades e de sua fraqueza individual, unem-se contra a tirania da nossa época, que não é mais exclusivamente a tirania dos governantes: a opressão das maiorias, os interesses dos grandes grupos econômicos, a indiferença dos poluidores, a inércia, a incompetência ou a corrupção dos burocratas.” GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela dos interesses difusos**: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 33. Mazzilli complementa: “os interesses destas novas classes, categorias ou grupos de pessoas, são interesses que excedem o âmbito estritamente individual, todavia não chegam a constituir interesse público, [...] são interesses transindividuais”. MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 43.

²³ Conforme o artigo 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor: os direitos coletivos são conceituados como direitos transindividuais com determinação relativa dos titulares e indivisíveis, pois sua lesão afeta a todos os possíveis titulares. A ligação entre os titulares origina-se de uma relação jurídica-base (grupo, categoria ou classe de pessoas).

²⁴ Conforme o artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor: os direitos difusos são caracterizados pelo critério da indeterminação absoluta dos titulares e da inexistência entre eles de relação jurídica-base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico, no aspecto objetivo.

²⁵ Sob a inspiração da Revolução Francesa, as três gerações de direitos são as seguintes: “primeira geração se refere a direitos civis e políticos (*liberté*); a segunda geração a direitos econômicos, sociais e culturais (*égalité*) e a terceira geração se refere aos novos direitos de solidariedade (*fraternité*)”. Burns H. Weston apud PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.42.

²⁶ Segundo Bonavides, os direitos fundamentais da quarta geração correspondem à verdadeira institucionalização do Estado social: “São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação, e o direito ao pluralismo”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 523.

²⁷ Oliveira Junior definiu a quinta geração como aquela que trata dos direitos da realidade virtual, “que nascem do grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando no rompimento de fronteiras tradicionais, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via Internet, por exemplo”. OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.2000. p. 97 - 108.

²⁸ STRECK. Op. Cit. p. 145.

²⁹ PIOVESAN, **Temas de direitos humanos**. p. 32.

Desse modo, com o Estado Democrático de Direito estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social, tornando possível (e não punível) pugnar acerca da efetiva proteção dos direitos humanos, com o estabelecimento da constitucionalidade como princípio básico do Estado.

Portanto, “a razão de ser de todo Estado democrático de Direito é propiciar o bem estar e o pleno desenvolvimento do ser humano em seus mais variados aspectos, de forma igualitária, digna e respeitosa aos seus direitos fundamentais”. A razão de ser, enfim, do próprio Estado é a vida (digna, íntegra, igualitária e saudável) do ser humano.³⁰ No Brasil, como Estado Democrático de Direito, os direitos relacionados à ideia de manutenção da vida digna encontram-se positivados na Constituição Federal de 1988, dispersos por todo o texto e, de forma concentrada, expressos no artigo 5º da Carta Magna, sem com isso se limitarem àquele rol.

Assim, a Constituição de 1988 encontra-se em harmonia com a concepção contemporânea de direitos humanos, seja alargando o campo das garantias constitucionais, seja intentando fortalecer a tônica democrática. Entretanto, em face desse cenário, não ocorreu, automaticamente, a universalização da cidadania.³¹

A propósito da ressalva, manifestou-se O'Donnell dizendo que “o processo de democratização implica duas transições. A primeira, do regime autoritário para a instalação de um governo democrático. A segunda, deste governo para a consolidação democrática [...]”.³²

É este o contexto e o espírito da norma encontrada no parágrafo 2º do artigo 5º³³ da Constituição brasileira ao estabelecer direitos³⁴ e garantias³⁵ fundamentais³⁶ e prever a irradiação de novos princípios, pois “os direitos fundamentais exprimem determinados valores

³⁰ DELMANTO, Celso [et al.]. Código Penal Comentado. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 439

³¹ PIOVESAN. **Temas de direitos humanos**. p. 430.

³² O'DONNELL, Guillermo. *Transitions, continuities and paradoxes*. In Scott Mainwaring, Guillermo O'Donnell e J. Samuel Valenzuela (orgs.). *Issues in democratic consolidation: the south american democracies in comparative perspective*. Notre Dame: University of Notre Dame: Press, 1992. p. 18.

³³ Artigo 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

³⁴ Na lição de Rui Barbosa: “Os direitos são aspectos, manifestações da personalidade humana em sua existência subjetiva, ou nas suas situações de relação com a sociedade ou com os indivíduos que a compõem”. BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva & Cia, 1934. p. 178. Já em Rabenhorst encontramos a definição de direito objetivo como sendo “o conjunto de normas vigentes em uma determinada sociedade”, ao passo que direito subjetivo, vem a ser “a faculdade, a prerrogativa, o poder, imunidade ou privilégio.” RABENHORST, Eduardo. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.p. 56.

³⁵ Na lição de Rui Barbosa: “As garantias constitucionais “*stricto sensu*” são as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder.” BARBOSA, **Comentários à Constituição brasileira**. p. 178.

³⁶ “Ora uma coisa são garantias constitucionais, outra coisa os direitos de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança, política ou judicial.” Ibid. p.178.

que o Estado não deve apenas respeitar, mas também promover e proteger. Valores esses que, de outra parte, alcançam uma irradiação por todo o ordenamento jurídico”.³⁷

Logo, é necessário reconhecer essas rupturas e transformações, porque o “conceito de Estado de Direito irá implicar a assunção de um novo feíto para Estado e Direito”.³⁸ Em relação à questão dos direitos humanos, no contexto do Estado Democrático de Direito, observa-se o aprofundamento e a renovação dos conteúdos albergados, pois representam

conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-física e afetiva dos seres e de seu habitat, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, surgem sempre como condição fundamental da vida, impondo aos agentes político-jurídico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo.³⁹

Na mesma seara, percebe-se a vinculação entre os direitos humanos e o Estado,

porque sobre lo que versan los Derechos humanos es sobre la relación de cada individuo con los demás y, sobre todo, versan sobre la relación de cada individuo con la forma institucional surgida del pacto con los demás: el Estado. A la postre, es en relación con el Estado donde tienen sentido los Derechos Humanos.⁴⁰

Esta nova concepção faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado na dupla perspectiva de garantias individuais e como base da ordem político-jurídica, corroborando o entendimento de que “os direitos fundamentais constituem os pressupostos sobre os quais se devem edificar qualquer sociedade democrática”.⁴¹

Com efeito, o retorno à democratização é marco inicial da incorporação de importantes preocupações da comunidade internacional relativas aos direitos humanos, sua

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang: Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista Jurídica* ano 55, n. 352. Porto Alegre. p. 56.

³⁸ STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria do Estado*. p. 101.

³⁹ Ibid. p. 147.

⁴⁰ “Os direitos humanos versam sobre a relação de cada indivíduo com os outros e, acima de tudo, sobre a relação de cada indivíduo com a forma institucional advinda do pacto com demais, o Estado. No fim, é em relação ao Estado onde tem sentido os Direitos Humanos”. LUÑO, Antonio Henrique Perez. *La universalidad de los derechos humanos*. In García, José Antonio López; Real, J. Alberto del. *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. Madrid: Dykinson. 2000. p. 66.

⁴¹ BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 37.

proteção e promoção, pois, mais do que nacionais de cada Estado, existem pessoas que, por sua vez, são cidadãos do mundo. Assim, os direitos fundamentais representam valores que são positivados na Carta Maior com efeitos que se refletem em toda a ordem jurídica, demonstrando respeito à pessoa. Desses, ressaltam-se o direito à vida, à liberdade, especialmente relacionada à sua manifestação volitiva, e à dignidade humana.

1.2 O direito fundamental à vida

Atualmente, a vida é um valor supremo, na dimensão particular de cada um. Com a revisão da história e a análise da evolução do direito, vê-se que nem sempre foi assim. De vidas humanas, já dispuseram os reis, a igreja e também outros homens. Nessa perspectiva, importa visualizar o direito à vida, desde seu reconhecimento como direito fundamental até sedimentar-se na forma atual, bem como assinalar as mudanças havidas.

É senso comum que a religião fornece a base para a noção mais rudimentar de direito à vida. Seja o cristianismo, o judaísmo, o islamismo, o taoísmo ou o confucionismo, todos fornecem uma linha ética que aproxima o direito à vida da determinação do que é sagrado. O cristianismo professa que Deus criou o homem “à Sua própria imagem” e que cada ser humano individual é uma representação do poder divino. A visão judaica considera a vida humana pertencente a Deus. Para o hinduísmo, é a alma que deve suportar as dores do corpo.⁴²

O conceito de vida é, também, uma questão filosófica de alta indagação desde a antiguidade. Para Platão,⁴³ alma e vida se igualavam, porque era próprio da alma mover-se por si. Os gregos possuíam duas palavras que significavam vida: *zoe* que se traduz como o fato de viver comum a todos os seres vivos e *bios* que identifica um modo particular de vida própria de um indivíduo ou de um grupo.⁴⁴

⁴² HERKENHOFF, João Baptista. Gênese dos Direitos Humanos: Religiões e Sistemas Filosóficos em face dos DH. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/livro1/filos1/religio1.html>>. Acesso em 01mai. 2011.

⁴³ É considerado um dos principais pensadores gregos, pois influenciou profundamente a filosofia ocidental. Suas ideias baseiam-se na diferenciação do mundo entre as coisas sensíveis (mundo das ideias e a inteligência) e as coisas visíveis (seres vivos e matéria). REALE, Giovanni. **Platão**. São Paulo: Loyola, 2007. p.189 .

⁴⁴ AGAMBEN, Giorgio. Vida humana e ciência. **Revista de direito constitucional e internacional** jul.-set/2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 56.

Modernamente, Chaves, ao definir vida assevera que, para a psicologia, ela é algo que oscila entre um interior e um exterior, entre uma “alma” e um “corpo”, assim como Georg Simmel imaginava a vida como uma corrente contínua através das gerações sucessivas [...] uma continuidade sem limites. Chaves conclui questionando “quem poderá definir essa pulsação misteriosa”? ⁴⁵

Com relação ao valor da vida humana, Dworkin explica que “tratamos a vida de uma pessoa como subjetivamente valiosa quando avaliamos seu valor para ela própria, isto é, em termos de quanto ela quer estar viva, ou de quanto o fato de estar viva é bom para ela”. E prossegue, denominando esse valor subjetivo como valor pessoal, porque “a vida de uma pessoa é a coisa mais importante que ela tem”. ⁴⁶ Ainda, analisa o valor instrumental da vida humana, adotado “em termos do quanto o fato de ela estar viva serve aos interesses dos outros: do quanto aquilo que ela produz torna melhor a vida de outras pessoas”. ⁴⁷

Para Dworkin, “uma coisa é sagrada ou inviolável quando sua destruição deliberada desonra o que deve ser honrado,” logo o sagrado é intrinsecamente valioso, “é inviolável pelo que representa”. Ainda, aponta um segundo processo pelo qual algo pode vir a ser sagrado: sua história, o modo como veio a existir. Contudo, ao concluir sua análise sobre o sagrado, o autor atenta para a existência de graus do sagrado, ilustrando com a extinção dos tubarões, que considerariamos lamentável, mas nem tanto, por ser uma espécie perigosa para as pessoas. Aponta, também, para a existência de seletividade no trato daquilo que for considerado inviolável, chamando atenção para a complexidade da estrutura da qual derivam as convicções. ⁴⁸

Assim, “o fato de que a espécie humana deve sobreviver e prosperar é uma premissa inarticulada, inquestionável e quase despercebida, mas ainda assim reina absoluta em nosso planejamento político e econômico”. Nesse sentido, refere que a preocupação com as gerações futuras deriva de um “sentimento instintivo” de que a sobrevivência do ser humano tem valor sagrado. ⁴⁹

⁴⁵ CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)**. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 16.

⁴⁶ DWORKIN, **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. p. 101.

⁴⁷ Dworkin cita Pasteur como exemplo de vida instrumentalmente valiosa devido a sua contribuição para medicina. Ibid. p.103.

⁴⁸ Ibid. p.104-105.

⁴⁹ Ibid. p.106.

Sobre o “estado natural dos seres vivos”, Garcia⁵⁰ afirma que “a ciência jurídica atribuiu a qualidade de bem-jurídico, em si mesmo relevante e socialmente valioso.” E prossegue pontuando que sobre esse estado “cuja manutenção e a integridade passam a ser objeto da lei” centra-se o exercício do direito à existência, o direito de viver.

Com relação ao vocábulo vida, torna-se imprescindível a lição de Silva, diferenciando a vida meramente biológica daquela que deve ser protegida constitucionalmente, ao afirmar que a “vida, no texto constitucional (art. 5º, caput) não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva”. Desse modo, “sua riqueza significativa é de difícil apreensão, porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade”.⁵¹

Em outras palavras, para o direito, a vida representa mais que o fator biológico. A capacidade humana de modificar o meio e de sentir é que o faz “ser”, uma personalidade autônoma, que confere ao homem uma dimensão mais que meramente formal (Kelsen) ou material (Spota), e sim moral.⁵²

A expressão direito à vida tem, no mínimo, dois sentidos: em primeiro lugar, o “direito a continuar vivo” e, em segundo lugar, “o direito de subsistência”. O direito a continuar vivo está ligado à segurança física da pessoa humana, quanto a agentes humanos ou não, que possam ameaçar-lhe a existência; o segundo, ligado ao “direito de prover a própria existência, mediante trabalho honesto.”⁵³

Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Moraes, ao dizer que o direito à vida, positivado na Constituição, exige que o Estado o assegure em sua dupla acepção: uma delas relacionada ao direito de permanecer vivo e a outra acepção de ter direito à vida digna quanto à subsistência.⁵⁴

Defendendo a perspectiva de que os direitos humanos são inerentes à condição do ser humano, ao passo que os direitos fundamentais são tutelados juridicamente, Leite⁵⁵ assevera: “em verdade, o direito fundamental do ser humano à vida, é lei não criada pelo Estado, mas

⁵⁰ GARCIA, Maria. A inviolabilidade constitucional do direito à vida. **Revista de direito constitucional e internacional** ano 16 nº 65 out.-dez./2008. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 197.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.p. 200.

⁵² SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e direito ao próprio corpo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.16.

⁵³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. vol. I, art. 1º a 5º, LXVII. Rio e Janeiro: Editora Forense Universitária, 1988. p. 182-183.

⁵⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000, p. 62.

⁵⁵ LEITE, Rita de Cássia Curvo. **Transplante de órgãos e tecidos e direito da personalidade**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.p.50.

pelo Estado apenas reconhecida. É que pertence ao ser humano pelo simples fato de ter sido concebido. É-lhe inerente, e não concedido.”

A doutrina moderna fixa o direito à vida como direito individual básico, assim como a liberdade, a segurança, a igualdade e a propriedade e afirma que os demais direitos individuais decorrem desses direitos básicos. Nessa seara, o bem jurídico vida humana surge como o mais importante direito do homem, razão pela qual se dá a sua maior relevância na ordem constitucional vigente.

Essa importância já se verificava na Declaração de 1948⁵⁶ da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas a qual trouxe expressa em seu artigo 3º que “todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. Igualmente, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos,⁵⁷ da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, de 1966, referiu em seu artigo 6.1: “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”.⁵⁸ Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 1969, estabeleceu no art. 4.1: “Toda pessoa tem direito a ter sua vida respeitada [...]. Ninguém será privado da vida arbitrariamente”.⁵⁹

No Brasil, o direito à vida somente foi expressamente previsto na Constituição de 1946,⁶⁰ conferindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país “a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade.” A Constituição seguinte, de 1967⁶¹, manteve o direito à vida entre suas disposições, apesar das

⁵⁶ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 20 mai.2011.

⁵⁷ “A Declaração de 1948 fez surgir a necessidade de se reformular e, ao mesmo tempo, de se reafirmar os direitos e garantias fundamentais do Homem. Dentro desse nicho e duas décadas de engendrado o marco dos Direitos Humanos do século XX, surgiam dois grandes blocos, dos quais emanavam as preocupações e os principais postulados da Declaração de 1948: o dos direitos civis e políticos e o dos direitos sociais, econômicos e culturais [...] o *Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos*, de 1966 aborda aqueles primeiros”. LOPES, Gills, **Entendendo o “Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos”**. Disponível em <http://www.mundialistas.com.br/blog/?p=2> 340. Acesso em: 05 out. 2011.

⁵⁸ Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 20 mai.2011.

⁵⁹ Pacto de São José da Costa Rica - Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 20 mai.2011.

⁶⁰ Artigo 141 da Constituição de 1946: “Capítulo II Dos Direitos e das Garantias Individuais Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes”.

⁶¹ Artigo 150 da Constituição de 1967: “Capítulo V Dos Direitos e Garantias Individuais Artigo 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

emendas constitucionais que lhe sobrevieram. Na atual Constituição, o artigo 5º⁶², caput, assegura a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil o direito à vida.

Descrevendo como a vida tornou-se ponto de referência para o homem, por ocupar a posição de destaque antes pertencente ao cosmo, assevera Arendt que

o motivo pelo qual a vida se firmou como ponto último de referência na era moderna e permaneceu como bem supremo para a sociedade foi que a moderna inversão de posições ocorreu dentro da textura de uma sociedade cristã, cuja crença fundamental na sacrossantidade da vida sobrevivera à secularização e ao declínio geral da fé cristã [...]. Pois a “boa nova” cristã da imortalidade da vida humana individual inverteu a antiga relação entre o homem e o mundo, promovendo aquilo que era mais mortal, a vida humana, à posição de imortalidade até então ocupada pelo cosmo.⁶³

Cabe registrar que não se olvida o evidente privilégio concedido ao direito à vida, fundamento axiológico dos direitos fundamentais, no manifesto entendimento de que, sem vida não há bem que o direito possa proteger. Entretanto, repisadas as construções doutrinárias acerca do viver, garantido constitucionalmente, importa verificar a relevância do direito fundamental à liberdade e à autodeterminação, como inarredável complemento da vida (digna).

1.3 Liberdade e autodeterminação

A expressão liberdade expressa a faculdade de cada um decidir ou agir segundo a própria determinação, ou poder de agir dentro dos limites impostos, ou, ainda, com a supressão ou ausência de toda a opressão considerada anormal, ilegítima, imoral. Em termos jurídicos, corresponde ao direito de fazer ou não fazer alguma coisa. O direito à liberdade foi consagrado no caput do artigo 5º e é referido em diversos outros artigos da Constituição Federal de 1988.

⁶² Artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

⁶³ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 327.

Dentre os vários significados do conceito de liberdade, Mendes destaca o autodomínio, a capacidade de autodeterminação⁶⁴ e a vontade livre.⁶⁵ Segundo ele, a construção desse conceito sofreu influência de diversos momentos históricos para que assim se firmasse. Primeiramente, na *polis* grega, liberdade era sinônimo de participação na vida pública e, portanto, não era apanágio de todos⁶⁶, nem sequer havia discussão a respeito da prática da escravidão. No século V a.C., por influência de Sócrates,⁶⁷ a liberdade passou a ser compreendida em uma dimensão ética que envolvia o domínio de si próprio, na qual escravo seria qualquer homem que fosse subjugado por seus apetites e paixões, independente de seu status social.⁶⁸

Na Idade Média, encontra-se, no Cristianismo, um poderoso limitador da liberdade humana, especialmente com o pensamento de Santo Agostinho⁶⁹, cujo aspecto central diz que a natureza humana, pelo livre-arbítrio, está sujeita a distanciar-se do bem, no sentido de fazer surgir o mal. Na época, acreditava-se que admitir uma liberdade humana absoluta equivaleria a “reconhecer que o homem é igual a Deus”, afrontando a superioridade de Deus e da Igreja Católica sobre os homens.⁷⁰

Com o Renascimento,⁷¹ no século XIV, a ideia de liberdade tornou-se discussão cotidiana em consequência dos desafios políticos das cidades europeias e do contato com

⁶⁴ Serra refere sobre o papel central da liberdade na filosofia do direito de Kant: “a liberdade não é entendida por Kant, não só negativamente, como ausência de impedimentos (internos ou externos), mas também positivamente, como autonomia, autodeterminação e afirmação do valor absoluto da pessoa”. SERRA, António Truyol y. **História da filosofia do direito e do Estado**. Lisboa: Instituto de Novas Profissões, 1999. p. 366.

⁶⁵ “concebe-se a vontade como uma faculdade que alguém possui de determinar-se a si mesmo.” KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes** (Col. Os Pensadores). São Paulo: Editora Abril, 1973. p. 76-77. Pegoraro, acerca dos ensinamentos de Kant sobre a vontade livre, dispõe: “A vontade livre e autolegislativa confere a si mesma a norma do agir moral”. PEGORARO, Olinto. Ética e justiça, Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 2009. p. 54.

⁶⁶ “O trabalho realizado pelos escravos era uma base sobre a qual estavam assentados a liberdade e o desenvolvimento cultural (*paideia*) dos cidadãos” século VII-IV a.C. MENDES, Alexandre Fabiano. Verbete: liberdade. **Dicionário de filosofia do direito**. Coord. Vicente de Paulo Barreto. Editora Unisinos, Livraria Editora Renovar, 2006. p. 534.

⁶⁷ Entre os povos da Antiguidade, as leis eram amplamente restritivas da liberdade individual. Pereira diz que temos em Sócrates um exemplo clássico do conflito entre a ordem subjetiva e a ordem legal e afirma: “Sócrates serviu-se de sua própria experiência (submetendo-se a sentença de morte por cicuta) para fazer com que a verdade acerca do justo e do injusto viesse à tona”. PEREIRA, Aloysio Ferraz. **História da filosofia do direito**: das origens a Aristóteles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 37.

⁶⁸ MENDES. Op. Cit. p. 534.

⁶⁹ Santo Agostinho foi um dos principais expoentes da chamada filosofia patrística, pela qual a personificação do homem, em princípio, foi uma resposta cristã à distinção entre homens e escravos. A noção da pessoa como valor em si mesma, surge da síntese das culturas grega, romana e judaico-cristã, atribuída a Santo Agostinho. ALVES, Glaucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a dignidade da pessoa. In **A reconstrução do direito privado**. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. Judith Martins-Costa (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 213-229. p. 215.

⁷⁰ AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p.188.

⁷¹ “O termo Renascimento é comumente aplicado à civilização européia que se desenvolveu entre os anos 1300 e 1650, nesse período ocorreu a valorização do homem (Humanismo) e da natureza, em oposição ao divino e ao sobrenatural, conceitos que haviam impregnado a cultura da Idade Média”. BORGES, Renato. **O Renascimento**. Disponível em < http://www.professorrenato.com/index.php?option=com_content&view=article&id=161:Renascimento>. Acesso em 05 out. 2011.

estudiosos greco-latinos, preceituando a tolerância religiosa e a liberdade de opinião ao criticar os excessos da Igreja, apontando para uma concepção racional de ser humano.⁷²

Também nas concepções seiscentistas de Estado, a análise do valor liberdade e suas implicações fizeram estabelecer a distinção entre a liberdade natural⁷³ e a liberdade civil, sendo esta nascida da formação do Estado, enquanto aquela verificada anteriormente à formação do Estado. O conceito de liberdade funcionava como fundamento do Contrato Social.⁷⁴

Em contrapartida, John Locke⁷⁵ entendia, como função primordial do Estado, a proteção da propriedade e da liberdade individuais, considerando a intervenção na liberdade somente possível mediante o devido processo legal. Tal entendimento firmou o conceito incipiente de liberdades políticas e lastreou o surgimento do habeas corpus.⁷⁶

Com o surgimento da sociedade burguesa, ocorreu a consolidação da liberdade como direito individual do cidadão, culminando em sua proteção jurídica frente à atuação do Estado, através de Declarações como a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia⁷⁷ e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.⁷⁸

É nesse contexto que Benjamin Constant⁷⁹ estabeleceu a diferenciação entre a “liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos” ao afirmar que esta é “plenamente individual - um simples deixar-me em paz - em cujo vigor o homem poderia dedicar-se ao comércio e enriquecer sem sofrer coações de origem externa, principalmente das autoridades

⁷²“O homem renascentista queria abrir-se para o mundo e para isso era necessário marcar as diferenças vigorantes entre a razão e a fé, entre o livre pensamento e a predestinação divina” MENDES, **Dicionário de filosofia do direito**. Coord. Vicente de Paulo Barreto. p. 535.

⁷³ A Liberdade natural era entendida com aquela anterior ao pacto social. Ibid. p. 535.

⁷⁴ “Predominou, na época, a visão de que os homens nascem livres, mas _para que essa liberdade não ocasione a destruição recíproca dos indivíduos_ caberia ao Estado a tarefa de ordenar a sociedade e garantir o livre exercício da liberdade civil. (...) Hobbes propôs o sacrifício da liberdade sob o primado da coação.” MENDES, **Dicionário de filosofia do direito**. Coord. Vicente de Paulo Barreto. p. 534.

⁷⁵ Ao contrário de Hobbes, que “propôs o sacrifício da liberdade sob o primado da coação,” John Locke defendia “um modelo liberal do Estado”. Ibid. p. 535.

⁷⁶ Na sua origem, na Magna Carta de 1215, servia como controle legal da prisão do cidadão; uma garantia em favor de quem sofria violência ou ameaça de constrangimento ilegal na sua liberdade de locomoção, aproximando-se do que hoje se entende como devido processo legal. Somente em 1679, passou a ser utilizado como garantia constitucional do direito de ir e vir. Ibid. p. 536.

