UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ

IZIMAR DALBONI CUNHA

Em busca da morte digna:
postergar a morte ou deixar morrer? Eis a questão

Rio de Janeiro

2014

IZIMAR DALBONI CUNHA

EM BUSCA DA MORTE DIGNA:

POSTERGAR A MORTE OU DEIXAR MORRER? EIS A QUESTÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Estácio de Sá, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito Público e Evolução Social.

Orientador: Prof. Dr. Marcello Raposo Ciotola

C972e Cunha, Izimar Dalboni

Em busca da morte digna: postergar a morte ou deixar morrer? Eis a questão / Izimar Dalboni Cunha. – Rio de Janeiro, 2014.

140f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Estácio de Sá, 2014.

1. Direitos humanos. 2. Eutanásia. 3. Dignidade da pessoa humana. 4. Autonomia da vontade. 5. Direito de morrer. 6. Ortotanásia. 7. Distanásia-suicídio assistido. I. Título.

CDD 341.27

Estácio

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação

EM BUSCA DA MORTE DIGNA: POSTERGAR A MORTE OU DEIXAR MORRER? EIS A QUESTÃO

elaborada por

IZIMAR DALBONI CUNHA

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de

MESTRE EM DIREITO

Rio de Janeiro, 12 de fevereiro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcello Raposo Ciotola – Presidente
Universidade Estácio de Sá

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Hogemann
Universidade Estácio de Sá

Profa. Dra. Rachel Barros Nigro
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
2014

Ao meu pai, *Izidoro*, ao meu irmão *Eduardo* (*Dedé*) e ao meu amigo/irmão *Carlos* que tiveram a dignidade mantida no viver e no morrer.

AGRADECIMENTOS

Não se trilha o caminho da vida, pessoal ou acadêmica, só. Muitas pessoas se fazem presentes na jornada, auxiliando de alguma forma. Minha viagem acadêmica chega ao final de mais um percurso. Nessa viagem foi preciso navegar com precisão e isso só foi possível por ter ao meu lado verdadeiros mestres que merecem toda consideração e respeito, mas, para alguns, é necessário um agradecimento especial. Primeiro, ao Prof. Dr. Marcello Raposo Ciotola, meu orientador, por sua atenção, sua disponibilidade e por sua precisa orientação, dando-me o norte sem, contudo, impedir que eu expusesse meu ponto de vista. Um homem de notável sabedoria e conhecimento, a Filosofia com ele tornou-se muito mais compreensível e agradável; mas, acima de tudo um verdadeiro *gentleman*. Segundo, à Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann pelo carinho, pelo apoio, pelo incentivo, pelas pontuais sugestões na realização da pesquisa e na banca de qualificação e por compartilhar o seu conhecimento comigo e com meus colegas; uma amiga na caminhada. Terceiro, não poderia deixar de agradecer à Profa. Dra. Renata Braga Klevenhusen, por me contaminar com o vírus da paixão pelo biodireito. Enfim, a todos os demais professores, Prof. Dr. Rafael Mario Iorio Filho pelo notável saber jurídico e por nos guiar nas trilhas da pesquisa e da publicação, ao Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, encantador no discurso, profundo conhecedor da Ciência do Direito, por ajudar a descerrar o véu de Isis e ao Prof. Dr. Vinícius da Silva Scarpi que, na fala mansa, na simplicidade, permitiu que tivéssemos acesso à grandeza de seu saber. Não poderia deixar de agradecer ao prof. Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira, nosso coordenador, pelo trato gentil, pela condução eficaz do Curso em busca da excelência, nem aos funcionários William Souza e Caroline Rangel, sempre tão educados e dispostos a ajudar. A viagem acadêmica, contudo, não seria possível sem o amparo dos familiares, em especial da minha mãe, pelo apoio e por suportar minha ansiedade, dos amigos que já possuía, pelo incentivo e por entenderem o meu distanciamento e daqueles que conquistei ao longo da jornada, meus colegas de mestrado, pelas exposições brilhantes nos seminários e pela companhia sempre agradável. Como não estamos sós nem no plano terreno, nem no plano espiritual, minha gratidão, também, a Oxalá e aos meus Orixás pela proteção e amparo em minha jornada na Terra. Por fim, aos nobres professores doutores Marcello Raposo Ciotoloa, Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e Rachel Barros Nigro que compuseram a banca examinadora.

Mar Adentro

Mar adentro,
mar adentro.
Y en la ingravidez del fondo
donde se cumplen los sueños
se juntan dos voluntades
para cumplir un deseo.
Un beso enciende la vida
con un relámpago y un trueno
y en una metamorfosis
mi cuerpo no es ya mi cuerpo,
es como penetrar al centro del universo.
El abrazo más pueril
y el más puro de los besos
hasta vernos reducidos
en un único deseo.
Tu mirada y mi mirada
como un eco repitiendo, sin palabras
'más adentro', 'más adentro'
hasta el más allá del todo
por la sangre y por los huesos.
Pero me despierto siempre
y siempre quiero estar muerto,
para seguir con mi boca
enredada en tus cabellos.

Ramón Sanpedro

RESUMO

CUNHA, Izimar Dalboni. **Em busca da morte digna: postergar a morte ou deixar morrer? Eis a questão**. Rio de Janeiro, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2014.

A pesquisa te por objeto investigar a possibilidade de legalização da eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como a pessoa concretamente considerada com todas as suas fragilidades, em especial aquelas que se encontram no limiar da vida, reconhecendo, ao lado do direito à vida, o direito de morrer. Por ser tratar de um tema complexo é realizada uma abordagem interdisciplinar, buscando encarar a morte sob vários prismas: filosófico, religioso, ético, histórico, legal, político. Na discussão do tema são analisados os prós e os contra da prática da eutanásia, estabelecendo um paralelo entre a sacralidade da vida sob o aspecto da filosofia das religiões e da ética e os direitos da personalidade, com ênfase na autonomia da vontade decorrente do direito de liberdade, que asseguram o real alcance do princípio da dignidade da pessoa humana e a concretização do estado democrático de direito, pois um Estado laico que se intitula democrático de direito não pode se deixar influenciar pelos dogmas das grandes religiões cristãs ao fazer suas escolhas políticas, respondendo, ao final ao questionamento: postergar a morte ou deixar morrer.

Palavras-chave: eutanásia, dignidade da pessoa humana, autonomia da vontade, direito de morrer

ABSTRACT

CUNHA, Izimar Dalboni. **Em busca da morte digna: postergar a morte ou deixar morrer? Eis a questão**. Rio de Janeiro, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2014.

The research has as an object investigate the possibility of legalization of euthanasia in the Brazilian legal system , considering a person concretely with all its weaknesses , especially those that are on the threshold of life , recognizing , beside the right to life, the right to die . For being a complex issue an interdisciplinary approach is performed, seeking face death from several perspectives: philosophical, religious, ethical, historical, legal, and political. In the discussion of the topic the pros and cons of the practice of euthanasia are analyzed to establish a parallel between the sacredness of life from the standpoint of philosophy of religion and ethics, and personality rights , with an emphasis on autonomy of will based on the right of freedom, which provide the actual scope of the principle of human dignity and the implementation the democratic rule of law , as a laic State that calls itself democratic law can not be influenced by the tenets of the great Christian religions to make their political choices , responding at the end the question: postponing death or let die.

Key-words: euthanasia, human dignity, autonomy of will, right to die

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	09
	CAPÍTULO I: A DISCUSSÃO DO FENÔMENO MORTE	12
1.1	A POLITIZAÇÃO DA VIDA E DA MORTE	13
1.2	A MORTE NUMA VISÃO INTERDISCIPLINAR	16
1.2.1	**O enfrentamento do fenômeno da morte**	16
1.2.2	**A morte na visão das grandes religiões**	22
1.2.3	**A bioética, a deontologia médica e a morte**	30
1.2.4	**Aspectos jurídicos e legais do direito à vida e à morte**	37
1.2.5	**A ética e a morte: o que há de errado em matar?**	53
	CAPÍTULO II: O VIVER E O MORRER COM DIGNIDADE	65
2.1	O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	66
2.2	OS DIREITOS DA FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE	70
2.2.1	**Do direito geral de personalidade**	71
2.2.2	**Dos direitos especiais da personalidade**	73
2.2.2.1	Do direito à integridade da pessoa humana	73
2.2.2.2	A vida como direito da personalidade	75
2.2.2.3	A morte como direito da personalidade	77
2.2.2.4	O direito à vida e à morte com dignidade	83
2.3	A AUTONOMIA DA VONTADE SOB O PONTO DE VISTA ÉTICO	85
2.3.1	**A questão da autonomia da vontade e o ato de morrer**	86
2.3.1.1	A questão da autonomia diante da incapacidade	92
	CAPÍTULO III: EM BUSCA DA MORTE DIGNA	94
3.1	**Distanásia: até quando prolongar a vida?**	95
3.1.1	Alguns conceitos de distanásia	95
3.1.2	Distanásia: aspectos históricos e os novos paradigmas da medicina	97
3.1.3	Distanásia: utilidade ou futilidade? Algumas considerações	99
3.2	**Ortotanásia: a morte no tempo certo**	102
3.3	**As faces da eutanásia: alívio da dor ou crime?**	105
3.3.1	Eutanásia e aspectos históricos	105
3.3.2	A eutanásia e suas variantes	107
3.3.3	A eutanásia, o consentimento do ofendido e suas implicações jurídico-penais	109
3.3.4	Eutanásia no contexto atual: os prós e os contras	112
3.3.5	Mistanásia: a eutanásia social	117
3.4	**Suicídio assistido: solidariedade no adeus à vida**	119
	CONSIDERAÇÃOES FINAIS	124
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	133

INTRODUÇÃO

O que é a vida e o que é a morte
Ninguém sabe ou saberá
Aqui onde a vida e a sorte
Movem as cousas que há
Mas, seja o que for o enigma
De haver qualquer cousa aqui
Terá de mim o próprio estigma
Da sombra em que eu vivi.

Fernando Pessoa

O viver e o morrer, sob certa ótica podem ser considerados conceitos antagônicos. Contudo, estão íntima e intrinsecamente relacionados, havendo um forte liame entre ambos. A morte sempre se fez presente em todas as sociedades e é discutida por diversas áreas do conhecimento. A eutanásia é uma prática antiga, talvez tão antiga quanto à espécie *homo sapiens*.

Abordar o tema é apaixonante, tendo em vista tratar-se de uma questão polêmica, discutida nos variados setores que compõem a sociedade, por isso a matéria possui um caráter multidisciplinar e tão complexo.

Não há pretensão na presente pesquisa de desvendar todos os mistérios da morte, o que, aliás, seria uma utopia. Contudo, é preciso compreender as mudanças ocorridas ao longo do tempo, tanto no aspecto político, filosófico, religioso, ético, como, também, no aspecto médico, científico, técnico, para que se possa pautar as ações visando garantir uma vida mais digna, que mesmo protegida, medicalizada, não deixará de ser finita, devendo a dignidade se protrair até *le* grand *finale* – a morte.

A eutanásia não é um tema novo, sendo vasta tanto a literatura nacional quanto a estrangeira acerca do assunto. Para a abordagem do tema, adota-se a metodologia analítica, pois o tema eutanásia, apesar de ser amplamente analisado não impede que se busque, através do debate entre os autores, novos contornos, pois se trata de um problema que interessa aos profissionais de diversas áreas e à comunidade em geral como destinatária dos preceitos estatuídos pela ordem jurídica.

Desse modo, não se trata de uma simples repetição, já que a abordagem interdisciplinar realizada tem como foco a pessoa humana concretamente considerada, com todas as suas fragilidades, em especial aquelas que se encontram em situações decorrentes da aproximação do final da vida.

No primeiro capítulo, com a intenção de possibilitar uma visão interdisciplinar do tema, diversos aspectos do fenômeno morte são discutidos.

Inicialmente, aborda-se a questão da politização da vida e da morte, em que a mudança do homem de *homo sacer* para *homo iuris* e do poder soberano para o biopoder faz toda a diferença no binômio vida-morte, cujo valor ou desvalor é uma questão política, que sofre a influência de vários segmentos sociais.

Essa mudança de paradigma leva à análise histórica do modo como o ser humano encara a morte no desenvolvimento da civilização ocidental, pois vida e morte sempre fizeram parte do jogo existencial de todos os seres vivos, contudo, apenas o homem sabe que, em algum dia, irá morrer. Assim, em torno da finitude da vida, decorrente da morte, existe todo um ritual mítico, com uma função transcendental que modifica o enfrentamento do fenômeno da morte pelo homem ao longo dos tempos. Como se verá, a morte, incialmente tão próxima, com a medicalização da vida, ficou cada vez mais distante.

Nos países do Ocidente, a grande maioria da população é cristã e o Brasil, apesar de ser uma república laica, sofre uma influência religiosa muito forte, em especial da Igreja Católica. Por isso, interessa a abordagem da filosofia das grandes religiões no que concerne à vida e à morte, pois a questão da sacralidade da vida tem um peso relevante para a abordagem da eutanásia.

Após o enfoque do aspecto religioso, não se pode deixar de analisar os ditames estabelecidos pela deontologia médica e pela bioética. Aquela não se confunde com esta. A deontologia médica busca instituir seu Código de Ética tendo como suporte os princípios da bioética e os ensinamentos da escola hipocrática.

Logo após, a abordagem volta-se aos aspectos jurídicos e legais do direito à vida e à morte. O mundo hoje é globalizado e, desse modo, não há como discutir o tema sem uma análise da legislação tanto pátria, como alienígena, buscando-se investigar às quantas anda o pensamento sobre a matéria nos diversos ordenamentos jurídicos. Deixa-se bem claro, no entanto, que em nenhum momento houve a pretensão de se fazer, neste trabalho, um estudo comparado.

Indubitavelmente, o direito à vida e à morte é pautado em princípios éticos e, assim, a todo momento, ao longo da pesquisa, algum ponto de vista ético é abordado para sustentar a

discussão. Nesse diapasão, o tópico seguinte investiga se há ética no ato de matar. Essa discussão é travada especialmente sob o ponto de vista contemporâneo da ética no prisma utilitarista de Peter Singer, Ronald Dworkin e Jeff McMahan.

Tendo em vista que a promoção da pessoa humana não é apenas o fim do Direito, mas também da medicina, da ética e de outras ciências, o segundo capítulo, como sequência necessária para o desenvolvimento do tema e do raciocínio adotado, trata da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Ao tratar da dignidade da pessoa humana, torna-se imprescindível abordar os direitos da personalidade, buscando-se averiguar se há estatuído no ordenamento jurídico brasileiro um direito geral de personalidade.

Feito isso, passa-se a análise dos direitos especiais da personalidade que, de alguma forma, mantêm uma estreita ligação com o tema em discussão, especialmente o direito à vida e à liberdade, os alicerces fundamentais para se chegar ao direito a uma morte digna, ou quiçá, simplesmente ao direito à morte.

O direito à vida e o direito à liberdade estão diretamente associados, não há prevalência de um direito sobre o outro. Pode-se afirmar que não há vida digna sem liberdade, da mesma forma que não há liberdade sem autonomia.

Desse modo, na sequência, é feita a análise do direito à vida, do direito à liberdade e da autonomia da vontade, este último partindo da ótica kantiana até a visão utilitarista. A autonomia da vontade é um dos argumentos a favor da eutanásia, pois é através dela que a liberdade de escolha e o consentimento se manifestam.

A medicalização da vida, por um lado, a dignidade da pessoa humana e a proliferação dos direitos fundamentais do homem, de outro, trazem alguns questionamentos sobre a vida e a morte: no rol dos direitos fundamentais tem-se o direito à vida, mas será que ele abarca o direito à morte? É ético prolongar a vida, aumentando a dor e o sofrimento? A quem compete decidir pela vida ou pela morte?

Essas questões norteiam a análise dos institutos da eutanásia, da distanásia e da ortotanásia. Chega-se, assim, ao terceiro capítulo.

A primeira discussão gira em torno da distanásia, a obstinação terapêutica em busca da imortalidade. Traz-se o conceito, os aspectos históricos e os novos paradigmas da medicina, estabelecendo-se o paralelo utilidade versus futilidade.

Logo a seguir, faz-se uma análise da ortotanásia, destacando-se os cuidados paliativos como uma nova forma do agir médico, especialmente nas situações de final da vida.

Mais adiante, chega-se à "menina dos olhos" desta pesquisa – a eutanásia e suas faces. Inicia-se a abordagem pelos aspectos históricos. No passo seguinte, as suas várias classificações.

Retoma-se a abordagem do consentimento do ofendido para verificar as implicações jurídico-penais.

Ao final, a análise dos prós e dos contras, estabelecendo um confronto entre a sacralidade da vida, a quantidade de vida de um lado e a autonomia da vontade e a qualidade de vida do outro.

Embora não seja o foco, tecem-se breves comentários, porém importantes para a abordagem, sobre a chamada mistanásia ou eutanásia social.

Alcançado o topo da montanha após a escalada dessa íngreme encosta, espera-se contribuir, de alguma forma, para a reflexão sobre o tema abordado pois, embora não seja novidade, há o esforço no sentido de combinar as diversas áreas do saber com o intuito de fixar a concepção do homem, não como espécie humana, mas como pessoa, garantindo sua liberdade de escolha no viver e no morrer com dignidade.

CAPÍTULO I: A DISCUSSÃO DO FENÔMENO MORTE

Da morte nada sabemos.
Só sabemos as histórias contadas do lado de cá,
palavras que sobre ela colocamos,
a fim de torná-la uma presença menos
ameaçadora.
[...] Qual vantagem de falar sobre isto? É simples.
Quem não fala sobre a morte acaba por se
esquecer da vida.
Morre antes, sem perceber...

Rubem Alves

A discussão em torno do direito à morte digna tem como pano de fundo, em especial, a eutanásia. Apesar de milenar, o tema eutanásia adquire sempre uma atualidade surpreendente.

Discutir o fenômeno do viver e do morrer não é tarefa fácil. Trata-se de um fenômeno complexo, posto não ficar adstrito à simples questão biológica, às vezes, nem tão simples.

Tal discussão remete a diversos campos do conhecimento e muitos são os atores envolvidos.

Dessa forma, para que se possa analisar a questão bioética da morte digna, mister se faz encarar a morte sob vários prismas: político, histórico, religioso, filosófico, ético, médico, jurídico, o que se passa a fazer.

1.1 A POLITIZAÇÃO DA VIDA E DA MORTE

Inicialmente, traz-se uma breve abordagem no que tange à biopolítica da população, a fim de investigar a visão acerca do homem, no desenvolver das sociedades: do *homo sacer* (ser sagrado) ao *homo iuris* (sujeito de direitos).

De acordo com Agamben (2010), os gregos, para exprimirem o conceito de vida, utilizavam-se de dois termos morfossemanticamente distintos: a *zoé*, que era o simples fato de viver, inerente a todos os seres vivos e a *bios*, que significava a maneira própria de viver de um grupo ou de um indivíduo.

Segundo o filósofo, na teoria política aristotélica, o homem é, como qualquer outro ser, *zoé* (vida-nua, mera existência biológica), mas que se distingue dos demais pela linguagem, o que possibilita uma vida política.

Desta condição específica – *zoé* mais *politikon zôon* – é que Foucault elabora a teoria da biopolítica.

Para melhor compreensão do que seja a biopolítica, é preciso compreender o raciocínio de Foucault. Para o filósofo francês, na teoria clássica da soberania, "o direito de vida e de morte era um de seus atributos fundamentais" (FOUCAULT, 2005, p. 286), o que significava que o soberano podia fazer morrer ou deixar viver. Para ele, o efeito do poder que o soberano exercia sobre a vida se dava a partir do momento em que este podia matar; em outras palavras, "o direito de matar é que detém efetivamente em si a própria essência desse direito de vida e de morte: é porque o soberano pode matar que ele exerce seu direito sobre a vida" (FOUCAULT, 2005, pp. 286-287).