⁷⁷ A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia data de 15 de maio de 1776. Disponível em <<http://www.usconstitution.net/vdeclar.html>>. Acesso em 12 de jul. de 2011.

⁷⁸ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, disponível em <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/503563/Declaration-of-the-Rights-of-Man-and-of-the-Citizen>>. Acesso em 12 de jul. de 2011.

⁷⁹ Benjamin Constant ao perceber que a sociedade burguesa começava a se impor, também nos ambientes políticos, abre os debates acerca do significado político que se deva atribuir à liberdade. MENDES, **Dicionário de filosofia do direito**. Coord. Vicente de Paulo Barreto. p. 536.

políticas”.⁸⁰ Mais tarde, a diferenciação foi retomada e originou os conceitos de liberdade negativa e positiva.⁸¹

Aqui, importa lembrar o registro de Habermas sobre as grandes codificações destinadas não apenas a assegurar a instituição da propriedade privada, mas também de uma esfera de atuação privada garantida pela liberdade de contratação, de empreendimento e de herança.⁸²

Com efeito, a referida liberdade contratual⁸³ resultou na disseminação da autonomia da vontade e do ideário da mínima interferência do Estado nos contratos privados. Contudo, não há como se olvidar das severas críticas desenvolvidas por Karl Marx à noção de liberdade do burguês “fechado em si mesmo e separado da comunidade, gozando da liberdade de usufruir da própria fortuna sem atentar para os outros homens”.⁸⁴

A divergência entre a sociedade civil e o Estado, relativa ao tema da liberdade, vigorou até meados do século XIX, quando as lutas sociais, oriundas das relações de trabalho, alteraram as feições do Estado, deixando de haver subordinação como regra absoluta na relação com os sujeitos privados. A “fuga para o direito privado” após a Primeira Guerra é informada por Couto e Silva⁸⁵ e por Saldanha,⁸⁶ sendo que este, inclusive, atribui à influência da filosofia de Kant,⁸⁷ de liberdade como ideal de sistema.

Hodiernamente, sob a égide das Constituições sociais democráticas que visam a garantir uma ordem econômica justa, não se permite que se cerceie a liberdade do particular. Com isso, tendo presentes os pressupostos históricos, vê-se que “o direito à liberdade corresponde ao direito de cada um agir sem restrições e sem coações”.⁸⁸ Em face da liberdade, tem-se a proibição do uso de pressão e violência como mecanismos para que o ser humano tenha uma determinada conduta. A restrição, que deve ser imposta à liberdade

⁸⁰ MENDES, **Dicionário de filosofia do direito**. Coord. Vicente de Paulo Barreto. p. 536.

⁸¹ Os conceitos de liberdade negativa e liberdade positiva são atribuídos ao filósofo político Isaiah Berlin, segundo o qual o primeiro deles condiz com os direitos civis (estar-livre-de), portanto de tradição liberal, enquanto o segundo, a liberdade positiva, vincula os direitos políticos (estar-livre-para), logo de tradição republicana. Ibid. p. 536.

⁸² HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural na esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 95.

⁸³ Liberdade Contratual, segundo Ascensão, quer dizer, a possibilidade de decidir contratar ou não contratar; o livre arbítrio para decidir, segundo os interesses e conveniências de cada um, se estabelecerá ou não uma relação contratual com outro, e quando a estabelecerá. Ascensão, José de Oliveira, Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o Novo Código Civil. In **Revista de EMERJ** v.7, n.26. Rio de Janeiro, 2004, p. 80.

⁸⁴ MENDES. **Dicionário de filosofia do direito**. Coord. Vicente de Paulo Barreto. p. 537.

⁸⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. **Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas**. Revista de Direito Administrativo, n. 209, Rio de Janeiro, jul.-set./1997. p. 57.

⁸⁶ SALDANHA, Saldanha. **Conceituações do direito: tendência privatizante e tendência publicizante**. Revista de Direito Público, n. 81, 1987. p. 75.

⁸⁷ A filosofia de Kant concebe a liberdade como postulado maior. Em síntese, estabelecida a liberdade, a vontade, a moral, e o dever são sintetizados no imperativo categórico: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se tome lei universal”. Kant, **Fundamentação da metafísica dos costumes**. p. 223.

⁸⁸ DIAS, **Dicionário de filosofia do direito**. Coord. Vicente de Paulo Barreto. p. 246.

humana, tanto em relação a si mesmo quanto em relação aos outros, é a capacidade para agir de maneira racional, ou seja, “não somente estabelecer uma relação de meios-fins, mas de eleger seus próprios fins.”⁸⁹

A par da importância da autonomia, observa-se como imperativa a adoção de uma postura que não inclua apenas os seres capazes de se autodeterminar, trazendo a análise para os casos que envolvam a fragilidade e a vulnerabilidade.⁹⁰ Assim, “justamente quando a autonomia falha, a demanda por direitos de outro tipo se torna ainda mais premente” como no caso de crianças ou de pessoas com grave deficiência física ou déficit mental.⁹¹

Nesse prisma, a liberdade implica o reconhecimento da autodeterminação posta como um núcleo privilegiado na esfera dos direitos humanos e identificada como exercício de autonomia e de tal forma determinante que, mesmo a abrangente terminologia “direitos humanos”, torna-se inadequada para abraçar a extensão de seu objeto o qual tende a refletir a compreensão de sociedade, ora mais voltada para o ser em si mesmo, ora centrada no ser no mundo.⁹²

A propósito da capacidade humana de deliberar, fixar metas ou planos de vida, Kant vinculou razão⁹³ e autonomia⁹⁴ como indispensáveis à dignidade humana, concluindo que ser livre é mais que a simples ausência de impedimentos externos. A rigor, partindo deste prima, “ser livre não é apenas vencer o jugo dos tiranos, mas afirmar que o homem, pelo livre-arbítrio, promove-se à condição de senhor de suas escolhas”.⁹⁵

Tratando sobre liberdade, impõe-se referir a resistência contra a cultura da disciplina e outros mecanismos de dominação, proposta como a “arte da indocilidade refletida” na qual

⁸⁹ DIAS, **Dicionário de filosofia do direito**. Coord. Vicente de Paulo Barreto. p. 247.

⁹⁰ A exemplo do ocorrido com a adoção do Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso e Código de Defesa do Consumidor, todos refletindo a preocupação da sociedade e do legislador na defesa daqueles que se encontram em situação de hipossuficiência. A respeito do artigo 227, da Constituição Federal que dispõe: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Prediger informa: “não restam dúvidas de que os direitos previstos no caput do artigo 227 da Lei Maior constituem-se em Direitos Fundamentais reservados àquelas pessoas que, devido ao seu peculiar estado de desenvolvimento físico e mental, merecem atenção e proteção especiais. Tal previsão não apenas alçou o tema da proteção da criança e do adolescente ao nível constitucional, mas foi além lhe conferindo o status de direito fundamental, com todas as consequências e efeitos que derivam desta especialíssima espécie de direitos”. PREDIGER, André Eduardo Schröder. **Da concretização dos direitos fundamentais previstos no artigo 227 da Constituição Federal**. Disponível em <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id400.htm>. Acesso em 06 out. 2011.

⁹¹ DIAS, **Dicionário de filosofia do direito**. Coord. Vicente de Paulo Barreto. p. 248.

⁹² Ibid. p. 248.

⁹³ “se a razão não quer se submeter à lei que ela se dá a si própria, tem de se curvar ao jugo das leis que um outro lhe dá”. Kant, I., O que Significa Orientar-se no Pensamento? In **Textos Seletos**. Petrópolis: Ed. Vozes, 1985, p. 94.

⁹⁴ “[...]... que outra coisa pode ser, pois, a liberdade da vontade senão autonomia, isto é, a propriedade da vontade de ser lei para si mesma”? Kant, **Fundamentação da metafísica dos costumes**. p. 243.

⁹⁵ BORNHEIM, Gerd. O sujeito e a norma. In **Ética**, Adauto Novaes (Org.). São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 247.

liberdade e autonomia tem a ver com ética, com a “crítica permanente visando assegurar o exercício contínuo da liberdade”.⁹⁶

Portanto, ressalta-se a importância do reconhecimento da autonomia como elemento indissociável da condição humana, bem como para assegurar a efetividade das declarações de vontade, especialmente nas situações mais particulares de saúde e que envolvam a essência daquilo que os torna indivíduos: sua singularidade.

1.4 A dignidade da pessoa humana

A dignidade humana tem sido defendida como o mais relevante dos direitos fundamentais, por reunir, em seu bojo, outros tanto direitos inerentes ao homem. Assim, entende-se que não há como descartar a dignidade da vida humana sem acarretar desconsideração ao texto constitucional, de modo que a simples possibilidade de sacrifício da dignidade deve ser evitada. Apesar do reconhecimento, sua proteção ainda carece de maior efetividade.

A palavra dignidade provém do latim *dignus* e era empregada no sentido de alta função, cargo ou título eminente e, nesse contexto, a dignidade poderia ser conferida e retirada de alguém. A rigor, esse era o sentido comumente utilizado para definir dignidade e se baseava na busca permanente do homem por reconhecimento, normalmente associado à honra, sem estabelecer distinção entre a pessoa e seus atos.⁹⁷

De outra parte, percebe-se que a dignidade humana “é historicamente um conceito cristão”⁹⁸ e, em razão disso, a noção jurídica da pessoa é fruto da aliança entre o monoteísmo judaico e a filosofia grega: “o Deus pessoal judaico-cristão concede personalidade ao homem aristotélico, individual e racional”.⁹⁹

⁹⁶ BITTAR, Eduardo. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 24.

⁹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang, **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 112.

⁹⁸ Dworkin assevera que Deus criou os homens ‘à Sua própria imagem’, assim “cada ser humano individual é uma representação, não apenas um produto, de um criador divino”. DWORKIN, **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. p. 114.

⁹⁹ SARLET, Ingo. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.p. 66.

Ainda em caráter preliminar, cabe referir a dificuldade de se estabelecer uma conceituação clara do que efetivamente seja a dignidade humana, por se cuidar de conceito vago e impreciso, apesar do trabalho da doutrina e da jurisprudência no sentido de construir uma noção jurídica sobre o tema que, nas palavras de Sarlet, “reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional”.¹⁰⁰

Também existe a dificuldade de saber em que consiste a dignidade.¹⁰¹ Em que pese as discussões de filósofos, teólogos e sociólogos, no final, a difícil tarefa de “dar substância a um conceito que, por sua polissemia e o atual uso indiscriminado, tem um conteúdo ainda mais controvertido do que no passado” caberá ao jurista.

Apesar da evidente dificuldade, exige-se certo grau de segurança e estabilidade jurídica para determinar o âmbito de proteção da dignidade. Cuidando dessa determinação, na Alemanha,¹⁰² considerava-se a dignidade humana atingida sempre que o indivíduo fosse rebaixado a objeto, tratado como uma coisa, descaracterizado e desconsiderado como sujeito de direitos.¹⁰³

Semelhante lição encontra-se em Dworkin, segundo o qual, na concepção kantiana, a dignidade deve ser apreendida como direito das pessoas nunca serem “tratadas de maneira que se negue a importância de suas próprias vidas”.¹⁰⁴ Assim, Kant defendia que a dignidade é um atributo apenas daquilo que é insubstituível e incomparável e, assim, somente o homem, ser racional e autônomo, possui esse atributo. Nessa linha, o pensamento de Kant foi o que melhor revelou a dignidade humana, através da consideração do homem como fim em si mesmo. Logo,

o homem e, de uma maneira geral, todo ser racional existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim.¹⁰⁵

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988** 7. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009. p. 46.

¹⁰¹ Para Moraes, a dignidade envolve quatro elementos: a liberdade, a integridade psicofísica, a igualdade e a solidariedade. MORAES. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. p.114-115.

¹⁰² A Lei Fundamental de Bonn proclama em seu artigo 1º, 1: “A dignidade do homem é intangível e constitui dever de todas as autoridades do Estado respeitá-la e protegê-la”. O artigo 1º, 2, acrescenta “reconhece-se os invioláveis e inalienáveis direitos do homem, como fundamento de toda comunidade humana, paz e justiça no mundo”. BARACHO, José Alfredo. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.p. 107.

¹⁰³ SARLET, **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. p. 65.

¹⁰⁴ DWORKIN, **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. p. 339.

¹⁰⁵ Kant, **Fundamentação da metafísica dos costumes**. p. 223.

Na ótica kantiana, a dignidade deriva do lugar que o homem ocupa na escala dos seres, por identificar em si e em seus semelhantes a mesma essência livre e racional, isto é, uma idêntica humanidade. Seguindo a linha traçada pelos ensinamentos de Kant, encontra-se uma gama de doutrinadores defendendo a dignidade da pessoa humana como a luz fundamental e estrela máxima do universo principiológico,¹⁰⁶ a exemplo de Tepedino e Vera-Cruz que asseveram:

com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2.º do art. 5.º, no sentido da não exclusão de quaisquer garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.¹⁰⁷

É no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e Interno.¹⁰⁸

Coroando os balizados entendimentos aduzidos, tem-se que a dignidade pode ser definida como:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano e que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais, que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável no destino da própria existência da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.¹⁰⁹

¹⁰⁶ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 56.

¹⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 50

¹⁰⁸ PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Considerações genéricas sobre os Direitos da Personalidade. **Revista CEJ**: Direito Civil, Brasília: Junho/Junho, v. 8, n. 25, 2004, p. 40-41.

¹⁰⁹ SARLET, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988** 7. ed. p. 67.

Desse modo, verifica-se a existência das dimensões da dignidade humana, sustentando seu o caráter multidimensional, apresentando-se como conceito aberto e inclusivo, ou seja, “uma proposta em processo de construção”.

Como fundamento da dignidade, Martins-Costa,¹¹⁰ fazendo referência à doutrina francesa, assinala que, o princípio jurídico da dignidade humana vai além do “ser da pessoa” e designa “a humanidade da pessoa” e salienta, com base na mesma doutrina: “se todos os seres humanos compõem a humanidade (...) dizemos que todos eles são humanos e dignos de ser”.

111

Com efeito, a noção de dignidade das pessoas centra-se na autonomia que impõe seja compreendida como autonomia em abstrato, ou seja, “na capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que o absolutamente incapaz possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano”.¹¹²

Ainda a respeito da fundamentação da dignidade,¹¹³ vê-se que esta deve ser assegurada, não sendo necessário que a pessoa tenha consciência de sua dignidade ou que saiba defender-se, basta-lhe existir, gerando deveres concretos de tutela por parte do Estado, tanto no aspecto negativo quanto no aspecto positivo.¹¹⁴

A partir desse prisma e em oposição à lição de São Tomás de Aquino,¹¹⁵ destaca-se que a dignidade da pessoa não desaparece, por mais baixa que seja a conduta do ser humano,

¹¹⁰ “*La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*” in *La personne em danger*. P.U.F., 1999. p. 397 citada por MARTINS-COSTA, Judith, “As interfaces entre Direito e Bioética”, in J. Colet (org.) **Bioética**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001. p. 67-84. p. 74.

¹¹¹ “*dignité de la personne humaine, un concept nouveau*” in *La personne em danger*. P.U.F., 1999. p. 509 citada por MARTINS-COSTA, Judith, “As interfaces entre Direito e Bioética”, in J. Colet (org.) **Bioética**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001. p. 75.

¹¹² SARLET, **Dimensões da Dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. p. 21-22.

¹¹³ O doutrinador alemão Günter Dürig, ao comentar a Lei Fundamental da Alemanha, asseverou que “cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como formatar sua existência e o meio que o circunda”. Ibid. p. 50.

¹¹⁴ Assim, no aspecto negativo: proteção contra atos que violem os direitos fundamentais e no aspecto positivo: medidas que lhes assegurem o devido respeito e promoção. SARLET, **Dimensões da Dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. p. 32.

¹¹⁵ “São Tomás de Aquino, justificando a pena de morte, sustentava que o homem, ao delinquir, decai da dignidade, rebaixando-se à condição de besta”. Ibid. p. 20.

pois não se considera a dignidade como mera prestação, isto é, uma conquista vinculada às ações da pessoa, mas sim uma qualidade inerente ao ser humano.¹¹⁶

Desse modo, “a história dos direitos dos homens é a história da própria noção de pessoa humana, de sua dignidade, da sua inviolabilidade”,¹¹⁷ momento que a consolidação do quadro atual dos direitos humanos e, em especial, do princípio da dignidade humana “refletem a história de um combate”, não sendo meramente “uma marcha triunfal” e, menos ainda, “a história de uma causa perdida de antemão”.¹¹⁸ Logo, a noção de dignidade ínsita a todas as pessoas foi conquistada paulatinamente ao longo da história, até que se compreendeu a necessidade de respeito às pessoas pelo fato de pertencerem ao gênero humano.

No Brasil, a Carta de 1988 apresenta-se como “marco de transição para o regime democrático”, revelando a dignidade da pessoa humana como um “superprincípio constitucional”, “um valor absoluto”, em face de que “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”.¹¹⁹ Nessa linha, “a dignidade humana constitui valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico”.¹²⁰

Contemplando os princípios¹²¹ constitucionais,¹²² desde logo, verifica-se a dignidade humana como “núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e a compreensão do sistema constitucional,¹²³ isto é, assegurando a prevalência dos direitos humanos e endossando a concepção contemporânea de cidadania.¹²⁴ Esse processo de especificação vai além da

¹¹⁶ DA SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia in **Revista de Direito Administrativo**, vol. 212, 1998. p. 84-94. p. 93

¹¹⁷ Atas do Colóquio *Genétique, Procréation et Droit, Actes Su.*, P.U.F., p. 14 citada por RAPOSO, Mario. **Procriação assistida – aspectos éticos e jurídicos**. São Paulo: Juruá, 2004. p. 91.

¹¹⁸ LAFER, Celso. Prefácio ao livro *Direitos humanos e justiça internacional* (Flávia Piovesan), São Paulo: Saraiva, 2006.

¹¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Prefácio ao livro Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988** (Ingo Wolfgang Sarlet) 7. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

¹²⁰ MARTINS-COSTA, Judith, “*As interfaces entre Direito e Bioética*”, in J. Colet (org) **Bioética**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001. p. 67-84. p. 75.

¹²¹ Segundo Reale, os “Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade”. REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1994. p. 46.

¹²² Para Luis Roberto Barroso, “princípios constitucionais são o conjunto de normas que espelham a ideologia da constituição, seus postulados básicos e seus fins, (...) fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui”. BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 141.

¹²³ PIOVESAN, **Temas de Direitos Humanos**- 4. ed. p. 384.

proteção apenas pela dignidade inerente ao ser humano e objetiva “garantir um tratamento diferenciado e especial a todo um grupo de pessoas em iguais condições próprias e específicas, que leve em consideração suas peculiaridades e suas necessidades essenciais”,¹²⁵ considerando o ser humano em sua concretude, com suas especificidades e peculiaridades.

A par das especificidades, encontra-se a lição de Ascensão, refletindo sobre a pessoa direitos fundamentais e direito da personalidade, apontando para a “pessoa total que se reflete no direito” em suas várias facetas. Primeiramente, como “**sujeito** do Direito”, ou seja, “o homem tem necessariamente de ser reconhecido como sujeito, actor na vida jurídica”; num segundo momento, como “**fundamento** do Direito”, pois “todo o direito é constituído por causa do Homem, [...]. É porque há homem que o direito existe. A justificação profunda do direito encontra-se sempre na realidade da pessoa”; e por último, como “**Fim** do Direito”, porque “o homem não só funda o direito, como este se destina todo a servir o homem. É para a realização do homem que a ordem jurídica existe. A globalidade da sua organização, mesmo nos aspectos mais técnicos, tem o sentido de servir o homem que a integra”.¹²⁶

Pela sua magnitude, o princípio da dignidade da pessoa humana exerce a função de elemento que confere tanto unidade, quanto legitimidade à ordem constitucional. Nesse sentido, Canotilho aponta a dignidade da pessoa humana como uma das bases da República, asseverando que

a pessoa humana não é objeto, é fim e não meio das relações jurídico-sociais. Nestes pressupostos, radica a elevação da dignidade humana, a trava mestra de sustentação e legitimação da República e da respectiva compreensão da organização do poder político. Com este sentido, a dignidade da pessoa humana ergue-se como linha decisiva de fronteira (“valor limite”) contra totalitarismos (políticos, sociais, religiosos) e contra experiências históricas de aniquilação existencial do ser humano e negadoras da dignidade da pessoa humana (escravatura, inquisição, nazismo, estalinismo, polpotismos, genocídios étnicos).¹²⁷

¹²⁴ Piovesan informa como três os elementos essenciais da concepção contemporânea de cidadania: a indivisibilidade e a universalidade dos direitos humanos e o processo de especificação do sujeito de direito. Ibid. p. 384.

¹²⁵ PIOVESAN, **Temas de Direitos Humanos**- 4. ed. p 359.

¹²⁶ ASCENSÃO, Oliveira J.. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade In **Revista da Faculdade de Direito de Lisboa**. Vol. L- n.ºs 1 e 2. Lisboa: Coimbra Editora, 2009. p. 24

¹²⁷CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa anotada**, vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 198.

Logo, a dignidade da pessoa se assenta sobre três aspectos importantes, quais sejam “a igualdade de direitos entre os homens”, pois constituem uma sociedade como pessoas e não como cidadãos; a “garantia de independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda a atuação que implique na sua degradação”; e, por fim, a “não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou a imposição de condições subumanas de vida”.¹²⁸

As reflexões acerca do princípio da dignidade humana, comumente submetidas às apreciações subjetivas de cada um, cabem ao direito por “intermédio de uma adequada construção e compreensão da noção de dignidade da pessoa humana, a superação de qualquer visão unilateral e reducionista e a promoção e proteção da dignidade de todas as pessoas em todos os lugares”.¹²⁹

Depreende-se da análise dos direitos fundamentais esboçados, em primeiro lugar, sua crescente relevância em sede constitucional, eis que elevados à categoria de princípios norteadores de todo o ordenamento jurídico. Em segundo lugar, destaca-se a permanente renovação dos conteúdos ínsitos em tais direitos, em face da evolução das demandas sociais.

Portanto, ao tratar de um princípio importante como é a dignidade da pessoa humana, importa enfatizar que a evolução das demandas decorrentes e ainda não incorporadas pelo direito exige uma atuação do aplicador do direito mais abrangente e singular, de modo a alcançar aquelas situações que escapam às formulações cotidianas e albergam, no mais das vezes, necessidades profundas do ser humano.

Desse modo, o contexto social e jurídico atual possibilita novas abordagens sobre a terminalidade da vida, especialmente em termos de cuidados médicos, em que situações não previstas na legislação existente reclamam o conhecimento e a atuação do direito.

¹²⁸ FLÓREZ VALDÉS, Joaquín Arce. **Los principios generales Del derecho y dua formulación constitucional**. Tradução de Magno Federici Gomes. Madrid: Civitas, 1990.p. 149.

¹²⁹ SARLET, Dimensões **da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. p. 40.

2. A MEDICINA E OS CUIDADOS MÉDICOS NO FINAL DA VIDA

A medicina é a mais humana das ciências e a mais científica das humanidades.

Edmund Pellegrino

Independente dos reflexos do modelo estatal adotado, a medicina exerce função indispensável para a sociedade. A rigor, assume-se que a tenha exercido desde sempre, contudo, atualmente, tal mister, apesar do reconhecimento, tem recebido sérios questionamentos, quando não severas críticas, especialmente no que respeita aos tratamentos que digam com a terminalidade da vida.

Os avanços tecnológicos acontecem de forma rápida, em todas as áreas do conhecimento, inclusive na medicina como corroboram as palavras de Bernard “a medicina mudou mais nos últimos 50 (cinquenta) do que nos 50 (cinquenta) séculos precedentes”¹³⁰ e o faz para atender o desejo humano de “assumir o controle de tudo – da vida e da morte – o que ontem era atribuída ao acaso, ou aos processos aleatórios da natureza, ou a “Deus” para quem tinha uma crença”.¹³¹

A discussão evidencia a evolução das demandas por saúde, das tecnologias disponíveis, bem como da dimensão atribuída ao homem no Estado Democrático de Direito. O contexto da questão revela que, mesmo em nível institucional, dúvidas e contradições são comuns na abordagem deste tema ao mesmo tempo tão abrangente, singular e profundamente humano que é o término da vida.

2.1 A medicina: objetivos e padrões éticos

Apesar da cediça definição de medicina como “ciência e arte de curar” ser usada desde a antiguidade e da sua função ser reconhecida em todas as culturas, várias são as conotações atribuídas ao termo. Na definição padrão, tem-se que a medicina é uma modalidade de

¹³⁰ BERNARD, Jean. *De la biologie à l'éthique*. Tradução de Regina Castilho. Campinas: PsyII, 1994, p. 29.