De acordo com o filósofo francês, nos séculos XVII e XVIII surgiram técnicas de poder que eram centradas no corpo, era uma técnica disciplinar, individualizada, tentando aumentar a força útil desses corpos.

No século XIX ocorreu um fenômeno que foi fundamental para a mudança de paradigma, qual seja, a "estatização do biológico", ou seja, "uma tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo" (FOUCAULT, 2005, p. 286).

Depois surge uma nova técnica, não mais voltada para o homem-corpo, individualizado, mas para o homem-espécie, massificado, surgindo, desse modo, o que o filósofo chama de biopolítica, cujo poder é inverso ao poder soberano: "o direito de soberania é, portanto, o de fazer morrer ou o de deixar viver. E depois, este novo direito é que se instala: o direito de fazer viver e de deixar morrer" (FOUCAULT,2005, p. 287).

O poder soberano diferencia-se pois, do biopoder, em especial no que tange à relação distinta que cada um deles mantém com a vida e com a morte, ou seja, são diferentes concepções de morte e de vida.

Para o pensador francês, com essa mudança de paradigma, ocorreu uma desqualificação da morte, posto que a ritualização pública da morte cedeu lugar à morte privada, mais vergonhosa em decorrência da transformação da tecnologia do poder.

A ritualização da morte, no poder soberano, significava a passagem de um poder para outro:

> A morte era o momento em que se passava de um poder, que era o do soberano aqui na terra, para aquele outro poder, que era o do soberano do além. Passava-se de uma instância de julgamento para outra, passava-se de um direito civil ou público, de vida e de morte, para um direito que era o da vida eterna ou da danação eterna. Passagem de um poder para outro. A morte era igualmente uma transmissão do poder do moribundo, poder que se transmitia para aqueles que sobreviviam: últimas palavras, últimas recomendações, últimas vontades, testamentos, etc. Todos esses fenômenos do poder é que eram assim ritualizados (FOUCAULT, 2005, p. 295).

Com relação ao biopoder, Foucault entende que a morte está do lado de fora, ou seja, "cai fora de seu domínio, e sobre o que o poder só terá domínio de modo geral, global, estatístico. Isso sobre o que o poder tem domínio não é a morte, é a mortalidade" (FOUCAULT, 2005, p. 296). E, por isso, a morte torna-se privada.

Analisando essa questão da estatização do biológico, dessa politização da *bios*, Agamben (2010) entende que, em sua função histórica, as declarações dos direitos representam aquela figura original da inscrição da vida natural na ordem jurídico-política do Estado-nação, ou seja, a vida natural, politicamente indiferente e que, como fruto da criação, pertencia a Deus, que no antigo regime e no mundo clássico distinguia-se como *zoé* e *bios*, agora está em primeiro plano na estrutura do Estado, sendo o fundamento de sua legitimidade e soberania.

O simples fato de nascer já dotava o homem de direitos inalienáveis e imprescritíveis, e a associação política teria por fim a preservação de tais direitos; assim, o princípio da soberania reside na nação – originalmente em nascer.

Desse modo, com as declarações de direitos do homem e do cidadão fecha-se o ciclo da soberania divina e surge a soberania nacional, significando que o súdito, transformado em cidadão, é o portador direto da soberania.

Entretanto, essa relação homem-cidadão; nação-nascimento é rompida por aqueles que se situam à margem da sociedade, metaforicamente, os refugiados.

Agamben (2010,p. 123) baseia-se na obra de Hannah Arendt, para analisar a questão do refugiado, concluindo que este, "que deveria encarnar por excelência o homem dos direitos, assinala em vez disso a crise radical deste conceito" , pois a suposta existência de um ser humano dotado de direitos tende a ruir quando se depara com aqueles que só não perderam a qualidade de humanos, o que significa dizer que "os direitos sagrados e inalienáveis do homem mostram-se desprovidos de qualquer tutela e de qualquer realidade no mesmo instante em que não seja possível configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado" (AGAMBEN, 2010, p. 122).

Na perspectiva de Agamben, à soberania do homem sobre sua vida corresponde um limiar do qual a vida cessa de ter valor jurídico e pode, portanto, ser morta, sem que haja crime. Essa vida sem valor corresponde à vida nua do *homo sacer*.

Mas , com o desenvolvimento científico e o avanço da tecnologia do poder sobre o homem visto como ser vivo, o poder soberano de deixar viver converte-se na regulamentação consistente em fazer viver e em deixar morrer, cuja manifestação se faz presente na "desqualificação progressiva da morte" (FOUCAULT, 2005, p. 294), já que o foco, agora, é intervir para aumentar a vida, postergando a morte e, com isso, além da politização da vida, temos a politização da morte, que está diretamente ligada à questão do transplante de órgãos, com base na morte cerebral, o que leva muitos partidários da biopolítica moderna a invocarem a intervenção estatal, decidindo o momento da morte, podendo-se concluir que "os

organismos pertencem ao poder público, nacionaliza-se o corpo". Diante disto, Agamben finaliza o capítulo sobre a politização da morte com um alerta: "nas democracias modernas é possível dizer publicamente o que os biopolíticos nazistas não ousavam dizer" (AGAMBEM, 2010, p. 161).

Para fechar este tópico, pode-se dizer que o *homo sacer* e sua vida nua é, na modernidade, o vértice do poder estatal, pois a partir do momento em que a *zoé* se insere na *bios*, o homem como ser vivente, dotado de linguagem, é também um ser político e tem por fim que não basta viver, mas é necessário viver bem, passando a ser um *homo juris*.

Com a inserção da vida nua, do *corpus* na vida da *polis* há, na realidade, uma politização não apenas da vida, mas também da morte que, na modernidade técnica, não é mais um acontecimento natural em que os corpos deixam de ser veículos das necessidades biológicas e passam a cenários de várias possibilidades e escolhas construídas culturalmente. Assim, o valor – desvalor da vida não é uma questão ética, mas política, e a vida nua do *homo sacer*, matável e insacrificável, já não está nas mãos do soberano, mas nas do biopoder que pode fazer viver ou deixar morrer, tornando a morte cada vez mais artificial e distante, o que traz implicações de cunho filosófico, religioso, ético, político, jurídico.

1.2 A MORTE NUMA VISÃO INTERDISCIPLINAR

A bioética, segundo Goldim (2007, p. 11) "pode ser entendida como sendo uma reflexão interdisciplinar, complexa e compartilhada sobre a adequação de ações que envolvem a vida e o viver."

Para o pesquisador, a interdisciplinaridade torna possível a construção de relações pouco exploradas, possibilitando uma abordagem atual para novas questões que desafiam a todos os envolvidos no processo do viver.

Neste subcapítulo, busca-se, então, analisar as questões sobre a morte, sob diversos enfoques.

1.2.1 O enfrentamento do fenômeno da morte

Vida e morte sempre fizeram parte do jogo existencial de todos os seres vivos, contudo, apenas o homem sabe que, em algum dia, irá morrer. Entretanto, com a medicalização da vida, este dia fica cada vez mais distante, o que nem sempre foi assim.

O enfrentamento do fenômeno da morte pelo homem foi se modificando ao longo dos tempos.Em torno da finitude da vida, decorrente da morte, existe todo um ritual mítico, com uma função transcendental, como nos mostram Bellato e Carvalho (2005, p. 100):

> A ritualização mítica da morte tem tido a função de transcender o sofrimento pela finitude do ser humano, pois, desde tempos imemoriais, o dado primeiro, fundamental e universal da morte humana é a sepultura, mostrando assim que é isso o que nos dá a nossa humanidade em relação aos demais animais. A morte sempre suscitou emoções que se socializaram em práticas fúnebres, e o não-abandono dos mortos implica uma crença na sua sobrevivência, não existindo praticamente qualquer grupo, por muito primitivo que seja, que abandone os seus mortos ou que os abandone sem ritos.

Philippe Ariès, em seu estudo acerca da história da morte no Ocidente, analisa a atitude diante da morte primeiro pelo enfoque sincrônico, pois durante um longo período de tempo não aconteceram grandes mudanças no modo de encarar a morte; depois, já na Idade Média, aproximadamente a partir do século XII, com a mudança de atitudes diante da morte, volta-se mais ao aspecto diacrônico.

Para o historiador francês, inicialmente a morte era domada, pois "não se morre sem se ter tido tempo de saber que se vai morrer" (ARIÈS, 2012, p. 31).

Além de se esperar a morte no leito, esta era uma cerimônia pública, e organizada.

> A morte é uma cerimônia pública e organizada. Organizada pelo próprio moribundo, que a preside e conhece seu protocolo (...) o quarto do moribundo transformava-se, então, em lugar público, onde se entrava livremente (...) Era importante que os parentes, amigos e vizinhos estivessem presentes. Levavam-se as crianças (...) mais importante: a simplicidade com que os ritos de morte eram aceitos e cumpridos, de modo cerimonial, evidentemente, mas sem caráter dramático ou gestos de emoção excessivos (ARIÈS, 2004, pp. 39-40).

De acordo com o historiador, assim se morreu durante séculos: tranquilamente. Por isso ele a denomina de morte domada, em oposição ao que se tornou posteriormente:

> Em um mundo sujeito à mudança, a atitude tradicional diante da morte aparece como uma massa de inércia e continuidade. A antiga atitude segundo a qual a morte é ao mesmo tempo familiar e próxima, por um lado, e atenuada e indiferente, por outro, opõe-se acentuadamente à nossa, segundo a qual a morte amedronta a ponto de não mais ousarmos dizer seu nome. Por isso chamarei esta aqui de *morte domada*. Não quero dizer com isso que anteriormente a morte tenha sido selvagem, e que tenha deixado de sê-lo. Pelo contrário, quero dizer que hoje ela se tornou selvagem. (ARIÈS, 2004, p.40). Grifo do autor.

As sociedades primitivas, de acordo com Morin (1978) conviviam com a presença obsessiva da morte e de seus mortos que guiavam as atividades cotidianas, como a caça, a pesca, a colheita, etc. e, por tais razões, não era personalizada, ocorria como resultado de uma intervenção externa dos espíritos dos antepassados.

Nessas sociedades havia o horror à decomposição dos cadáveres, o que gerou a criação de práticas que pudessem abrandar ou acelerar tal processo – cremação, canibalismo – embalsamento.

Os rituais de luto objetivavam a purificação, especialmente dos parentes do morto, pois se encontravam mais próximos a ele.

Nas sociedades primitivas o homem temia a morte, sentia angústia diante dela, entretanto "a pertinência a um grupo inibe ou adormece a consciência de horror ligada à morte, enquanto que os rituais realizados em conjunto facilitavam a sua elaboração" (KOVÁCS, 2002, p. 31). Nessas sociedades, o medo da morte era menor porque nunca se morria só, mas no grupo.

Da Idade Média até a Idade Moderna, a morte passou a ser "clericalizada", pois "o padre passou a ocupar a cena principal e não mais o morto. Após o último suspiro, o morto não pertence mais nem aos seus pares ou companheiros, mas à Igreja" (ARIÉS, 1979, apud BELLATO E CARVALHO, 2005, p. 102). Nessa época o medo maior do homem não era a morte, mas o que viria depois dela, o castigo, a condenação ao inferno: o Juízo Final.

Entre os séculos XII e XV, três categorias de representações mentais se aproximaram: "as da morte, as do reconhecimento por parte de cada indivíduo de sua própria biografia e as do apego apaixonado às coisas e aos seres possuídos durante a vida. A morte

tornou-se o lugar em que o homem tomou consciência de si mesmo"(ARIÈS, 2004, p. 61) . Nesta fase, Ariés denomina a morte como a "morte de si mesmo".

Com essa clericalização, a visão do corpo do morto torna-se insuportável e este passa a ser ocultado, já que sinalizava o fracasso do homem.

A partir do século XVIII, o homem ocidental começa a dar novo sentido à morte: "exalta-a, dramatiza-a, deseja-a impressionante e arrebatadora. Mas, ao mesmo tempo, já se ocupa menos de sua própria morte e, assim, a morte romântica, retórica , é antes de tudo *a morte do outro*"(ARIÈS, 2004, p. 66). (Grifo do autor)

Nessa época, há uma associação, na arte e na literatura de Tanatos a Eros (da morte ao amor) e dessa forma:

> Como o ato sexual, a morte é, a partir de então, cada vez mais acentuadamente considerada como uma trangressão que arrebata o homem de sua vida quotidiana, de sua sociedade racional, de seu trabalho monótono, para submetê-lo a um paroxismo e lançá-lo, então, em um mundo irracional, violento e cruel. Como o ato sexual para o Marquês de Sade, a morte é uma ruptura. (ARIÈS, 2004, p. 67)

Com a morte do outro , a ritualização do luto efetivou-se, tanto na indumentária, quanto no tempo de sua duração, possuindo, à época, uma dupla finalidade:

> Por um lado, induzia a família do defunto a manifstar, pelo menos durante um certo tempo, uma dor que nem sempre experimentava. Esse período podia ser reduzido ao mínimo por um novo casamento precipitado, mas nunca era abolido. Por outro lado, o luto tinha também o efeito de defender o sobrevivente, sinceramente submetido à provação, contra os excessos da dor, pois impula-lhe um certo tipo de vida social, as visitas de parentes, vizinhos e amigos que lhe eram feitas no decorrer das quais a dor podia ser liberada sem que sua expressão ultrapassasse, entretanto, um limite fixado pelas convivências. (ARIÈS, 2004, p. 73)

No século XIX surge a concepção de morte como um rompimento insuportável, pois representa a morte do outro, o que Kovács (2002, p.38) chama de "morte romântica". Havia a crença numa vida futura, foi a época em que surgiu o Espiritismo e com ele a ideia da possibilidade de reencontro, em outro plano, daqueles que se foram.

Nesse século, o limite da manifestação do luto, existente até o século XVIII, não foi mais respeitado. Podia-se chorar, desmaiar, jejuar, desfalecer. Esse exagero do luto revela, segundo Ariès (2004, p. 73) a grande mudança: "os sobreviventes aceitam com mais dificuldade a morte do outro do que faziam anteriormente" .

No século XX, a morte que se fazia presente no passado tende a desaperecer, surgindo assim a "morte feia e escondida" (BELLATO e CARVALHO, 2005, p. 102). Kovács nos traz a ideia de morte interdita, concebida por Ariés:

> O século XX traz a morte que se esconde, a morte vergonhosa, como fora o sexo na era vitoriana. A morte não pertence mais à pessoa, tira-se a sua responsabilidade e depois a sua consciência. A sociedade atual expulsou a morte para proteger a vida. Não há mais sinais de que uma morte ocorreu. O grande valor do século é o de dar a impresão que "nada mudou", a morte não deve ser percebida. A boa morte atual é a que era mais temida na Antiguidade, a morte repentina, não percebida. A morte "boa" é aquela em que não se sabe se o sujeito morreu ou não (KOVÁCS, 2002, p. 39).

A autora esclarece que a morte deve ser ocultada por ter deixado de ser um fenômeno natural, passando a ser um fracasso e nisto reside a vitória da medicalização da vida.

Para Ariès, há o surgimento da morte interdita, ou seja, evita-se "não mais ao moribundo, mas à sociedade, mesmo aos que o cercam, a perturbação e a emoção excessivamente fortes, insuportáveis, causadas (...) pela simples presença da morte em uma vida feliz" (ARIÈS, 2004, p. 85). Assim, com o afastamento da morte, o luto histérico também tende a desaparecer.

Bellato e Carvalho afirmam que antigamente os sacerdotes e os feiticeiros tinham por função fazer a ligação entre os dois mundos – o dos vivos e o dos mortos, mas que hoje a medicina "traz uma nova geração de sacerdotes/feiticeiros que se colocam frente à deusa-ciência, buscando seu poder de maneira a prolongar a vida, colocando em suspenso a morte" (BELLATO e CARVALHO, 2005, p. 102).

Com isso, a morte em família desaparece, pois desde a década de cinquenta até hoje se morre, ou melhor, se vai à óbito em hospitais, sorrateiramente, às escondidas e a morte, antes um fenômeno natural, torna-se, agora, um fenômeno técnico, isto é, "tecnicamente, admitimos que podemos morrer (...) mas, realmente, no fundo de nós mesmos, sentimo-nos não mortais" (ARIÈS, 2004, p. 100).

Kovács assevera que houve uma mudança no tempo da morte, que se dava pela separação do corpo e da alma, pois "nos tempos atuais, esse se prolonga indefinidamente. A morte foi dividida em cerebral, biológica e celular. São vários os aparelhos destinados a medir e prolongar a vida. O momento da morte é muitas vezes um acordo feito entre a família e o médico" (KOVÁCS, 2005, p. 40).

Leis (2003) afirma que, na sociedade moderna, morte e vida, que sempre andaram lado a lado, foram dicotomizadas, não através da religião ou filosofia, mas pelos meios tecnológicos: "Vida e morte sempre caminharam juntas até que a técnica nos surpreendeu com a ilusão de que a vida pode ser estendida infinitamente, construindo a eternidade no tempo de nossa própria vida" (LEIS, 2003, p. 344) e, assim, segundo ele, nos hospitais a morte passa de fato natural a fato artificial, através das técnicas utilizadas para prolongar a vida.

Combinato e Queiroz (2006, p.213), tratando da questão da ciência e da morte, entendem que o modelo de ciência hegemônico adotado atualmente tem origem no modelo analítico desenvolvido por Descartes, "que consiste em decompor o objeto de estudo em partes para, em seguida, organizá-lo em sua ordem lógica e matemática". Desse modo tem-se um modelo biomédico em que:

> o corpo humano é considerado uma máquina que pode ser analisada em termos de suas peças; a doença é vista como um mau funcionamento dos mecanismos biológicos, que são estudados do ponto de vista da biologia celular e molecular; o papel dos médicos é intervir, física ou quimicamente, para consertar o defeito no funcionamento de um específico mecanismo enguiçado [...] Ao concentrar-se em partes cada vez menores do corpo, a medicina moderna perde freqüentemente [sic] de vista o paciente como ser humano. (CAPRA, 1982, p. 116)

Neste ângulo, a morte seria a paralisação total da máquina-corpo. Ocultava-se a morte nas unidades de tratamento intensivo, mas não se garantia uma boa morte.

Assim, no século XXI, buscando-se a qualidade de vida, já que agora se tem o *homo juris*, dotado de dignidade, surge uma nova perspectiva, como uma alternativa para o modelo em prática – os cuidados paliativos – que têm "como princípio fundamental o cuidado integral e o respeito à autonomia do paciente em relação ao processo de morrer" (COMBINATO e QUEIROZ, 2006, p.213), buscando maior qualidade de vida, diferentemente do paradigma de cura da biomedicina.

Assim, a proposta de cuidados paliativos consiste em:

> assistir o moribundo até seus últimos momentos, buscando minimizar tanto quanto possível seu desconforto e em dar suporte emocional e espiritual a seus familiares. O ideal é que o indivíduo que está morrendo tenha controle do processo morte, realizando escolhas a partir das informações sobre as técnicas médicas e espirituais que considerar adequadas. A palavra de ordem é a comunicação franca entre profissionais da saúde e paciente: o tratamento deve ser discutido, em suas várias etapas, entre enfermos, seus familiares e o médico responsável. Contrapondo-se ao modelo da "morte moderna", eminentemente curativo, no qual o doente é despossuído de voz, a nova modalidade de assistência valoriza os desejos do enfermo. Os diálogos dos atores envolvidos no processo de morrer é central na proposta inovadora: uma vez explicitados os limites da ação do médico e dos desejos dos doentes, é possível a deliberação sobre o período de vida ainda restante, a escolha de procedimentos e a despedida das pessoas de suas relações – com o suporte de uma equipe multidisciplinar (MENEZES, 2004, p. 37).

Com a adoção dos cuidados paliativos, em consonância com os princípios da bioética, busca-se preservar a autonomia da vontade do enfermo, respitando-o como pessoa humana, dotada de dignidade, princípio basilar do ordenamento jurídico, o que possibilita questionar até que ponto o consentimento livre e informado, a autonomia da vontade, a dignidade da pessoa humana, a qualidade de vida, poderiam servir de suporte para a permissibilidade de se prolongar a vida ou antecipar a morte.

Contrapondo-se ao modelo curativo da morte moderna, em que o doente não possuía voz, a ideia nesse novo modelo de morte é a de que "o indivíduo que está morrendo tenha controle do processo morte, realizando escolhas a partir das informações sobre as técnicas médicas e espirituais que considerar adequadas" (MENEZES, 2004, p. 29).

A morte começa a ressurgir, provocando discussões que tentam humanizá-la, torná-la digna.

1.2.2 A morte na visão das grandes religiões

Embora se viva em um Estado laico, não se pode deixar de reconhecer que a religião ainda exerce uma grande influência na sociedade, "porque é ela que traz ao indivíduo mensagens de salvação" (SÁ, 2005, p. 62).

Uma análise etimológica da palavra religião propicia a compreensão do porquê de tão forte influência:

> A palavra 'religião' tem duas etimologias possíveis: em primeiro lugar, a de *religare* que significa ligar-se, entrar em relação como o que se considera como um absoluto ou um essencial. Essa etimologia é o sentido habitual da palavra 'religião' que, posteriormente, encarnar-se-á num certo número de ritos, práticas, em que essa relação toma forma. Existe, igualmente, outra etimologia: *religere* que significa 'reler'. Reler um acontecimento com o objetivo de extrair, descobrir sua significação. Nessa ordem de idéias [sic], uma religião representa um esforço empreendido por homens e mulheres para conferirem sentido ao seu sofrimento, à sua morte e à sua existência. (HENNEZEL;LELOUP, 1999, p. 23)

Desse modo, traz-se à baila a concepção de algumas religiões que influenciam fortemente seus seguidores

De acordo com Pessini (2004), o budismo , na época de sua pesquisa, contava com cerca de 500 milhões de adeptos, sendo uma das maiores religiões do mundo.

> Os preceitos e ensinamentos éticos budistas (...) são vistos não como mandamentos divinos, mas como princípios racionais que, se seguidos, promoverão o florescimento e o bem-estar de si próprio e dos outros. Frequentemente, os documentos budistas se referem a Buda como o "grande médico". Assim como o médico cuida das doenças do corpo, Buda cuida das doenças do espírito. (PESSINI, 2004, p. 232)

Para a concepção budista, o renascimento humano é muito precioso, mas todos os fenômenos são impermanentes, ou seja, todos que nascem estão fadados a morrer.

Os budistas encaram a morte como algo natural, mas aquele que está na iminência de morrer "não deve ser tocado, nem incomodado" (GOLDIM, 2007, p. 31-33). Acreditam na reencarnação; sendo assim, o processo de morte é uma experiência que se repetirá várias vezes.

Interessante observar que:

> A compaixão, que é muitas vezes invocada como justificação para a morte assistida, é um valor moral importante para o budismo. No entanto, é considerado imoral qualquer acção destinada a destruir a vida humana, independentemente do motivo. Por outro lado, a vida não deve ser preservada a todo o custo, pelo que a suspensão de tratamentos destinados a prolongar a vida se justifica quando se revelam inúteis ou demasiado agressivos em face do prognóstico do doente. O controlo do sofrimento é o caminho a ser seguido e, assim, os cuidados paliativos são vistos como o método desejável para abordar o problema dos pedidos de morte assistida. (GONÇALVES, 2006, p. 135)

Para os adeptos da filosofia budista, a forma de morrer e o momento da morte são de suma importância. Essa premissa fundamental, segundo o teólogo, é, talvez, anterior ao Budismo, mas se tornou explícita nos ensinamentos do mestre: "Buda declarou que a variável crucial que governa o renascimento é a natureza da consciência no momento da morte" (PESSINI, 2004, p. 234).

Em sua análise acerca dos aspectos históricos e culturais dos modos de se encarar a morte pelas religiões, Sá e Moureira concluíram que:

> O budismo não vê a morte como o fim da vida, mas como uma transição. Acreditam no *karm*a e no *renascimento.* Portanto, por não enxergar a morte como o fim da vida, a leitura que os budistas fazem do suicídio é que essa ação não se afigura como meio de "escape". Embora a comunidade dos seguidores de Buda, chamada *Shanga*, tenha, em princípio, condenado o suicídio como uma ação imprópria, textos budistas mais recentes incluem casos de suicídio que o próprio Buda tenha entendido e perdoado. Porém, o perdão se deu pelo fato de que os indivíduos à morte encontravam-se com as mentes livres de egoísmo e de desejo, portanto, iluminadas. (SÁ e MOUREIRA, 2012, p. 118)

Importante destacar que o budismo não é uma religião que crê na existência de um Deus criador, por isso seus preceitos éticos são "princípios racionais (...) a salvação e a meditação são conquistados pela meditação" (SÁ e MOUREIRA, 2012, p. 118).

A responsabilidade da pessoa por sua vida e seu destino é o que importa, por isso a tradição budista "valoriza sobremaneira a decisão pessoal quanto ao tempo e à forma de morrer. Tudo os que os outros fizerem para obscurecer a mente de quem está morrendo ou

para impedi-lo de fazer a escolha constitui uma violação aos princípios budistas" (PESSINI, 2004, p. 238).

No Japão, o código samurai do suicídio incluía uma predisposição para a eutanásia, ao permitir que o assistente desse o golpe de misericórdia, cortando o pescoço do samurai depois que este terminasse de efetuar o corte do abdômen

> Muitos suicídios samurai eram de fato o equivalente moral da eutanásia. As razões para o suicídio do samurai eram: evitar a morte inevitável por mãos de outros; escapar de um período mais prolongado de dor insuportável ou de sofrimento psicológico, pois não podiam continuar a ser membros ativos e úteis para a sociedade (PESSINI, 2004, p. 236).

Pelo exposto, avalia-se que não há uma oposição extremada em relação à eutanásia e ao suicídio assistido, podendo ser realizados em dadas circunstâncias, contando que haja, no momento da morte, um estado de consciência e paz.

Diferentemente do budismo, as religiões analisadas, a seguir, como será visto, estão pautadas na crença de um Deus criador.

De acordo com Gonçalves (2006), o Cristianismo é a religião que possui o maior número de fiéis, sendo, em sua maioria, católicos. A Igreja fundada por Pedro há mais de dois mil anos permanece ativa e influente. Analisando a filosofia católica, o autor esclarece que a sacralidade da vida decorre da ideia de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e, desse modo, as pessoas não são proprietárias de suas vidas, mas administradoras e, portanto, responsáveis diante de Deus pela vida que Este lhes deu. Entretanto, segundo o autor, "a vida não é um bem absoluto que deva ser preservada a todo custo" (GONÇALVES, 2006, p. 135).

Para melhor elucidação do pensamento católico sobre a eutanásia, necessária se faz a análise de trechos da Declaração sobre a Eutanásia da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, publicada em 05 de maior de 1980, cuja versão em Língua Portuguesa é do próprio Vaticano.

Inicialmente, o referido documento aborda a questão dos valores fundamentais da vida humana que, na sociedade atual, são, com frequência, postos em discussão, já que a modificação cultural influi na forma de considerar o sofrimento e a morte, tendo em vista que a medicina, com o aumento de sua capacidade de curar e prolongar a vida, acarreta problemas de ordem moral que levam os homens a se interrogarem sobre o significado da velhice e da

morte e se não teriam o direito a uma morte suave, abreviando o sofrimento , em conformidade com a dignidade da pessoa humana.

Para a Igreja Católica, a vida humana é fonte e condição de toda atividade e convivência social. Assegura que a maioria das pessoas considera que vida humana é sagrada e que os crentes, além disso, acreditam que a vida é um dom do amor de Deus e, por isso, todos devem ter a responsabilidade de conservá-la. Essas considerações geram algumas consequências:

> 1. ninguém pode atentar contra a vida de um homem inocente, sem com isso se opor ao amor de Deus para com ele, sem violar um direito fundamental que não se pode perder nem alienar, sem cometer um crime de extrema gravidade.
> 2. todos os homens têm o dever de conformar a sua vida com a vontade do Criador. A vida é-lhes confiada como um bem que devem fazer frutificar já neste mundo, mas só encontrará perfeição plena na vida eterna.
> 3. a morte voluntária ou suicídio, portanto, é tão inaceitável como o homicídio: porque tal acto da parte do homem constitui uma recusa da soberania de Deus e do seu desígnio de amor. Além disto, o suicídio é, muitas vezes, rejeição do amor para consigo mesmo, negação da aspiração natural à vida, abdicação frente às obrigações de justiça e caridade para com o próximo, para com as várias comunidades e para com todo o corpo social — se bem que por vezes, como se sabe, intervenham condições psicológicas que podem atenuar ou mesmo suprimir por completo a responsabilidade. (SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ, 1980).

Ao tratar especificamente da eutanásia, o documento da Igreja Católica traz o entendimento de que o seu significado não é o de “boa morte”, mas que a eutanásia é uma ação ou omissão capaz de provocar a morte de alguém de forma intencional e com emprego de alguns métodos.

A referida Declaração determina que ninguém possui o direito de autorizar a morte de um ser humano e que a ninguém é permitido solicitar este gesto homicida para si, pois não há nenhuma autoridade que possa impor ou permitir a eutanásia sem ofensa às leis divinas, à dignidade da pessoa humana e que, em regra, as súplicas de doentes graves que pedem a morte não devem ser atendidas.

> Pode acontecer que dores prolongadas e insuportáveis, razões de ordem afectiva ou vários outros motivos, levem alguém a julgar que pode legitimamente pedir a morte para si ou dá-la a outros. Embora em tais casos a responsabilidade possa ficar atenuada ou até não existir, o erro de juízo da

> consciência — mesmo de boa fé — não modifica a natureza deste gesto homicida que, em si, permanece sempre inaceitável. As súplicas dos doentes muito graves que, por vezes, pedem a morte, não devem ser compreendidas como expressão duma verdadeira vontade de eutanásia; nestes casos são quase sempre pedidos angustiados de ajuda e de afecto. Para além dos cuidados médicos, aquilo de que o doente tem necessidade é de amor, de calor humano e sobrenatural, que podem e devem dar-lhe todos os que o rodeiam, pais e filhos, médicos e enfermeiros. (...) (SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ, 1980).

De acordo com a doutrina cristã, a dor, o sofrimento no final da vida têm como significado a Paixão de Cristo, ou seja, um sacrifício redentor oferecido em obediência à vontade do Pai.

A Igreja de Roma não está, com esse pensamento, proibindo o uso de medicamentos para aliviar o sofrimento, mas apenas alertando que deve existir certa cautela em relação ao tecnicismo.

> Hoje é muito importante proteger, no momento da morte, a dignidade da pessoa humana e a concepção cristã da vida contra um «tecnicismo» que corre o perigo de se tornar abusivo. De facto, há quem fale de « direito à morte », expressão que não designa o direito de se dar ou mandar provocar a morte como se quiser, mas o direito de morrer com toda a serenidade, na dignidade humana e cristã. Sob este ponto de vista, o uso dos meios terapêuticos pode, às vezes, levantar alguns problemas. (...) (SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ, 1980).

Percebe-se, pela leitura do documento, que a doutrina cristã também é contrária à obstinação terapêutica, pois entende que ninguém está obrigado a recorrer a uma técnica, que embora em uso, é extremamente onerosa, sendo lícita a recusa em se submeter a tratamentos que, na prática, em nada resultariam:

> É sempre lícito contentar-se com os meios normais que a medicina pode proporcionar. Não se pode, portanto, impor a ninguém a obrigação de recorrer a uma técnica que, embora já em uso, ainda não está isenta de perigos ou é demasiado onerosa. Recusá-la não equivale a um suicídio; significa, antes, aceitação da condição humana, preocupação de evitar pôr em acção um dispositivo médico desproporcionado com os resultados que se podem esperar, enfim, vontade de não impor obrigações demasiado pesadas à família ou à colectividade.
> — Na iminência de uma morte inevitável, apesar dos meios usados, é lícito em consciência tomar a decisão de renunciar a tratamentos que dariam

> 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 tivesse prestado assistência a uma pessoa em perigo. (SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ, 1980).

A análise do documento demonstra que a Igreja Católica concorda com o alívio do sofrimento, o que não significa que aceite a eutanásia, já que esta é moralmente inaceitável por constituir "um assassínio gravemente contrário à dignidade da pessoa humana e ao respeito do Deus vivo, seu criador" (GONÇALVES, 2006, p. 136).

Pelo trecho extraído da Declaração sobre a eutanásia, pode-se perceber que a Igreja Católica, além de repudiar a eutanásia, deixa entrever uma tendência pela ortotanásia ao invés de tratamentos que prolongam a vida de forma precária e penosa, não importando isso em uma opção pelo suicídio (também repudiado), mas uma forma de manter a dignidade.

Quanto às demais religiões cristãs (Igrejas Batista, Adventista do Sétimo Dia, Luterana, Presbiteriana, entre outras), há um consenso unânime sobre a santidade da vida humana, um dom dado por Deus.

Sendo a vida sacra, claro está que:

> Ativa e deliberadamente cortá-la ou abreviá-la é sempre proibido, bem como prolongá-la artificial e desnecessariamente no processo de morte iminente e inevitável não é aconselhável. As denominações de linha mais conservadora enfatizam preponderantemente o Senhorio de Deus sobre a vida, quase negando a possibilidade de legitimidade de intervenção humana, e as mais liberais vão enfatizar o aspecto da administração responsável da vida humana que não concorre e muito menos nega o dom transcendente. (PESSINI, 2004, p. 258)

Em relação à concepção hindu, a boa morte seria a morte natural decorrente da velhice, a que acontece voluntariamente e de forma consciente.

Embora não haja um posicionamento uniforme, em regra, os hindus não aceitam a morte assistida, pois só a Deus compete tirar a vida de alguém e, para esses fiéis, o sofrimento faz parte da purificação. Segundo Gonçalves (2006, p. 136), "alguns defendem a eutanásia nos casos de pessoas com doenças terminais com grande sofrimento porque lhes permite uma morte sem a consciência obnubilada por drogas".

Na visão espiritualista, ocorre a morte apenas do corpo material, pois o espírito sobrevive, continuando a viver no plano extraterreno, espiritual.

> Na visão espírita a Bioética se fundamenta no Princípio universal de respeito e valorização da vida em todas as suas manifestações, considerando-se o valor da vida que estende da vida do ser humano como uma consciência em expansão, incluindo a vida vegetal, animal, cósmica, abrangendo o respeito e valorização de todos os bens culturais, de todos os povos e nações, tornando a ética cada vez mais "biocêntrica", em consonância com a visão holística da natureza, como integrante de um processo dinâmico e criativo, do qual o ser humano é agente co-criador participante, e co-responsável na dinâmica da Vida, da Natureza e do Universo. (GOLDIM, 2007, p.82)

Nessa visão, a morte é um fenômeno natural de mudanças e transmutações, decorrentes da própria vida e, por tal motivo, "a eutanásia não pode ser aceita e nem praticada, segundo a Bioética Médica, na visão espírita" (GOLDIM, 2007, p. 82).

De acordo com Pessini, o islamismo literalmente significa submissão à vontade de Deus, sendo "a mais jovem e a última das grandes religiões mundiais e a única surgida após o cristianismo (...) podendo olhar suas predecessoras como história, como meros preliminares para sua própria mensagem universal" (PESSINI, 2004, p. 239).

No que tange ao entendimento da religião islâmica no tocante a proibição da morte assistida, compreendendo a eutanásia e o suicídio assistido, Gonçalves (2006, p. 137) nos esclarece que: "a vida é sagrada porque Deus é a sua origem e o seu destino". Segundo o autor, "aos médicos muçulmanos compete essencialmente tratar o doente e aliviar o sofrimento. As decisões sobre terminar a vida de um doente terminal a seu pedido não fazem parte das obrigações dos médicos" (GONÇALVES ,2006, p. 137).

Por seu turno, o Judaísmo, religião monoteísta antiga, determina regras a seus seguidores tanto com base nas Escrituras Sagradas (Talmud), como na moral. Diferentemente de muitas religiões contemporâneas, o Judaísmo encara com naturalidade a morte, enfrentando-a diretamente: "O "Hallacha", sistema legal judeu cria uma estrutura para informar ao paciente que se encontra próximo da morte a gravidade de sua situação, ao mesmo tempo em que leva em consideração uma centelha de esperança" (SÁ, 2005, p. 63).

Acerca da visão da eutanásia no judaísmo, Pessini(2004) esclarece que:

> a tradição legal hebraica *(halakhah*) é contrária à eutanásia. O médico serve como um mediador de Deus para preservar a vida humana, sendo-lhe proibido arrogar-se a prerrogativa divina de decisão entre a vida e a morte de seus pacientes. O conceito de santidade da vida humana significa que a vida não pode ser terminada ou abreviada, tendo como motivações a conveniência do paciente, a utilidade ou a empatia com o sofrimento dele. A *halakhhah* distingue entre o prolongamento da vida do paciente, que é obrigatório, e o prolongamento da agonia, que não o é. Se o médico está convencido de que seu paciente seja *goses*, isto é, terminal, e poderá morrer em três dias, pode suspender as manobras de prolongamento da vida e também o tratamento não-analgésico. Em síntese, a *halakha*h proíbe a eutanásia ativa mas admite deixar morrer um paciente em certas condições. (PESSINI, 2004, p. 246/247)

Para Gonçalves (2006), embora os judeus não aceitem o suicídio e a eutanásia, entendem que não é obrigatório, a todo custo, manter a vida quando os tratamentos que se destinam a prolongar a vida apenas impedem a partida da alma.

Na visão filosófica da maioria das religiões aqui analisadas, pautada na ética tradicional, a vida é sagrada e a morte é vista como fenômeno natural e, como tal, deve acontecer no momento certo, sem ser postergada ou antecipada pelos recursos da medicina, que devem ser utilizados para amenizar o sofrimento, mantendo, no entanto, a consciência da pessoa para que esta possa colocar sua vida em ordem, redimindo suas faltas.

Em suma, com base na ideia foulcaultiana da biopolítica, deve-se fazer viver enquanto houver esperança, mas deixar morrer quando o tratamento prolongado for ineficaz. Jamais matar.

1.2.3 A bioética, a deontologia médica e a morte

O avanço da biotecnologia trouxe novos contornos em relação à medicalização da vida, possibilitando abreviar ou prolongar o processo de morrer, sendo necessário, portanto, a busca de regras éticas que estabeleçam, nessa nova realidade, o respeito ao homem e a sua dignidade.

A deontologia médica não se confunde com a bioética; porém, estabelece seu código de conduta ancorado nos princípios por ela estabelecidos.