¹³¹ PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando prolongar a vida?* São Paulo: Loyola, 2007. p. 32.

trabalho social, uma profissão voltada para a comunidade, cujos praticantes dedicam-se, tipicamente, ao diagnóstico das enfermidades e à terapêutica dos enfermos e, de maneira acessória, à profilaxia das doenças e demais condições patológicas bem como da reabilitação das pessoas inválidas.¹³²

Logo, salvar e prolongar a vida representa o objetivo clássico da medicina, momento em que essa ciência se mostra inimiga do envelhecimento e da morte. Os outros objetivos dela são a promoção e a manutenção da saúde, bem como o alívio da dor e do sofrimento.¹³³

Ainda, menciona-se a saúde pública como campo de atuação da medicina, com quem esta compartilha seus objetivos, tanto que aquela foi explicitada pela Organização Panamericana de Saúde como “o esforço organizado da sociedade, principalmente através de suas instituições de caráter público, para melhorar, promover, proteger e restaurar a saúde das populações por meio de atuações de alcance coletivo”.¹³⁴

Assim, sustenta-se que o profissional da medicina pode ser definido como “o ser humano pessoalmente apto, tecnicamente capacitado e legalmente habilitado para atuar na sociedade como agente profissional da medicina – o que lhe assegura o direito de praticar todos os atos que a legislação permite ou obriga”.¹³⁵

Desse modo, os deveres e vedações éticos, antigamente intuitivos, requerem atualmente uma codificação para que possam ser conhecidos, respeitados e sancionados por grandes grupos profissionais. Além do dever ético de ter conhecimento técnico-profissional, o Código de Ética Médica regra, também, o dever ético de ser, no intuito de preservar sua atuação profissional. Assim, a exigência não se resume à capacidade técnica, mas reclama a “virtude do ser”.¹³⁶ Nesta seara, encontram-se os preceitos do Código de Ética Médica,

¹³² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Medicina e atos médicos - Em defesa do direito da população à assistência médica digna e de qualidade.** Brasília, 2003, disponível em <[HTTP://www.portalmédico.org.br/atomedico/arquivos/Broch3.pdf](http://www.portalmédico.org.br/atomedico/arquivos/Broch3.pdf)>. Acesso em 31 jul. 2011.

¹³³ PESSINI, Leocir. **Distanásia: até quando prolongar a vida?**- 2. ed.-São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007. p. 46-47.

¹³⁴ FORTES, Paulo Antonio. **Bioética e saúde pública: A Epidemia A (H1N1).** In VIII CONGRESSO BRASILEIRO DE BIOÉTICA, 2009. Anais eletrônicos. Disponível em < <http://www.sbbioetica.org.br/index.aspx?p=8>>. Acesso em 28 jul. 2011.

¹³⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Medicina e atos médicos - Em defesa do direito da população à assistência médica digna e de qualidade.** Brasília, 2003, disponível em <[HTTP://www.portalmédico.org.br/atomedico/arquivos/Broch3.pdf](http://www.portalmédico.org.br/atomedico/arquivos/Broch3.pdf)>. Acesso em 31 jul. 2011.

¹³⁶ No dizer de Sá: “Não bastam as competências científica, tecnológica e artística: é necessária também aquela relativa às virtudes do ser, aplicada ao relacionamento com pessoas, com a classe, com o Estado, com a sociedade, com a pátria”. SÁ Antonio Lopes. **Ética Profissional.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 141.

indicando, em seus capítulos e artigos, a forma ideal de se exercer tão necessário mister, das quais mencionam-se:

Capítulo I - Princípios Fundamentais

[...]

Artigo V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.

Artigo VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

[...]

Artigo XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

[...]

Capítulo IV – Direitos Humanos

É vedado ao médico:

Artigo 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Artigo 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Artigo 26. Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la.¹³⁷

Dentre as disposições éticas pertinentes à profissão do médico, destacam-se o princípio do paternalismo e da autonomia. O primeiro, ou seja, o paternalismo médico traduz a conduta que tem por intenção beneficiar o paciente, desconsiderando o seu consentimento. Pode envolver omissão ou distorção das informações e também o uso da força ou da coerção, sempre com a intenção de não causar ao paciente sofrimento psicológico.

A procura por fazer o bem é a essência do juramento hipocrático e a prática da medicina é habitualmente relacionada ao altruísmo, no entanto, quando supondo saber o melhor para o paciente, os médicos tomam, intencionalmente, decisões sem considerar a

¹³⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1931/2009 de 17 de setembro de 2009. Estabelece as normas éticas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício da profissão, independentemente da função ou cargo que ocupem. Disponível em <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=cate_gory&id=9&Itemid=122>. Acesso em 31 jul. 2011.

vontade daquele “... esta elevação do saber ao poder leva à passagem da beneficência ao paternalismo”.¹³⁸

O ato paternalista ocorre frequentemente em pacientes terminais quando, no intuito de preservar os familiares e diminuir o sofrimento do paciente, o médico opta pelo tratamento que entende mais adequado,¹³⁹ porém “a singularidade do paciente não deve ser desprezada, seus benefícios não devem se restringir à esfera terapêutica, não se pode separar o problema daquele que o possui”.¹⁴⁰

Ao analisar a relação paternalista do médico com o paciente, percebe-se a existência de duas formas: o paternalismo fraco que “é aquele que restringe a autonomia em favor da beneficência, em indivíduos com restrição de capacidade temporária ou definitiva”, e o paternalismo forte, ou seja, “exercido em indivíduos plenamente capazes”.¹⁴¹

Historicamente, a conduta paternalista foi praticada habitualmente até que os Tribunais Americanos, em 1914, passaram a entender que a intervenção sem consentimento era uma violação ao direito de autonomia do indivíduo. Dito de outro modo, o direito do paciente decidir, de forma autônoma, sobre sua saúde e tratamento passou a ser defendido nos Tribunais vinculando um elemento essencial da ética da medicina: o respeito à pessoa.¹⁴²

Essa recondução ao princípio da autonomia revela que o indivíduo é soberano sobre si mesmo, de seu próprio corpo e sua mente. Para o autor, apenas a conduta em relação a terceiros está sujeita às regras da sociedade e, por esse prisma, no que diz respeito à conduta dirigida a si próprio, a liberdade é absoluta.¹⁴³

¹³⁸ SILVA, FL. **Beneficência e paternalismo**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1997. p. 87.

¹³⁹ BEIER, Mônica. Revista de Medicina de Minas Gerais, vol. 20, nº 2, 2010. Algumas considerações sobre o paternalismo hipocrático. Disponível em [HTTP://rmmg.medicina.ufmg.br/index.php/rmmg/article/view/241/](http://rmmg.medicina.ufmg.br/index.php/rmmg/article/view/241/). Acesso em 28 jul.2011.

¹⁴⁰ SELLETI, Jean Carlos; GARRAFA, Volnei. **As raízes cristãs da autonomia**. Petrópolis: Ed. Vozes, 2005. p. 53.

¹⁴¹ BEIER, Op. Cit.

¹⁴² ALMEIDA, José Luiz Telles de. **Respeito à autonomia do paciente e consentimento livre e esclarecido: uma abordagem principialista da relação médico-paciente**. 1999. 129 p. [Doutorado] Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, 1999. Disponível em <<http://portaldesicict.fiocruz.br/transf.php?script=thescover&id=000025&lng=pt&nrm=iso>>. Acesso em 28 jul. 2011.

¹⁴³ MILL, Stuart. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Editora Escala, 2006. p. 28

Posição¹⁴⁴ nem tão radical se verifica na lição de Almeida ao abordar o princípio do respeito à autonomia, referindo que “requer mais que a obrigação de não intervenção em assuntos pessoais, porque inclui a obrigação de manter a capacidade de escolha autônoma em pessoas que estejam com receios e outras condições que debilitam ou interrompam a ação autônoma”.¹⁴⁵

Portanto, a autonomia ou autodeterminação da pessoa consiste na capacidade de escolher avaliando as possibilidades sem quaisquer restrições internas ou externas. É a capacidade que o indivíduo possui de fazer uma escolha e agir de acordo com ela.¹⁴⁶

É de extrema relevância referir que o Relatório Belmont, tido como declaração principialista da reflexão bioética, fundamenta-se, basicamente, na autonomia através do consentimento livre e informado.¹⁴⁷ Dessa autonomia, decorrem três princípios:

- a) respeito pela pessoa (autonomia), incorporando duas convicções éticas: a.1) todas as pessoas devem ser tratadas com autonomia; e a.2) as pessoas cuja autonomia esteja diminuída ou se encontre em desenvolvimento devem ser protegidas (vulnerabilidade); b) a beneficência, também incorporando duas convicções éticas: b.1) não causar dano; e b.2) maximizar os benefícios e minimizar os possíveis riscos; e c) justiça, enquanto imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios.¹⁴⁸

Em contrapartida, Silva refere ser a bioética principialista “um legítimo produto da cultura norte-americana” por ser pragmática e individualista e conclui em referência à análise das tecnologias da infertilidade que “os Estados Unidos da América privilegiam mais o

¹⁴⁴ Esse entendimento também é defendido por Beauchamp e Childress quando referem que se verifica, de um lado o exacerbado paternalismo e, do outro, a autonomia e dignidade dos pacientes reclama proteção. BEUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS James F. **Princípios de Ética Biomédica**. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. p. 296-308.

¹⁴⁵ ALMEIDA. Op. Cit.

¹⁴⁶ Ressalta-se que a defesa da autonomia dos pacientes ganhou relevo com o surgimento e expansão da bioética.

¹⁴⁷ “Consentimento informado” é a tradução do inglês *informed consent*. No Brasil, predomina o uso do termo “Consentimento livre e esclarecido” tradução do francês *consentement libre et éclairé*, por ser a forma utilizada nas resoluções da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep). Na Alemanha, a forma corriqueira é *Aufgeklärte Zustimmung* (assentimento elucidado). Na língua italiana e espanhola, são usadas as expressões *consenso informado* e *consentimiento informado*, respectivamente. CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. Porto Alegre: Edipucrs, 2003. p. 94.

¹⁴⁸ SILVA. Reinaldo Pereira e. **Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: LTR, 2003. p. 155-156.

princípio da autonomia da vontade do que o princípio do respeito pela dignidade do homem”.

149

Todavia, no Brasil, essa passagem do paternalismo para a autonomia vem ocorrendo e pode ser visualizada na Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, editada em 2006, pelo Ministério da Saúde como contribuição técnica sobre a humanização da atenção e gestão na saúde: política nacional de humanização, estabelecendo princípios para um sistema de saúde com mais qualidade, dispondo que:

4. Todo cidadão tem direito a atendimento que respeite a sua pessoa, seus valores e seus direitos.

O quarto princípio assegura ao cidadão o atendimento que respeite os valores e direitos do paciente, visando preservar a sua cidadania durante o tratamento.

O respeito à cidadania no Sistema de Saúde deve ainda observar os seguintes direitos:

[...]

V. Consentimento ou recusa de forma livre, voluntária e esclarecida, depois de adequada informação, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo se isso acarretar risco à saúde pública. O consentimento ou a recusa dados anteriormente poderão ser revogados a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que lhe sejam imputadas sanções morais, administrativas ou legais.

[...]

VII. A indicação de um representante legal de sua livre escolha, a quem confiará a tomada de decisões para a eventualidade de tornar-se incapaz de exercer sua autonomia.

VIII. Receber ou recusar assistência religiosa, psicológica e social.

[...]

X. Ser prévia e expressamente informado quando o tratamento proposto for experimental ou fizer parte de pesquisa, decidindo de forma livre e esclarecida, sobre sua participação.¹⁵⁰

Assim, em que pese a extensa doutrina acerca do tema, com colaborações valorosas de parte a parte, a questão do paternalismo versus autonomia constitui, ainda hoje, uma questão em aberto em que se coloca, de um lado, o paternalismo hipocrático e, de outro, a autonomia e a dignidade dos pacientes.¹⁵¹

Na problemática da melhor abordagem, em situações limites para profissionais e usuários da saúde, a par da pré-determinação do profissional na utilização de uma ou outra

¹⁴⁹ SILVA, **Biodireito**: a nova fronteira dos direitos humanos. p. 157.

¹⁵⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Carta dos direitos dos usuários da saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. p. 3-8.

¹⁵¹ BEUCHAMP; CHILDRESS. **Princípios de ética biomédica**. p. 296-308.

forma de conduta, que via de regra, prevalece e prioriza a si mesma, é preciso considerar a vontade do paciente, sem descuidar da possibilidade deste não estar psicologicamente capacitado para decidir naquele momento. Em muitos casos, o médico precisará avaliar o contexto e decidir quanto à integridade daquela vontade manifestada pelo paciente ou buscar a manifestação de vontade de familiares deste. Em outras situações, a vontade do paciente contraria o posicionamento ético do médico, que não está obrigado a agir em desacordo com sua consciência, sendo o caso de outro profissional continuar o tratamento, para evitar desconsideração da vontade tanto do paciente quanto do médico.

2.2 Bioética

Hodiernamente no estudo dos direitos fundamentais não há como deixar de abordar os pontos de atrito entre as ciências da saúde e as considerações éticas, especialmente quando se tem em mente a reprodução assistida, a clonagem humana ou a eutanásia. Essas situações são, além de inúmeras outras, campos de aplicação da bioética.

O termo bioética apareceu em 1970, utilizado por Van R. Potter,¹⁵² traduzindo mais que seu sentido etimológico (ética + vida) para designar uma nova ciência da sobrevivência e do conhecimento dos sistemas de valores humanos, ou seja, ética aplicada à ciência, especialmente quando se trata do corpo humano e da vida.¹⁵³

Na mesma linha, bioética é o estudo da conduta relativa às ciências da saúde, “examinada à luz dos valores e princípios éticos”, representando

a resposta da ética aos novos casos e situações originadas na ciência no campo da saúde. Poder-se-ia definir a bioética como a expressão crítica do nosso interesse em usar convenientemente os poderes da medicina para conseguir um atendimento eficaz dos problemas da vida, saúde e morte do ser humano.¹⁵⁴

¹⁵² Segundo Rôhe: “Ainda que reconhecidamente os estudos tenham tido origem nos EUA, a autoria do termo bioética foi creditada a Potter, graças ao ineditismo de suas obras”. RÔHE, Anderson. **O paciente terminal e o direito de morrer**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 78.

¹⁵³ POTTER, Van Rensselaer. **Bioética**. **O mundo da saúde**. Ano 22.v.22 n° 6. São Paulo: FISC, 1998.

¹⁵⁴ LEPARGNEUR, Hubert. **Bioética**. v.4 n°2. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1996. p.138.

Logo, a contribuição da bioética para a humanidade consiste na reavaliação da tecnologia que tem o conhecimento como fim absoluto, independente, “como se não tivesse relação com os homens que o executam e com aqueles que dele padecem”.¹⁵⁵

Dessa maneira, o técnico pauta sua conduta por algum código moral, pois mesmo a aquisição do conhecimento científico é o resultado do emprego “de determinados meios preferidos a outros tantos meios” e, como tal, sujeito a pressões comerciais ou políticas.¹⁵⁶

A bioética não está restrita às ciências da saúde e, desde seu nascimento, ela quer olhar para a vida, contemplado todas as áreas do conhecimento que, de uma forma ou de outra, têm implicações sobre a vida. Assim, “nos congressos de bioética, não se vê a hegemonia dos médicos, dentistas e enfermeiros, se vê juristas, filósofos, teólogos, economistas”. Quanto aos últimos, a título de exemplo, têm a ver com os planos econômico-governamentais, determinantes para a geração ou não de empregos e, por isso, podem tender (ou fazer tender) para a vida ou para a morte.¹⁵⁷

Verifica-se a existência de dois modelos principais no estudo da bioética. Assim, o modelo bioético personalista parte do reconhecimento da pessoa e a sua essência como condição prévia para o respeito à dignidade da pessoa humana. Seus adeptos defendem que “o ponto” é “o reconhecimento e o respeito à dignidade da pessoa humana [...] em sua natureza, em sua verdade, em sua totalidade e em sua unidade”.¹⁵⁸ Já o modelo bioético principialista tem postura individualista, “típica de uma ética liberal muito em voga, muito dominante no nosso meio”. Neste modelo, a ideia de uma liberdade sem responsabilidade é tida como supremo e último ponto de referência, de forma tão marcante que, muitas vezes, todo o discurso bioético (principialista) começa e acaba em torno do princípio da autonomia.¹⁵⁹

A bioética tem como marco valorativo três princípios base: a autonomia, a beneficência e a justiça. Como princípio informador do agir médico, a autonomia aponta para

¹⁵⁵ SILVA, **Biodireito**: a nova fronteira dos direitos humanos. p. 160.

¹⁵⁶ SILVA. Ibid. p. 160.

¹⁵⁷ RAMOS, Dalton Luiz de Paula. **Fundamentos e princípios de bioética**. In Conferência na Universidade Federal de São Paulo/Brasil-UNIFESP, 2001, São Paulo. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao.../2263.pdf>>. Acesso em 17 ago 2011.

¹⁵⁸ RAMOS, Ibid.

¹⁵⁹ SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética**. Fundamentos e ética biomédica. São Paulo: Loyola, 1996. p. 154.

o direito de autodeterminação do paciente, ao reconhecer e privilegiar sua vontade, no intuito de afastá-lo da concepção paternalista da prática da medicina.¹⁶⁰

O princípio da beneficência aborda “a relevância social da pesquisa com vantagens significativas para os sujeitos das pesquisas e minimização de ônus para os sujeitos vulneráveis, o que garante a igual consideração dos interesses envolvidos, não perdendo o sentido de sua destinação sócio-humanitária”,¹⁶¹ isto é, garante o atendimento aos interesses importantes e legítimos do paciente ao mesmo tempo em que evita os danos previsíveis.

Alguns doutrinadores incluem a face passiva da beneficência como um novo princípio: a “não maleficência”, que consiste em não causar dano intencionalmente, abster-se e não intervir quando isso possa ocasionar algum mal.¹⁶²

Já o princípio da justiça é “um princípio secular de convívio entre os seres humanos que faz a interface entre a ética individual e a ética coletiva”. Trata da interação do eu com os outros. De tal modo que “abre” a pessoa para a coletividade.¹⁶³ Em outro viés, o princípio da justiça tem a ver com a obrigação de distribuição justa, equitativa e universal dos benefícios dos conhecimentos; é a compreensão de justiça como igualdade social, equidade e bem-estar social que fundamenta esta visão do princípio.

Quanto à bioética, resulta importante repisar sua origem: a necessidade de atrelar o conhecimento técnico-científico a limitações de caráter ético, mas desvinculadas de posicionamentos políticos e religiosos. Por derradeiro, é indispensável delimitar o destino da bioética, qual seja atuar em benefício da sociedade, observando o rigor científico dos problemas da vida, saúde e morte da pessoa, sem afastar-se dos princípios éticos. Ainda, ligados à bioética estão o biodireito e a bioconstituição.

¹⁶⁰ HARTMANN, Ivar Alberto Martins, O direito de autodeterminação do paciente. In **Revista da Ajuris**, ano 37, n. 118, Porto Alegre: Ajuris, 2010. p. 233-279. p. 258.

¹⁶¹ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo, Jurídica Brasileira, 1999. p. 15.

¹⁶² BEUCHAMP; CHILDRESS, **Princípios de ética biomédica**. p.181.

¹⁶³ FORTES, Paulo Antonio. **Critérios bioéticos de priorização de recursos escassos**. FSP-USP, 2009. Disponível em < <http://www.sbbioetica.org.br/index.aspx?p=8>> Acesso em 28 jul. 2011.

2.2.1 Biodireito

Em decorrência do dinamismo com que o conhecimento biotecnológico surge (na pesquisa genética com células tronco, na reprodução assistida, nos transplantes de órgãos e tecidos, entre tantos outros avanços tecnológicos) nasceu o biodireito como ramo do direito e, também, como elo entre a bioética e o direito¹⁶⁴ buscando o equilíbrio entre a ciência e a pessoa humana.

A rigor, ainda, não se estabeleceu um conceito uniforme sobre biodireito. Em razão disso, proliferam definições das quais cabe destacar, estabelecendo um padrão do menos para o mais abrangente:

Ramo do direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina.¹⁶⁵

O ramo do direito que trata, especificamente, das relações jurídicas referentes à natureza jurídica do embrião, eutanásia, aborto, transplante de órgãos e tecidos entre seres vivos ou mortos, eugenia, genoma humano, manipulação e controle genético, com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da Constituição Federal).¹⁶⁶

Na verdade, o biodireito nada mais é do que a produção doutrinária, legislativa e judicial acerca das questões que envolvem a bioética. Vai desde o direito a um meio-ambiente sadio, passando pelas tecnologias reprodutivas, envolvendo a autorização ou negação de clonagens e transplantes, até questões mais corriqueiras e ainda mais inquietantes como a dicotomia entre a garantia constitucional do direito à saúde, a falta de leitos hospitalares e a equânime distribuição de saúde à população.¹⁶⁷

Desses conceitos, extrai-se a natureza pragmática do biodireito, apesar da discussão paralela centrada na capacidade, ou não, dos ordenamentos já existentes para solucionar os conflitos entre o homem e a ciência.¹⁶⁸ Apesar disso, verifica-se, na dimensão operacional do

¹⁶⁴ SILVA, Reinaldo Pereira. **Introdução ao Biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTr, 2002. p. 12.

¹⁶⁵ ARNAUD, André-Jean. **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 2.

¹⁶⁶ DireitoNet. **Biodireito**. Disponível em < http://www.direitonet.com.br/dicionario_juridico.> Acesso em 03 jun. 2011.

¹⁶⁷ FERNANDES, Thyco Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 42.

¹⁶⁸ PARISE, Patrícia Spagnolo. **O que é Biodireito?** Disponível em <http://www.faculdadeobjetivo.com.br/arquivos/art4.pdf>. Acesso em 15 ago. 2011.

Direito, o intuito de ultrapassar a mera validade formal, expressando um compromisso com a validade material, ou seja, com a “validade ética”.¹⁶⁹

A partir desse prisma, faz-se evidente que o biodireito surge na esteira do direito fundamental à vida, à dignidade e à privacidade dos indivíduos e, nesse sentido, é inseparável deles. Assim, o biodireito representa a passagem do discurso ético para a ordem jurídica, não no plano da normatização estéril, mas implementando ações de modo a atingir sua vocação. Para tanto, “pressupõe a elaboração de uma categoria intermediária, que se materializa nos direitos humanos, assegurando os seus fundamentos racionais e legitimadores”.¹⁷⁰

As bases do biodireito são encontradas no direito constitucional, no direito civil e no direito penal. Assim, relaciona-se com o primeiro no que respeita à proteção dos direitos fundamentais; integra-se com o segundo ao tratar do início da personalidade civil do homem, da controvérsia sobre os direitos do nascituro e da disposição do próprio corpo, e, por fim, comunica-se com o direito penal em inúmeras situações como, por exemplo, na proibição e na penalização do aborto e da eutanásia.¹⁷¹ Daí porque se costuma relacionar o biodireito a “uma nova dimensão dos direitos do homem”.¹⁷²

Há um entendimento, de certa maneira comum entre os doutrinadores, de que a bioética une-se ao biodireito, de forma indissociável, frente à vastidão de situações problemáticas nas quais o direito deve atuar. Procurando sistematizar essas situações, Barreto¹⁷³ reconhece três campos principais de atuação desse novo ramo do direito: “A) nascimento, desenvolvimento e transformação da vida; B) as relações humanas intersubjetivas e a relação saúde-doença; C) as relações intersubjetivas e as relações da pessoa humana com o meio ambiente”.

Vê-se, no biodireito, não um simples conceito ou uma mera definição, mas um norte a ser perseguido e quando encontrado, protegido como pondera Silva: “o direito à vida é o

¹⁶⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC, 2000, p. 16.

¹⁷⁰ FERNANDES, A **reprodução assistida em face da bioética e do biodireito**: aspectos do direito de família e do direito das sucessões. p. 42.

¹⁷¹ PARISE, Patrícia Spagnolo. **O que é Biodireito?** Disponível em <http://www.faculdadeobjetivo.com.br/arquivos/art4.pdf>. Acesso em 15 ago. 2011.

¹⁷² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

¹⁷³ BARRETO, Vicente de Paulo. **As relações da bioética com o biodireito**. Apud: Temas de biodireito e bioética. BARBOZA, Heloisa Helena, BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

fundamento de todos os direitos. A ética da vida se insere por essa via na universalidade dos valores. Quem diz dignidade humana diz justiça”.¹⁷⁴

Apesar da produção doutrinária e jurisprudencial, novas questões se apresentam para reclamar regramento ou efetividade das garantias e direitos assegurados na lei, por conta do movimento constante da sociedade. Convém destacar a extensão da atuação do biodireito que tem como ponto de partida o ser humano, mas que se expande em direção ao espaço no qual ele está inserido: o meio ambiente, fazendo jus a sua noção etimológica (vida + direito).

2.2.2 Bioconstituição

Considerando o biodireito a manifestação jurídica da bioética com a missão de harmonizar interesses, de modo a garantir o desenvolvimento da atividade científica e zelar pela garantia dos direitos do homem e, também, a modificação acelerada da realidade em razão do conhecimento científico, alguns doutrinadores veem se descortinar uma nova realidade e com ela uma nova face do direito a qual denominam bioconstituição ou biodireito constitucional.

Para Baracho,¹⁷⁵ bioconstituição designa

o conjunto de normas (princípios e regras) formal ou materialmente constitucionais, que tem como objeto as ações ou omissões do Estado ou de entidade privada, com base na tutela da vida, na identidade e integridade das pessoas, na saúde do ser humano atual e futuro, tendo em vista também as suas relações com a Biomedicina.