A bioética, segundo Maria Helena Diniz é:

> um conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre as práticas médicas em particular. Para tanto abraçaria pesquisas multidisciplinares, envolvendo-se na área antropológica, filosófica, teológica, sociológica, genética, médica, biológica, psicológica, ecológica, jurídica, política etc., para solucionar problemas individuais e coletivos derivados da biologia molecular, da embriologia, da engenharia genética, da medicina, da biotecnologia etc., decidindo sobre a vida, a morte, a saúde, a identidade ou a integridade física e psíquica, procurando analisar eticamente aqueles problemas, para que a biossegurança e o direito possam estabelecer limites à biotecnociência, impedir quaisquer abusos e proteger os direitos fundamentais das pessoas e das futuras gerações. A bioética consistiria ainda no estudo da moralidade da conduta humana na área das ciências da vida, procurando averiguar o que seria lícito ou cientifica e tecnicamente possível (DINIZ, 2010, p. 11-12).

A deontologia médica, por sua vez, de acordo com a doutrinadora, seria "o conjunto de normas do Código de Ética Médica relativas aos deveres do médico" (DINIZ, 1998, p. 59).

Observa-se que a bioética, por sua interdisciplinaridade, abrange um ramo muito mais amplo do que a ética médica.

Para que se possa entender o posicionamento adotado pelo Conselho Federal de Medicina, é preciso conhecer os princípios fundamentais da bioética: o da autonomia, o da beneficência, o da não maleficência e o da justiça, todos alicerçados no respeito à dignidade da pessoa humana.

A bioética principialista, segundo Lopes, Lima e Santoro, "surgiu nos Estados Unidos da América, quando o governo com o objetivo de estabelecer parâmetros pragmáticos para a prática clínica, criou a Comissão Nacional para a proteção dos seres humanos em pesquisas biomédica e comportamental" (LOPES, LIMA, SANTORO, 2012, p. 78).

Então, em 1978 foi elaborado o Relatório Belmont (*Belmont Report*), considerado como o marco do nascimento da bioética, com base na dignidade da pessoa humana, que "no plano abstrato traz em si grande força moral e jurídica" (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 81), estabelecendo os princípios sobre os quais a bioética deve ser estruturar.

O primeiro deles, o princípio da autonomia estrutura-se a partir de duas convicções éticas: "os indivíduos devem ser tratados como entes autônomos; e os indivíduos que estão com a autonomia diminuída devem ser protegidos" (SCOFANO, 2004, p. 327).

A autora, com base nos ensinamentos de Bellino, destaca que o princípio da autonomia estabelece o respeito à liberdade de decisão dos pacientes, agindo como legitimador do consentimento livre e informado, que consiste no repasse de informações ao

doente, para que ele, juntamente com seu médico, escolha o melhor tratamento, evitando, assim, transformar o doente em objeto.

O princípio da autonomia tem por finalidade estabelecer o respeito à liberdade de escolha do paciente, ou seja, determina o respeito à capacidade de gerir e conduzir a própria vida, através de suas próprias escolhas e opções, de acordo com seus valores pessoais, bem como em relação aos custos e benefícios. (DINIZ, 2010, p.14). O referido princípio determina que, na relação médico-paciente, os profissionais de saúde respeitem os desejos e a vontade dos pacientes.

De acordo com Conti, "nas situações em que o paciente tem condições de exercer seu livre-arbítrio – isto é: pensar, escolher, decidir e agir de modo livre e independente, ele tem o direito de consentir ou não, nas decisões médicas que lhe dizem respeito" (CONTI, 2001, p. 19, *apud* LOPES, LIMA, SANTORO, 2012, p. 80), corroborando o entendimento de que o consentimento deve ser livre e informado.

O princípio da autonomia é bastante relevante para a análise do tema em discussão, por isso será retomado adiante de forma mais aprofundada.

O segundo seria o princípio da beneficência que determina "a necessidade de não provocar danos e a maximização dos benefícios e minimização dos riscos possíveis" (SCOFANO, 2004, p. 329).

O princípio da beneficência busca o bem-estar; este, entendido de forma ampla, é o bem-estar físico, psíquico espiritual, porque o enfermo, já fragilizado pela doença, precisa ser respeitado como ser humano dotado de dignidade. Esse princípio não decorre da caridade, mas da obrigação da busca do bem terapêutico. Por isso, demanda dos médicos e demais profissionais da área da saúde, no exercício de suas profissões "a realização do tratamento ou da intervenção médica, visando sempre ao bem-estar do paciente e evitando, na medida do possível, a ocorrência de danos (...) com o objetivo de garantir as máximas vantagens e os mínimos riscos" (LOPES, LIMA, SANTORO, 2012, p. 78).

Por sua vez, o princípio da não maleficência, que é um desdobramento do princípio da beneficência, indica o dever de não causar dano intencional ao paciente.

O princípio da justiça, por seu turno, estabelece:

> a garantia da distribuição justa, equitativa e universal dos benefícios dos serviços da saúde. Como decorrência, determina seja dado tratamento adequado à condição específica de cada paciente. Para que referido princípio seja respeitado, deve existir uma relação equânime entre os benefícios e os

> encargos proporcionados pelos serviços na área da saúde ao paciente, uma vez que não há justiça quando alguns grupos enfrentam todos os prejuízos e outros recebem todas as vantagens (LOPES, LIMA, SANTORO, 2012, p.80).

Este princípio é mais abrangente, pois sai da esfera individual e atinge a esfera coletiva – é o princípio da justiça que busca a igualdade e, sendo assim, "não se trata mais da relação médico-paciente, mas da relação instituições públicas e cidadão" e, sem dúvidas, o mais difícil de ser alcançado, pois hoje se vive em uma sociedade que "privilegia o individual" (SCOFANO, 2004, p. 330).

Após esta breve análise da principiologia da bioética, é hora de analisar os aspectos da deontologia médica, tendo em vista que, com o avanço e modernização da medicina, surgem novas abordagens, novas atitudes diante da morte.

Isto posto, passa-se a análise dos dispositivos do Conselho Federal de Medicina ao longo do tempo.

Em 1929 foi editado um Código de Moral Médica que trazia a previsão em seu art. 4º de que "O médico, em suas relações com o enfermo, procurará tolerar seus caprichos e fraquezas enquanto não se oponham às exigências do tratamento, nem exerçam influência nociva ao curso da afecção", cujo teor se repete no Código de Deontologia Médica de 1931.

Percebe-se nitidamente que, à época, o doente não era visto como um sujeito de direitos, a norma regulamentar não estava ancorada nos princípios da autonomia e da dignidade da pessoa humana.

Ainda sob a égide da regulamentação da década de 30, o art. 16, do referido Código, dispunha que:

> O médico não aconselhará nem praticará, em caso algum, a eutanásia; porque um dos propósitos mais sublimes da medicina é sempre conservar e prolongar a vida. Entretanto, ao profissional assiste o direito, que é também dever, de aliviar os que sofrem; mas esse alívio não pode ser levado ao extremo de dar a morte por piedade. (CÓDIGO DE DEONTOLOGIA MÉDICA DE 1931)

O termo "eutanásia" aparece expressamente indicando que, além da adoção da proibição de abreviar a vida, a prática médica deveria ser no sentido de sua conservação e do seu prolongamento, de forma quantitativa e não qualitativa.

O Código de 1945, aprovado pelo IV Congresso Sindicalista Médico Brasileiro, em 24 de outubro de 1944 e oficializado pelo Decreto-lei nº 7.955, de 13 de setembro de 1945, é, ainda, no mesmo sentido: "art. 4º- É vedado ao médico: 5- Aconselhar ou praticar a eutanásia."

O Código de Ética da Associação Médica Brasileira de 1953, embora mantenha a proibição da eutanásia, deixa de usar expressamente o termo:

> Artigo 4º- São deveres fundamentais do médico:
> a) guardar absoluto respeito pela vida humana, jamais usando seus conhecimentos técnicos ou científicos para o sofrimento ou extermínio do homem, nem podendo, seja qual for a circunstância, praticar algo que afete a saúde ou a resistência física ou mental de um ser humano, salvo quando se trate de indicações estritamente terapêuticas ou profiláticas em benefícios do próprio paciente. (CÓDIGO DE ÉTICA DA ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA DE 1953)

Por sua vez, o Código de Ética Médica de 1965 intitula um de seus capítulos como "Responsabilidade com os Direitos Humanos", trazendo a proibição em seu artigo 20 da prática de atos, de forma direta ou indireta, que atentem contra a vida, contra a dignidade e a integridade física e mental do ser humano.

No entanto observa-se que, na prática, a dignidade não está efetivamente assegurada, já que o diploma de 1965 estabelece como princípio "ser de exclusiva competência do médico a escolha do tratamento, podendo em benefício do paciente, sempre que julgar necessário, solicitar a colaboração de colegas" (CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA DE 1965, PRINCÍPIO 7, CAPÍTULO1).

A partir do momento em que o paciente não pode intervir no que seria melhor para si, de acordo com suas convicções, não há respeito a sua dignidade.

Nota-se que há uma forte influência dos dogmas religiosos que determinam que a vida, sendo sagrada, pertence a Deus e os homens não podem geri-la de forma livre e consciente. A divindade se faz representada nos médicos. Basta observar o juramento de Hipócrates, direcionado aos deuses.

Nesse sentido é, também, o entendimento de Siqueira:

> Compreende-se melhor o conteúdo moral do juramento hipocrático quando o percebemos como expressão cultural da Grécia antiga, sociedade regida por uma lei natural que reconhecia todas as manifestações de vida como dependentes de preceitos teleológicos divinos. O exercício da medicina, portanto, era uma espécie de sacerdócio e os médicos seriam mediadores entre os deuses e os homens.
> Naquele contexto, os médicos faziam parte de uma categoria especial de pessoas, juntamente com governantes, sacerdotes, juízes e monarcas que, em certa medida, eram homens divinos. A eles era permitido, em determinadas circunstâncias, até mesmo mentir. (SIQUEIRA, 2008, p. 86).

A primeira metade do século XX foi percorrida com Códigos de Ética Médica que centravam seus princípios nos interesses dos médicos "subestimando os valores morais da sociedade e das pessoas enfermas", levando estudiosos do assunto a considerarem tais códigos "como regras de etiqueta que governavam o inter-relacionamento entre os profissionais, visando manter suas prerrogativas" (SIQUEIRA, 2008, p. 88/89).

Nas últimas décadas do século XX, com a adoção da ética principiológica, insculpida no Relatório Belmont, houve uma mudança de paradigma, pois o princípio da beneficência, apesar de ainda presente, cede lugar ao princípio da autonomia.

O Código de Ética Médica de 1988 possui 145 artigos, distribuídos em 14 capítulos – alguns inteiramente originais, como os que tratam dos Direitos Humanos, Este código foi concebido com forte influência da ética dos princípios, refletindo, ainda, o processo de (re)democratização do Brasil após longo período ditatorial.

Ao tratar dos Direitos Humanos incorpora o princípio da autonomia, reconhecendo o paciente como sujeito de direitos, capaz de tomar decisões:

> Art. 46 - Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida.
> Art. 47 - Discriminar o ser humano de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.
> Art. 48 - Exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem-estar. (CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA, 1988)

A partir de abril de 2010 passou a vigorar no Brasil o atual Código de Ética Médica, instituído pela Resolução nº 1931/2009 do Conselho Federal de Medicina.

O atual código enumera, em seu capítulo I, diversos princípios que orientam a prática dos profissionais da saúde.

Dentre eles, destaca-se:

> 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. (CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA, 2009).

Tais princípios são reforçados no capítulo que trata dos Direitos Humanos:

> É vedado ao médico:
> Art. 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.
> Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.
> Art. 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. (CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA, 2009)

Percebe-se, pelos artigos acima, a adoção do princípio da autonomia da vontade, além dos princípios da beneficência e da justiça adotados no Relatório Belmont.

O Código pauta-se, também, na Constituição da República de 1988, ao reconhecer o paciente como sujeito de direitos, assegurando a sua dignidade.

Ao tratar do relacionamento entre médicos, pacientes e familiares, a Resolução do Conselho Federal de Medicina estabelece que é vetado 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. (CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA, 2009).

Estando subordinado ao diploma constitucional, o atual Código de Ética Médica reafirma o direito dos pacientes à informação e à manifestação livre de sua vontade, o chamado convencimento motivado.

Observa-se, por fim, que o Conselho Federal de Medicina determina a conduta médica pautada na dignidade da pessoa humana em sua integralidade, assegurando o direito à vida ao proibir a prática da eutanásia e do suicídio assistido, ao oferecer cuidados paliativos – ortotanásia, possibilitando uma morte digna, em detrimento da prática da obstinação terapêutica – distanásia, que leva ao sofrimento físico, mental e moral injustificado do enfermo, buscando reaproximar a morte, por tanto tempo escondida do meio social.

1.2.4 Aspectos jurídicos e legais do direito à vida e à morte

Todo tema que envolve o direito à vida é bastante polêmico quando o Judiciário é provocado para decidir a questão, em especial quando o *hard case* chega à Suprema Corte, como aconteceu no recente julgamento da ADPF 54/DF, que tratou do aborto do feto anencefálico.

Ao proferir seu voto no julgamento da referida ADPF o Ministro Marco Aurélio disse que o caso envolvia um único questionamento:

> saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Para mim, Senhor Presidente, a resposta é desenganadamente negativa. (STF, ADPF 54/DF)

Quanto à tipificação penal da eutanásia e do suicídio assistido, será que se pode fazer o mesmo questionamento?

Por ora, esse questionamento ainda não será respondido, pois é preciso uma investigação, no cenário jurídico-político atual, da legislação e do entendimento doutrinário.

A Constituição de 1988, em seu artigo 1º, traz os fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a dignidade da pessoa humana.

Mais adiante, no artigo 5º, temos a garantia da inviolabilidade do direito à vida e uma série de outros direitos. Como não há hierarquia entre os direitos constitucionalmente assegurados, pode-se dizer que o caráter não absoluto do direito à vida é inquestionável, já que o diploma constitucional admite a pena de morte em casos de guerra declarada – art. 5º, inciso XLVII, aliena *a*.

Luciano de Freitas Santoro (2010, p.31/41) ao tratar do tema, em seu livro Morte Digna: O Direito do Paciente Terminal, entende que o preceito constitucional da inviolabilidade do direito à vida deve ser entendido como o direito a não ter a vida agredida por qualquer conduta humana de outrem, por ação ou omissão ilegítima.

Casabona (1994, p.29/37) entende que existem deveres que derivam tradicionalmente do direito à vida. Para o autor espanhol, "aunque el derecho a la vida se concibe como una exigencia individual, su ejercicio solo adquiere pleno sentido en su proyección social, es decir, en relación con los demás hombres y con el Estado".

De acordo com Casabona, visto sob este prisma, o direito à vida, como os demais direitos, comporta uma correlação, qual seja, um dever. Desse modo, o direito à vida significa tanto o direito de não ser morto como o dever de não matar outras pessoas.

O mestre espanhol esclarece que podemos distinguir três grupos de titulares de direitos e deveres: 1) o do próprio indivíduo para consigo mesmo; 2) das demais pessoas e 3) do Estado.

Em relação aos deveres do ser humano para consigo mesmo, Casabona os divide em deveres de autodefesa e deveres de auto conservação ou autorrespeito. Na autodefesa:

> Cada individuo tiene para consigo mismo ele derecho y el deber de *autodefensa* o *legìtima defensa* [...] Significa, dicho de modo esquemático, que la ley reconoce la facultad de lesionar bienes jurídicos – es decir, protegidos por el Derecho – de titularidad ajena, incluso la vida misma dele agresor si resulta necesario, cuando nuestra vida está siendo objeto de una agresión ilegítima por parte de un tercero; a ser conforme o derecho esta reacción defensiva, la persona que actuó en esta situación, y con las condiciones marcadas por la ley, no sufrirá castigo alguno." (CASABONA, 1994, p. 30). (Grifo do autor)[1]

[1] Cada indivíduo tem para consigo mesmo o direito e o dever de autodefesa e ou legítima defesa [...] Significa, de modo esquemático, que a lei reconhece a faculdade de lesionar bens jurídicos – a saber, protegidos pelo Direito – de titularidade alheia, incluindo a vida do agressor, se for necessário, quando nossa vida está sendo objeto de uma agressão ilegítima por parte de um terceiro; e de acordo com o direito, a reação defensiva, da

Este primeiro dever do indivíduo para consigo mesmo é amparado no diploma repressivo pátrio através do instituto da legítima defesa, o que constitui uma excludente de ilicitude, desde que não haja excesso nos meios empregados – art. Art.23, inciso II e parágrafo único, CP.

No que tange à auto conservação, observa-se que:

> Para el pensamiento clásico el derecho a la vida comporta también para con uno mismo el deber de preservar la vida contra los ataques provenientes de sí mismo, es decir, el *deber de no suicidarse* (...) Desde el punto de vista jurídico el suicidio no constituye delito como tal, lo que explica que ya no se castigue actualmente en ningún país al suicida fracasado en su intento, incluso de ha afirmado que no siempre ha de ser considerado como un hecho antijurídico." (CASABONA, 1994, p. 30). (Grifo do autor)[2]

Em *terrae brasilis* o legislador também adotou essa linha de pensamento, não tipificando como crime a tentativa de tirar a própria vida, apesar de considerar que tal ato é antijurídico.

Com relação aos deveres das demais pessoas, o autor espanhol destaca dois pontos: não matar os outros seres humanos e não ajudar na morte voluntária de terceiro.

O não matar significa que "no se debe matar ni por acción ni por omisión, pues constituiría un delito de homicidio doloso, con variantes más o menos graves (homicidio de primer grado, asesinato, parricido, infatincido, etc.)". O autor diz, também, que há outras formas de matar, mas sem intencionalidade: "homicidio culposo o por imprudencia". (CASABONA, 1994, p. 32).

Quanto à proibição de ajudar alguém a morrer, Casabona (1994, p. 33/34) questiona se é verdade que o indiscutível dever de respeito à vida impede o homem do alegado direito de determinar o momento e as circunstâncias de sua própria morte. Entende que, embora seja mais fácil admitir ou compreender o direito ao suicídio e à eutanásia em decorrência do princípio da autonomia, não é fácil negar a conduta desvalorativa realizada por um terceiro,

---

pessoa que atuou nesta situação e nas condições estabelecidas na lei, não sofrerá nenhuma pena. (Livre tradução).

[2] Para o pensamento clássico o direito à vida, também traz para si mesmo um dever de preservar a vida contra ataques a partir de si mesmo, ou seja, o dever de não cometer o suicídio (...) Do ponto de vista legal, o suicídio não é um crime e, como tal, a tentativa fracassada de suicídio, atualmente não é punida em nenhum país, ainda que seja sempre considerado como um ato antijurídico.(Livre tradução).

deixando de lado os casos limites. Para o autor existe uma discrepância na valorização da conduta se realizada por outro com uma conduta ativa ou omissiva. Assim, devem ser proibidas ambas ou permitidas as duas? A decisão que se pode tomar ou não sobre a continuidade da vida de outra pessoa é extremamente complexa, pois supõe o risco de se projetar as próprias convicções de terceiros sobre a vida do outro.

Em relação aos deveres do Estado, estes podem ser negativos, pois não pode o Estado, "a través de sus agentes, ordenar o propiciar la eliminación de los llamados seres carentes de valor vital ni los actos de genocídio, tortura y tratos inhumanos, crueles o degradantes, asesinatos y desapariciones de los opositores políticos u otros crimes contra la humanidad[...]" (CASABONA, 1994, p. 34).[3]

Quanto aos deveres positivos do Estado, corresponde o importante dever de proteção da vida, ou melhor, do objeto de proteção sobre o qual recai esse direito – a vida humana – incluídas as agressões de terceiros. Ainda, no aspecto positivo encontramos o *ius puniend*, ou seja, o dever de castigar os culpados contra os atentados à vida humana e aos outros bens penalmente tutelados. (CASABONA, 1994, p. 35 e 36).

No ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 121 do Código Penal, tipifica como crime a conduta de "matar alguém". O parágrafo 1º do referido artigo traz a figura do homicídio privilegiado, em que o agente que comete o crime movido por relevante valor social ou moral terá sua pena reduzida de um sexto a um terço. Trata-se da previsão da prática da eutanásia, como se pode extrair da exposição de motivos do diploma penal:

> Por "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). (CÓDIGO 3 EM 1 SARAIVA: PENAL; PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 2013, p. 213)

Observa-se que o parágrafo 1º do art. 121 do Código Penal não determina qual agente pode executar o ato, donde se conclui que qualquer pessoa pode praticar tal conduta. "Portanto, não há, no Direito brasileiro, a exigência de que a eutanásia seja praticada por médico, como, tecnicamente, é entendida". (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 192).

[3] Através de seus agentes, ordem ou incentivar a eliminação dos chamados seres desprovidos de valor vital ou atos de genocídio, tortura e tratamento desumano ou degradante, assassinatos e desaparecimentos de opositores políticos ou outros crimes contra a humanidade. (Livre tradução)

Por seu turno, o Código Penal, em seu art. 122, estabelece que constitui crime o auxílio, o induzimento e a instigação ao suicídio. Na modalidade auxiliar, tem-se a hipótese do suicídio assistido.

Como se verá a seguir, nossa defasada legislação penal não faz distinção entre as práticas médicas da eutanásia e da ortotanásia, considerando ambas as práticas como homicídio, a primeira na modalidade comissiva e, a segunda, na omissiva.

Segundo Barroso e Martel (2010, p.76) essa postura pode produzir consequências nefastas, já que "ao oferecer o mesmo tratamento jurídico para situações distintas, o paradigma legal reforça condutas de obstinação terapêutica e acaba por promover a distanásia".

Segundo Santos (1998), em 1993 a subcomissão de reforma do diploma repressivo previa a introdução do parágrafo 6º ao artigo 121:

> §6º Não constitui crime a conduta de médico que omite ou interrompe terapia que mantém artificialmente a vida da pessoa, vítima de enfermidade grave e que, de acordo com o conhecimento médico atual, perdeu irremediavelmente a consciência ou nunca chegará a adquiri-la. A omissão ou interrupção da terapia devem ser precedidas de atestação, por dois médicos, da iminência e inevitabilidade da morte, do consentimento expresso do cônjuge, do companheiro em união estável, ou na falta, sucessivamente do ascendente, do descendente ou do irmão e de autorização judicial. Presume-se concedida a autorização, se feita imediata conclusão dos autos ao juiz, com as condições exigidas, o pedido não for ele despachado no prazo de três dias. (SANTOS, 1998, p. 108).

Diante do exposto, nota-se que a conduta médica só não seria crime se houvesse a autorização judicial.

De acordo com Sá e Moureira (2012), em março de 1998 o Diário Oficial da União publicou o texto que alteraria o artigo 121, do Código Penal:

> Art. 121 [...]
> § 3º Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave: Pena- Reclusão de três a seis anos.
> § 4º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na

> impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão. (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 193).

Os pesquisadores Sá e Moureira tecem alguns comentários acerca dos dispositivos, entendendo que a manifestação de vontade do paciente, bem como sua capacidade plena são imprescindíveis à caracterização da eutanásia. Destacam, ainda, que o dispositivo legal se refere apenas ao sofrimento físico, deixando de lado o sofrimento psíquico e que o sofrimento deve ser insuportável. "Mas como defini-lo?" (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 194).

Em relação ao parágrafo 4º, no que diz respeito ao suprimento do consentimento do paciente, Sá e Moureira (2012) trazem o pensamento de Jiménez de Asúa de que "o consentimento não legitima o homicídio – nem a ajuda a quem por si mesmo se dá a morte – e seria inútil invocá-lo no extermínio de vidas atormentadas" (ASÚA, 1929, p. 240, *apud* SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 195).

No entendimento de Sá e Moureira, Asúa não é contra a prática da eutanásia, apenas propõe que seja feita uma avaliação dos motivos da conduta – o *móbil:*

> Se quem mata um doente incurável, que pede insistentemente o fim de seus padecimentos, o faz com um móbil anti-social – para alcançar mais depressa a herança ou para se desfazer do pesado cargo que representa o doente de uma mal crônico – seria então absurdo declarar a impunidade, visto que o agente é 'perigoso'; mas, em compensação, quando o moveram fins altruístas, como a piedade pelo sofrimento acerbo, seria inútil impor-lhe uma pena, porque não estamos ante um caso de 'temibilidade'. O móbil não egoísta, que guia o homicida piedoso, é, pois, o único critério aceitável para declarar a impunibilidade, visto que o tratamento punitivo ou assegurador deve ser exercido somente sobre indivíduos perigosos, ficando livres de toda a intervenção penal os que não são temíveis pelo motivo nobre, que os move. (ASÚA, 1929, p. 248-249, *apud* SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 195-196).

Asúa faz, também, uma distinção entre a eutanásia praticada pelo profissional da saúde e do homicídio piedoso, praticado por familiares. Em relação à conduta médica, entende que não há o *animus necandi*, mas apenas aliviar as dores de seu paciente, o que corresponderia a uma verdadeira cura. Porém, em relação aos parentes, deve se observar o *móbil*, sendo este a piedade decorrente do sofrimento insuportável do doente, deve ser concedido o perdão judicial. "Afirma que justiça e piedade têm áreas distintas, mas admite que a justiça repassada de piedade é mais justa" (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 196).

Atualmente, está tramitando no Senado Federal PLS nº 236/2012, que visa a edição de um Novo Código Penal que se coadune com o Estado Democrático de Direito. Entretanto, há controvérsias. Tanto que a Ordem dos Advogados do Brasil protocolizou ofício, requerendo a suspensão da tramitação do referido projeto sob o argumento: "as erronias e as deficiências técnicas vindas do anteprojeto são múltiplas e graves. Porém, o aspecto mais preocupante é o da celeridade da tramitação do Projeto de Código Penal." (OAB, OFÍCIO Nº 1976/2012-GPR, 2012)

Na parte especial, referente ao capítulo do direito à vida, consta a inserção do seguinte artigo:

> **Eutanásia**
> Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:
> Pena – Detenção, de dois a quatro anos.
> § 1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.
> **Exclusão de ilicitude**
> § 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente, quando a doença grave for irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

A proposta tende a considerar a eutanásia como crime. No entanto, podemos entender que se trata de crime privilegiado, tendo em vista o *quantum* da pena e o regime para cumprimento da mesma, seguido do perdão judicial previsto no parágrafo primeiro. Pode-se destacar, ainda, que o parágrafo primeiro atenua a pena de pessoas que possuem íntima ligação com o doente, não ao médico.

Em relação ao parágrafo segundo, temos a exclusão da ilicitude, apesar de se entender que a expressão mais adequada seria a exclusão da tipicidade, já que não há crime.

Em relação ao induzimento, instigação ao auxílio ao suicídio, o artigo 123, do referido projeto de lei, tem a seguinte redação:

> Art. 123. Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao suicídio:

> Pena – prisão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma, e de um a quatro anos, se da tentativa resulta lesão corporal grave, em qualquer grau.
> § 1º Não se pune a tentativa sem que da ação resulte ao menos lesão corporal grave.
> § 2º Aplicam-se ao auxílio a suicídio o disposto nos §§1º e 2º do artigo anterior.
> **Aumento de pena**
> § 3º A pena é aumentada de um terço até a metade se o crime é cometido por motivo egoístico.

Ao determinar no parágrafo 2º, a aplicação nos disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 122, fica configurada a figura do suicídio assistido.

Destaca-se, no entanto, que da forma como foi redigido o parágrafo 2º do artigo 121, pode-se entender que, mesmo que o paciente seja portador de uma doença grave irreversível, em que a obstinação terapêutica será inútil, se não houver o consentimento do paciente ou de seus familiares, estaria o médico cometendo crime, o que nos leva a questionar se não seria a morte tão somente uma decisão política, desprovida totalmente de princípios éticos.

Interessante destacar que o referido projeto já recebeu uma infinidade de propostas de emenda.

O Senador Francisco Dornelles, faz uma proposta aditiva para acréscimo do art. 135, no capítulo III do título I, que trata da periclitação da vida e da saúde:

> Art. 135 Não constitui crime, no âmbito dos cuidados paliativos aplicados a paciente terminal, deixar de fazer uso de meios desproporcionais e extraordinários, em situação de morte iminente e inevitável, desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão,
> § 1º A situação de morte iminente e inevitável deve ser previamente atestada por 2 (dois) médicos.
> § 2º A exclusão de ilicitude prevista neste artigo não se aplica em caso de omissão de uso dos meios terapêuticos ordinários e proporcionais devidos ao paciente.

Em sua justificativa, o Senador esclarece que a inclusão do referido artigo é:

> Resultado do aperfeiçoamento de projetos de lei que vêm sendo aprovados, tanto no Senado como na Câmara, afastando a prática da eutanásia e acolhendo e disciplinando os "cuidados paliativos" a serem sempre garantidos, até mesmo em respeito aos direitos constitucionais da vida, da

> saúde e da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos do idoso. (SENADO FEDERAL, 2012)

Na realidade, pode-se entender pelos motivos expostos pelo Senador Francisco Dorneles que o que se está afastando não é a prática da eutanásia, mas sim a da distanásia ou da obstinação terapêutica. Como sempre, falta técnica legislativa ou sobra hipocrisia política.

Em relação ao suicídio assistido, previsto no parágrafo 2º do artigo 123, ao remeter ao parágrafo 1º do artigo 121, a Senadora Maria do Carmo Alves propõe a proposta de supressão do referido parágrafo, pois entende que, se a conduta típica for praticada por familiares ou por alguém com estreitos laços de afeição, deveria, ao invés da não aplicação da pena, haver um agravamento da mesma. (SENADO FEDERAL, 2012).

Como se pode perceber, na visão da Senadora, o auxílio ao suicídio não tem o mesmo tratamento da eutanásia, configurando crime mais grave, já que sua proposta de emenda se refere apenas ao artigo 123.

No mesmo sentido é o entendimento do Senador Eduardo Amorim, pois faz proposta de emenda semelhante a da Senadora Maria do Carmo.

Da mesma forma que a OAB, o IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais juntou, em setembro de 2012, sugestões ao projeto de reforma do Código Penal, fazendo severas críticas, tanto em relação ao tempo despendido para análise, quanto à forma e postura acientífica assumida pela comissão:

> As críticas são feitas quanto ao tempo despendido para a análise global da legislação brasileira e elaboração de uma nova codificação; à forma e postura acientífica assumida pela Comissão de Juristas disso encarregada; e, fundamentalmente, pelo trabalho final apresentado, o qual peca em inúmeros pontos. A linguagem assumida, a confusão terminológica, os evidentes erros dogmáticos e de técnica legislativa são apenas alguns exemplos disso[...] Mas não só. Uma política explicitamente utilitarista, que pretende legitimar a aprovação do texto a todo custo, é reflexo temerário dos dias atuais. Um Código Penal, entretanto, não é feito desse modo. (IBCCRIM, 2012)

Pelos trechos analisados do Projeto e as propostas de emenda, percebe-se o porquê da crítica e da preocupação das duas entidades – OAB e IBCCrim.

No Direito Comparado encontramos alguns posicionamentos semelhantes e outros completamente antagônicos ao Direito brasileiro em relação ao direito à morte digna.

Começando pela Europa, de acordo com Sgreccia (2009), em abril de 1991, a Comissão para a proteção do ambiente, saúde pública e defesa dos consumidores apresentou ao Parlamento Europeu uma proposta de Resolução sobre a assistência aos pacientes terminais, cujo art. 8 estabelecia:

> [...] toda vez que um doente plenamente consciente pedir, de modo insistente e contínuo, que se ponha fim a uma existência que é agora para ele sem qualquer dignidade, e uma junta médica, constituída, se for o caso, constatar a impossibilidade de dispensar novos tratamentos específicos, esse pedido deverá ser satisfeito [...] (SGRECCIA, 2009, p. 728).

Para o citado autor, a proposta se configura como "uma verdadeira eutanásia ativa" que contrasta com a deontologia médica e com os direitos do homem e não deveria ser aceito, como não o foi (SGRECCIA, 2009, p. 728 e 729).

Na Europa, a eutanásia é legalizada em apenas três países – Holanda, Bélgica e Luxemburgo.

Merecem transcrição alguns artigos da lei holandesa, para que se possa tecer comentários.

Com a edição da Lei sobre a Cessação da Vida a Pedido, em 1 de abril de 2002, a eutanásia e o suicídio assistido foram legalizados na Holanda.

O artigo 293 do Código Penal holandês considerava como crime tirar a vida de outrem, mesmo que a pedido deste.[4]

Por sua vez, o artigo 294 estabelecia que "aquele que intencionalmente induzir outrem ao suicídio, auxiliar ou proporcionar os meios para tanto, será punido, em caso de consumação do suicídio, com pena de prisão de até três anos ou multa de 25 mil florins".[5] (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 152).

Entretanto, apesar dos dispositivos acima, o Direito Penal da Holanda admitia, por meio da situação de força maior, a justificação de excludente de culpabilidade, era o chamado "estado de necessidade justificado", pois o artigo 40 do diploma penal do país determina que

[4] Article 293. Any person Who takes another person´s life at that person's express and earnest request shall be liable to a term of imprisonment not exceeding twelve years or a fine of NLG 1000,000 (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 152)

[5] Article 294. Any person Who intentionally incites another person to commit suicide, assists him in the act or provides him with the means to commit suicide shall, IF suicides follows, be liable to a termo f imprisoment not exceeding three years or a fine of NLG 25,000. (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 152)

não haverá punição para aquele que comete o delito em decorrência da força maior. A comprovação da força maior se dava com a obrigação do médico em declarar ao Ministério Público a intervenção para a antecipação da morte, desde que preenchidos alguns critérios, como a solicitação voluntária do paciente, sua relação de confiança com o profissional da saúde, o sofrimento sem perspectivas de melhora, a opinião de outro médico e a execução médico-técnica da eutanásia. (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 153/154).

Esse procedimento para a declaração e a verificação da eutanásia já era realizado desde o início da década de 90.

Por isso, SGRECCIA (2009), entende que a lei holandesa é bastante discutível, pois pretendeu legalizar o que já ocorria na prática:

> Efetivamente, essa lei não legaliza a eutanásia, mas a despenaliza, ao não tomar providências sobre o médico que, atendo-se a alguns pontos bem codificados, interrompe a vida do paciente. Não muda, todavia, a substância de uma conduta que é gravemente ilícita no plano ético e que abre o caminho a outras formas de eutanásia, ainda que involuntariamente.

Corroborando esse entendimento, Maria Helena Diniz leciona que:

> Na Holanda, a eutanásia está hoje regulamentada por lei, mas era, como vimos, tolerada pela justiça se feita a pedido do paciente em estado terminal, atestado por dois médicos, sob diretrizes específicas estabelecidas [...] A Lei Funeral (Burial Act) de 1993 impediu que médicos que praticassem eutanásia ou suicídio assistido fossem processados, e exigiu, por sua vez, critérios para a realização da eutanásia e a notificação do procedimento[...] (DINIZ, 2010, p. 405).

Fato é que a prática que vinha sendo adotada gerou a Lei intitulada *Termination of Life on Request and Assisted Suicid (Review Procedures) Act*, legalizando a eutanásia e o suicídio assistindo, modificando os artigos 293 e 294 do Código Penal que passaram a ter a seguinte redação:

> Art. 293
> 1.Aquele que puser fim à vida de outra pessoa, segundo o desejo sério e expresso da mesma, será punido com pena de prisão de até doze anos ou com pena de multa da categoria quinta.
> 2. O ato não será punível caso praticado por um médico que tenha cumprido com os requisitos de cuidado, dispostos no art. 2 da lei sobre comprovação e fim da vida em petição própria e de auxílio ao suicídio, e se houver comunicação ao 'forense municipal', conforme o artigo 7, parágrafo segundo da Lei Reguladora dos Funerais. (Tradução livre)
> Art. 294
> 1. Aquele que de forma intencionada, induza outrem ao suicídio será, em caso de consumação deste, punido com pena de prisão de até três anos ou com multa de categoria quarta.
> 2. Aquele que, de forma intencionada, prestar auxílio ao suicídio a outrem para que se suicide ou facilitar-lhe os meios necessários para este fim, será, em caso de consumação, punido com pena de prisão de até três anos ou com pena de multa da categoria quarta. Se aplicará por analogia, o artigo 293, parágrafo 2. (Tradução livre) (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 156).

Observa-se que tanto a eutanásia quanto o suicídio assistido só não serão punidos se forem praticados por médico e observados os requisitos legais.

Ainda de acordo com Sá e Moureira (2012, p. 157), a lei holandesa incita ao debate com a previsão, em outros artigos, de que a prática da eutanásia e do suicídio assistido pode se dar em face de menor. Aqueles que já têm dezesseis anos poderão ser atendidos pelo médico se já possuírem uma condição razoável de valoração dos seus interesses. Quanto aos menores entre doze e dezesseis anos, é necessário o consentimento dos pais ou tutores.

Na Bélgica, a eutanásia foi legalizada em 2002. O artigo 3, parágrafo 1º determina que a eutanásia será praticada por médico, segundo alguns critérios:

> Art. 3. § 1er. Le médecin qui pratique une euthanasie ne commet pas d'infraction s'il s'est assuré que :
> - le patient est majeur ou mineur émancipé, capable et conscient au moment de sademande;
> - la demande est formulée de manière volontaire, réfléchie et répétée, et qu'elle ne résulte pas d'une pression extérieure;
> - le patient se trouve dans une situation médicale sans issue et fait état d'une souffrance physique ou psychique constante et insupportable qui ne peut être apaisée et qui résulte d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable;
> - et qu'il respecte les conditions et procédures prescrites par la présente loi. (MONITER BELGE, 2002)[6]

[6] Art. 3. § 1. O médico que realiza a eutanásia não comete um crime, se ele estiver convencido de que:
- O paciente é um maior ou menor emancipado, capaz e consciente;
- O pedido é feito voluntariamente, cuidadosa e repetidamente, e não é o resultado da pressão externa;

A lei belga, diferente da holandesa, trata apenas da eutanásia, desde que o paciente seja capaz ou emancipado. Não admite tal prática em menores, embora haja proposta de modificação em relação a este ponto.

Quanto à lei de Luxemburgo, promulgada em 2009, há permissão tanto para a prática da eutanásia quanto do suicídio assistido:

> Capítulo I - Disposições Gerais
> Art. 1. Para os fins desta Lei, entende-se por eutanásia o ato realizado por um médico que,intencionalmente, acaba com a vida de uma pessoa a seu pedido expresso e voluntário.
> Por suicídio assistido entende-se que um médico, intencionalmente, ajuda outra pessoa a se suicidar ou dá a outra pessoa os meios para que o faça, a seu pedido expresso e voluntário.
> Capítulo II - O pedido de suicídio assistido ou as condições e o procedimento da eutanásia :
> Art. 2. 1. Não é penalmente sancionada e não pode dar origem a uma ação civil por danos, se praticada por um médico que responde a um pedido de eutanásia ou suicídio assistido, se as seguintes condições de forem atendidas:
> 1) o paciente é capaz e consciente no momento do pedido;
> 2) o pedido é feito de maneira voluntária, reflexiva e, se necessário, deve ser repetido, e não o resultado de uma pressão externa.(MEMORIAL JOURNAL OFFICIEL DU GRAND-DUCHÉ DELUXEMBOURG, 2009). (Tradução livre)

Fazendo-se uma análise das leis da Bélgica e de Luxemburgo, nota-se que assim como a Lei da Holanda, ambas estabelecem os mesmos critérios para o procedimento: a manifestação de vontade voluntária e consciente do paciente, a concordância de outro médico, a informação do fato ao Ministério Público; além disso o paciente deve estar numa situação irreversível e submetido a um insuportável sofrimento.

Na Austrália, em julho de 1996, foi promulgada a Lei dos Direitos dos Pacientes Terminais que admitia, no territótio do Norte, o suicídio assistido. Entretanto, em 1998 a referida lei foi revogada. (DINIZ, 2010, p. 402)

Na América do Sul, o Código Penal paraguaio traz a previsão do homicídio motivado por súplica da vítima, mas não contempla o suicídio assistido:

- O paciente está em uma situação desesperadora e relatórios médicos comprovam um sofrimento físico ou mental constante e insuportável, que não pode ser apaziguado e que é resultado de uma condição acidental ou patológica grave e incurável;
- E que ele atenda as condições e procedimentos previstos na presente lei. (Livre tradução)

> Artículo 106.- Homicidio motivado por súplica de la víctima
> El que matara a otro que se hallase gravemente enfermo o herido, obedeciendo a súplicas serias, reiteradas e insistentes de la víctima, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años.
> Artículo 108.- Suicidio
> 1º El que incitare u otro a cometer suicidio o lo ayudare, será castigado con pena privativa de libertad de dos a diez años. El que no lo impidiere, pudiendo hacerlo sin riesgo para su vida, será castigado con pena privativa de libertad de uno a tres años.
> 2º En estos casos la pena podrá ser atenuada con arreglo al artículo 67. (CÓDIGO PENAL PARAGUAIO)[7]

A Colômbia, por seu turno traz a previsão tanto do homicídio piedoso quanto do auxílio ao suicido:

> Artículo 106. Homicidio por piedad.
> El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.
> Artículo 107. Inducción o ayuda al suicidio.
> El que eficazmente induzca a otro al suicidio, o le preste una ayuda efectiva para su realización, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.
> Cuando la inducción o ayuda esté dirigida a poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, se incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años. (CÓDIGO PENAL COLOMBIANO)[8]

A legislação peruana também traz apenas a figura do homicídio piedoso:

---

[7] Artigo 106 -. Homicídio motivado por pedido da vítima
Aquele que matar o outro que se encontra gravemente doente ou ferido, obedecendo súplicas graves, repetidas e insistentes da vítima, é punido com pena de prisão de até três anos.
Artigo 108 -. Suicídio
1 Qualquer pessoa que incita alguém a cometer suicídio ou ajuda a cometê-lo, é punido com pena de prisão de dois a dez anos. Aquele que não impede, podendo fazê-lo sem risco para a sua vida, é punido com pena de prisão de um a três anos.
2 Nestes casos, a pena pode ser reduzida de acordo com o artigo 67. (Livre tradução)

[8] Artigo 106. Homicídio piedoso.
Quem mata outro por misericórdia, para acabar com sofrimento corporal grave ou doença grave e incurável, é passível de pena de prisão de 1 (um) a 3 (três) anos.
Artigo 107. Indução ou suicídio assistido.
Quem induz efetivamente outro ao suicídio, ou dá apoio eficaz para alcançá-lo, será condenado à prisão de 2 (dois) a 6 (seis) anos.
Quando a indução ou assistência é direcionada para acabar com sofrimento corporal grave ou doença grave e incurável, é passível de pena de prisão de um (1) a dois (2) anos. (Livre tradução)

> Artículo 112.- Homicidio piadoso
> El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.
> Artículo 113.- Instigación o ayuda al suicidio
> El que instiga a otro al suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.
> La pena será no menor de dos ni mayor de cinco años, si el agente actuó por un móvil egoísta. (CÓDIGO PENAL PERUANO)

[9]

O Código Penal do Uruguai ao tratar da causas de impunibilidade prevê, em seu artigo 37, a figura do homicídio piedoso, estabelecendo que "Los Jueces tienen la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima." (CÓDIGO PENAL URUGUAIO)

No que tange ao homicídio piedoso, o diploma penal boliviano prevê a atenuação da pena e até mesmo o perdão judicial:

> ARTICULO 257.- (HOMICIDIO PIADOSO): Se impondrá la pena de reclusión de uno a tres años, si para el homicidio fueren determinantes los móviles piadosos y apremiantes las instancias del interesado, con el fin de acelerar una muerte inminente o de poner fin a graves padecimientos o lesiones corporales probablemente incurables, pudiendo aplicarse la regla del ARTICULO 39 y aun concederse excepcionalmente perdón judicial. (CÓDIGO PENAL BOLIVIANO)[10]

[9] Artigo 112 -. Homicídio Piedoso
Aquele que, por misericórdia, mata um doente terminal, que solicita expressamente e de forma consciente para acabar com sua dor insuportável, é punido com pena de prisão não superior a três anos.
Artigo 113 -. Instigação ou suicídio assistido
Aquele que instiga outro ao suicídio ou ajuda a cometê-lo, será punido, seja o suicídio consumado ou tentado, com uma pena não inferior a um ano e nem superior a quatro anos de prisão.
A pena não deve ser inferior a dois nem superior a cinco anos, se o agente agiu por motivo egoístico. (Livre tradução)

[10] ARTIGO 257 -. (Homicídio Piedoso) Será imposta pena de prisão de um a três anos se para o homicídio forem determinantes os motivos piedosos a pedido do interessado, a fim de acelerar a morte iminente ou fim de doença grave ou lesão provavelmente incurável, podendo-se aplicar a regra do artigo 39 e conceder, excepcionalmente, o perdão judicial. (Livre tradução)

A Argentina não traz em seu Código Penal nenhuma previsão de homicídio piedoso ou privilegiado, mas sancionou em 09 de maio de 2012 a Lei 26.742, apelidada de Lei da Morte Digna, alterando a Lei 26.529. A Lei da Morte Digna tem por finalidade estabelecer os direitos do paciente na escolha ou abstenção do tratamento e o médico deve atender sua vontade, desde que não se trate de eutanásia, ficando isento de qualquer punição no âmbito civil, penal e administrativa:

> ARTICULO 6º — Modifíquese el artículo 11 de la Ley 26.529 —Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud— el que quedará redactado de la siguiente manera:
> Artículo 11: Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.
> La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.
> ARTICULO 7º — Incorporase como artículo 11 bis de la Ley 26.529 — Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud— el siguiente texto:
> Artículo 11 bis: Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma.
> (Ley 26.529/2012)[11]

Apesar da lei argentina não permitir a prática da eutanásia, exclui a responsabilidade do médico que agiu de acordo com a lei caso a morte ocorra.

[11] SEÇÃO 6 - Alterar o artigo 11 da Lei 26.529 – Direitos do paciente em sua relação com os profissionais e instituições de saúde – que será relatado da seguinte maneira:
Artigo 11: Diretivas antecipadas. Toda pessoa capaz maior de idade pode dispor diretivas antecipadas sobre sua saúde, podendo consentir ou recusar determinados tratamentos médicos, preventivos ou paliativos, e as decisões sobre a sua saúde. As decisões devem ser aceitas pelo médico assistente, exceto as que envolvam a prática da eutanásia, que serão consideradas como não -existentes.
A declaração de intenções deverá ser por escrito em cartório público ou tribunal de primeira instância, o que exigirá a presença de 2 (duas) testemunhas. Tal declaração pode ser revogada a qualquer momento pela pessoa que a manifestou.
SEÇÃO 7 – Será incorporado como artigo 11-A da Lei 26.529 - Direitos do paciente em sua relação com os profissionais e instituições de saúde - o seguinte texto:
Artigo 11-A: Nenhum profissional que intervir em conformidade com as disposições da presente lei estará sujeito a encargos civis, criminais, administrativas, decorrentes do cumprimento da mesma.
(Lei 26.529/2012) (Livre tradução)

No Chile, o diploma repressor não traz nenhuma previsão acerca da eutanásia ou do suicídio assistido.

Atualmente existe no Congresso Nacional um projeto de lei que busca regular os direitos e deveres dos pacientes – Mensagem nº 223-354. O projeto confere autonomia às pessoas para dispor de sua vida em certos casos, mas não permite a eutanásia nem o suicídio assistido. (FIGUEROA G, 2011, p. 655)

Por fim, o Código Penal da era chavista, verdadeiro diploma repressor, não traz nenhuma previsão em relação ao tema aqui discutido mas, pasmem, determina que não incorre nas penas comuns do homicídio, o marido que surpreender em adultério sua mulher e seu amante, se matar ou maltratar um deles ou ambos. Em tais casos a pena não excederá três anos (CÓDIGO PENAL DA VENEZUELA, ART. 423), o que ofende a dignidade da pessoa humana e os demais direitos decorrentes deste princípio.

Percebe-se que a maioria dos países sul americanos, embora não tratem de forma expressa a eutanásia, tendem a aceitar os atos praticados em respeito à vontade dos pacientes em estado terminal, cujo sofrimento é insuportável, atenuando a pena ou, até mesmo, permitindo a concessão do perdão judicial.

Maria Helena Diniz (2010, p. 393) alerta para que haja uma reflexão por parte do legislador, do operador do Direito e do jurista acerca desses tormentosos problemas, tendo em vista seu conteúdo axiológico, sem esquecerem que a dignidade humana é o valor que legitima todo o ordenamento jurídico.

1.2.5 A ética e a morte: o que há de errado em matar?

A discussão acerca do fazer ou ajudar a morrer é bastante polêmica. Deve-se pautar o agir na emoção ou na razão? Será que existe ética no ato de matar? Tais questionamentos é o que este capítulo pretende abordar.

Hans Jonas entende que diante do avanço tecnológico e científico da chamada modernidade técnica, a ética não pode mais ficar adstrita à concepção de que a condição humana é determinada de imediato, no trato direto entre os homens, pois esta era a condição básica do homem "considerada constante em essência e em si mesma, não um objeto passível de ser remodelado pela techne" (JONAS, 1994, p. 33).

Hoje há uma enorme dispersão espaço-temporal, exigindo que se leve em consideração "a condição global da vida humana e o futuro distante ou até mesmo a existência da espécie" (JONAS, 1994, p. 39).

Em respeito ao ser humano, é necessário mudar a postura da ética tradicional, pois:

> Enquanto o ser humano não desenvolver uma noção de responsabilidade, deflagrada pelo senso de humanidade, qualquer limitação que se estabeleça à aplicação dos conhecimentos advindos da evolução da biotecnologia será fórmula vazia, pois o que deve nortear o agir humano é sem dúvida o respeito pela espécie humana (KLEVENHUSEN, 2006, P. 104)

Esse respeito pela espécie humana é o que Hans Jonas chama de ética da responsabilidade, que é o "fundamento ético do Biodireito, capaz de nortear o estabelecimento de limites à ação humana" (KLEVENHUSEN, 2006, P. 109), decorrentes do respeito ao homem em sua integridade, em sua dignidade.

Discorrendo sobre a questão ética em relação à eutanásia, Peter Singer (2006, p. 186) destaca que há três tipos de eutanásia e, para cada tipo, questões éticas específicas.

O primeiro tipo, a eutanásia voluntária, decorre de um "pedido da pessoa que quer ser morta". Nessa hipótese, se uma pessoa deixa escrito, quando ainda em boas condições de saúde, que quer a eutanásia "em decorrência da dor ou da privação de suas faculdades mentais, não havendo nenhuma esperança plausível de que venha a recuperar-se", aquele que pratica o ato de matar pode alegar que "agiu com o consentimento de quem foi morto". (SINGER, 2006, p. 186).

Sob um prisma oposto, tem-se a eutanásia involuntária, que ocorre quando a pessoa possui condições de consentir com a própria morte, mas não o faz, ou por não ter sido perguntada, ou por optar por viver. Nesta hipótese, o matar só pode ser concebido como eutanásia "quando o motivo da morte é o desejo de impedir um sofrimento intolerável" daquele que foi morto. (SINGER, 2006, p. 189).

O terceiro tipo diz respeito às situações em que a pessoa não é capaz de "compreender a escolha entre a vida e a morte" e, nesta hipótese, a eutanásia não seria nem voluntária, nem involuntária, mas não voluntária" (SINGER, 2006, p. 187).

Peter Singer aborda o tema sob o ponto de vista de uma ética prática, ou seja, a aplicação da ética ou moralidade (o autor usa indistintamente ambos os termos) a questões

práticas, cuja decisão deve pautar-se na razão. Pauta sua análise na concepção utilitarista - a versão clássica e, em especial, a preferencial.

O utilitarismo clássico, como concebido por Jeremy Benthan, "julga as ações por sua tendência a intensificar o prazer ou a felicidade e a mitigar a dor ou a infelicidade". (SINGER, 2006, p. 100).

O filósofo australiano esclarece que:

> Termos como "prazer" e "felicidade" carecem de precisão, mas fica claro que rementem a algo que se vivencia, ou se sente – em outras palavras, a estados de consciência. Portanto, de acordo com o utilitarismo clássico, não há uma importância direta no fato de que os desejos para o futuro fiquem por concretizar quando as pessoas morrem. Quando se morre instantaneamente, o fato de se ter, ou não, desejos para o futuro é indiferente no que concerne à quantidade de prazer ou de dor que se experimente. Portanto, para o utilitarismo clássico, o status de "pessoa" não é diretamente relevante para o erro de matar. (SINGER, 2006, p.110/111)

Quanto ao utilitarismo preferencial, Singer destaca que esta versão:

> julga as ações não por sua tendência a maximizar o prazer ou a minimizar o sofrimento, mas pela verificação de até que ponto elas correspondem às preferências de quaisquer seres afetados pela ação ou por suas conseqüências (...) É ao utilitarismo preferencial, e não ao utilitarismo clássico, que chegamos ao universalizarmos os nossos interesses, (...) desde que façamos o movimento plausível de considerar os interesses de uma pessoa como aquilo que, depois de pesarmos muito bem as coisas e refletirmos sobre todos os fatos relevantes, uma pessoa prefere. (SINGER, 2006, p. 104)

De acordo com a versão preferencial do utilitarismo, qualquer ação contrária à preferência de qualquer ser estaria errada, a não ser que, em termos valorativos, as preferências contrárias superem a preferência individual da pessoa.

Antes de aprofundar a questão sobre se é ético matar, Singer (2006) entende que se faz necessário admitir que o fato de algumas pessoas adotarem padrões éticos que são não convencionais, não implica, necessariamente, que não estão vivendo sobre padrões éticos, pois as mesmas acreditam que, por alguma razão, o seu agir é correto. Melhor esclarecendo:

> A idéia de viver de acordo com padrões éticos está ligada à ideia de defender o modo como se vive, de dar-lhe uma razão de ser, de justifica-lo. Desse modo, as pessoas podem fazer todos os tipos de coisas que consideramos erradas, mas, ainda assim, estar vivendo de acordo com padrões éticos, desde que tenham condições de defender e justificar aquilo que fazem, Podemos achar a justificativa inadequada e sustentar que as ações estão erradas, mas a tentativa de justificação, seja ela bem-sucedida ou não, é suficiente para trazer a conduta da pessoa para a esfera do ético, em oposição ao não-ético. (SINGER, 2006, p. 18).

O filósofo destaca, entretanto, que para que a justificação possa ser aceita, esta não pode restringir-se unicamente em interesses pessoais, pois há o dever de demonstrar que os atos praticados com base em interesses pessoais trazem, em si, algo maior que o interesse individual, já que "num certo sentido, a ética é universal". (SINGER, 2006, p. 19)

O autor, ora em análise, afirma que:

> Ao admitir que os juízos éticos devem ser formados a partir de um ponto de vista universal, estou aceitando que os meus próprios interesses, simplesmente por serem meus interesses, não podem contar mais que os interesses de uma outra pessoa. Assim, a minha preocupação natural de que meus interesses sejam levados em conta deve – quando penso eticamente – ser estendida aos interesses dos outros. (SINGER, 2006, p. 20).

Para Singer, é esse aspecto universal da ética uma razão convincente para a adoção da teoria utilitarista, destacando, desta concepção ética, o surgimento do princípio da igual consideração de interesses, advertindo, no entanto, que, quando vidas estão em jogo, este princípio não fica tão claro como nas situações que envolvem o evitar a dor e o experimentar o prazer.

Retomando a questão da eutanásia: o que há de errado em matar?

Singer inicia a discussão acerca do tema com o questionamento sobre o que é a "vida humana", o "ser humano". Esclarece que o fato de um indivíduo pertencer a determinada espécie pode ser explicado cientificamente. Assim, o feto e o bebê anencefálico seriam desde o embrião seres humanos. Por outro lado, traz a visão do teólogo protestante Joseph Fletcher sobre questões éticas, que elenca como indicadores da humanidade "a consciência de si mesmo, autocontrole, senso de futuro, capacidade de relacionar-se com os outros, comunicação e curiosidade". (SINGER, 2006, p. 96).

De acordo com Singer (2006, p. 96) embora esses dois sentidos de ser humano tenham equivalência, não há coincidência e a escolha entre esses dois sentidos – ser humano, membro da espécie *Homo sapiens* e ser humano, aquele dotado de racionalidade, autoconsciência e determinação – faz toda a diferença.

Buscando justificativas para a eutanásia, esclarece que, em relação à eutanásia não voluntária, esta estaria justificada porque "os argumentos mais plausíveis para a atribuição do direito à vida a um ser só se aplicam se houver alguma consciência de si enquanto entidade que existe no tempo, ou enquanto eu mental dotado de continuidade." (SINGER, 2006, p. 193).

Em relação aos bebês, Singer entende que são seres sencientes, assim como os animais. Então se o erro de matar esses animais, que não são racionais ou conscientes de si, se justifica, o mesmo se pode dizer em relação aos bebês que nascem com uma grave deficiência, pois "a qualidade de vida que se espera que o bebê tenha é um fator importante" (SINGER, 2006, p. 193). Além disso, como não existe capacidade de autonomia, não há como se aplicar o respeito à autonomia.

Essa mesma linha de raciocínio se aplica àquelas pessoas, que embora tenham sido, um dia, capazes de optar por viver ou morrer, em decorrência de um acidente, de uma enfermidade grave ou de uma idade avançada perderam tal capacidade para sempre e, antes de perdê-la, não manifestaram sua vontade. Da mesma forma que os bebês, essas pessoas não possuem autoconsciência e autonomia e se já não vivem mais experiência alguma, o fim da linha chegou. Por que postergar a morte?

> A viagem chegou ao fim. Estão vivas biologicamente, mas não biograficamente. (Se o veredicto parece duro demais, o leitor deve perguntar a si mesmo qual a melhor escolha a fazer diante das seguintes alternativas: (a) morte instantânea, ou (b) coma instantâneo e sem recuperação, seguido de morte dez anos depois. Não vejo vantagem alguma em sobreviver em estado comatoso se não houver recuperação possível e a morte for uma certeza). (SINGER, 2006, p. 201)

Singer (2006, p. 202) destaca que esse tipo de eutanásia aplicada aos que já foram racionais e autoconscientes, pode trazer como objeção o medo e a insegurança daqueles que ainda não se encontram nessa situação, por isso "a eutanásia não voluntária só seria justificável no caso dos que jamais serão capazes de escolher entre a vida e a morte".

No que tange à eutanásia voluntária, há diversos motivos que a justificam.