De fato, a Constituição Federal de 1988 representa uma inovação legislativa: estabeleceu os princípios sobre os quais se fundamenta o Estado, dedicando-lhes um tópico

¹⁷⁴ SILVA, **Introdução ao Biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. p. 12.

¹⁷⁵ BARACHO, José Alfredo de. A identidade genética do ser humano. Bioconstituição: Bioética e Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 32, julho/setembro de 2000, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 89. Já a biomedicina “dedica-se ao conhecimento da estrutura e função do organismo humano, aos mecanismos causais das doenças, aos métodos de investigação científica e de análise complementar de diagnóstico, à análise química e microbiológica do meio ambiente, visando à melhoria da qualidade de vida da população”. Segundo o Conselho Federal de Biomedicina, o profissional biomédico deve apresentar formação generalista, humanista, crítica e reflexiva UNIVERSIDADE ESTADUAL DE SANTA CRUZ. **Biomedicina e biomédico**. Disponível em <<http://www.uesc.br/biomedescola/biomedico.html>>. Acesso em 28 jul.2011

exclusivo, definidor de direitos e garantias fundamentais que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição formal e material.¹⁷⁶

Assim, a dignidade da pessoa humana é eleita como fundamento¹⁷⁷ do Estado e do sistema constitucional vigente e o último pilar de defesa dos direitos individuais,¹⁷⁸ além de ser a base para qualquer interpretação bioconstitucional.

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana vai além de uma norma jurídica, porque configura a essência, o valor-guia que direciona a interpretação jurídica nas relações subjetivas. Atualmente, a pessoa humana é “considerada como o mais notável, senão raiz, de todos os valores, devendo, por isso mesmo e dentro de uma visão antropocêntrica, ser o destinatário final da norma, base mesma do direito, revelando, assim, critério essencial para conferir legitimidade a toda a ordem jurídica”.¹⁷⁹

O resultado do posicionamento bioconstitucional, iniciado com a promoção da dignidade, é a adoção de inovações somente quando voltadas para a melhoria da qualidade de vida.¹⁸⁰ Importa frisar que, a propósito de se garantir a dignidade de um grupo, não é permitido descuidar da dignidade de qualquer um de seus membros. Logo,

não é possível, em hipótese alguma, fazer valer os princípios do utilitarismo social, segundo o qual se justifica o sacrifício de alguns para a felicidade de um grupo de pessoas. Para o bem estar da maioria, é justo que se faça menos da felicidade e até mesmo da vida de alguns poucos. A aceitação desta fórmula é meio caminho para a prática de barbárie contra inocentes.¹⁸¹

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 62.

¹⁷⁷ Destaque-se que o princípio da dignidade da pessoa humana só passou a ser considerado expressamente como princípio constitucional a partir da segunda guerra mundial. SARLET, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**, 2001. p. 63.

¹⁷⁸ Nunes escreve que parte da doutrina aponta como principal fundamento a isonomia e contesta essa corrente entendendo que a isonomia serve para dar equilíbrio real, visando à concretização do direito à dignidade. NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 56.

¹⁷⁹ FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. Limites da ciência e o respeito à dignidade humana. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 271.

¹⁸⁰ “O aspecto central da decisão é o benéfico do paciente, o que inclui a habilidade de o paciente atingir determinados objetivos da vida. A qualidade de vida do paciente, como ela se manifesta em realizar seus objetivos, é central para decidir ética e clinicamente”. PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais de Bioética**. 4ªed. rev. ampl. São Paulo; Edições Loyola, 1997. p. 51-52.

¹⁸¹ SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “in vitro”**: da bioética ao biodireito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 66.

Resta claro que, mesmo presente a aclamada hierarquia das leis, tribunais e doutrinadores têm reiteradamente manifestado interpretação em flagrante oposição aos ditames constitucionais, especialmente quando retiram da dignidade humana a condição de fundamento do Estado ou a relativizam. A bioconstituição intenta reverter esse quadro na perspectiva de coibir a violação aos direitos fundamentais e fortalecer as garantias constitucionais.

2.3 A medicina e o enfrentamento do final da vida

Houve um tempo em que nosso poder perante a morte era muito pequeno e, de fato, ela se apresentava elegantemente. E, por isso, os homens e as mulheres dedicavam-se a ouvir a sua voz e podiam tornar-se sábios na arte de viver. Hoje, nosso poder aumentou, a morte foi definida como inimiga a ser derrotada, fomos possuídos pela fantasia onipotente de nos livrarmos de seu toque. Com isso, nós nos tornamos surdos às lições que ela pode nos ensinar.

Rubem Alves

A inevitabilidade da morte sempre foi uma certeza para a medicina e, em outros tempos, não havia qualquer alternativa quando ‘chegasse a hora’. No mundo moderno,¹⁸² entretanto, é comum ‘a hora’ ser adiada, seja pelo zelo com a saúde, mantido em todas as fases da vida, seja pelo tratamento tempestivo e adequado quando a debilidade surge, seja pelo esforço, por vezes desesperado, para preservar a vida que teima em se esvaír... A medicina não se furta ao reconhecimento dessa realidade, em torno da qual gravitam os cuidados paliativos, a ortotanásia e a distanásia, que culminam na morte, conceito que se mostra indispensável para a compreensão da relação entre medicina e o final da vida.

¹⁸² É importante observar que os avanços da medicina não são ofertados de forma igualitária entre os indivíduos. Há que se considerar diferenças geográficas e econômicas, o volume da demanda e mesmo a cultura dos destinatários dos serviços de saúde, no que tange à busca de soluções alternativas e mesmo “caseiras” para as doenças. No Brasil, com seu contexto social excludente, muitos são deixados, voluntariamente ou não, à margem da realidade que adia a morte e permite mais qualidade de vida por um maior espaço de tempo. FALEIROS, Vicente de Paula. **A Política social do Estado capitalista**. São Paulo, Cortez Editora, 2000. p. 116-118.

2.3.1 Conceito de morte

A noção simples e direta de morte natural é a interrupção da vida humana, animal ou vegetal, que se dá com o transcurso do tempo considerado normal para cada espécie. Complementando essa noção, deve ser anotada a ideia de morte por causa externa, associada, via de regra, a acontecimentos imprevisíveis como a violência em alguma das suas muitas formas. No entanto, para efeito deste estudo, importa analisar o evento morte, especialmente em contextos clínicos ou que envolvam diretamente terceiros, dado que o próprio Código Civil,¹⁸³ em relação ao tema, apenas e tão somente preceitua que a pessoa natural deixa de existir, enquanto sujeito de direito, com a morte.

Atribuí-se a Hipócrates, em *De morbis*, 500 a.C., a primeira definição dos signos do falecimento, com a descrição das sucessivas alterações ocorridas na face imediatamente após a morte, verificável pela parada cardíaca, surgindo daí a expressão “fácies hipocrática”.¹⁸⁴ Tradicionalmente, para os seguidores do Cristianismo, o ser humano morria quando exalava seu último suspiro¹⁸⁵ e ocorria a separação entre a alma e o corpo.¹⁸⁶

Somente no século XVII, foi estabelecido um conceito científico de morte - a *trípode de Bichat* - sustentando que as funções vitais cabem ao coração, pulmão e cérebro e, portanto, a morte se verifica, simultaneamente, com a cessação dos batimentos cardíacos, a ausência de movimentos respiratórios e a destruição traumática do sistema nervoso central. Pela deficiência do conceito e entraves decorrentes, médicos e juristas, no século XIX, fixaram o desaparecimento das funções circulatórias e respiratórias como parâmetros definitivos para determinar a morte de uma pessoa. Essa fórmula ficou conhecida como “conceito clássico de morte” e perdurou até meados da década de sessenta.¹⁸⁷

Com o advento da revolução biológica e tecnológica, o termo final da vida humana foi alterado, surgiram aparelhos capazes de realizar as funções cardíaca e respiratória por longos

¹⁸³ Artigo 6º do Código Civil: “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva”.

¹⁸⁴ Fácies é a forma gráfica portuguesa correspondente ao latim *facies*, que significa aspecto. Para medicina, fácies hipocrática é a alteração da fisionomia decorrente ou informadora dos sinais premonitórios da morte. NEVES, Maria Helena de Moura. **Guia de uso do português**. São Paulo: Unesp, 2003. p. 337.

¹⁸⁵ CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBDCRIM, 2001. p. 105.

¹⁸⁶ A respeito da separação entre a alma e o corpo, Francesconi e Goldim revelam que, somente em 1957, o Papa Pio XII afirmou ser a caracterização da morte um ato médico. FRANCESCONI, Carlos Fernando; Godim, José Roberto, In CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, A.G.S.; OLIVEIRA, M.G.(Coords.) **Bioética: uma visão panorâmica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. p. 13.

¹⁸⁷ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Morte encefálica e a lei de transplante de órgãos**. São Paulo: Oliveira Mendes. 1998. p. 7-9.

períodos, trazendo a necessidade de se abandonar o conceito clássico de morte. Nessa seara, passou-se à construção de uma noção de morte baseada na extinção das funções cerebrais em sua totalidade: a morte encefálica, que consiste na falência completa da atividade daquele órgão central. A evolução do conceito liquidou inúmeras questões, visto que o cérebro (diferente de muitos órgãos) não pode ser substituído por aparelhos.¹⁸⁸

Por convenção e diferenças eminentemente técnicas, utiliza-se a expressão "morte encefálica" e não "morte cerebral", esta de uso popular e aquela fixada na Lei n. 9.434/97, que trata dos transplantes de órgãos e tecidos e na Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.480, que se reporta a parâmetros clínicos e subsidiários para a comprovação da morte.¹⁸⁹

Com relação à comprovação da morte, Röhe alerta para a existência de um processo, um passo a passo que pode variar conforme, inclusive, a idade da pessoa que morre. Os médicos se valem de procedimentos de cautela, pois a morte não é um fato instantâneo, não devendo ser precipitada a sua comprovação. Entretanto, a necessidade de conhecimentos médicos afasta deste estudo a análise da referida comprovação.¹⁹⁰

A fixação do conceito de morte bem como do “limite final da vida” interessa, cientificamente, tanto à medicina quanto ao direito e, de tal forma, ao direito penal por requerer “sejam quais forem os critérios utilizados no diagnóstico, uma determinação precisa do momento da morte segundo os métodos existentes na ciência médica a cada momento”.¹⁹¹

Contrariando o aspecto exclusivamente naturalístico da vida humana, o próprio conceito legal de morte evidencia a possibilidade de não mais existir “vida humana” que demande proteção jurídica, mesmo mantidas as funções vitais (respiração e circulação), configurando um mero processo biológico.¹⁹²

Nessa linha, “a morte, como elemento definidor do fim da pessoa, não pode ser explicada pela parada ou falência de um único órgão, por mais hierarquizado e indispensável que seja”. Percebe-se que a “extinção do complexo pessoal” não é determinável apenas por uma série de eventos reunidos. Portanto, “o que morre é o conjunto que se associava para a integração de uma personalidade”.¹⁹³

¹⁸⁸ CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBDCRIM, 2001. p. 105.

¹⁸⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**, 7.ed. São Paulo: Fundo Editorial Byk, 2001. Disponível em <http://www.portalmédico.org.br/Regional/crmpb/artigos/conc_etica_morte.html> Acesso em 09 set. 2011.

¹⁹⁰ RÖHE, **O paciente terminal e o direito de morrer**. p. 25.

¹⁹¹ ROMEO CASABONA, Carlos María. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994. p. 164.

¹⁹² CARVALHO. Op. Cit. p. 101.

¹⁹³ FRANÇA. Op.Cit.

Entretanto, por mais que se tenha escrito a respeito da morte e seja qual for a extensão que se lhe dê, é somente pela experiência da morte de outrem que o homem conscientiza-se dela.¹⁹⁴

A partir dessa premissa e considerando que a morte pode não ser natural, nem tampouco “reputada como provocada por violência propriamente dita”, e, ainda assim, ocorrer de ação ou omissão de terceiro, é que se adentra em terreno repleto de interrogações para analisar as condutas médicas implementadas em razão da proximidade do evento morte, bem como as repercussões significativas para a pessoa humana e para o direito.

2.3.2 Medicina paliativa

Eu me importo pelo fato de você ser você, me importo até o último momento de sua vida e faremos tudo o que está ao nosso alcance, não somente para deixar você morrer em paz, mas também para você viver até o dia da morte.

Cicely Saunders

Segundo a Organização Mundial da Saúde, medicina paliativa é “a abordagem que promove qualidade de vida de pacientes e seus familiares diante de doenças que ameaçam a continuidade da vida, através de prevenção e alívio do sofrimento”. Além dos problemas físicos, cuida daqueles de natureza psicossocial e espiritual, não devendo tais cuidados serem confundidos com os cuidados dispensados quando “não há mais nada a fazer”.¹⁹⁵

No Brasil, os cuidados paliativos foram regulamentados pelo Conselho Federal de Medicina apenas em agosto de 2011, visando aliviar dor e sintomas e a melhorar a qualidade de vida de cerca de seiscentos e cinquenta mil brasileiros que sofrem de doenças crônicas.¹⁹⁶

Em se tratando de doenças crônicas, na medida em que a doença progride e o tratamento já não tem a cura como meta, os cuidados paliativos crescem em significado, quer por sua extrema necessidade, quer por sua complexidade, especialmente quando o processo de

¹⁹⁴ DERZI, Heloisa Hernandez. **Os beneficiários da pensão por morte**. São Paulo: Lex Editora, 2004. p. 21-22.

¹⁹⁵ CUIDADO PALIATIVO. In Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. 2008. Disponível em <http://www.saude.sp.gov.br/resources/profissional/aceso_rapido/gtae/saude_pessoa_idosa/livro_cuidado_paliativo_crm_31_8_09.pdf> Acesso em 18 ago. 2011.

¹⁹⁶ Medicina-paliativa-vai-beneficiar-650-mil-doentes-chronicos-no-pais. **Notícias**, 02 ago. 2011. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2011/08/02>> Acesso em 18 ago. 2011.

morte sobrevém de forma irreversível, reclamando uma atenção específica e contínua ao doente e a sua família.¹⁹⁷

A medicina paliativa foi concebida como ação de uma equipe multidisciplinar coordenada, formada não apenas por médicos, mas por psicólogos, assistentes sociais, terapeutas ocupacionais e assistência espiritual (para aqueles que desejarem) para atendimento aos pacientes, mas extensivo aos familiares que a eles atendem. Um dos objetivos é evitar o chamado ABC das solicitações de eutanásia, ou seja: *Afraid* (medo), *Burn-out* (desgaste emocional) e *Control of Death* (desejo de controlar a morte), mesmo nas situações verdadeiramente extremas em que a morte pode ser percebida como bênção divina. Outro grande objetivo é evitar o denominado imperativo tecnológico, compreendido como “a tentação a que está submetida a medicina contemporânea de considerar eticamente exigível tudo que é tecnicamente possível”.¹⁹⁸

Segundo De Simone,¹⁹⁹ a medicina paliativa recupera a clássica proporcionalidade entre a arte de curar “*curar, a veces; aliviar, a menudo; consolar, siempre*” em sintonia com o movimento *hospice*.²⁰⁰

A passagem da teoria para a vivência prática constitui verdadeiro entrave para a medicina paliativa, qual seja reconhecer, em cada caso, o momento de não implementar novos tratamentos, não ofertar a “mais nova” tecnologia e oferecer o melhor em humanidade, chegando à expressão ideal do cuidado aos doentes terminais e sua finalidade precípua.

¹⁹⁷ CUIDADO PALIATIVO. In Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. 2008. Disponível em <http://www.saude.sp.gov.br/resources/profissional/aceeso_rapido/gtae/saude_pessoa_idosa/livro_cuidado_paliativo_crm_31_8_09.pdf> Acesso em 18 ago. 2011.

¹⁹⁸ R., Paulina Taborda. *El derecho a morir con dignidad*. **Acta Bioethica** año VI, n° 1. Santiago: Universidad Católica de Chile. 2000. p. 91-96.

¹⁹⁹ DE SIMONE, Gustavo. *El final de La vida: situaciones clínicas y cuestionamientos éticos*. In **Acta Bioethica**, año VI, n. 1. Buenos Aires, 2000. p.49-62. p. 51.

²⁰⁰ O movimento *Hospice* iniciou com a Dra. Cicely Saunders ao inaugurar, em 1967, o *St. Christofer's Hospice* com a filosofia de afirmar a vida e encarar o “estar morrendo” como um processo normal. O movimento chegou aos Estados Unidos em 1974 e conta atualmente com quase dois mil programas, mas carrega o estigma de entregar os pontos na luta para manter a vida. PESSINI, Leo. Distanásia: até quando investir sem agredir? In **A ética na saúde**. ANGERAMI-CAMON, Valdemar Augusto. São Paulo: Thompson, 2002. p. 73-96. p. 87-88.

2.3.3 Ortotanásia ou eutanásia passiva

No direito codificado, na tradição médica e na teologia, não resta dúvida que a eutanásia, nos termos que a circunscrevem, é objetivamente um mal. Essas perspectivas, entretanto, vêm sofrendo graduais e constantes alterações tanto em sua estrutura interna quanto em sua exteriorização. Assim, a preocupação em retirar da morte o sofrimento e a dor tem oportunizado o conhecimento da argumentação dos diversos segmentos da sociedade e massificado a discussão quanto à necessidade do abrandamento das limitações impostas, seja pela norma jurídica, seja pela repercussão ética.

O termo ortotanásia²⁰¹ é empregado para determinar a “morte no seu tempo certo”, na acepção de morte natural, do grego *orthós*: normal e *thanatus*.²⁰² morte, por privilegiar o processo de humanização da morte, evitando prolongamentos que imporiam sofrimentos adicionais à pessoa.²⁰³

Ainda, ortotanásia é a cessação do tratamento quando esgotados todos os recursos, devendo o procedimento ser cercado de circunstâncias pré-definidas como a anuência do paciente (em estado terminal e vítima de grande sofrimento) e a inviabilidade de vida futura atestada por médicos e outras exigências pertinentes. Não constituindo, assim, um ato desvalioso, que vá ferir a dignidade humana,²⁰⁴ sendo, pelo contrário, um ato em favor da dignidade humana.²⁰⁵

A ortotanásia também é chamada de eutanásia passiva, por caracterizar-se pela limitação ou suspensão dos esforços terapêuticos, isto é, daqueles tratamentos e

²⁰¹ A “ortotanásia é a antítese de toda tortura, de toda morte violenta em que o ser humano é roubado não somente de sua vida, mas também de sua dignidade” BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; PESSINI, Leo. **Problemas atuais de bioética**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 309.

²⁰² Na mitologia grega, tanatos era o Deus da morte, na tragédia Alceste de Eurípedes. SCHMIDT, Joel. **Dicionário de mitologia grego-romana**. Lisboa: Edições 70, 1994. p. 250.

²⁰³ FELBERG, Lia. **A ortotanásia no projeto do Código Penal**. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo: disponível em <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/lia_felberg_01.pdf> Acesso em 25 fev. 2011.

²⁰⁴ O respeito pelas pessoas consiste em duas convicções: a de que estas tenham capacidade de atuar e discernir (tenham autonomia), protegendo-se aquelas que são incapazes de tomar decisões. Dessa forma, uma ação é autônoma quando baseada no consentimento de pessoa apta a concedê-lo. MINAHIM, Maria Auxiliadora. A vida pode morrer? Reflexões sobre a tutela penal da vida em face da revolução biotecnológica. In: BARBOZA, Heloísa Helena [et al.]. **Novos Temas de direito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 113.

²⁰⁵ GOMES, Luiz Flávio. Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1305, 27 jan. 2007. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/txt/9437>. Acesso em 22 fev. 2011.

procedimentos que, sem qualquer chance de cura, apenas prolongam artificialmente a vida dos pacientes terminais.²⁰⁶ Por seu turno, Pessini assinala que a eutanásia médica passiva ou por omissão é a não utilização de recursos extraordinários unicamente para prolongar a vida de pacientes terminais, permitindo a evolução natural para a morte.²⁰⁷

Na ortotanásia, não se busca apressar a morte²⁰⁸ do paciente ou adiá-la (como na distanásia), trata-se de ministrar-lhe tratamento para minorar as dores que o afligem, deixando de iniciar ou interrompendo outros tratamentos, ou seja, não insistindo em um processo inútil de cura, respeitando o pedido do paciente ou de seus familiares.²⁰⁹

Assim, a preocupação com as “próprias vontades” no final da vida tem tornado comum, em muitos países, a transmissão antecipada a médicos e familiares de “disposições dadas em vida acerca das escolhas terapêuticas que serão implementadas na fase final de sua vida” com o intuito de recusar “algumas intervenções”, caso venha a ser acometida por grave doença, através dos *Living Will*²¹⁰ - “testamentos de vida”.²¹¹

Na Califórnia, esses documentos são reconhecidos pela Lei desde 1976 e conhecidos como *Natural Death Act* e, no restante dos Estados Unidos, uma Lei Federal, que entrou em vigor em 1991, trata sobre a autodeterminação do paciente: *Self Determination Act*.²¹²

No Brasil, já se vislumbra certa preocupação com o tema como, por exemplo, na publicação do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, que assim dispõe:

[...] o testamento em vida é um instrumento pelo qual o paciente, quando ainda lúcido e integralmente capacitado para tomar decisões a seu próprio respeito, e sabendo que num futuro próximo irá perder essa condição, estabelece a sua vontade

²⁰⁶ Os “pacientes terminais” são aqueles acometidos por uma doença de difícil tratamento e por um conjunto de situações em que se esgotam as possibilidades terapêuticas de cura, de prolongar a vida de forma digna, ou então quando há uma disfunção irreversível do sistema nervoso central. STEFANINI, E.; ROSENTHAL, C.; SIMON, S. Paciente terminal: qual o limite da intervenção? **Revista Ser Médico**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 1998. p. 19-25.

²⁰⁷ PESSINI, Leo. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? São Paulo: Loyola, 2007. p. 200.

²⁰⁸ Entendendo que o natural processo da morte já está instalado, não há, portanto, interferência e “encurtamento do período vital, uma vez que este já se encontra em inevitável esgotamento”, apesar disso, devem ser mantidos os cuidados ordinários com o paciente em termos de conforto básico, evitando-se ou suspendendo-se apenas as medidas que tornem a morte lenta, ansiosa e dolorosa, no contexto indicadoras de uma missão impossível, qual seja, a manutenção de uma vida na qual a morte já estaria presente. GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Eutanásia**: novas considerações penais. Leme: J.H. Mizuno, 2011.p. 135.

²⁰⁹ OLIVEIRA, Tarsis Barreto. As repercussões jurídico-penais da eutanásia no direito brasileiro. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Salvador: Universidade Federal da Bahia. n. 16, 2008. p. 129-149. p. 134-135.

²¹⁰ Além dos *Living Will* surgiram também *Advanced Directive* que são disposições com intenção de exigir alguns tipos de intervenção e excluir outros, caso o paciente se torne incapaz, podendo, inclusive, nomear uma pessoa para decidir em seu lugar, um procurador. RIBEIRO, Diaulas Costa. **A relação médico-paciente**: velhas barreiras, novas fronteiras? São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2010. p 80-83.

²¹¹ PESSINI. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? p.256.

²¹² *Ibid.*p. 258.

quanto aos recursos que deseja ver utilizados na manutenção de sua vida na fase terminal.²¹³

No entanto, a publicação informa que o testamento “não tem valor legal, mas somente indicativo. É aceito que, dentro da legalidade e da ética, deve o médico respeitar a vontade do paciente”. Alerta, também, para a possibilidade dos termos do testamento em vida conflitarem com a visão do médico e que este “deve deixar isso claro ao paciente, se ele ainda estiver lúcido ou, caso contrário, aos familiares e responsáveis e solicitar-lhe a substituição por outro profissional que não tenha restrições quanto à atuação médica sugerida”.²¹⁴

Não se desconhece os riscos da autorização feita por terceiros para a ortotanásia. A doutrina espanhola utiliza a expressão “pendente resvaladiça” para designar a probabilidade de se atuar contrariamente à vontade do paciente quanto à continuidade do tratamento destinado apenas ao prolongamento da vida. Diante disso, Carvalho defende que a “pendente resvaladiça” é o único argumento legítimo contra a ortotanásia em um Estado de Direito democrático e social.²¹⁵

Apesar de não se poder evitar, por completo, a possibilidade da “pendente resvaladiça”, nos contextos eutanásicos, tem sido apontada como possível solução à comprovação da anterior vontade do paciente de optar pelo procedimento,²¹⁶ buscando evitar um desfecho em desacordo com a vontade dele e, ao mesmo tempo, afastar o interesse dos familiares quando for direcionado para aplacar as próprias angústias e não as do paciente.

Portanto, os estudiosos da ortotanásia, inclusive de origem religiosa, entendem que ela trata a morte como parte da vida e não objetiva o encurtamento prematuro desta. A tendência é que a ortotanásia seja considerada sempre norteadada pela dignidade do paciente e em respeito a sua vontade, requisitos inarredáveis que, em comunhão com a comprovada irreversibilidade de seu estado de saúde, não afastam as variadas nuances de tema tão polêmico.