O primeiro deles se refere à afirmação utilitarista clássica de que "como os seres autoconscientes são capazes de temer a própria morte, matá-los tem piores efeitos sobre os outros", pois nessa hipótese o argumento do medo de que a morte seja prolongada e sofrida pesa em prol da eutanásia voluntária. (SINGER, 2006, p. 203)

Segundo motivo, o utilitarismo preferencial leva em conta o desejo de morrer como uma das razões para se tirar a vida, pesando em favor do referido tipo de eutanásia.

De acordo com Singer (2006, p. 205) uma das características fundamentais da teoria dos direitos "é o fato de poder se abrir mão de um direito sempre que se quiser". Assim, o sujeito, ao fazer o pedido para que a eutanásia seja praticada, abre mão do seu direito à vida. Este é o terceiro argumento.

Por último, tem-se o respeito à autonomia, que implica em dizer que "devemos permitir que os agentes racionais vivam as suas vidas de acordo com suas próprias decisões autônomas, livres de coerção ou interferência" (SINGER, 2006, p. 205). Desse modo, se o sujeito de forma autônoma, livre e consciente optar pela morte, deve-se ajudá-lo a colocar em prática sua opção.

De acordo com Singer (2006, p. 210), "a proibição da eutanásia voluntária não pode ser justificada em bases paternalistas, pois se trata de um ato para o qual existem boas razões" e prossegue esclarecendo que "a força do argumento em favor da eutanásia voluntária está nessa combinação do respeito pelas preferências (ou autonomia) dos que decidem por ela e da base inequivocamente racional da decisão em si".

No que tange à chamada eutanásia involuntária, o filósofo australiano, diz que se assemelha à eutanásia voluntária, pois implica, da mesma forma, na "eliminação daqueles que são capazes de consentir com a própria morte". Ressalta, entretanto, que a diferença, reside no fato de que na eutanásia involuntária as pessoas, embora conscientes, dotadas de razão e autonomia, não dão o consentimento e, neste caso, a eutanásia não se justifica, pelas quatro razões expostas acima. (SINGER, 2006, p. 210).

Por seu turno, Ronald Dworkin, em sua análise sobre a questão da eutanásia, questiona sobre como deveríamos pensar acerca do quando e do como morrer, além do como traçar uma linha divisória entre não ser mantido vivo e ser morto. Assim, cada vez mais se torna importante tomar antecipadamente uma decisão.

De acordo com o autor, por conta disso, os estados norte-americanos admitem as diretivas antecipadas ou testamentos de vida (*living wills*), que são "documentos nos quais se estipula que certos procedimentos médicos não devem ser utilizados para manter o signatário

vivo em circunstâncias específicas", além de reconhecerem as procurações para a tomada de outras decisões médicas, "documentos que indicam uma outra pessoa para tomar decisões de vida e de morte em nome do signatário quando este já não tiver condições de tomá-las" (DWORKIN, 2009, p. 252).

Dworkin destaca que embora as pessoas possam estipular em seus testamentos vitais que não desejam ser mantidas vivas por aparelhos, não podem pedir, por conta do direito atual, que alguém as mate.

Por isso, questiona: "Qual é o limite entre o que uma pessoa pode solicitar, para si mesma e para os outros, e aquilo que o Estado pode recusar? Cada uma dessas decisões pessoais, políticas e jurídicas tem centenas de facetas, algumas médicas, outras sociológicas" (DWORKIN, 2009, p. 255).

Outra questão fundamental é saber qual a decisão certa a se tomar, independente de quem venha a tomá-la.

O filósofo estadunidense entende que há três situações em que as pessoas devem decidir sobre sua morte ou a dos outros.

A primeira delas se refere às hipóteses em que a pessoa mantém um estado consciente e competente:

> De acordo com o direito norte-americano, a não ser em situações excepcionais, as pessoas em pleno controle de suas faculdades mentais podem recusar um tratamento médico mesmo que tal recusa implique a sua morte. Daí não se segue, porém, que, uma vez ligadas a aparelhos que ajudam a mantê-las vivas, tais pessoas tenham o direito legal de pedir que esses aparelhos sejam desligados, pois tal procedimento implica a assistência de outras pessoas à sua morte, e o direito da maioria dos estados e dos países ocidentais proíbe o suicídio assistido. (DWORKIN, 2009, p. 258)

Para o autor (2009, p. 259), se as pessoas podem optar, por um lado, por morrer lentamente, recusando-se a se submeter a um tratamento, pedindo que os aparelhos que mantêm a vida artificialmente sejam desligados; por outro, não podem optar pela morte instantânea e sem dor, com auxílio médico, o que torna o resultado produzido pelo direito, de certa forma, irracional.

Em relação aos estados de inconsciência, "os médicos são frequentemente forçados a decidir se vão ou não prosseguir com o suporte vital para alguém que está inconsciente e moribundo" (DWORKIN, 2009, p. 262-263).

Mas a questão não é tão simples assim. Havendo a diretiva antecipada da vontade em que a pessoa manifesta sua vontade para que os aparelhos sejam desligados, não há nenhum óbice. O problema ocorre exatamente quando não há o testamento vital. A família, em regra, quer que o tratamento persista. Em outras hipóteses, os familiares pedem para que sejam desligados os aparelhos e os tribunais negam o pedido, argumentando que não há provas de que a pessoa que se encontra em estado vegetativo optaria por morrer.

Dworkin cita inúmeros exemplos. Porém, dentre todos, merece destaque o caso Anthony Bland, que teve seus pulmões comprimidos e seu cérebro privado de oxigênio por tanto tempo que o levou a um estado vegetativo, após ser atropelado por uma multidão que saía em fuga de um estádio de futebol na Inglaterra. Em 1992, a pedido dos pais, o caso foi julgado pelo Tribunal Inglês. A decisão foi confirmada pelo Tribunal de Apelação e o juiz Hoffmann, presidente do Tribunal, afirmou:

> "Pelo que os mais próximos de Anthony Bland nos deram a conhecer sobre ele, e forçados como estamos a fazer uma escolha, parece-nos mais provável que, em seu estado atual, ele preferiria morrer a continuar vivo", e que, muito embora o respeito pela santidade da vida pudesse ser usado como argumento em favor de mantê-lo vivo, o respeito por outro princípio, o da autodeterminação, justificava que o direito lhe permitisse optar pela morte. (DWORKIN, 2009, p. 265-266) (aspas no original).

A última situação se refere àquelas pessoas que estão conscientes, mas são incompetentes. Ocorre, em geral, em grande parte da população que é afetada pela demência, cuja causa principal é o mal de Alzheimer.

Dworkin cita o exemplo da senhora Janet Adkins que estava nos estágios iniciais da doença, mas sabia o que iria acontecer mais adiante e que, ao ler sobre a máquina de injetar veneno do Dr. Kevorkian, o procurou e escolheu morrer.

Dworkin não traz nenhuma resposta, mas provoca a reflexão:

> Tendo em vista que fatalmente entrarão em um estado de total incompetência, as pessoas competentes deveriam ter o poder de especificar o tipo de tratamento que desejam receber? Deveriam ter o poder de decidir que não querem ser mantidas vivas por meio de tratamentos rotineiros (...)? Deveriam ter o poder de determinar que desejam, de fato, ser mortas? Esta última sugestão poderia parecer absurda; como permitir que uma pessoa tome providências antecipadas para ser morta daqui a alguns anos, quando é

> possível que, chegado o momento, ela dê sinais eloquentes de que deseja continuar viva? Mas merece reflexão a ideia de que, se a sra. Adkins tivesse tido esse poder, poderia ter desfrutado de muitos outros anos de vida útil, confiante em que não lhe permitiriam chegar à condição que tanto temia." (DWORKIN, 2009, p. 268).

Desenvolvendo sua argumentação, Dworkin afirma que as decisões sobre a morte trazem três implicações morais e políticas: a autonomia, os interesses fundamentais e a santidade.

No que tange à autonomia, este princípio é frequentemente invocado por aqueles que advogam que os pacientes podem planejar sua morte, pois entendem ser "crucial, para o direito das pessoas, que elas possam tomar, por si próprias, decisões fundamentais que lhes permitam pôr fim a suas vidas quando quiserem fazê-lo, ao menos nos casos em que sua decisão não for claramente irracional". (DWORKIN, 2009, p. 268).

Entretanto, o referido princípio é também invocado por aqueles que são contrários à eutanásia, pois entendem que se a eutanásia for legalizada, muitas pessoas que preferiam continuar vivas, poderiam ser mortas.

Dworkin ressalta que não há dúvidas de que "qualquer lei remotamente aceitável que permita a eutanásia para pessoas competentes insistiria em que elas só poderiam ser mortas se houvesse pedido, de maneira inequívoca, que lhes pusessem fim à vida." (DWORKIN, 2009, p. 268-269)

Dworkin destaca os interesses fundamentais como ponto importante ao se analisar a eutanásia. Segundo ele, em prol da eutanásia, há o entendimento de que é melhor para o paciente que ele morra quando se encontrar em estado de inconsciência permanente, num estado vegetativo irreversível, garantindo seus interesses fundamentais. "Por que nos preocupamos tanto, de um modo ou de outro, com a morte quando não existe mais nada a ser vivido, tampouco dor ou sofrimento aos quais a morte possa pôr um fim?" (DWORKIN, 2009, p. 274).

Em entendimento oposto, para o autor, as razões paternalistas justificam a oposição à eutanásia. Segundo ele, existe a crença de que o paciente quando se vê diante de grandes sofrimentos, desconhece seus próprios interesses, e que sabemos melhor o que é bom para eles. Para certas pessoas, "morrer seria contrário a seus interesses mesmo quando uma situação fosse tão terrível que se tornasse insolúvel; por maior que fosse seu sofrimento, desejariam continuar vivas enquanto conseguissem pensar ou compreender." (DWORKIN, 2009, p. 272)

Quanto à santidade da vida, Dworkin (2009, p. 274) questiona se a eutanásia é condenável "mesmo quando o paciente deseja a morte, e mesmo quando esta se acha entre os seus interesses fundamentais – porque invariavelmente viola o valor intrínseco e a santidade da vida humana".

Para Dworkin, a crença na sacralidade da vida humana talvez seja o argumento de base emocional mais forte contra a eutanásia, sendo a Igreja Católica o mais forte dos adversários.

Na maioria das teorias das religiões, a santidade da vida decorre do fato de que esta pertence a Deus. Mas, para Dworkin, a questão da santidade da vida é muito mais complexa e, consequentemente, mais aberta a outras interpretações, diferentes da interpretação religiosa, o que permite elaborar interpretações mais liberais em relação à prática da eutanásia.

Dworkin desenvolve seu raciocínio sobre a santidade da vida, verificando a existência de duas tradições para a criação da vida: de todas as espécies, o homem "é o mais grandioso resultado da criação divina – se somos convencionalmente religiosos -, ou da evolução – se não somos religiosos." (DWORKIN, 2009, p. 114)

Assim, a ideia de que a vida humana é inviolável decorre das duas bases do sagrado – a criação divina e a criação humana e, independente da forma, a vida humana "exige respeito e proteção devido ao complexo investimento criativo que representa e a nosso assombro diante dos processos divinos ou evolutivos que geram novas vidas a partir das que as antecederam (...)" (DWORKIN, 2009, p. 116).

Para Dworkin (2009, p. 117), "o horror que sentimentos diante da destruição intencional de uma vida humana reflete nosso sentimento comum e inarticulado da importância intrínseca de cada uma dessas dimensões do investimento feito." Daí o repúdio, por parte de alguns, à eutanásia.

Em outra vertente, de acordo com o filósofo, é o compromisso, a responsabilidade com a santidade da vida que sustenta as preocupações e perplexidades diante da eutanásia: "os que desejam uma morte prematura e serena para si mesmos ou para seus parentes não estão rejeitando ou denegrindo a santidade da vida: ao contrário, acreditam que uma morte mais rápida demonstra mais respeito com a vida do que uma morte protelada" (DWORKIN, 2009, p. 341).

Por sua vez, McMahan (2011) ao tratar do tema, já no prefácio de sua obra "A ética no ato de matar" diz que há um consenso de que matar é, em geral, errado, mas que há possibilidades de se reconhecer exceções. O filósofo norte-americano diz que:

> Não há convicção mais universal, estável e inquestionável, tanto entre diferentes sociedades quanto ao longo da história, do que a crença que o ato de matar pessoas é normalmente errado. Até onde sei, contudo, ninguém jamais apresentou uma explicação de por que o ato de matar é errado que sequer comece a fazer justiça a toda a variedade de crenças do senso comum sobre a moralidade do ato de matar. (MCMAHAN, 2011, p. 202)

Para McMahan (2011, vii) existem quatro categorias das instâncias de matar para as quais pode haver uma justificação racional.

Na primeira e mais controversa encontram-se os "casos nos quais matar simplesmente promoveria o bem maior", como exemplo, cita que matar uma pessoa poderia evitar a morte de muitos. No segundo caso, incluem-se as hipóteses de matar em autodefesa, em casos de guerra, pois há uma baixa nas "barreiras morais de autoproteção", ou ocorreu uma violação ao "estatuto de inviolabilidade", ou, ainda, o sujeito "tornou-se passível de uma ação que poderia resultar em sua morte". Na terceira categoria situam-se os casos cujo "estatuto metafísico ou moral do indivíduo matado é incerto ou controverso", como os bebês anencefálicos, pessoas com graves danos cerebrais ou comatosas. A última categoria engloba "os casos nos quais a morte não seria um dano ao indivíduo, mas, ao invés disso, um benefício", como nos casos em que a pessoa, cuja morte seria um benefício, deseja e pede para ser morta (MCMAHAN, 2011, vii-viii).

No que concerne ao suicídio com auxílio e à eutanásia, McMahan deixa claro que sua estratégia é pela defesa da permissibilidade de ambos. Ressalta, entretanto, que há várias objeções de caráter teológico ou secular e começa a refutá-las.

Em relação aos argumentos que são teológicos afirma que:

> encontram-se aqueles que alegam que apenas Deus teria o direito de determinar quando uma vida humana deveria terminar, ou que o sofrimento humano serviria aos propósitos divinos de uma maneira que não podemos compreender, ou que a forma como reagimos aos aspectos penosos da vida poderiam determinar, em parte, o nosso destino na vida após a morte, e assim por diante. Creio que todas essas objeções falham, mesmo em seus próprios termos: elas implicam, por exemplo, que seria errado salvarmos a vida das pessoas, ou aliviarmos o sofrimento delas." (MACMANHAN, 2011, p. 485).

No que tange ao caráter secular, as objeções mais óbvias ao ato de matar parecem inaplicáveis:

> Quando a maioria de nós começa a refletir sobre a moralidade do ato de matar, nosso pensamento inicial é que matar seria errado devido ao efeito terrível que esse ato traria para vítima: ele a privaria de toda a vida boa que ela poderia ter tido de outro modo. Essa intuição é o fundamento da *abordagem no dano* para o que há de errado em matar e, também, quando devidamente refinada, da *abordagem do interesse temporalizado*. (MACMANHAN, 2011, p. 485). (Grifos do autor).

Para o autor, essa abordagem não tem sucesso, tendo em vista que não se pode condenar nem o suicídio, nem a eutanásia, já que a morte não seria ruim, nem contrária aos interesses do indivíduo.

Outra questão seria que o ato de matar se sobrepõe à autonomia da vítima. Esta seria uma objeção porque o ato de matar violaria o respeito às pessoas. Entretanto, "o respeito por uma pessoa consiste, em parte, na deferência adequada às determinações de sua vontade autônoma em questões pertencentes à sua própria esfera legítima de controle". (MCMAHAN, 2011, p. 485).

Nesse sentido, nem o suicídio assistido, nem a eutanásia voluntária violariam a vontade autônoma da pessoa a ser morta. O autor destaca, ainda, que nem a eutanásia não voluntária seria violada: "afinal, por definição, ela envolveria o ato de matar um indivíduo que careceria de uma vontade autônoma". (MCMAHAN, 2011, p. 485).

MacMahan também faz alusão ao direito à vida, entendendo que quando uma pessoa pede para ser morta estaria obviamente renunciando ao seu direito à vida.

Ao abordar a questão da santidade da vida, McMahan segue a mesma linha de Dworkin, entendendo que a santidade da vida é decorrente do investimento que nela foi realizado. Assim, "o apelo à santidade da vida não pode sustentar validamente uma objeção racional ao suicídio ou à eutanásia", concluindo que "o fato de que um investimento foi feito em uma vida não torna importante que ela seja preservada independentemente de seu caráter." (MCMAHAN, 2011, p. 486).

Esclarecendo a questão do investimento na vida humana MCMahan, afirma que:

> Quando o investimento já rendeu todo o bem que ele podia provir, sua importância está encerrada, e não há nenhuma possibilidade de ele ser desperdiçado. Em tal situação, não há sentido na ideia de que a pessoa deva ser mantida viva devido aos investimentos que foram feitos anteriormente

> em sua vida (embora, naturalmente, possa haver outras razões para preservarmos ou estendermos a vida). (MCMAHAN, 2011, p. 486- 487)

Assim, com relação à sacralidade da vida, MCMahan conclui que "o suicídio e a eutanásia não podem ser descartados por um apelo à santidade da vida". (MCMAHAN, 2011, p. 491)

Como se pode observar, o pensamento de MCMahan guarda semelhanças tanto com o pensamento de Singer, como com o de Dworkin, em especial com este.

Pelo exposto neste tópico, é possível afirmar que os três autores analisados possuem em comum a ideia de que, em determinadas circunstâncias, respeitando o interesse consciente, racional e a autonomia, seria ético matar, pois se estaria respeitando a dignidade do homem.

Sendo assim, o segundo capítulo visa fazer uma abordagem acerca do alcance indeterminado da dignidade da pessoa humana e sua íntima relação com a racionalidade e a autonomia.

CAPÍTULO II: O VIVER E O MORRER COM DIGNIDADE E AUTONOMIA

Morte, minha Senhora Dona Morte,
Tão bom que deve ser o teu abraço! [...]
Não há mal que não sare ou não conforte
Tua mão que nos guia passo a passo,
Em ti, dentro de ti, no teu regaço
Não há triste destino nem má morte.

Florbela Espanca

Após a discussão do fenômeno morte sob várias nuances, é fundamental uma análise acerca da dignidade da pessoa humana, buscando demonstrar que este princípio, como fundamento do estado democrático de direito, deve estar presente durante toda a vida do homem, inclusive no momento da finitude da vida.

Assim, será feita uma breve análise do princípio da dignidade da pessoa humana, ressaltando-se a noção em relação à expressão, já que conceituar é uma tarefa um tanto quanto

difícil, dado o caráter vago, impreciso e amplo do referido princípio; sua concepção principiológica e normativa e sua importância no sistema jurídico material e processual, analisando os princípios fundamentais dele decorrentes, como, por exemplo, o direito à integridade física, o direito à vida, o direito à morte e a autonomia da vontade como expressão do direito à liberdade.

2.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Identificar o momento exato do surgimento da noção de dignidade não é tão simples e fácil. Porém, pode-se averiguar que desde períodos remotos da história do homem, a concepção de dignidade, dada através da ideia de que o homem possui um valor próprio e intrínseco, já existia e "a ideia de dignidade da pessoa humana hoje, resulta, de certo modo, da convergência de diversas doutrinas e concepções de mundo que vêm sendo construídas desde longa data na cultura ocidental" (BITTAR ,2010, p.246-247).

Situando de forma breve, histórica e filosoficamente, a preocupação com a dignidade da pessoa humana remonta, com base no pensamento cristão, assentado na fraternidade, à Antiguidade, quando Constantino, Imperador romano, proíbe a crueldade aos escravos, modificando a mentalidade vigente em direção à igualdade dos homens (TAIAR, 2008, p. 65).