²¹³ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. AIDS e ética médica, 2001. Disponível em <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/aids_etica_medica.pdf> Acesso em: 09 set. 2011.

²¹⁴ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. AIDS e ética médica, 2001. Disponível em <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/aids_etica_medica.pdf> Acesso em: 09 set. 2011.

²¹⁵ CARVALHO, Gisele Mendes de. Cooperação ao suicídio e homicídio a petição nos contextos eutanásicos: análise dos aspectos filosóficos, constitucionais e jurídico-penais. **Ciências penais: revista da associação brasileira de professores de ciências penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 380.

²¹⁶ OLIVEIRA, **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**. p. 139-140.

2.3.4 Distanásia ou obstinação terapêutica

Um dos mais evidentes reflexos da revolução tecnológica e das implicações dela decorrentes é a chamada distanásia, que pode ser rudemente entendida como o uso indiscriminado de tecnologia médica em pacientes terminais. Questão esta que se apresentou, primeiramente, em cenário médico, em razão das possibilidades nascidas do manejo de equipamentos e medicamentos novos. No momento em que se estabeleceu o conflito entre as novas possibilidades e a recusa destas por pacientes e até mesmo representantes legais, a questão adentrou na esfera jurídica, causando celeuma.

Ressalta-se que

enquanto você lê este artigo, enorme número de pacientes é mantido artificialmente à custa de máquinas e medicamentos, que não prolongam a vida, apenas retardam a morte, frequentemente com sofrimento. Com certeza, vários optariam por não continuar as medidas extraordinárias se conhecessem a irreversibilidade de sua condição clínica. Nesses casos, em vez de tratamentos extraordinários, o mais benéfico e respeitoso seria o paciente receber cuidados que aliviem a dor e deem conforto, deixando a natureza seguir o curso natural e ele terminar a vida.²¹⁷

Assim, não se define distanásia em termos absolutos, mas há certo consenso em admiti-la como excesso de medidas terapêuticas que já não são capazes de trazer melhora para o paciente.²¹⁸ A distanásia ou obstinação terapêutica²¹⁹ ocorre quando se ultrapassa a fronteira entre o que pode ser considerado necessário e o que é excessivo e agressivo em termos de medicalização e mecanismos de sustentação artificial da vida, especialmente no caso dos doentes em estágio terminal, “para quem a medicina oferece restrita possibilidade de mudança do quadro clínico”.²²⁰

²¹⁷ LEMES, Conceição. Direitos tornam-se Lei. In NASCIMENTO, Roberto Gouveia (Coord.). **Saúde Pública**, suprema lei: a nova legislação para a conquista da saúde. São Paulo: Mandacaru, 2000. p 167-168.

²¹⁸ DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado: obstinação terapêutica em crianças. **Cad. Saúde Pública**. Rio de Janeiro. 2006. p. 1741-1748. p. 1741.

²¹⁹ Administrar aos pacientes crônicos tratamentos que pouco ofereçam, além de um viver na dependência da unidade de tratamento intensivo, em estado não mais que vegetativo, utilizando a tecnologia biomédica conduz à obsessão de manter a vida biológica a qualquer custo. “Ação chamada ‘obstinação terapêutica’ e, nos países de fala hispânica, ‘*encarnizamento terapêutico*’ ou ‘*medical futility*’ para os americanos”. SIQUEIRA, José Eduardo da. Tecnologia e medicina entre encontros e desencontros. **Bioética**. Brasília, v. 8, n. 1, 2000. p. 62-63.

²²⁰ DINIZ, **Cad. Saúde Pública**. p. 1743.

A prática da distanásia, contrário de ortotanásia,²²¹ deriva da máxima “algo sempre pode ser feito” para manter a vida do paciente, mesmo sem levar em conta seu sofrimento. Tal prática, que negligencia a vontade do paciente, é frequente nas modernas clínicas terminais e compreende “o prolongamento artificial da vida que, naturalmente, já atingira seu declínio e que, sem as manobras médicas, estaria finda”,²²² apesar das disposições em contrário do Código de Ética Médica, afirmando não existir dever de estender a angústia àquele que está na iminência de morrer.

Nesse sentido, o emprego de tratamentos fúteis, característicos da distanásia, revela a “negação do fim pelo pavor e temor à finitude”, concluindo que “o preço a pagar é extremamente alto”, atentando contra a dignidade humana ao causar sofrimento inócuo, “podendo ser o caminho da morte, uma estrada de difícil trânsito, obscura e sem cor”.²²³

Buscando responder a questão de até quando se deve intervir no corpo de uma pessoa criticamente enferma, Pessini assegura que cuidar da higiene do paciente, do seu conforto e da sua alimentação, na medida em que essa possa ser administrada por via oral, constituem, sem dúvida, cuidados normais, ordinários, que devem sempre ser mantidos. Do mesmo modo, especialistas em terapia intensiva, debruçados sobre a questão, têm entendido que outros atos médicos ou terapêuticos devem ser avaliados, verificando-se a proporcionalidade entre o ônus para o paciente e os benefícios reais antecipados, sob pena de tornarem-se (inúteis) esforços extraordinários.²²⁴

Trazendo a questão para a realidade brasileira, quanto à questão da utilização de recursos extraordinários, o médico Délio Kipper informa a existência de três dificuldades principais:

²²¹ Villas-Bôas pondera que “enquanto a prática eutanásica interrompe a vida que definha, a distanásia prolonga o definhar, a fim de afastar tanto quanto possível a morte iminente, embora com notável acréscimo de sofrimento e sem vantagens efetivas para o paciente”. VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial**. Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penas do final de vida. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005. p.10.

²²² GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Eutanásia**: novas considerações penais. Leme: J.H. Mizuno, 2011. p. 134.

²²³ PEREIRA, Karin Cristina Kramer. O direito privado e a ortotanásia: um caminho para a repersonalização. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (Coords.). **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 225-290. p. 255.

²²⁴ PESSINI, **Distanásia: até quando prolongar a vida?** p. 148 – 197.

a) nos questionamos sobre nossas decisões em relação ao fim da vida, porque temos a clara percepção de que ainda fazemos uso excessivo e inapropriado da tecnologia, prolongando inutilmente o sofrimento humano, gastando mal os finitos recursos destinados à saúde e ocupando mal os sempre insuficientes leitos das UTIs e emergências; b) nos vemos desamparados sob o ponto de vista legal, de não tomar qualquer decisão de não-oferta ou retirada de suporte vital; c) sentimos falta de normas e diretrizes de como nos conduzirmos com esses pacientes.²²⁵

Na carta aos profissionais da saúde, o Pontifício Conselho da Pastoral da Saúde, diz não ao “furor terapêutico” por contrastar com a dignidade do moribundo²²⁶ e concluir que “a morte é um acontecimento inevitável da vida humana: não se pode retardá-la inutilmente tentando afugentá-la a todo custo”.²²⁷

Nesse sentido, constata-se que a dignidade é colocada em segundo plano quando se domina apenas o uso da tecnologia:

quando a vida física é considerada um bem supremo e absoluto, acima da dignidade, o amor natural pela vida se transforma em idolatria. A medicina promove implicitamente esse culto idólatra da vida, organizando a fase terminal como uma luta a todo custo contra a morte.²²⁸

Depreende-se, portanto, que a questão da terminalidade da vida,²²⁹ tratada em termos de procedimentos médicos, ainda não se encontra pacificada ou mesmo em vias de sê-lo, apesar das frequentes manifestações de associações médicas, no sentido de ser evidente, no caso de pacientes irremediavelmente comprometidos, que qualquer intervenção adicional somente prolonga os estágios finais do processo de morrer. Todavia, essa afirmação é rebatida

²²⁵ KIPPER, Décio. O problema das decisões éticas envolvendo o fim da vida e proposta para a nossa realidade. *Bioética*, v. 7, n. 1, 1999. p. 59-70.

²²⁶ Zielinsk traz a ideia de que este poder da medicina de fazer com que os corpos humanos vivam, somente pelo uso da tecnologia, não passa de instrumento de tortura. ZIELINSK, Helmut. *Ética e eutanásia*. Belo Horizonte: Associação Mineira de Psiquiatria, 1988.p.19-20.

²²⁷ PONTIFÍCIO CONSELHO DA PASTORAL DA SAÚDE. *Carta aos profissionais da saúde*. São Paulo: Paulinas, 1995. p. 127.

²²⁸ HORTA, Márcio Pallis. Paciente Crônico – paciente terminal- eutanásia: problemas éticos da morte e do morrer. In *Desafios Éticos*, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1993. p. 228.

²²⁹ “Em resumo, portanto, se a eutanásia posta a ideia de morte antes do seu tempo e a ortotanásia a morte no seu tempo certo, a distanásia indica a noção de morte depois do tempo, após o seu prazo naturalmente certo”. GUIMARÃES, *Eutanásia: novas considerações penais*. p. 135.

com argumentos médicos contrários, quando não de ordem moral, religiosa e, naturalmente, jurídica. Desse modo, convém verificar o viés jurídico do debate, sobretudo o aspecto penal e constitucional conferido à questão.

3 OS ASPECTOS JURÍDICOS DA EUTANÁSIA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A eutanásia, como fuga da dor e da agonia, acontece primeiro no espírito e depois na sociedade e no direito.

Sgreccia

Na análise da eutanásia, enquanto morte com intervenção, paralelamente a sua discussão como excepcional conduta médica, entende-se o termo apenas para o ato médico, que abrevia diretamente a vida do paciente com a intenção de aliviar a dor. Tem-se a discussão de ordem legal que envolve a criminalização da conduta, a possibilidade de requerer ou não a própria morte, bem como a necessária verificação do consentimento do paciente, apontado pela doutrina majoritária como requisito essencial para que se fale “verdadeiramente” em eutanásia.

3.1 Conceito de eutanásia

A eutanásia foi originalmente definida como “boa morte” ou morte sem dor e utilizada, com frequência maior daquela que se poderia supor, em diversos períodos da antiga história da humanidade,²³⁰ de tal forma que o debate eutanásico²³¹ é tão antigo quanto a humanidade.

²³⁰ Guimarães, valendo-se de diferentes fontes, informa, por exemplo, que no Império Romano, Cleópatra e Marco Antônio formaram uma academia para o estudo de formas menos dolorosas de morrer; na época de Cristo, aos crucificados agonizantes era ofertado o ‘vinho da morte’ para entorpecer e acelerar o final da vida; na ilha grega de Cós, eram ofertados venenos aos velhos que depois eram levados para uma festa; na Índia, lançavam-se os doentes ao Rio Ganges e em Esparta, os recém-nascidos mal formados eram atirados aos despenhadeiros. GUIMARÃES, **Eutanásia**: novas considerações penais. p. 30-34.

²³¹ “A eutanásia é ajudar um doente terminal, [...] a morrer. Para isso, precisa estar passando por um grande sofrimento e fazer o pedido com lucidez ao médico. Não é algo arbitrário. É um compromisso ético entre duas pessoas e merece o máximo respeito. [...] Quem mata o enfermo é a própria doença, e não o médico. Assim, eutanásia não significa ‘tirar a vida’”. PALACIOS, Marcelo. **Eutanásia é um compromisso ético**. Disponível em <<http://www.ccr.org.br/jogo-rapido-detalle.asp?cod=3>>. Acesso em 10 set. 2011.

Atualmente, “há uma significativa inexatidão terminológica²³² e ausência de consenso entre os autores em relação às espécies de eutanásia”,²³³ contudo, ainda é comum manter-se a definição original do termo proposto por Francis Bacon, em 1623, em *Historia vitae et mortis*, derivado do grego *eu* (bom) e *thanatus* (morte) com intuito de significar “o tratamento adequado para as doenças incuráveis”.²³⁴

Os progressos alcançados pela tecnociência e o surgimento constante de possibilidades de tratamento aguçaram ainda mais o tabu da morte, colocando em xeque a aceitação da mortalidade humana²³⁵ ao criar uma medicina demasiado científica, fria e asséptica, que é incompatível com a dignidade da pessoa humana. Assevera Pessini que “as conquistas realizadas não são uma bênção pura. Trazem consequências seriíssimas”.²³⁶

Em verdade, normalmente, não se cogita renunciar à própria vida, porém caso esta já não mais proporcione prazer e conforto, mas exclusivamente incômodo, dor, sofrimento e a aproximação da morte seja um fato consumado, vislumbra-se, como opção, recusar o prolongamento precário da existência e reivindicar o alívio da dor, mesmo que implique antecipar o momento da morte.²³⁷

Nessa seara, cabe lembrar que a vinculação ao ideal maior da medicina de salvar e prolongar a vida²³⁸ e a atenção ao paciente que reivindica o direito de morrer com dignidade delineia um paradoxo para os profissionais da saúde: o controle do sofrimento e o atraso no momento da morte, realmente, são de interesse do paciente? A continuidade do tratamento visa trazer algum benefício ao paciente, tem foco na pessoa doente ou na doença da pessoa?²³⁹

A evolução da ciência permite assinalar o crescente repúdio social à dor física que caracteriza a sociedade analgésica²⁴⁰ onde a analgesia domina e os doentes são colocados nas

²³² Diante disso, repisa-se que a eutanásia pode ser, em sentido amplo, entendida como a antecipação da morte (por ação ou omissão) em pacientes terminais ou incuráveis, enquanto a distanásia é compreendida como o prolongamento artificial da vida que naturalmente já teria chegado a termo. Em que pese a diferenciação entre ortotanásia e eutanásia passiva apontada por Marcelo quanto a não antecipação ou o não adiamento da morte na ortotanásia (inação, omissão ou suspensão das manobras médicas extraordinárias) ao passo que, na eutanásia passiva, tal alteração no período vital (desejada ou não) pode ocorrer. De regra, os doutrinadores utilizam as expressões ortotanásia e eutanásia passiva como sinônimas, visto que “a eutanásia, nesse sentido, não visaria à morte, mas permitiria que esta ocorresse do modo menos doloroso possível”. GUIMARÃES, **Eutanásia: novas considerações penais**. p. 131-134.

²³³ PEREIRA, **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. p. 250

²³⁴ GUIMARÃES. Op. Cit. p. 30.

²³⁵ PEREIRA. Op. Cit. p. 255.

²³⁶ PESSINI, **Eutanásia porque abreviar a vida?** p. 71.

²³⁷ RÔHE, **O paciente terminal e o direito de morrer**. p. 61.

²³⁸ Em relação ao ideal da medicina, importa lembrar que o Juramento de Hipócrates já se posicionava contra o procedimento que hoje chamamos eutanásia e que os mais ortodoxos consideram um eufemismo para as práticas suicida e homicida. Ibid. p. 6.

²³⁹ GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.). **Bioética: Poder e Injustiça**. São Paulo: Loyola, 2003. p. 401.

²⁴⁰ Verifica-se que “numa sociedade analgésica parece razoável se libertar dos incômodos impostos pela dor, mesmo que isso custe a perda da independência. (...)Ao mesmo tempo, diminui a faculdade de desfrutar de prazeres simples e estimulantes fracos. São necessários estimulantes cada vez mais poderosos às pessoas que vivem em sociedade anestesiada, para ter a

Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs), identificadas por Pessini²⁴¹ como “as modernas catedrais do sofrimento humano”. Com efeito, semelhante conclusão quanto à postura de medicalização da vida, ainda que diante da morte, verifica-se na reflexão de Frenette:

ao falar de eutanásia, deve-se ter em mente que existem dores e sofrimentos suportáveis, que alteram o humor do indivíduo, sem, no entanto, destruí-lo; e há dores e sofrimentos tomados de plenitude que, aliados ao desengano trazido pela certeza de um quadro clínico irreversível fazem com que o prolongamento inútil da vida em UTIs se torne uma das mais acabadas expressões da estupidez humana, juntamente com a guerra, com a apologia às drogas e com os pavorosos programas de auditório.²⁴²

É cediço que o termo eutanásia refere-se somente a uma ação ou omissão que busque trazer conforto ao paciente ou suspender seu sofrimento, dividindo-se em eutanásia ativa e passiva, ou seja, auxiliar no processo de morrer ou deixar a morte seguir seu curso, sendo ambas motivadas por ato de misericórdia, de piedade, com finalidade altruísta.²⁴³ Esta finalidade altruísta ou visão humanitária é o ponto central do entendimento da prática eutanásica como indicativo da preocupação com a qualidade da vida humana e da coerência com o princípio da dignidade humana. Assim,

...é cruel e bárbaro exigir que uma pessoa seja mantida em vida contra sua vontade e que lhe seja negada a desejada libertação, quando a sua vida perdeu toda a dignidade, beleza, significado e perspectiva de um futuro... Todo indivíduo tem o direito de viver com dignidade e morrer com dignidade.²⁴⁴

No entanto, Carvalho afirma que o significado originário do termo eutanásia²⁴⁵ se diversificou e hoje abrange novas situações. Tal afirmação conduz à multiplicidade de

impressão de que estão vivas”. ILLICH, Ivan. **Expropriação da Saúde: Nêmesis da medicina**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975, p. 140.

²⁴¹ PESSINI, Leo. Questões éticas-chave no debate hodierno sobre a distanásia. In GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.). **Bioética: Poder e Injustiça**. São Paulo: Loyola, 2003. p. 390.

²⁴² FRENETTE, Marcos. A busca da paz pela eutanásia. In **Caros Amigos**. São Paulo: Editora Casa Amarela, 1998.

²⁴³ Ao analisar o auxílio no processo de morrer ou deixar a morte seguir o seu curso, Singer vê legitimidade apenas na primeira possibilidade, por entender a segunda opção como “morte arrastada”. SINGER, Peter. **Ética Prática**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35-36.

²⁴⁴ SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética**. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996. p. 609.

²⁴⁵ CARVALHO, **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. p. 17.

conceitos que, necessariamente, devem figurar na discussão do tema. São eles: eutanásia ativa ou direta; passiva ou indireta; eutanásia de duplo efeito; eutanásia voluntária, involuntária e não voluntária.

Preliminarmente, cabe referir a existência de duas correntes em relação à diferenciação entre eutanásia ativa e passiva. Uma delas sustenta que a diferenciação se dá por uma linha muito tênue: a intenção do médico. Na outra, a premissa defendida nega a existência de diferenciação, porque tanto a eutanásia ativa quanto a passiva conduz à morte do paciente.²⁴⁶

Em que pese à dissensão referida, a rigor, a eutanásia ativa ou direta se efetua pela provocação direta da morte “por terceiro, movido por piedade ou compaixão, estando o sujeito passivo da eutanásia acometido de mal incurável [...] presente firmemente a dor ou agonia”, normalmente pela administração de narcóticos que atenuam a dor e colateralmente provocam ou apressam a morte. Em contrapartida, a eutanásia passiva se verifica por uma conduta omissiva, consistente no “deixar morrer”, ou seja, a não-realização de uma ação que teria indicação terapêutica naquela circunstância.²⁴⁷

Com relação à diferenciação entre “matar” e “deixar morrer” é indispensável a lição de Beauchamp e Childress como apta a auxiliar em casos concretos e específicos, contemplando “uma proposta ponderada para o trato da questão”:

matar e deixar morrer podem ser definidos de modo a ficarem conceitualmente distintos e sem inserção? [...] será que ações de intencionalmente não tratar um paciente podem ser descritas como ações de deixar morrer ou permitir que morra, em vez de ações de matar? Será que pelo menos algumas dessas ações são tanto de matar como de deixar morrer? Deixar morrer é eufemismo para matar? [...] Na linguagem comum, matar é toda forma de privação ou destruição da vida incluindo a vida animal e vegetal. Contudo, nem na linguagem comum nem na lei, a palavra matar envolve necessariamente um ato errado ou um crime. A linguagem comum também não exige que matar seja um ato intencional - podemos dizer, por exemplo, que um motorista matou alguém em um acidente automobilístico, ainda que não tivesse a intenção nem tenha sido negligente.²⁴⁸

²⁴⁶ GUIMARÃES, **Eutanásia**: novas considerações penais. p. 93-109.

²⁴⁷ Minahim, nesta seara, informa que não existe precisão sobre o que se deve entender por uma morte suave e boa, eis que a interrupção será feita por cada indivíduo à luz de sua experiência e convicções, portanto carregada de conteúdo axiológico e emocional. MINAHIM, Maria Auxiliadora. Direito de Morrer no Anteprojeto do Código Penal Brasileiro. **Revista jurídica dos formandos em Direito da UFBA**. Ano 4, Vol. 6. Salvador. jun./dez. 1999. p.117-118.

Assim, com foco na ação e no agente, a eutanásia é tida como ativa (ação) ou passiva (omissão) e tem intuito de fazer cessar o sofrimento do paciente com a morte. Além disso, pode ser classificada como “eutanásia de duplo efeito” na qual ocorre a aceleração do processo de morte como uma consequência indireta das ações médicas, que são executadas, visando exclusivamente o alívio do paciente terminal.²⁴⁹

Carvalho²⁵⁰ denomina de eutanásia solutiva e Borges²⁵¹ utiliza o termo lenitiva como sinônimo da eutanásia de duplo efeito, isto é, com a única finalidade de aliviar o sofrimento do interessado, mas “acaba ocorrendo o indesejado efeito morte, havido pela ministração de medicamentos em doses tais que, de qualquer modo, acabam eles por promover o encurtamento da vida do doente”.

Também a eutanásia pode ser voluntária quando solicitada pelo próprio paciente, involuntária quando não desejada pelo paciente e não voluntária quando se desconhece a vontade do paciente em relação à eutanásia.²⁵²

Portanto, no estudo da terminalidade da vida e, com redobrada razão, no estudo da eutanásia existem distinções sutis, em função do já referido envolvimento das mais variadas áreas do conhecimento como, por exemplo: profissionais da saúde, profissionais e estudiosos do direito, sociólogos, filósofos, além de outras pessoas direta ou indiretamente interessadas na discussão do tema.

²⁴⁸ BEAUCHAMP; CHILDRESS, **Princípios de Ética Biomédica**. p. 245.

²⁴⁹ PESSINI, **Distanásia: até quando prolongar a vida?** p. 211-214.

²⁵⁰ Carvalho refere-se à existência da eutanásia resolutive, referindo-se ao medicamento resolvente que efetivamente encurta o prazo vital, havendo ou não o desejo de fazê-lo CARVALHO, **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. p.18.

²⁵¹ BORGES. Roxana Cardoso. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In LEITE, Maria Celeste Cordeiro. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. Editora revista dos Tribunais, 2001. p. 283-305.

²⁵² FRANCESCONI, Carlos Fernando; GODIM, José Roberto. Bioética Clínica In CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, A.G.S.; OLIVEIRA, M.G.(Coord.). **Bioética: uma visão panorâmica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. p.14.

3.2 Aspectos penais da eutanásia

Num mundo de turbulência, em que tudo aquilo que diz respeito à pessoa parece ameaçar partir a deriva, quer-se acreditar nas seguranças absolutas que seriam, para ela, a verdade biológica ou a normatividade jurídica. Mas estes recursos não lhe são de nenhum auxílio. Se a pessoa não fosse, na realidade, um mosaico de células ou um sistema de convenções, então porque razão estaríamos interditados de a modificar à nossa vontade? O reducionismo não reduz o perigo, redobra-o. (...) Pois não há, afinal de contas, outra garantia para uma personalização continuada senão a riqueza humana do tecido social, como as práticas individuais, que fazem dela uma realidade viva.

Lucien Séve

A Constituição Federal consagra o direito à vida como o mais fundamental dos direitos, importância que também lhe é conferida pelo Código Penal. No entanto, a legislação brasileira é silente em relação à eutanásia, razão pela qual, os juristas procuram incluí-la em tipos penais já existentes e a doutrina divide-se: alguns doutrinadores consideram homicídio privilegiado o ato de matar ou mesmo deixar morrer quando imbuído de compaixão pelo doente que sofre; ao passo que, outra corrente segue a orientação de considerar idêntica conduta como simples homicídio.

Apenas na Exposição de Motivos do Código Penal, encontra-se referência direta à eutanásia, na explicitação do motivo de relevante valor social ou moral: “o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico), a indignação contra um traidor da pátria, etc.”.²⁵³

Em caráter preliminar, é indispensável reafirmar que qualquer forma “verdadeira” de eutanásia encontra-se condicionada à vitalidade do paciente²⁵⁴ e que interpretar em contrário significaria que “o médico dispõe de uma ‘razão preponderante’ sobre o paciente, de modo que, em que pese a negativa deste, pode ou mesmo deve seguir tratando-o sempre que ele, o médico, o estime positivo e correto” configurando lesão ao direito de autodeterminação do paciente.²⁵⁵

²⁵³ BRASIL. Código Penal. Organização Juarez de Oliveira. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

²⁵⁴ CARVALHO, Aspectos jurídico-penais da eutanásia. p. 156.

²⁵⁵ KAUFMANN, Arthur. ¿Relativización de la protección jurídica de la vida? In: *Avances de la medicina y derecho penal*. Barcelona: PPU, 1988. p. 50.

Entretanto, é de notar que a lei penal autoriza a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, na hipótese de iminente perigo de vida²⁵⁶ ou no estado de necessidade justificante,²⁵⁷ facultando-lhe a lesão a bem de menor valor (liberdade individual) como único meio de salvar o bem de maior valor (vida humana). Logo, “as diferentes formas de eutanásia recebem tratamento igualmente diverso na seara penal”.²⁵⁸

A partir desse prisma, cabe estabelecer a diferenciação²⁵⁹ de tratamento para fins de tipificação dos delitos de homicídio, homicídio privilegiado e suicídio assistido quando relacionados à eutanásia.

3.2.1. Homicídio

O homicídio é visto como manifestação da crueldade humana e, à primeira vista, largamente condenado pela sociedade. Todavia, da análise das circunstâncias relacionadas ao homicídio, é possível, em âmbito judicial, desde a diminuição da pena até o perdão, especialmente, se existir entre o autor do fato e a vítima, vínculo de expressão como aquele resultante da relação médico-paciente, particularidade relevante para as repercussões sociais do fato e para o presente estudo.

O “homicídio é a morte do homem por outro homem, é a eliminação da vida de uma pessoa praticada por outra. O homicídio é o crime por excelência”. Tem a primazia sobre os crimes por atentar contra o primeiro dos bens que é a vida. O objeto jurídico do crime é o

²⁵⁶ Artigo 146 do Código Penal: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: (...) § 3º Não se compreendem na disposição deste artigo: I a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, justifica-se por iminente perigo de vida”.

²⁵⁷ A propósito do estado de necessidade justificante, Zaffaroni e Pierangeli ensinam que para se apresentar a faculdade trazida pelo estado de necessidade justificante existem requisitos a serem observados, por exemplo: o perigo deve ser **atual** (grifou-se), que não se pode evitar, de outro modo, o perigo atual deve ser um mal maior que aquele que se quer evitar, bem como não ter sido provocado pelo própria vontade do agente. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**, v. 1: parte geral, 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 514-515.

²⁵⁸ CARVALHO, **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. p. 156.

²⁵⁹ Logrou-se verificar, ainda, a utilização dos termos suicídio assistido, morte assistida ou, ainda, homicídio piedoso, todos consubstanciados em “ajuda para morrer” e aplicados no sentido mais aproximado ao do auxílio ao suicídio quando o próprio interessado padecendo de enfermidade incurável invoca a compaixão de terceiro somente para prestar-lhe auxílio. GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Eutanásia: novas considerações penais**. Leme: J.H. Mizuno, 2011.p. 121 e 175. Contexto a que Carvalho classifica como eutanásia heterônoma em oposição à eutanásia autônoma, que se dá quando a prática eutanásica é perpetrada pelo próprio enfermo, equivalendo ao suicídio sem assistência. CARVALHO, **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. p. 18.

interesse protegido pela norma penal, ou seja, a vida humana extra-uterina. E o sujeito passivo, titular do bem lesado, será qualquer pessoa com vida (sujeito passivo material) bem como o Estado (sujeito passivo formal) dado que este “é sempre atingido em seus interesses, qualquer que seja a infração praticada, visto que a ordem pública e a paz social são violadas”.

260

Em relação ao sujeito ativo, em sendo o homicídio e suas modalidades crimes comuns, podem ser praticados por qualquer pessoa, isto é, a lei não exige legitimidade ativa especial. Contudo, para este estudo importam as condutas médicas levadas a efeito em relação ao final da vida, portanto o sujeito ativo a ser analisado é o médico.²⁶¹

A propósito da conduta do médico, Dallari refere que, nos casos de eutanásia, ainda que alegue desejar o alívio do sofrimento da pessoa, por piedade, estaria praticando homicídio, eis que presente a intenção de matar e os atos que geraram a morte. Com isso, estão presentes a intenção e os atos, mesmo que insuficientes para provocar a morte, sem que o próprio suicida os complemente, ou ainda que se frustre a prática suicida, ainda assim estaria caracterizado o auxílio.²⁶²

Bittencourt assevera que o homicídio simples, tipo fundamental, “pode ser acrescido de circunstâncias particulares”,²⁶³ evidenciando as figuras elencadas no Código Penal, após verificar que determinadas condutas se amoldam ao tipo penal, “passa a considerar certas circunstâncias [...] que podem alterar-lhe a fisionomia, aumentando ou diminuindo sua gravidade”.

Como se percebe, a determinação da conduta como homicídio é fator preliminar na análise penal. Sendo assim, o grau de reprovabilidade da conduta, em sede judicial ou social, há que ser determinando por critérios que verifiquem o contexto, importando, sobretudo, a relação entre autor e vítima e as condições de saúde desta.

3.2.2 Homicídio privilegiado

²⁶⁰ “o ataque à vida humana intra-uterina é incriminado pelos tipos de aborto artigos 124 a 126 do Código Penal” CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 2: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 3.

²⁶¹ Ibid. p. 3.

²⁶¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Liberdade para morrer. In **Saúde e direitos humanos**, ano 2, n. 2. Fundação Oswaldo Cruz. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. p.12-14.

²⁶² Aduz, em atenção a essas circunstâncias, que “os motivos constituem a fonte propulsora da vontade criminosa” e lembra que, na concepção de Ferri, é o motivo que dá significado moral e jurídico a todo ato humano. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2**: parte especial: dos crimes contra a pessoa, 10. ed.. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69.

A eutanásia ativa (comportamento comissivo) e a eutanásia passiva (comportamento omissivo) podem ser incluídas na modalidade de homicídio privilegiado. Na forma ativa, por exemplo, o médico aplica injeção letal no paciente a seu pedido, interferindo positivamente no curso causal. A segunda hipótese ocorre quando, por exemplo, um paciente com câncer em estágio terminal, já inconsciente, mediante autorização expressa da família (presumida sua aquiescência ou manifestada anteriormente) é transferido da UTI (Unidade de Tratamento Intensivo) para o quarto do hospital ou para sua casa.

Verifica-se nesses casos que ninguém provoca a morte, mas a cadeia de causalidade prossegue, sem que seja interrompida pelo médico ou por terceiros.²⁶⁴ Assim, não é pacífica a interpretação conferida à legislação brasileira de que ambas as formas venham configurar homicídio privilegiado – relevante valor moral²⁶⁵ – a interpretação depende, em cada caso, que se confirme a “relevância” como têm entendido os Tribunais.²⁶⁶ A modalidade omissiva é classificada como crime omissivo impróprio, por quebra do dever legal.²⁶⁷ Notadamente, tal orientação é igualmente controversa na doutrina nacional.

Franco assevera que a eutanásia ativa é punível em todos os casos, mesmo com a existência do consentimento do ofendido, pois “o direito de liberdade deve ser examinado dentro de um contexto global e, nesse contexto, não se pode reconhecer que tal princípio legitime a causação de homicídio por um terceiro”.²⁶⁸

A respeito da questionada validade do consentimento de quem invoca a eutanásia, Del Vecchio explica que “se ineficaz é o consentimento de um moribundo, ineficaz deveria ser o consentimento de todos os moribundos”. E refere os casos de matrimônio *in extremis* e de declarações de última vontade do testador, em que a lei reconhece como válido e gerador de

²⁶⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 2: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008. p.35

²⁶⁵ “Artigo 121 do Código Penal: “Matar alguém. (...) §1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

²⁶⁶ “Para que se reconheça o motivo de relevante valor moral é necessário que a prova patenteie ter o agente agido por sentimento nobre, altruístico, de piedade ou compaixão”. PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 0165747-8. Relator: Des. Gustavo Augusto Rodrigues de Lima. Disponível em <http://www.tje.jus.br/jurisprudencia/doc.asp?codproc=190004>. Acesso em 10 out. 2011.

“Deve-se entender por motivo social aquele que corresponde mais particularmente aos objetivos da coletividade; contudo, para que a figura privilegiada possa ser reconhecida, é necessário que o motivo seja realmente relevante, isto é, notável, importante, especialmente digno de apreço”. PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 96092-9. 1ª Câmara Criminal. Relator: Oto Luiz Sponholz. Disponível em <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar>. Acesso em 10 out. 2011.

²⁶⁷ “Artigo 13 do Código Penal: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. [...] §2º a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: I- tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância”.

²⁶⁸ SILVA FRANCO, Alberto. A eutanásia passiva no novo Código Penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais** n.04, 1993. p.1.

efeitos jurídicos o consentimento do moribundo, concluindo que, ao fazê-lo, está resolvida a questão.²⁶⁹

Contudo, se o consentimento não tem o condão de afastar por completo a ilicitude, é de força observar que possui inegáveis efeitos atenuatórios pelo menor desvalor da ação. No caso, comprovar o móvel altruísta ou de compaixão determina que a conduta típica ou ilícita seja menos reprovável ao seu autor.²⁷⁰

Quanto à eutanásia passiva, convém distinguir aquelas formas de omissão que configuram ação punível daquelas jurídico-penalmente irrelevantes (práticas médicas adequadas). É cediço que o médico tem dever de atuar decorrente de seu exercício profissional, assumindo a posição de garantir o bem jurídico vida. Todavia, esse dever limita-se à anuência do paciente em submeter-se aos seus cuidados, posto que a submissão forçada do paciente aponta para o delito de constrangimento ilegal,²⁷¹ afastado apenas em caso de necessidade justificante.²⁷²

De todo o modo, é possível sustentar a atipicidade na modalidade omissiva, sob o argumento de que não há bem jurídico a ser tutelado quando a vida se apresenta apenas do ponto de vista legal, sem qualquer semelhança com uma existência que possa, ainda que minimante, ser considerada digna.²⁷³ Em tais casos, a conduta do médico não seria típica frente ao Código Penal, eis que não se consubstancia como causa da morte da pessoa, em razão do processo natural da morte já estar instalado. Nesse diapasão, a ortotanásia seria usada para evitar a distanásia. Logo, a conduta do médico “seria lícita sempre que ocorresse a omissão ou suspensão das manobras médicas sem que, por tal fato, houvesse o encurtamento da vida”.²⁷⁴

Hartmann, mencionando a controvérsia havida por conta da Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1805/2006,²⁷⁵ expõe que foi ajuizada pelo Ministério Público Federal uma ação civil pública alegando tratar-se de violação do direito à vida. Nessa ação, foi

²⁶⁹ DEL VECCHIO, Giuseppe. **Morte benéfica (l'eutanasia)**. Torino: Fratelli Bocca, 1928. p. 68-70.

²⁷⁰ ROMEO CASABONA, Carlos María. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994. p. 430.

²⁷¹ Artigo 146 do Código Penal: “Constranger alguém mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”.

²⁷² CARVALHO, **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. p.158-160.

²⁷³ GUIMARÃES, **Eutanásia**: novas considerações penais. p. 129.

²⁷⁴ BORGES. Roxana Cardoso. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In LEITE, Maria Celeste Cordeiro. **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 05.

²⁷⁵ Artigo 1º da Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1805/2006: “É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do paciente em fase terminal, de enfermidade grave ou incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”.

suspensa a Resolução mencionada diante do entendimento que havendo uma possibilidade de violação do direito à vida, há que se ofertar tutela a esse direito e não à liberdade do paciente.

276

Também Delmanto²⁷⁷ quando trata do homicídio doloso – ortotanásia – refere-se à aludida controvérsia, ao asseverar que embora a Resolução não tenha hierarquia de lei, “e deixando a questão do julgamento moral e religioso à parte – compartilhamos do entendimento que a ortotanásia não configura crime de homicídio”. Justifica seu entendimento por compreender que não há o *animus necandi*, o dolo de matar, e conclui que “tampouco há, por ausência de dolo, nesse caso, crime de omissão de socorro qualificada pela morte”.

Em que pese à celeuma em torno da Resolução n. 1805/ 2006, em 2009, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução n. 1931/2009 que conserva, senão idênticas disposições quanto à ortotanásia, idêntico parecer sobre a matéria, como se observa em seu Capítulo I - Princípios, princípio “XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”, bem como no Capítulo V – Relação com pacientes, dispõe que:

É vedado ao médico:

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.

Verifica-se a tendência, no âmbito médico e penal, de observar o consentimento do paciente/vítima relevantes para a determinação do sancionamento da conduta daqueles que evitam a manutenção da vida biológica à custa da degradação e do sofrimento humano. Não obstante o amor natural pela vida e ainda que seja reprovada por diversos pontos de vista, a

²⁷⁶ “Resolução suspensa por decisão liminar do M. Juiz Dr. Roberto Luis Luchi Demo, nos autos da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.0114809-3, da 14ª vara Federal, seguindo o entendimento esposado pelo Ministério Público Federal: ‘... a glosa da ortotanásia do mencionado tipo penal não pode ser feita mediante resolução aprovada pelo Conselho Federal de Medicina, ainda que essa resolução venha de encontro aos anseios de parcela significativa da classe médica e até mesmo de outros setores da sociedade. Essa glosa há de ser feita, como foi feita em outros países, mediante lei aprovada pelo Parlamento’. HARTMANN, Ivar Alberto Martins, O direito de autodeterminação do paciente. In **Revista da Ajuris**, ano 37, n. 118, Porto Alegre: Ajuris, 2010. p. 233-279. p. 265-267.

²⁷⁷ DELMANTO, Celso [et al.]. **Código Penal Comentado**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p.441-442.

ortotanásia revela o cumprimento de um dever de solidariedade ao evitar sofrimento desnecessário ao paciente que assim desejar, humanizando a morte iminente.

3.2.3 Auxílio ao suicídio ou suicídio assistido

O auxílio ao suicídio encontra-se totalmente tipificado como delito, já o suicídio assistido é uma conduta relativamente nova e ainda carente de normatização. Essas condutas guardam estreita relação com a eutanásia quando presentes médicos e pacientes terminais. Também é determinante para que se estabeleça essa relação, a manifestação de vontade do paciente, mentalmente são, mas irreversivelmente, sem condições físicas de levar uma vida digna.

Embora o suicídio não seja ilícito penal, a lei pune o comportamento de quem induz, instiga ou auxilia outrem a suicidar-se conforme disposto no artigo 122 do Código Penal.²⁷⁸ Com efeito, também não há previsão de punição para a tentativa de suicídio, pois não existe sentido em punir a conduta daquele que atenta contra seu bem mais precioso, a própria vida.

Quanto ao auxílio ao suicídio, Bitencourt²⁷⁹ pondera que, na verdade, a conduta analisada dirige-se à própria pessoa do “candidato” ao suicídio e não a influenciar sua decisão. E também observa que, independente da conduta prevista no tipo que seja praticada, haverá um único crime, uma vez que a doutrina o classifica como de conteúdo variado ou ação múltipla. Contudo, Gomes afirma que as condutas do auxílio ao suicídio constituem verdadeiro homicídio, sustentando que se está “diante de um homicídio, pelo que esta figura não tem razão de ser. Devia desaparecer do Código Penal e condenar-se como homicida quem consegue que outro se suicide ao induzi-lo eficazmente a isso”.²⁸⁰

Conforme Delmanto, o objeto jurídico é a preservação da vida humana e o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa viva, desde que tenha discernimento, senão o crime poderá ser homicídio, sendo que o sujeito passivo será, necessariamente, paciente terminal. A rigor, tal qual o homicídio, o auxílio ao suicídio não exige legitimidade ativa especial. Todavia,

²⁷⁸ Artigo 122 do Código Penal: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça”.

²⁷⁹ BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal 2*. p. 130-131.

²⁸⁰ GOMES, Alfonso Serrano. *Derecho Penal*: parte especial. Madrid: Dykinson, 1997 p. 43.

repete-se a limitação da análise às condutas médicas levadas a efeito em relação ao auxílio ao suicídio, portanto o sujeito ativo a ser analisado é o médico.²⁸¹

O suicídio assistido ocorre quando a pessoa, portadora de doença terminal, estando lúcida, deseja por fim ao sofrimento que o destino lhe impôs, mediante a sua própria morte com o auxílio de médicos. O auxílio pode se dar através da prescrição de medicação ou de outros procedimentos para que a própria vítima realize o ato material causador da morte. Entretanto, permanece a figura delituosa, eis que a regra aplicada pela jurisprudência brasileira é que havendo risco de vida, não há que se falar em autodeterminação do paciente.²⁸²

Apesar da noção de que o ato de suicídio é sempre precedido de um estado mental patológico, Morales pondera que não se deve por em dúvida a integridade mental dos suicidas, visto que entender a existência de forma diferente de seus contemporâneos não o faz raciocinar com menos lógica sobre o seu modo de ver. Todavia, compreende que aquele que reclama a morte para encerrar sua agonia “é um péssimo juiz da incurabilidade de seu estado”.²⁸³

Alguns doutrinadores consideram conduta equiparada ao suicídio a recusa de tratamentos vitais pelo paciente como manifestação de sua liberdade religiosa ou de expressão. Ao verificar que a Constituição não determina a manutenção da vida contra a vontade do seu titular, em condições desumanas ou degradantes, tem-se que a liberdade religiosa do paciente deve ser respeitada.²⁸⁴

Nessa senda, Hartmann alerta para a inexistência, no Brasil, de legislação que proteja o médico em sua eventual decisão de não ressuscitar ou de abandonar os esforços ressuscitatórios. Assim, o risco legal deveria ser suprimido,²⁸⁵ afastando a possibilidade da “omissão de socorro” quando presente o consentimento do paciente ou de seus familiares.²⁸⁶

²⁸¹ DELMANTO, **Código Penal Comentado**. p. 440-441.

²⁸² HARTMANN, **Revista da Ajuris**, ano 37, n. 118, p. 263.

²⁸³ MORALES, Ricardo Royo-Villanova y. **O direito de morrer sem dor. O problema da eutanásia**. Tradução de J. Catoeira e C. Barbosa. São Paulo: Edições e Publicações do Brasil Ltda. 1933. p. 145-148.

²⁸⁴ CARVALHO, **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. p. 162-163.

²⁸⁵ Aqui ocorre o uso do consentimento informado de forma errônea, isto é, o princípio é aplicado de maneira a proteger o médico, em caso de procedimentos arriscados. Todavia, se o paciente se manifesta contrariamente e o médico, desconsiderando a vontade desse, realiza o procedimento, não há a responsabilização civil do médico por danos morais decorrentes da violação do direito de autodeterminação do paciente ou sanção penal pelo constrangimento ilegal. NETO. Miguel Kfoury. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 176.

²⁸⁶ O artigo 135 do Código Penal trata da “omissão de socorro, ou seja, falta de ação responsável por parte daquele que presenciar uma situação excepcional e momentânea de vulnerabilidade, resultante, no mais das vezes, de um acidente. Ao se igualar “socorro” a “tratamento médico”, pretende-se alargar a abrangência do tipo penal para compreender algo que aí não se encaixa, que é a atuação diária do profissional da medicina em situações que nada tem a ver com o auxílio emergencial que “socorro” subentende. HARTMANN, **Revista da Ajuris** ano 37 n. 118. p. 260.

Em síntese, a vida é “o bem” de cuja preservação a ordem jurídica cuida com maior desvelo, tanto que todo ato tendente a encurtar a vida é, em princípio, contrário ao direito, cabendo ao julgador a análise das hipóteses especialíssimas que possam enfraquecer ou abolir os pressupostos de imputabilidade.²⁸⁷

Entretanto, Pereira²⁸⁸ chama a atenção para um ponto de vista que merece destaque, pois “ainda que a igualdade não mais apenas formal, mas substancial consista em elemento indispensável a permear os discursos jurídicos, não se deve dar as costas ao fato de que, em termos realísticos e fáticos, o panorama que se apresenta é outro [...]”. Logo, tratar a eutanásia em uma sociedade rica não é o mesmo que tratá-la em um país pobre, em que a maior parte da população depende de um deficitário sistema público de saúde, vindo a acarretar o final da vida mesmo antes de se receber tratamento médico básico.²⁸⁹

Na mesma seara, Pessini aponta para a utilização de estratégias comerciais²⁹⁰ e privatização dos serviços de saúde, que culminam no declínio dos programas de saúde pública e mais exclusão. A propósito, o autor faz uma reflexão lembrando o “contexto macrosocial da America Latina” e atento para a exclusão e desigualdade, assim conclui: “É claro que o grito que nasce dessa realidade, antes de ser por uma “morte digna”, é “por viver com dignidade”.²⁹¹

Por derradeiro, eutanásia, homicídio privilegiado, auxílio ao suicídio ou suicídio assistido demonstram em sua essência, independente da adequação social e da aprovação jurídica, um agir em favor da dignidade humana, condizente com o contexto daquele que pede o alívio de seus males. Nessa linha, o alargamento da análise é necessidade que se impõe, sobretudo em sede de adequação constitucional e sancionamento criminal.

²⁸⁷ BRUNO, Anibal. Direito Penal, parte especial, crimes contra a pessoa, tomo 4. Rio-São Paulo: Companhia Editora Forense, 1966. p. 121-122.

²⁸⁸ PEREIRA, **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. p. 252.

²⁸⁹ SOARES, André Marcelo M. Bioética secular: o princípio da gentileza. In **Cadernos Adenauer**, n. 1, ano III, Rio de Janeiro: Bioética, 2002. p. 105.

²⁹⁰ A Medicina deixa de ser uma atividade de ser humano para ser humano para tornar-se a de um prestador de serviço “resolvendo” um problema de saúde em um “consumidor” ou “usuário” de convênio oficial (SUS) ou privado (plano de saúde). Este consumidor não tem resposta adequada as suas necessidades, não consegue o profissional que gostaria e deve contentar-se com o que lhe é oferecido. Fica instituída uma relação médico-paciente-doente, às vezes, viciada e superficial, sustentáculo de um “profissionalismo” frio, distante, impessoal e gerador de conflitos que, muitas vezes, acabam em litígio judicial. SPADARI, Magno José. Procurando o Lado Humano da Medicina: Existe Outro? In: **Ética e Bioética**. Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul. 2. ed. Porto Alegre: Stampa. 2006. p. 36

²⁹¹ PESSINI, **Distanásia: até quando prolongar a vida?** p. 33-55.

3.3 Aspectos constitucionais da eutanásia

Desde a Declaração dos Direitos do homem, as Constituições dos Estados Democráticos de Direito passaram a estabelecer os direitos fundamentais, demonstrando respeito e proteção à pessoa. No Brasil, a Constituição de 1988 andou na mesma trilha, trazendo princípios, com inegável função normativa e hermenêutica, impondo o reconhecimento do indivíduo como razão de ser do Estado e expressando o repúdio a qualquer tentativa de reduzi-lo à condição de coisa.²⁹²

Considerando a indissociável relação entre o indivíduo e o Estado, posto que ao proteger o indivíduo, o Estado está também protegendo o interesse público e mantendo condições para a vida em sociedade, não há como entender o artigo 5º “senão consagrador de direitos e garantias individuais em face da peculiar maneira de ser do Estado brasileiro, qual seja, Democrático e de Direito. [...] Corolário disso é que a dignidade da pessoa não é um valor futuro, mas presente desde a vigência da Constituição”.²⁹³

Sarlet, ao analisar as teorias que atribuem maior hierarquia do direito à vida sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, usa como principal argumento a noção de que a dignidade somente pode ser reconhecida e protegida onde existe vida humana, sendo esta, portanto, o pressuposto de todos os demais direitos. Entretanto, questiona tal priorização da vida sobre a dignidade da pessoa humana, ao asseverar que

de qualquer modo, é de questionar-se, em face da inequívoca relação íntima e indissociável entre a vida e a dignidade da pessoa, a própria possibilidade ou, pelo menos, a conveniência de se estabelecer, em abstrato e previamente, uma hierarquia axiológica entre os valores e bens jurídicos vida e dignidade [...].²⁹⁴

Salta à evidência que o direito à vida, contemplado pela Constituição, há de ser compreendido de acordo com uma visão global que dele se faça, juntamente com outros

²⁹² Na filosofia kantiana, por pessoa, entende-se mais que um objeto, ou seja, valor absoluto e insuscetível de coisificação, posto que “todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim”. E mais: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode por-se em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo preço, e, portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade”. KANT, **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, p. 134-141.

²⁹³ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos de direito penal**, 2. Ed. São Paulo: RT, 1999, p. 249-250.

²⁹⁴ SARLET, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**, 2001 p. 127.

direitos e princípios cancelados pela Norma Maior. Nesse passo, não existe um dever de viver, posto que os destinatários da norma constitucional não sejam os titulares do direito à vida, considerados singularmente, mas terceiros que venham a atentar contra esse direito. Todavia, enfatiza Carvalho que não se trata de sustentar o direito à própria morte (absoluto e incondicionado) como decorrente do direito à vida.²⁹⁵

Em análise mais profunda, não se confunde o direito à morte com o direito à morte digna, pois “aquele tem estrita e quase ilimitada relação com a autonomia privada”, ao passo que este, razão da controvérsia quanto à prática da eutanásia, relaciona-se às noções de piedade e dignidade pessoal.²⁹⁶

Por outro lado, o direito de morrer com dignidade faz ver a outra face da questão, que é a do 'direito de matar dignamente' em vista da impossibilidade do interessado (fisicamente debilitado) de agir sozinho. Assim, ainda que se encontre um fundamento jurídico, haveria nova controvérsia na questão do limite e na atuação do terceiro, o auxiliar no exercício 'do direito'.²⁹⁷

Nesse passo, a doutrina majoritária concebe a vida “como pressuposto da personalidade e supremo bem individual” de tal modo que corresponde “a interesses imediatos ou diretos do Estado, esses bens são inalienáveis, indisponíveis, irrenunciáveis por parte do indivíduo”. Logo, mesmo que reduzida a processos biológicos desconexos, “a supressão dos momentos de vida que restam ao moribundo é crime de homicídio, pois a vida humana não deixa de ser respeitável mesmo quando convertida num drama pungente e esteja próxima de seu fim”.²⁹⁸

De outra banda, a doutrina civilista brasileira identifica, no juramento hipocrático, a ideia de que o médico como portador do conhecimento deve tomar para si as escolhas quanto ao tratamento do paciente e defende que tais escolhas devem ocorrer de modo diverso, porque “a autodeterminação”²⁹⁹ açambarcaria a autonomia privada,³⁰⁰ bem como as escolhas

²⁹⁵ CARVALHO, *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. p.118-119.

²⁹⁶ GUIMARÃES, *Eutanásia: novas considerações penais*. p. 84.

²⁹⁷ GUIMARÃES. *Ibid.* p. 87.

²⁹⁸ HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao código penal*. Forense: Rio de Janeiro, v. 1, t. 1, 1977, p. 342-343.

²⁹⁹ A autodeterminação humana pode ser entendida, na filosofia de Kant, como a capacidade de se colocar finalidades, posto que o ser autônomo é aquele que se dá as próprias regras. KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes*. p. 81. Assim, como anota Ribeiro: “No domínio da esfera pessoal [...] e da esfera familiar [...] a autodeterminação só nos nossos dias se vem afirmando, contra enormes resistências, como um valor, constituindo ainda, em muitos ordenamentos, por um ideal por cumprir. Como princípio constitutivo do político, ela só tardiamente alcança uma (frequentemente ameaçada) consagração, sob a roupagem do princípio democrático”. RIBEIRO, *O problema do contrato*. p. 24.

³⁰⁰ A autonomia privada, tradução jurídica da liberdade de iniciativa. Ao sujeito é atribuída a possibilidade de criar situações de direito subjetivo, pessoais ou reais. A autonomia privada é vista como um poder de regulamentar os próprios interesses, dentro de determinados parâmetros, ou seja, “o processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação das

individuais quanto à ideologia, ao partido político, à religião, à opção sexual e ao direito de renunciar à própria vida”.³⁰¹

Contrariando a doutrina penal e, de certo modo, corroborando o entendimento dos civilistas, a Constituição de 1988 elegeu a dignidade como princípio informador de todo o sistema, inclusive dos direitos fundamentais. Não é sem razão que a garantia do direito à vida está disposta no mesmo artigo daquela do direito à liberdade, fixando a não existência de prevalência em abstrato daquela sobre esta. Nesse diapasão, a proteção da vida não pode ser exercida de forma incompatível com a dignidade que o seu titular lhe atribui. Assim, há que ser sopesada essa em detrimento daquela,³⁰² em decorrência da previsão constitucional que impõe deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais:

como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos por parte de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção.³⁰³

Nas disposições constitucionais, encontra-se no “direito à vida” a indisponibilidade, defendida por muitos doutrinadores, que exige a conservação da vida em qualquer caso. Entretanto, a inspiração kantiana da Constituição do Brasil compreende a “noção do direito sobre a vida” que, na esteira do repúdio à coisificação do homem, é compatível com a permissão de interrupção da vida em determinadas e particulares situações.

relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam”. Ibid. p. 21. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada, e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. v. 41, n. 163, p. 113-130, jul.-set. 2004, p. 127.

³⁰¹ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009 p. 184.

³⁰² BOBBIO, **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 92-94.

³⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. In: (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 32.

3.3.1 O conflito de normas constitucionais

Existindo oposição ou incompatibilidades no ordenamento jurídico, estas podem acarretar incertezas e abrir a porta para injustiças. Em razão disso, sempre que duas normas jurídicas se apresentarem como pertinentes ao caso concreto, restará estabelecido o conflito entre elas que deverá ser resolvido pela aplicação dos métodos para solução de conflito entre leis.

Assim, a existência de normas colidentes (as antinomias),³⁰⁴ em se tratando de regras, conduzem à aplicação de uma delas e a invalidade da outra. Usualmente, o conflito se resolve pela utilização dos métodos cronológico, hierárquico ou da especialidade. O primeiro deles estabelece que, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior, *lex posterior derogat priori*. Através do método hierárquico, entre duas normas incompatíveis, prevalece aquela hierarquicamente superior, *lex superior derogat inferiori*. No método da especialidade, constatada a existência de uma norma geral e outra específica, prevalecerá a segunda, *lex specialis derogat generali*.³⁰⁵

O mesmo não ocorre no caso dos princípios, pois a tensão entre eles se resolve na dimensão de seu peso no caso concreto, ou seja, a colisão não implica a validade de um em detrimento da validade do outro. Este dá lugar ao primeiro, mas não deixa de ser considerado válido. Assim, os princípios se relacionam de forma complementar, porém “somente diante do caso concreto, será possível ponderar o peso de cada princípio concorrente”.³⁰⁶

Constatada a antinomia e verificada a ineficácia dos métodos da especialidade, cronológico e hierárquico para a solução do caso, observa-se a conclusão de Bobbio quando explica que:

³⁰⁴ Acquaviva aponta a origem do grego *Anti* = oposição + *nomos* = norma, conceituando antinomia como "Conflito entre duas normas jurídicas, cuja solução não se acha prevista na ordem jurídica". ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário acadêmico de direito. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003. Na lição de Norberto Bobbio, para que se verifique uma antinomia, existem duas condições: as duas normas devem pertencer a um mesmo ordenamento e ter o mesmo âmbito de validade, seja este de caráter temporal, espacial, material ou pessoal". BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1994, p. 86.

³⁰⁵ RÖHE, **O paciente terminal e o direito de morrer**. p.34-36.

³⁰⁶ BOBBIO, **Teoria do Ordenamento Jurídico**. p. 102.

mas como é possível conservar duas normas incompatíveis, se, por definição, duas normas incompatíveis não podem existir? É possível sob uma condição: demonstrar que não são incompatíveis, que a incompatibilidade é puramente aparente, que a pressuposta incompatibilidade deriva de uma interpretação ruim, unilateral, incompleta ou errada de uma das duas normas ou de ambas.³⁰⁷

Logo, considerando que a absoluta proteção de um direito impediria sua flexibilização, as normas constitucionais devem ser interpretadas, possibilitando que a contradição entre elas não produza a preferência de um bem em relação a outro ou até implique sua nulidade, aplicando-se “não uma lógica formal, mas a lógica do que é razoável”.³⁰⁸

Além disso, a norma jurídica deve atender aos objetivos a que se destina: perseguir seus fins, produzindo o menor dano possível; trazer mais vantagens que desvantagens ao seu destinatário, sem que isso implique, contudo, sacrificar outros interesses caros à sociedade. Por derradeiro, convém repetir que esses conflitos não se resolvem na apreciação em abstrato, reclamam apreciação singularizada do caso concreto.³⁰⁹

A divergência entre regras torna necessário o perecimento de uma delas no caso concreto. Ao passo que, no conflito entre princípios constitucionais, o perecimento de um deles não é nem mesmo passível de discussão, visto que são atrelados uns aos outros. A realidade cuida de flexibilizar essa noção, pois os fatos da vida impõem à norma constitucional o dever de garantir a realização dos valores da pessoa, através do sopesamento e eventual relativização de algum dos princípios em que se assenta a Constituição.

3.3.2 A colisão entre direitos fundamentais

A par da colisão entre regras e princípios, igualmente se apresenta a colisão entre os direitos fundamentais, seja entre si, seja na relação com outros valores constitucionais. Ocorre que os princípios têm caráter geral e abstrato para transparecer os valores neles contidos, mas

³⁰⁷ RÖHE, *O paciente terminal e o direito de morrer*. p. 45.

³⁰⁸ RHE, *Ibid.* p.45-46

³⁰⁹ RÖHE, *Ibid.* p.45-46

quando trazidos para a concretude, a abstração e a generalidade podem revelar incompatibilidade entre direitos fundamentais.

Se a vida humana for de alguma forma atingida, haverá colisão em sentido estrito³¹⁰, ao passo que, no conflito entre interesses privados e interesses da comunidade, haverá colisão de direitos fundamentais com outros valores constitucionais. Nessas circunstâncias, poderá o legislador estabelecer limites (adequados, necessários e proporcionais) aos direitos fundamentais, no intuito de salvaguardar outros direitos e interesses caros à Lei Maior.³¹¹

Verifica-se que a renúncia a esses direitos implica obrigatoriamente renunciar à exigibilidade do cumprimento dos deveres de respeito e proteção a que se obrigam o Estado e os particulares, surgindo a impossibilidade de renúncia efetiva do direito à vida, por implicar ações estranhas ao titular do direito. A indisponibilidade também afeta a terceiros, posto que são injustificáveis intervenções ativas nos atos de disposição da própria vida.³¹²

Ademais, a disposição “não abrange uma vertente negativa - em outro dizer - o direito de morrer”,³¹³ visto que o direito à vida tem um conteúdo de proteção positiva que o impede de incluir o direito à morte como direito de liberdade.³¹⁴ A propósito da renúncia, assim se manifesta Kaufmann:

A vida humana há que ser concebida como um direito altamente pessoal, de modo que não se compreende porque tal direito deva ser juridicamente - e destaco a expressão juridicamente - irrenunciável. À objeção de que essa postura conduz a um individualismo extremo cabe opor a tese de que o homem está obrigado frente à comunidade a manter-se com vida se apóia num questionável coletivismo de proveniência conhecida. É certo que o indivíduo tem obrigações frente à comunidade, mas apenas enquanto vive; entretanto, não tem frente à comunidade a obrigação de viver.³¹⁵

³¹⁰ “Colisão de direitos fundamentais em sentido estrito ocorre, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem consequências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais”; ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón de Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.p. 607.

³¹¹ RÖHE, Op. Cit. p. 37-38.

³¹² SZTAJN, Rachel. **Autonomia Privada e Direito de Morrer**: eutanásia e suicídio assistido. São Paulo: Cultural, 2002.p. 156-157.

³¹³ CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBDCRIM, 2001.p. 119-121.

³¹⁴ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.p. 91.

³¹⁵ KAUFMANN, Arthur. *Relativización de la protección jurídica de la vida ?* apud CARVALHO. Op. Cit. p. 119.

Hartmann³¹⁶ aponta a proteção subjetiva do direito à liberdade destacando a perspectiva subjetiva como “núcleo principal da carga eficaz dos direitos fundamentais” e, por isso, determinante da necessidade de abstenção do Estado, que desconsidera a vontade do indivíduo em decisões de foro altamente íntimo, em afronta à importância deste, “vez que os direitos fundamentais são, originariamente, direitos subjetivos dos indivíduos”.³¹⁷ A propósito da subjetividade, Lopes assevera:

o Direito quer proteger a vida humana à custa da dignidade da pessoa? Quer proteger a vida de um indivíduo mesmo que isto represente ferir profundamente a sua dignidade? A resposta certamente é negativa para o Direito Brasileiro, do que se infere do art. 1º, III, da CF, caso contrário este artigo teria proclamado como fundamento do Estado Democrático de Direito a vida humana, e não a dignidade da pessoa humana, como fez.³¹⁸

Nessa linha, em que pese a nítida relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, o direito brasileiro permite relativizações desse direito, como nos casos de legítima defesa,³¹⁹ estado de necessidade³²⁰ e a possibilidade de pena de morte em caso de guerra declarada.³²¹

Ademais, se o Estado admite, em determinadas situações, que legitimamente se retire a vida de outrem, a inviolabilidade do direito à vida significa que ninguém pode dele ser privado ‘arbitrariamente’, assegurando a proteção do direito contra terceiros e não o dever de viver. Assim,

³¹⁶ HARTMANN, Ivar Alberto Martins, O direito de autodeterminação do paciente. In **Revista da Ajuris**, ano 37, n. 118, Porto Alegre: Ajuris, 2010.p. 233-279. p. 262.

³¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1257.

³¹⁸ LOPEZ, Ana Carolina Dode. Colisão de Direitos Fundamentais: direito à vida X direito à liberdade religiosa. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n.º 958, 16 fev. 2006. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7977>. Acesso em 14 set. 2011.

³¹⁹ Artigo 23 do Código penal: “Não há crime, quando o agente pratica o fato: [...] II – em legítima defesa”;

³²⁰ Artigo 23 do Código penal: “Não há crime, quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade”;

³²¹ Artigo 5º, inciso XLVII da Constituição Federal: “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”;

verifica-se que, sob a argumentação de que a vida constitui direito inviolável, alguns juristas entendem pela impossibilidade de um indivíduo tomar decisões que digam respeito a sua vida – e morte. Em que pesem as opiniões em contrário, fica claro, para nós, que tal entendimento manifesta uma confusão entre as noções antes aludidas de inviolabilidade e indisponibilidade, de modo a trazer a ideia de um “dever de viver” imposto pelo Estado – frise-se, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro.³²²

Todavia, a doutrina constitucional se posiciona contra a prática da eutanásia, ainda que na forma de ortotanásia (eutanásia passiva). Moraes³²³ argumenta que “o ordenamento jurídico-constitucional não autoriza, portanto, nenhuma espécie de eutanásia, quais sejam ativa ou passiva (ortotanásia)”. Na mesma linha, insere-se o entendimento de Silva que

opõem-se à eutanásia: motivos científicos e de conveniência, tais como a possibilidade de um erro de diagnóstico, da descoberta de um remédio, bem como a eventualidade de pretextos e de abusos; motivos morais (e mesmo jurídicos), pois que, dado o valor atribuído à vida humana pela consciência comum e pelo ordenamento jurídico, não se pode privar a criatura humana de um só átimo de existência; de resto, a prevalência do motivo de piedade sobre a natural aversão à supressão de um semelhante revela, em quem pratica a eutanásia, uma personalidade sanguinária ou, pelo menos, propensa ao delito.³²⁴

Em relação à dicotomia direito à vida versus dignidade humana, vê-se que o Estado elegeu como bem maior a vida, protegendo-a desde o momento da concepção até a cessação de todos os sinais vitais, criminalizando atos, práticas ou mecanismos destinados “à exclusão até mesmo da sobrevivência inviável”. No entanto, existe a necessidade de repensar a questão, pois

ainda que todos tenham como bem maior a vida, não se pode pensar em tal substantivo sem adjetivações, ou seja, o que se deseja é uma vida boa, saudável e feliz. Ao confrontar-se a ausência de tais predicados é que cabe questionar a quem pode ser dado o poder de decidir sobre a vida ou a morte, quer de um embrião, quer de um enfermo incurável.³²⁵

³²² ADONI, André Luis. Bioética e biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna. In **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 92, dez. 2003. p. 395-423.p.414.

³²³ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.p. 180.)

³²⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 201-202.

³²⁵ DIAS, Maria Berenice. Vida ou morte: aborto e eutanásia, 2005. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=392&isPopUp=true>. Acesso em: 14 set.2011.

O conceito constitucional de vida traz a noção de que um indivíduo sem dignidade (privado de sua liberdade, do exercício de muitos de seus direitos, quando não se pode usufruir um nível de vida adequado, com educação, cultura, lazer, quando nem mesmo as funções vitais são autônomas) “não apresenta mais vida, a sua vida já foi tirada involuntariamente”.³²⁶ Em razão disso, atualmente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem entendido que:

há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua hierarquia. O desejo de ter a **"morte no seu tempo certo", evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado**, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados à eventual responsabilidade indenizatória. No caso dos autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir.³²⁷ (grifou-se)

No mesmo sentido, decidiu a 21ª Câmara Cível do Tribunal Gaúcho:

a decisão recorrida deferiu a realização de transfusão sanguínea contra a vontade expressa da agravante, a fim de preservar-lhe a vida. A postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue. Impossibilidade de ser a recorrente submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial. Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido. Livre arbítrio. **Inexistência do direito estatal de "salvar a pessoa dela própria", quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros. Proteção do direito de escolha, direito calcado na preservação da dignidade**, para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas. AGRADO PROVIDO.³²⁸ (grifou-se)

³²⁶ SILVA, Tiago Santos da. A eutanásia no Direito Brasileiro. 2008. 52f. Monografia (pós-graduação lato sensu em direito penal e processual penal) - Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, 2008. p. 26.

³²⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70042509562, da 21ª Câmara Cível. Relator: Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, julgado em 01/06/2011. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em 10 out. 2011.

³²⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 70032799041, 12ª Câmara Cível. Relator: Des. Cláudio Baldino Maciel, julgado em 06/05/2010. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em 10 out. 2011.

Por outro lado, é indispensável observar a evolução do tema, na Declaração do Vaticano sobre a Eutanásia, que transmite ser de todo contrária à eutanásia, referindo que:

na iminência de uma morte inevitável, apesar dos meios usados, é lícito em consciência tomar a decisão de renunciar a tratamento que daria somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem, contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes. Por isso, o médico não tem motivos para se angustiar como se não estivesse prestando assistência a uma pessoa em perigo.³²⁹

Portanto, infere-se que, na controvérsia sobre a eutanásia, em que pesem tanto os posicionamentos daqueles que se definem pró-vida (*pro life*) ao defender a manutenção do estado biológico, independente de qualquer outro fator, quanto o entendimento pró-liberdade de escolha (*pro choice*) daqueles que avaliam a qualidade de vida como requisito legitimador dos pedidos eutanásicos, evidencia-se a busca por argumentos científicos e filosóficos por pesquisa médica quantitativa e qualitativa e por contextualização religiosa coerente.

Por derradeiro, trata-se de questão que reclama regramento jurídico adequado, que respeite seus componentes metajurídicos de modo a evitar mau uso e abusos, de modo a corresponder aos anseios da sociedade e tornar efetiva a dignidade humana prevista na Constituição de 1988.

³²⁹ SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ - Declaração sobre a eutanásia. Disponível em < http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_en.html >. Acesso em 15 set. 2011.

CONCLUSÃO

Pelo presente estudo constata-se que a eutanásia vem suscitando debate entre os que defendem a possibilidade de escolha e os partidários da indisponibilidade da vida. A esse contexto, a maturidade do Estado Democrático de Direito, verificada pelo fortalecimento dos direitos fundamentais, acrescentou às interpretações conferidas ao direito à dignidade da pessoa humana, especialmente em razão da possibilidade de utilizá-lo ou não para justificar a eutanásia.

Observam-se as diversas fases havidas desde a primeira formulação dos direitos fundamentais até sua consolidação através da positivação, sempre vinculadas aos desdobramentos das lutas históricas. Os direitos fundamentais evoluíram gradativamente, na medida em que o valor da pessoa foi disseminado, assim, primeiramente, nas ‘Declarações’ de direitos, após em posição de destaque nos textos constitucionais. Contudo, depois da ‘era do nazismo’, os valores informadores desses direitos necessitaram ser revistos, não apenas enquanto norma interna dos Estados, mas como princípios destinados a orientar a ordem internacional em termos de proteção à pessoa humana.

No Brasil, os direitos fundamentais encontram-se positivados na Constituição Federal de 1988 e refletem, em todo ordenamento jurídico, a proteção conferida ao direito à vida, à liberdade e à dignidade da pessoa humana. Desse modo, verifica-se que o direito à vida, por sua gênese tanto de direito natural, quanto de dogmatismo religioso, é apontado como inerente ao ser humano, valor supremo, inviolável e indisponível em razão de seu caráter sagrado. Por outro lado, os questionamentos doutrinários avaliam a reafirmada intangibilidade da vida humana, evidenciando a complexidade das convicções acerca de seu valor instrumental e da sua representação, além do fator biológico, concentradas no exercício do direito à vida, com liberdade e autonomia.

A par disso, o direito à liberdade revela-se, desde o seu nascimento, na forma de proteção do indivíduo frente ao Estado e, paulatinamente, foi adquirindo novos significados: liberdade natural, liberdade civil, liberdade contratual, liberdades individuais, dentre outros. Nesse sentido, a autodeterminação é apresentada como exercício de autonomia e a liberdade como um ideal maior que a simples ausência de impedimentos externos ou coação, trazendo a noção de respeito às decisões baseadas em crenças e valores pessoais, ainda que esses não sejam compartilhados pelo restante da sociedade.

Desse modo, a incapacidade de agir com a razão é a única restrição possível à liberdade, sendo que esta é defendida como a capacidade de ir além do estabelecimento de uma relação de meios-fins, elegendo seus próprios fins. Ademais, o relevo da liberdade como direito fundamental implica a proibição de cerceamento arbitrário da liberdade do particular, núcleo privilegiado, de tal forma, que, mesmo quando a capacidade falha, o direito trata de resguardá-la, impedindo a utilização do homem como meio, preservando-o como fim em si mesmo.

Por sua vez, a dignidade humana é valor fonte do ordenamento jurídico que constitui um complexo de direitos voltados à proteção da pessoa contra atos de cunho degradante e desumano, bem como lhe assegura condições existenciais mínimas. A dignidade humana é, essencialmente, um conceito aberto e inclusivo que tende a albergar especificidades e peculiaridades, permitindo a adequação da norma às demandas que surgem em razão da velocidade das alterações no mundo dos fatos.

Nessa linha, a dignidade humana, por ser considerada fundamento do Estado Democrático de Direito, exerce macro influência em todos os ramos do direito e, de modo particularmente determinante, para tornar efetivo o reconhecimento do ser humano como fim em si mesmo, especialmente em situações que envolvam a medicina e o enfrentamento do final da vida.

Nessa senda, o profissional da medicina ostenta a maior parcela de responsabilidade quanto aos cuidados a serem implementados em função da terminalidade da vida, com maior razão quando se trata de pacientes, popularmente ditos incuráveis, em vista de esse profissional ser capacitado para melhorar, proteger e restaurar a saúde ou, como informam os clássicos objetivos da medicina, salvar e prolongar a vida, bem como o alívio da dor e do sofrimento.

Em face dessas responsabilidades que lhes são atribuídas, seus deveres e vedações éticas atualmente estão codificados para que possam ser conhecidos, respeitados e sancionados. Essa responsabilidade, porém, ultrapassa o dever ético de ter conhecimento técnico-profissional, e reclama a presença da virtude do ser. Desse modo, em vista do juramento hipocrático, muitos profissionais utilizam a conduta denominada paternalismo, na qual as decisões sobre a conveniência ou não de tratamentos são feitas exclusivamente pelo médico, por altruísmo e sem informar o paciente, sendo que, usualmente, tais tratamentos são considerados extraordinários ou não visam à cura do paciente. Em contrapartida, muitos profissionais, mais afinados com as disposições do Código de Ética médica e com as novas

diretrizes de saúde pública, informam ao paciente as possibilidades de tratamento, para que este compreenda e possa decidir sozinho ou com seus familiares a viabilidade ou não de implementar ou mesmo manter esses procedimentos, postura condizente com o princípio da autonomia.

Nesse cenário, em vista do constante avanço tecnológico, surge a bioética como forma de estabelecer um diálogo entre o científico e o ético, através de seus três princípios base: o primeiro deles diz respeito à autonomia do paciente; o segundo, da beneficência, ou seja, a busca pela minimização de ônus para os sujeitos vulneráveis, considerando os interesses envolvidos e, o terceiro princípio é a justiça na acepção de igualdade, equidade e bem-estar social, orientado para o convívio da ética individual com a ética coletiva.

Ainda em decorrência do dinamismo do conhecimento biotecnológico, teve origem o biodireito, com intuito de solucionar os conflitos modernos entre a ciência médica e os diversos ramos do direito, em que pese a controvérsia quanto à capacidade dos ordenamentos já existentes realizarem tal intento. Na verdade, o biodireito procura ir além da normatização e se materializar em ações que efetivem a relação entre bioética e direito, sistematizada na unidade dos valores dignidade humana e justiça. Na missão de harmonizar os referidos valores, surge também a bioconstituição ou o biodireito constitucional, que analisa e busca coibir a promoção da qualidade de vida através do desenvolvimento da atividade científica quando dissociada da essência e dos valores-guias constitucionais.

Assim, à luz dos direitos fundamentais e do cenário médico e bioético, com indissociável conjugação de ambos, constata-se o evento que mais expõe a fragilidade humana: a inevitável terminalidade da vida, apesar do prolongamento artificial, quase ilimitado, que é possível atualmente. Diante disso, verifica-se que o conceito de morte reflete a evolução da sociedade passando do ‘último suspiro’ ao comprovado processo de ‘morte encefálica’. Em razão desse processo, a conduta médica se apresenta com significativas repercussões para a pessoa humana e para o direito.

Dentre os modos com que os profissionais da saúde posicionam-se, no que diz respeito ao tratamento de pacientes em estágio terminal de doenças, invalidez irreversível ou quando constatada a inviabilidade de vida futura, destacam-se a medicina paliativa, a ortotanásia e a distanásia. A primeira corresponde à abordagem multidisciplinar que privilegia a qualidade de vida quando a continuidade está ameaçada, através da prevenção e do alívio do sofrimento de pacientes e seus familiares, ofertando, assim, o melhor em humanidade no cuidado aos doentes terminais.

Já a ortotanásia significa “a morte no seu tempo certo” e pauta-se pelo processo de humanização da morte, evitando prolongamentos que imporiam sofrimentos adicionais à pessoa, ou seja, limitando ou suspendendo a utilização de recursos extraordinários quando esgotados todos os esforços terapêuticos para a cura da doença. Desse modo, a ortotanásia ou eutanásia médica passiva ou por omissão é a conduta que, presente a iminência da morte, o pedido do paciente ou sua anuência, em circunstâncias especialíssimas, permite a evolução natural para a morte.

Com isso, demonstra-se a preocupação com a vontade do paciente, pela transmissão antecipada, diretivas antecipadas ou *Living Will* (testamentos de vida), quanto às intervenções que escolheu para ver, implementadas ou não, na superveniência da terminalidade da vida. Esses testamentos são aceitos como valor indicativo, posto que dentro da legalidade e da ética, deve o médico respeitar a vontade do paciente. Seus partidários entendem que a ortotanásia é sempre norteada pela dignidade do paciente por tratar a morte como consequência natural da vida, sem que haja o encurtamento prematuro desta. Entretanto, a presença de riscos, quando a autorização for feita por terceiros, é apontada como argumento legítimo contra a ortotanásia em um Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, a distanásia ou obstinação terapêutica é um dos reflexos da revolução tecnológica que se caracteriza pelo uso indiscriminado, excessivo e agressivo de tecnologia, seja na medicalização ou nos mecanismos de sustentação artificial da vida, no caso de pacientes com restrita possibilidade de mudança no quadro clínico. Diante dessas possibilidades, nem sempre é observada a recusa manifestada pelos pacientes ou representantes legais, apesar de estar expresso, no Código de Ética Médica, que não existe o dever de estender a angústia àquele que está na iminência de morrer. Esse modelo de conduta é bastante criticado pela desproporção entre o ônus para o paciente e os benefícios reais e por transformar em idolatria o amor natural pela vida e desconsiderar a dignidade da pessoa humana. Tanto que a Igreja Católica Romana, reconhecida como adversário mais inflexível quando se trata de modificar o momento da morte, manifestou-se contrária à distanásia, por entender a morte como acontecimento da vida, não podendo ser postergada inutilmente.

Assim, após a análise dos três principais modelos de conduta médica, tem-se a eutanásia como uma excepcional ação, pois abrevia diretamente a vida do paciente com a intenção de aliviar a dor e o sofrimento. Contudo, na eutanásia em estudo, o pedido do paciente e o caráter humanitário não se dissociam da busca pela manutenção da dignidade, por manter na hora da morte a mesma dignidade que existiu durante a vida.

Deste modo, a eutanásia, originalmente, traz a ideia de “boa morte” ou morte sem dor, e, nesse viés, surge como opção ao prolongamento precário da existência quando a aproximação da morte seja fato consumado, ou seja, quando os pacientes reivindicam o alívio da dor mesmo que implique antecipar o momento da morte. Nesse ponto, percebem-se, entre os pacientes terminais, dois modos distintos de lidar com a questão: algumas pessoas querem permanecer biologicamente vivas, quaisquer que sejam suas condições; e outras, nas mesmas condições, reivindicam a morte, o mais breve possível, em razão de sua dignidade. Portanto, mesmo estando presente o pedido do paciente, a ‘verdadeira eutanásia’ ou eutanásia ativa tem um contexto seletivo, que são as situações em que o sofrimento é a temática central e a manutenção da vida vai gradualmente se tornando mais irreal com a certeza de um quadro clínico irreversível.

Nessa linha, importa lembrar o repúdio praticamente instintivo à eutanásia e a crescente aceitação das medidas que evitam o uso exacerbado de tecnologia no final da vida. Entretanto, verifica-se que essas são realidades muito próximas e que têm idêntico caráter humanitário, apesar da dignidade que fundamenta a aceitação da primeira condenar firmemente a segunda. Assim, estabelece-se uma linha muito tênue entre ortotanásia e distanásia que conduzem a questão: a ação de não tratar um paciente representa um ato de matar ou de deixar morrer? A ação de deixar morrer equivale à ação de matar?

Como resposta a essa questão, o direito penal repisa a importância conferida pela Constituição à vida como direito fundamental, de modo que todo ato tendente a encurtar a vida é considerado contrário ao direito, existindo, porém, hipóteses especialíssimas nas quais o julgador pode enfraquecer ou abolir os pressupostos de imputabilidade. Todavia, não há tipificação para a eutanásia na legislação penal brasileira, por isso os operadores do direito procuram incluí-la nos tipos penais já existentes, no caso, homicídio, homicídio privilegiado e auxílio ao suicídio, quando praticados por médicos para efeitos de adequação a este estudo.

Logo, a figura da eutanásia corresponde ao homicídio pela presença da intenção de matar e dos atos que geram a morte, ainda que com o desejo de aliviar o sofrimento da vítima, por piedade. Porém, quando há prova do consentimento da vítima, a tendência é que existam efeitos atenuatórios do desvalor da ação. Por outro lado, a ortotanásia ou eutanásia passiva, pode configurar homicídio privilegiado em razão do relevante valor moral. Poderá, ainda, não haver tipificação se o julgador entender que a conduta omissiva não causou a morte da pessoa, em razão do processo natural da morte já estar instalado. Quanto à ortotanásia, existe um

entendimento no sentido de que não há crime de homicídio, nem mesmo privilegiado, pela ausência do dolo de matar.

Já, no auxílio ao suicídio ou suicídio assistido, a conduta do médico pode ser a prescrição de medicação ou de outros procedimentos para que a própria vítima realize o ato material causador da morte. Contudo, há grande divergência quanto à figura delituosa, pois ainda que a Constituição não determine a manutenção da vida contra a vontade do seu titular, em condições desumanas ou degradantes, a jurisprudência tem entendido que, se há risco de vida, não há que se falar em autodeterminação do paciente.

No Brasil, por sua afirmação como Estado Democrático de Direito, impõe-se o respeito e proteção à pessoa, tanto é assim que a Constituição Federal consagra o direito à vida, à liberdade e à dignidade da pessoa humana, mas também é silente em relação à eutanásia. Assim, o reconhecimento do indivíduo como razão de ser do Estado e a evidente inspiração kantiana da Constituição estabelecem indissociável relação entre vida e dignidade da pessoa, conduzindo ao entendimento de que a vida a ser mantida deve ser compatível com a dignidade que o seu titular lhe atribui. Logo, inexistente norma que fixe o dever de viver e a ênfase no morrer com dignidade, no ‘direito à morte’, está em afastar a degradação e o sofrimento para morrer com a mesma dignidade que se teve em vida.

Desta maneira, constata-se um conflito entre normas constitucionais e esses conflitos não se resolvem na apreciação em abstrato, carecem de verificação no fato da vida que o originou. Ressalta-se que os princípios constitucionais são atrelados uns aos outros, devendo haver sopesamento e eventual relativização de algum dos princípios para atender a realização dos valores em que se assenta a Constituição.

Por outro lado, quando o conflito aparece entre direitos fundamentais, cabe ao legislador salvaguardar os direitos e interesses caros à Lei Maior ainda que tenha de estabelecer alguns limites aos direitos fundamentais. Mesmo o direito à vida, que é considerado valor supremo, sofre relativizações como a legítima defesa e o estado de necessidade, significando que ninguém pode dele ser privado arbitrariamente. Todavia, o conteúdo de proteção positiva desse direito tem impedido que se busque o direito à morte.

Assim, em que pesem os posicionamentos pró-vida (*pro life*) e pró-liberdade de escolha (*pro choice*), que trazem seus argumentos científicos e filosóficos, pesquisa médica quantitativa e qualitativa e contextualização religiosa coerente, verifica-se, no mais das vezes, quando se estuda a eutanásia, muita sutileza e opiniões que não firmam posicionamento.

Especialmente em âmbito jurídico, não há qualquer amparo para a pessoa que se encontra vítima de intenso sofrimento e refém de tratamentos inócuos e desumanos, nenhuma forma legalizada para cessar a tortura. Assim, aos familiares e médicos resta acompanhar a agonia e a decadência de seus pacientes ou entes queridos, sem poder atender a seus pedidos, sob pena de se tornarem criminosos.

Diante disso, reconhecendo a magnitude dos bens em conflito, entende-se que deixar a critério do legislador a palavra final não representa uma escolha e que existir a possibilidade de escolher é a única alternativa que respeita a dignidade da pessoa, posto que a regulamentação da eutanásia, não conduzirá, em hipótese alguma, à morte de quem não a desejar, no exato sentido das palavras de Kant “quando alguém decide alguma coisa a respeito do outro, é sempre possível que lhe faça alguma injustiça, mas toda a injustiça é impossível quando ele decide por si próprio”.

Portanto, cabe ao direito, como reflexo da sociedade e de seus anseios, fomentar a discussão e a pesquisa, deixar de ignorar a prática que ocorre mesmo à margem da lei, inclusive e especialmente, no caso da ortotanásia. Por derradeiro, impõe-se ao direito, através de seus operadores, manter a tradição de não se furtar ao amparo das necessidades humanas, assumir os riscos e passar ao regramento da questão, fixando critérios e vedações que respeitem a singularidade da pessoa humana e comportem tanto a sacralidade quanto a dignidade que lhes são caras.

REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário acadêmico de direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.
- ADONI, André Luis. Bioética e biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 92, dez., 2003.
- ALMEIDA, José Luiz Telles de. **Respeito à autonomia do paciente e consentimento livre e esclarecido: uma abordagem principialista da relação médico-paciente**. 1999. 129 p. [Doutorado] Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, 1999. Disponível em http://portaldesicict.fiocruz.br/transf.php?script=thes_cover&id=000025&lng=pt&nrm=i so. Acesso em 28 jul. 2011.
- ALVES, Glaucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a dignidade da pessoa. In: **A Reconstrução do Direito Privado**. reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. Judith Martins-Costa (Org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 213-229.
- AGAMBEN, Giorgio. Vida humana e ciência. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul./set., 2006.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ARNAUD, André-Jean. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o Novo Código Civil. **Revista de EMERJ** v.7, n.26. Rio de Janeiro, 2004.
- _____. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito de Lisboa**. Vol. L- n.s 1 e 2. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.
- Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em 20 mai.2011.
- BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo, Saraiva & Cia, 1934.
- BARACHO, José Alfredo. A identidade genética do Ser humano. Bioconstituição: Bioética e Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 32, jul./set., 2000.
- _____. **Direito Processual Constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; PESSINI, Leo. **Problemas atuais de bioética**. São Paulo: Loyola, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo. As relações da bioética com o biodireito. Apud: **Temas de biodireito e bioética**. BARBOZA, Heloisa Helena, BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

BEIER, Mônica. Revista de Medicina de Minas Gerais, vol. 20, nº 2, 2010. Algumas considerações sobre o paternalismo hipocrático. Disponível em [HTTP://rmmg.medicina.ufmg.br/index.php/rmmg/article/view/241/](http://rmmg.medicina.ufmg.br/index.php/rmmg/article/view/241/). Acesso em 28 jul.2011.

BERNARD, Jean. **De la biologie à l'éthique**. Tradução de Regina Castilho. Campinas: Psy II, 1994.

BEUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS James F. **Princípios de Ética Biomédica**. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

BICUDO, Hélio. **Direitos humanos e sua proteção**. São Paulo: FTD, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa**, 10. ed.. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTAR, Eduardo. **Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BORGES, Renato. **O Renascimento**. Disponível em http://www.professorrenato.com/index.php?option=com_content&view=article&id=161 Renascimento. Acesso em 05 out. 2011.

BORGES, Roxana Cardoso. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In LEITE, Maria Celeste Cordeiro. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. Editora revista dos Tribunais, 2001.

BORNHEIM, Gerd. O sujeito e a norma. In: **Ética**, Adauto Novaes (Org.). São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BRASIL. Código Penal. Organização Juarez de Oliveira. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRUNO, Anibal. **Direito Penal**, parte especial, crimes contra a pessoa, tomo 4. Rio-São Paulo: Companhia Editora Forense, 1966.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, volume 2: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2008.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)**. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

CAGGIAGNO, Mônica Hermann Salém. **Direito Parlamentar e eleitoral**. São Paulo: Manole, 2004.

CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7 ed, São Paulo: Saraiva, 2010.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa anotada**, vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBDCRIM, 2001.

CARVALHO, Gisele Mendes de. Cooperação ao suicídio e homicídio a petição nos contextos eutanásicos: análise dos aspectos filosóficos, constitucionais e jurídico-penais. **Ciências penais: revista da associação brasileira de professores de ciências penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Medicina e atos médicos** - Em defesa do direito da população à assistência médica digna e de qualidade. Brasília, 2003, disponível em [HTTP//www.portalmedico.org.br/atomedico/arquivos/Broch3.pdf](http://www.portalmedico.org.br/atomedico/arquivos/Broch3.pdf). Acesso em 31 jul. 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1931/2009** de 17 de setembro de 2009. Estabelece as normas éticas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício da profissão, independentemente da função ou cargo que ocupem. Disponível http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9 & Itemid=122. Acesso em 31 jul. 2011.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **AIDS e ética médica**, 2001. Disponível em http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/aids_etica_medica.pdf. Acesso em: 09 set. 2011.

COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 209, jul./set., 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. vol. I, art. 1º a 5º, LXVII. Rio e Janeiro: Editora Forense Universitária, 1988.

CUIDADO PALIATIVO. In Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. 2008. Disponível em http://www.saude.sp.gov.br/resources/profissional/aceso_rapido/gtae/saude_pessoa_idosa/livro_cuidado_paliativo_crm_31_8_09.pdf. Acesso em 18 ago. 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Liberdade para morrer**. In: Saúde e direitos humanos, ano 2, n. 2. Fundação Oswaldo Cruz. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

Declaração Universal dos direitos humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em 20 mai.2011.

Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, datada de 15 de maio de 1776. Disponível em <http://www.usconstitution.net/vdeclar.html>. Acesso em 12 de jul. de 2011.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, disponível em <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/503563/Declaration-of-the-Rights-of-Man-and-of-the-Citizen>. Acesso 12 de jul. de 2011.

DELMANTO, Celso [et al.]. **Código Penal Comentado**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

DERZI, Heloisa Hernandez. **Os beneficiários da pensão por morte**. São Paulo: Lex Editora, 2004.

DE SIMONE, Gustavo. *El final de La vida: situaciones clínicas y cuestionamientos éticos*. In: **Acta Bioethica**, año VI, n. 1. Buenos Aires, 2000. p.49-62.

DEL VECCHIO, Giuseppe. **Morte benéfica (l'eutanásia)**. Torino: Fratelli Bocca, 1928.

DIAS, Maria Berenice. Vida ou morte: aborto e eutanásia, 2005. Disponível em http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=392&isPopUp=true. Acesso em: 14 set.2011.

DIAS, Maria Clara. **Direitos humanos**. In: BARRETO: Vicente de Paulo (Coord.). São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

DireitoNet. **Biodireito**. Disponível em http://www.direitonet.com.br/dicionario_juridico. Acesso em 03 jun. 2011.

DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado: obstinação terapêutica em crianças. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 2006. p. 1741-1748.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. Limites da ciência e o respeito à dignidade humana. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FELBERG, Lia. **A ortotanásia no projeto do Código Penal**. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo: disponível em <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/>

Artigos /lia_felberg_01.pdf. Acesso em 25 fev. 2011.

FERNANDES, Thyco Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FLÓREZ VALDÉS, Joaquín Arce. **Los principios generales Del derecho y dua formulación constitucional**. Tradução de Magno Federici Gomes. Madrid: Civitas, 1990.

FORTES, Paulo Antonio. Bioética e Saúde Pública: A Epidemia A (H1N1). In VIII CONGRESSO BRASILEIRO DE BIOÉTICA, 2009. Anais eletrônicos. Disponível em < <http://www.sbbioetica.org.br/index.aspx?p=8>>. Acesso em 28 jul. 2011.

FORTES, Paulo Antonio. **Critérios bioéticos de priorização de recursos escassos**. FSP-USP, 2009. Disponível em <http://www.sbbioetica.org.br/index.aspx?p=8>. Acesso em 28 jul. 2011.

FRANCESCONI, Carlos Fernando; Godim, José Roberto. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, A.G.S.; OLIVEIRA, M.G. (Coords.) **Bioética: uma visão panorâmica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**, 7.ed.. São Paulo: Fundo Editorial Byk, 2001. Disponível em <http://www.portalmédico.org.br/Regional/crmpb/artigos/conceticmorte.html>. Acesso em 09 set. 2011.

FRENETTE, Marcos. A busca da paz pela eutanásia. **Caros Amigos**. São Paulo: Dez. 1998.

GARCIA, Maria. A inviolabilidade constitucional do direito à vida. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** ano 16 n°65. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.). **Bioética: Poder e Injustiça**. São Paulo: Loyola, 2003.

GOMES, Alfonso Serrano. **Derecho Penal: parte especial**. Madrid: Dykinson.

GOMES, Luiz Flávio. Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1305, 27 jan. 2007. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/txto/9437>. Acesso em 22 fev. 2011.

GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Eutanásia: novas considerações penais**. Leme: J.H. Mizuno, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Tutela dos Interesses Difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses**. São Paulo: Max Limonad, 1984.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural na esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins, O direito de autodeterminação do paciente. **Revista da Ajuris**, ano 37, n. 118, Porto Alegre: Ajuris, 2010.

HERKENHOFF, João Baptista. Gênese dos Direitos Humanos: Religiões e Sistemas Filosóficos em face dos DH. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/livro1/filos1/religiao1.html>. Acesso em 01 mai. 2011.

HORTA, Márcio Pallis. Paciente Crônico – paciente terminal- eutanásia: problemas éticos da morte e do morrer. In: **Desafios Éticos**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1993.

HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao código penal**. Forense: Rio de Janeiro, v. 1, t. 1, 1977.

ILLICH, Ivan. **Expropriação da Saúde**: Nêmesis da medicina. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Editora Abril., 1973.

_____. O que Significa Orientar se no Pensamento? In: **Textos Seletos**. Tradução de Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis: Ed. Vozes, 1985.

UFMANN, Arthur. *Relativización de la protección jurídica de la vida?* In: **Avances de la medicina y derecho penal**. Barcelona: PPU, 1988.

KIPPER, Décio. O problema das decisões éticas envolvendo o fim da vida e proposta para a nossa realidade. **Bioética** v. 7 n. 1, 1999.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. **Transplante de órgãos e tecidos e direito da personalidade**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

LEMES, Conceição. Direitos tornam-se Lei. In: NASCIMENTO, Roberto Gouveia (Coord.). **Saúde Pública**, suprema lei: a nova legislação para a conquista da saúde. São Paulo: Mandacaru, 2000.

LEPARGNEUR, Hubert. **Bioética** v.4 n°2. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1996.

LEVI, Primo. **Isto é um homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

LOPES, Gills, **Entendendo o “Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos”**. Disponível em <http://www.mundialistas.com.br/blog/?p=2340>. Acesso em: 05 out. 2011.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípios Políticos de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUÑO, Antonio Henrique Perez. La universalidad de los derechos humanos. In: GARCIA: José Antonio López; REAL, J. Alberto del. **Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho**. Madrid: Dykinson, 2000.

_____. **Derechos Humanos, estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madri: Editorial Tecnos, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. “As interfaces entre Direito e Bioética”, In: J. COLET (Org.) **Bioética**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

Medicina-paliativa-vai-beneficiar-650-mil-doentes-cronicos-no-pais. **Notícias**, 02 ago. 2011. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2011/08/02>. Acesso em 18 ago. 2011.

- MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC, 2000.
- MENDES, Alexandre Fabiano. Liberdade. In: BARRETO: Vicente de Paulo (Coord.). São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.
- MILL, Stuart. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Editora Escala, 2006.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. A vida pode morrer? Reflexões sobre a tutela penal da vida em face da revolução biotecnológica. In: BARBOZA, Heloísa Helena [et al.]. (Org.). **Novos Temas de direito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. Direito de Morrer no Anteprojeto do Código Penal Brasileiro. **Revista jurídica dos formandos em Direito da UFBA**. Ano 4, Vol. 6. Salvador. jun./dez. 1999.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Carta dos direitos dos usuários da saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000.
- _____. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4. ed.. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- MORALES, Ricardo Royo-Villanova y. **O direito de morrer sem dor. O problema da eutanásia**. Tradução de J. Catoeira e C. Barbosa. São Paulo: Edições e Publicações do Brasil Ltda, 1933.
- NEVES, Maria Helena de Moura. **Guia de uso do português**. São Paulo: Unesp, 2003.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.
- OLIVEIRA, Tarsis Barreto. As repercussões jurídico-penais da eutanásia no direito brasileiro. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito** n. 16. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2008.
- Pacto de São José da Costa Rica - Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 20 mai.2011
- PARISE, Patrícia Spagnolo. **O que é Biodireito?** Disponível em <http://www.faculdadeobjetivo.com.br/arquivos/art4.pdf>. Acesso em 15 ago. 2011.
- PEGORARO, Olinto. **Ética e justiça**, Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 2009.

PEREIRA, Karin Cristina Kramer. O direito privado e a ortotanásia: um caminho para a repersonalização. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (Coords.). **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 225-290.

PESSINI, Leocir. **Distanásia: até quando prolongar a vida?** 2. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

PESSINI, Leo. Questões éticas-chave no debate hodierno sobre a distanásia. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.). **Bioética: Poder e Injustiça**. São Paulo: Loyola, 2003.

_____. **Eutanásia**. Porque abreviar a vida? São Paulo: Loyola, 2004.

_____. **Distanásia: até quando investir sem agredir?** In: **A ética na saúde**. ANGERAMI-CAMON, Valdemar Augusto. São Paulo: Thompson, 2002.

_____. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais de Bioética**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Considerações genéricas sobre os Direitos da Personalidade. **Revista CEJ: Direito Civil**, v. 8 n. 25. Brasília, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PONTIFÍCIO CONSELHO DA PASTORAL DA SAÚDE. **Carta aos profissionais da saúde**. São Paulo: Paulinas, 1995.

POTTER, Van Rensselaer. Bioética. In: **O mundo da saúde**, Ano 22. v. 22 nº 6, Nov./dez. São Paulo: FISC, 1998.

PREDIGER, André Eduardo Schröder. **Da concretização dos Direitos Fundamentais previstos no artigo 227 da Constituição Federal**. Disponível em <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id400.htm>. Acesso em 06 out. 2011.

RABENHORST, Eduardo. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAMOS, Dalton Luiz de Paula. **Fundamentos e Princípios de Bioética**. In Conferência na Universidade Federal de São Paulo/Brasil -UNIFESP, 2001, São Paulo. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao.../2263.pdf>. Acesso em 17 ago 2011.

REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Giovanni. **Platão**. São Paulo: Loyola, 2007.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada, e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. v. 41, n. 163, jul./set, 2004.

RÖHE, Anderson. **O paciente terminal e o direito de morrer**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ROMEO CASABONA, Carlos María, ROMEO CASABONA, Carlos María. ***El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana***. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

R., Paulina Taborda. *El derecho a morir com dignidad*. In: **Acta Bioethica** año VI, nº 1. Santiago: *Universidad Católica de Chile*, 2000.

SÁ, Antonio Lopes. **Ética Profissional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ - Declaração sobre a eutanásia. Disponível em http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/0505_rc_con_cfaith_doc_1980euthanasia_en.html . Acesso em 15 set. 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e direito ao próprio Corpo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SALDANHA, Saldanha. Conceituações do direito: tendência privatizante e tendência publicizante. **Revista de Direito Público**, n. 81, 1987.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Morte encefálica e a lei de transplante de órgãos**. São Paulo: Oliveira Mendes. 1998.

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

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

_____. **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

_____. **Direitos fundamentais e direito privado**: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 55, n. 352.

SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “in vitro”: da bioética ao biodireito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHMIDT, Joel. **Dicionário de mitologia grego-romana**. Lisboa: Edições 70, 1994.

SELLETI, Jean Carlos; GARRAFA, Volnei. **As raízes cristãs da autonomia**. Petrópolis: Ed. Vozes, 2005.

SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 212, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, FL. **Beneficência e paternalismo**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1997.

SILVA FRANCO, Alberto. A eutanásia passiva no novo Código Penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, 1993.

SILVA, Reinaldo Pereira. **Introdução ao Biodireito**: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002.

_____. **Biodireito**: a nova fronteira dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 2003.

SILVA, Tiago Santos da. A eutanásia no Direito Brasileiro. 2008. 52f. Monografia (pós-graduação lato sensu em direito penal e processual penal) - Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em http://www.apmeducacao.com.br/arquivos/monografia/glioche/tiago_santos_da_silva.pdf. Acesso em 20 st. 2011.

SINGER. Peter. **Ética Prática**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SIQUEIRA, José Eduardo da. Tecnologia e medicina entre encontros e desencontros. **Bioética** v. 8, n. 1. Brasília, 2000.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética**. Fundamentos e ética biomédica. São Paulo: Loyola, 1996.

SOARES, André Marcelo M. Bioética secular: o princípio da gentileza. **Cadernos Adenauer**, n. 1, ano III, Rio de Janeiro: Bioética, 2002.

STEFANINI E.; ROSENTHAL C.; SIMON S. Paciente terminal: qual o limite da intervenção? **Revista Ser Médico São Paulo**, Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 1998.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 6. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SZTAJN, Rachel. **Autonomia Privada e Direito de Morrer**: eutanásia e suicídio assistido. São Paulo: Cultural, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial**. Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penas do final de vida. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**, v. 1: parte geral, 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZIELINSK, Helmut. **Ética e eutanásia**. Belo Horizonte: Associação Mineira de Psiquiatria, 1988.