A criação de leis, que visavam a proteção dos indivíduos e a preservação de seus direitos, podem ser observadas nos Códigos de Hamurabi e Manu, bem como na Lei da XII Tábuas, apesar de serem formas "insuficientes e obviamente não aplicáveis hodiernamente, porque não produzem mais os efeitos que a atual consciência jurídica exige" (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 43).

Apesar da concepção da dignidade da pessoa humana advir desde tempos remotos, somente com a concepção iluminista é que essa noção ganha uma dimensão mais racional, como um valor a ser respeitado por todos, irradiando efeitos jurídicos.

De acordo com Sarlet (2011, p. 29) a dignidade da pessoa humana, no pensamento político e filosófico da antiguidade clássica, podia ser quantificada e modulada, pois a *dignitas* era verificada em relação à posição social que a pessoa ocupava na sociedade e seu reconhecimento por parte da comunidade, havendo, assim, pessoas mais ou menos dignas. Já no pensamento estóico, a dignidade era uma qualidade inerente à espécie humana, que a

distinguia das demais espécies. Essa noção ligava-se à ideia da liberdade individual de cada indivíduo.

Para Sarlet (2011, p. 34), o processo de secularização da dignidade da pessoa humana se fecha com Kant, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, abandonando as "vestes sacrais".

O autor, entretanto, questiona em até que ponto tal concepção pode ser adotada sem reservas, diante da atual conjuntura social, jurídica e econômica:

> tanto o pensamento de Kant quanto todas as concepções que sustentam ser a dignidade atributo exclusivo da pessoa humana – encontram-se, ao menos em tese, sujeitas à crítica de um excessivo antropocentrismo, notadamente naquilo em que sustentam que a pessoa humana, em função de sua racionalidade (...) ocupa um lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos." (SARLET, 2011, p. 37)

Considerando que a dignidade da pessoa humana encontra-se no rol dos direitos humanos, na lição de PIOVESAN (2006, p.8), levando-se em conta a historicidade, pode-se afirmar que a definição do termo, direitos humanos, aponta para uma pluralidade de significados e, a partir dessa pluralidade, é que se pode destacar a chamada concepção contemporânea dos direitos humanos, introduzida com a Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos, de 1993.

Para a doutrinadora, a Declaração de 1948 é inovadora ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que tem como marcas a universalidade e indivisibilidade destes direitos:

> Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e interrelacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. O Estado brasileiro tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, CRFB). (PIOVESAN, 2006, p. 8).

No que tange ao conceito do termo dignidade da pessoa humana, José Afonso da Silva entende que a dignidade da pessoa humana "é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida" (SILVA,2009, p. 105).

Porém, para melhor compreensão da noção de dignidade da pessoa humana, traz-se o ensinamento, numa concepção multidimensional, aberta e inclusiva, de Ingo Wolfgang Scarlet, que diz ser esta:

> a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano 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 nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2011, p. 59).

Desse modo, para a doutrina jurídica contemporânea, a dignidade é inerente a todo e qualquer ser humano e deve se fazer sempre presente.

Dentro da moderna teoria dos princípios, em que estes possuem força normativa indiscutível, pode-se conceber a dignidade da pessoa humana como um princípio que emerge sobre os demais, pois irradia todos os direitos fundamentais e outros princípios encontrados na Carta Republicana, ou seja, "é o centro axiológico da concepção de Estado Democrático de Direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais" (BARROSO, 2008.p.375).

Pode-se afirmar, então, que a dignidade humana reflete, de maneira clara, a ideia de justiça, expondo, de modo inconteste, o cenário pós-positivista em que vivemos, figurando como uma das principais decisões políticas no âmbito estatal.

Dessa forma, pautado numa concepção principiológica e normativa, o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio norteador de todos os demais.

> A dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas

> as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estaria negando-lhe a própria dignidade (SARLET, 2011, p. 110).

Com isso, o autor destaca que há uma íntima ligação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

Essa ligação, segundo Taiar (2008), se efetiva em três aspectos: no primeiro, a dignidade é abordada como valor da ordem constitucional e, consequentemente, como valor para os direitos fundamentais, assumindo um caráter axiológico-constitucional, servindo de paradigma para os direitos fundamentais.

Em um segundo aspecto, seria o elemento que dá legitimidade a um sistema positivo de direitos fundamentais, ou seja, serve de critério para aferição da ordem jurídica vigente, que deve estar em acordo com o valor por ela expresso.

Num terceiro aspecto, os direitos fundamentais são a efetivação da dignidade da pessoa humana no plano constitucional, tem-se o aspecto denominado paradigmático-constitucional.

Em síntese, "a dignidade da pessoa humana é tanto o fundamento quanto o fim dos direitos fundamentais, para os quais atua como paradigma e por meio dos quais aflora concretamente" (TAIAR, 2008, p. 70).

Por seu turno, Coing (2002, p. 246-247) estabelece que o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana pode ser visto sob dois prismas: no primeiro, a dignidade protege a pessoa no que tange à sua integridade, impedindo que contra ela se pratiquem atos ofensivos tanto à sua integridade física quanto psíquica. Sob o segundo prisma, "expressa o direito de a pessoa ser respeitada como ser intelectual", garantindo o direito à autodeterminação.

Positivada como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana é o cerne, o norte de todo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional e não valor dirigente apenas dos direitos fundamentais, embora seja, também, um direito fundamental.

Com base no exposto, é importante uma análise dos direitos da personalidade como direitos fundamentais.

2.2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ab initio, necessário se faz entender que o homem, como ser social, é regido em suas relações por normas e princípios que visam protegê-lo e, com isso, garantir-lhe uma série de direitos, não deixando, no entanto, de impor-lhe diversos deveres.

Entretanto, embora guardem semelhanças entre si, as categorias – direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade – não se confundem:

> Enquanto os direitos da personalidade referem-se apenas aos aspectos da pessoa considerada em si mesma, os direitos fundamentais e direitos humanos abrangem outros direitos essenciais do homem, mas enquanto ser político e social. Assim, o direito de reunião, o direito de voto, o direito de greve são direitos fundamentais, pois postos pela Constituição da República, e direitos humanos, pois reconhecidos na esfera internacional, entretanto não são direitos da personalidade. (SÁ; MOUREIRA, 2012, P.52)

No que concerne aos direitos da personalidade, há de se coadunar com o pensamento de Szaniawski (2005, p. 19), defendendo que dentre os direitos fundamentais que buscam a tutela individual da pessoa humana, "situam-se como 'direitos primeiros', os direitos da personalidade que consistem na proteção dos atributos da personalidade humana" contra as ofensas a eles intentadas, sejam emanadas dos particulares ou do Poder Público.

Desde as ordenações do Reino (Filipinas, Afonsinas e Manuelinas) pode-se observar que o tema direitos humanos, mesmo que, indiretamente já era abordado.

Com a independência do Brasil, tivemos várias constituições. Muitas traziam a previsão dos direitos fundamentais; outras, como a de 1937, de ideal fascista, abolia todo e qualquer direito.

Embora contendo a previsão dos direitos fundamentais, na verdade, os mesmos nunca saíram do papel, pois "os direitos da pessoa declarados sem a necessária garantia é um mero nada. Uma farsa" (LEMBO, 2007, p. 145).

Somente com a Constituição de 1988 é que se consagra a garantia dos direitos fundamentais.

2.2.1 Do direito geral da personalidade

Não cabe no presente trabalho, uma profunda análise acerca da origem e do desenvolvimento dos Direitos da Personalidade, mas necessário se faz trazer à tona o pensamento mais recente sobre o tema.

Desse modo, é traçado como recorte temporal, os horrores do nazismo, da Segunda Guerra Mundial, bem como dos regimes totalitários decorrentes da pós-segunda guerra, pois foi a partir de tais eventos que os povos perceberam a necessidade de valorizar o ser humano e proteger os direitos dos indivíduos.

A tutela geral dos direitos da personalidade, com características peculiares em cada ordenamento jurídico:

> insere-se na longa e acidentada evolução das relações sociais, económicas e jurídicas entre os homens e entre estes e os ditames da sociedade no seu conjunto, particularmente, no que respeita ao reconhecimento igualitário da personalidade e da capacidade jurídica de todos os homens, ao âmbito da permissibilidade jurídica das formas ou dos modos de expressão da personalidade humana individualizada e à adopção de mecanismos jurídico-processuais garantidores dos direitos da personalidade.(SOUSA, 1995, p.27)

Segundo Szaniawski (2005, p. 99), dentro de um grupo social, o sistema de valores fundamentais desdobra-se na dignidade e na personalidade humana. Por isso, a devida proteção dada tanto a uma quanto à outra deve ser reclamada de todos: do Estado e do particular.

O homem, na era contemporânea, apesar de reconhecer a necessidade de igualdade nas condições sociais básicas de vida, ancorado na consciência de sua individualidade constantemente ameaçada, passa a reivindicar um direito à diferença que contemple a especificidade de sua personalidade.

A satisfação dessas reivindicações não se concretiza exclusivamente “pelo alargamento dos direitos especiais de personalidade, mas sobretudo através da consagração de um direito geral de personalidade.” (SOUSA, 1995, p. 85).

Sendo assim, discute-se se essa consagração do direito geral de personalidade está positivada no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo das constituições da Alemanha e da Itália.

Embora a Constituição de 1988 não traga expressamente uma cláusula geral destinada à ampla proteção da personalidade, não se pode negar que nossa Carta maior tenha absorvido a doutrina do direito geral de personalidade, pois ao dispor sobre os princípios fundamentais do Estado brasileiro, destaca a dignidade da pessoa humana. Já no Título II elenca uma série de direitos e garantias fundamentais, podendo-se afirmar que o direito brasileiro adotou um sistema misto para a proteção dos direitos da personalidade, já que a Constituição de 1988:

> traz entre os princípios fundamentais que a informam o princípio da igualdade, inserido em sua parte perambular e no caput do art. 5º e o princípio da dignidade da pessoa, no inciso III, do art. 1º. Ambos os princípios possuem idêntico valor. Estes dois princípios fundamentais conjugados constituem a base, o substrato necessário à constituição dos demais direitos, tutelando a pessoa humana em toda a sua dimensão, uma vez que a mesma é portadora de dignidade e de igualdade, sob seu aspecto formal e material. Verifica-se, pois, que a Constituição em vigor adota a cláusula geral, como princípio fundamental da ordem jurídica constitucional brasileira. (SZANIAWSKI, 2005, p. 137)

Ao analisar a forma como as várias acepções do direito da personalidade devem ser protegidas, Perlingieri (1999) afirma que a personalidade é um valor fundamental da ordem jurídica.

O autor italiano entende que a personalidade é um valor que não pode ser dividido em diferentes interesses, pois a pessoa é um todo e não partes acrescidas umas às outras e, como tal, o que é tutelado pelo direito da personalidade é a pessoa como valor, sendo o seu fundamento jurídico o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por seu turno, Borges (2007, p. 15-16) nos traz a elucidação de que sendo a dignidade inerente ao ser humano, ou seja, inerente da simples condição humana, não é adquirida "de um contrato nem de declaração de vontade", pois não tem relação com a capacidade, podendo-se afirmar que esta "independe, inclusive, do nascer com vida, pois o nascituro, mesmo sem ainda ter nascido, possui a qualidade de humano". Para a autora, os direitos da personalidade, visando, cada vez mais, a proteção do homem, deveriam ser chamados de "direitos da dignidade".

Portanto, sendo a dignidade da pessoa humana o princípio reitor que paira sobre todo o ordenamento jurídico e sendo o homem, o primeiro e o último destinatário da ordem jurídica, todo o ordenamento infraconstitucional deve ser lido e interpretado à sua luz, constituindo-se, então, em verdadeira cláusula geral de proteção da personalidade.

Assim, pode-se afirmar que mesmo que de forma implícita, a Constituição brasileira traz a cláusula geral de personalidade, através do princípio da dignidade da pessoa humana, ao garantir a proteção à integridade física e psíquica, bem como ao livre desenvolvimento da personalidade.

Reconhecendo que há em nosso ordenamento jurídico uma cláusula geral dos direitos da personalidade, passa-se a análise dos direitos especiais da personalidade.

2.2.2 Dos direitos especiais da personalidade

A Carta de 1988, além de estabelecer uma cláusula geral de proteção aos direitos da personalidade, através do princípio da dignidade da pessoa humana, elencou em seu art. 5º uma série de outras garantias, tais como o direito à vida, à liberdade, à integridade física, à honra, à privacidade, à imagem , dentre outros; que, cumpre ressaltar, não se esgotam no texto constitucional, já que frequentemente, à medida que a sociedade progride, novos direitos surgem e merecem ser tutelados pelo ordenamento jurídico sob pena de se agir ao arrepio do princípio reitor.

Embora os direitos-garantias possuam igual valor, não comporta neste trabalho uma análise de todos, ficando-se adstrito àqueles delimitados pelo objeto que se investiga: o direito à integridade física, à vida, à liberdade, à morte.

2.2.2.1 Do direito à integridade da pessoa humana

Tendo em vista os grandes avanços tecnológicos, da medicina e da biologia, que propiciam dia a dia novas descobertas, é interessante analisar o direito à integridade psicofísica dos indivíduos.

"Agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo" (SILVA, 2008, p. 199).

Direitos essenciais, segundo de Cupis (2004, p.72), "são aqueles que têm por objeto os bens mais elevados", como o direito à vida e à integridade física. Este último pressupõe a existência do direito à vida, acrescentando-lhe, segundo o doutrinador italiano, a incolumidade.

O referido autor esclarece que o direito à integridade física, respeitando o indivíduo como ser humano, é um direito privado; mas que, diante de situações gravíssimas, não pode depender da autonomia da vontade para a tutela estatal.

De acordo com Szaniawski (2005, p. 466), o direito à integridade física é "um direito essencial da pessoa, por ser este um direito de personalidade que consiste no direito que cada um tem de não ter seu corpo atingido por atos ou fatos alheios".

O direito à integridade física não se restringe apenas ao corpo, mas, também, à saúde, à psique, ou seja, constitui uma unidade, por isso é um direito à integridade psicofísica, cuja tutela volta-se tanto para o corpo como para a honra, que integram a dignidade do homem e por tal motivo temos a vedação constitucional à tortura e ao tratamento desumano e degradante, cujo comando deve ser obedecido pelos particulares e pelo próprio Estado.

Corroborando essa ideia, Pontes de Miranda (1971, p.28) entende o direito à integridade psíquica como o "dever de todos de não causar danos à psique de outrem".

Para Pontes de Miranda, como para outros autores, existem dois tipos de direitos à integridade do ser humano: um de ordem física, outro, de ordem psíquica.

Outro grupo de doutrinadores reconhece um unitarismo no tocante à integridade:

> Para eles, a análise da expressão integridade, quer sob o perfil físico, quer sob o aspecto psicológico, constitui os componentes indivisíveis da estrutura humana, tendo como consequência que "a tutela jurídica de um desses aspectos, apenas, já se traduz na tutela da pessoa humana por inteiro" (SZANIAWSKI, 205, p.473).

No entendimento de Bittar (2004, p. 76), o direito à integridade física "consiste em manter-se a higidez física e a lucidez mental do ser, opondo-se a qualquer atentado que venha a atingi-las, como direito oponível a todos." Esclarece que, no Direito pátrio, o referido direito

é um bem inserido na ordem constitucional de 1988, visando coibir os abusos, em especial do sistema repressivo.

O direito à integridade física "constitui um paradigma de defesa da personalidade contra ameaças e agressões que se traduzem em lesões da integridade física e psíquica das pessoas" (VASCONCELOS, 2006, p. 70). Esclarece o autor que não há porque separar a integridade física da psíquica, pois a fronteira entre ambas, como bens da personalidade, é muito tênue.

Borges entende que a proteção constitucional à integridade física ou ao próprio corpo já está definida no artigo 5º, através da expressão segurança, que possui um conteúdo essencialmente pessoal, pois é "o corpo da pessoa, sua incolumidade, que deve ser protegido, em primeiro lugar contra atos de terceiros que possam lhe causar lesão. Também a incolumidade psíquica se subsumi a esse conceito de segurança" (BORGES, 2007, p. 168).

Para a garantia do direito, a Constituição de 1988, com o fim de dar efetividade ao respeito à integridade física, expressamente determina a proibição da submissão de todas as pessoas (livres ou acauteladas) à tortura e ao tratamento desumano ou degradante – artigo 5º, III.

Se a Constituição baniu do ordenamento jurídico os tratamentos desumanos e degradantes, como permitir, então, que a pessoa fique submetida a certos tratamentos invasivos que afetam tanto a integridade física quanto à psíquica, causando dor e sofrimento como nos casos de obstinação terapêutica, quando não há mais nenhuma expectativa de reversão de um quadro grave? Não seria esse um tratamento desumano, degradante e torturante?

2.2.2.2 A vida como direito da personalidade

Dentre os direitos especiais da personalidade consagrados na Constituição, o direito à vida é, sem dúvida, o mais relevante, embora todos os direitos da personalidade sejam iguais em importância e dignos da mesma proteção. Porém, "é a vida que dá origem à personalidade do ser humano" (SZANIAWSKI, 2005, p. 146).

Para o autor, o direito à vida "funde-se com a própria personalidade, vinculando-se à mesma, uma vez que sem vida não haverá personalidade. Personalidade, vida e dignidade são figuras intimamente ligadas e inseparáveis" (SZANIAWSKI, 2005, p. 146).

Para Szaniawski (2005, p. 147), sendo a vida um bem jurídico de natureza tanto individual quanto social, pode-se inferir que toda pessoa possui o direito inalienável de desfrutar e viver a vida com dignidade, cabendo ao Estado garantir as condições de sua existência. Para ele, o direito à vida é um direito fundamental do mesmo quilate do princípio da dignidade da pessoa humana: "Ambos, direito à vida e princípio da dignidade da pessoa humana, convivem juntos, sendo inseparáveis. São como duas rodas unidas por um eixo que permanentemente atuam em conjunto".

Significa que não podemos conceber o direito à vida sem dignidade e que a dignidade é decorrente da existência da vida e de sua tutela. Por isso, a vida como direito fundamental é protegida pela norma constitucional, pelo direito civil e pelo direito penal.

Sob a ótica de Cupis (2004, p. 72), a vida é um direito essencial, inato e deduzível do direito penal.

De acordo com o autor italiano, os direitos essenciais têm por objeto os bens mais elevados. Sendo assim, a vida, por ser um direito "essencialismo", se sobrepõe aos demais direitos essenciais, podendo-se deduzir, deste fato, que nenhum outro bem pode ser concebido separado do referido direito. (CUPIS, 2004, p. 72).

Quanto ao fato de ser a vida um direito inato e deduzível do direito penal, esclarece o autor:

> O direito à vida é um direito inato, na medida em que respeita ao indivíduo pelo simples fato de este ter personalidade. É deduzível do direito penal, pois que é neste que se contém as normas das quais se pode fazer derivar a sua existência (...) Por uma necessidade social de caráter fundamental, o bem da vida recebeu a tutela da lei penal primeiro que qualquer outro bem" (CUPIS, 2004, p. 72).

Por seu turno, Borges (2007, p. 232) ao analisar o art. 5º da Constituição Federal de 1988, entende que a garantia do direito à vida, à segurança e outros não são direitos absolutos e que, efetivamente, não são deveres. Para a autora, o mandamento constitucional não estabelece deveres. Desse modo, "é assegurado o direito (não o dever) à vida".

Concebendo os direitos da personalidade – vida, liberdade, integridade física como direitos e não como deveres, é que se pode afirmar a existência do direito do paciente de não submeter a um tratamento ou de interrompê-lo.

Não havendo dúvidas de que o direito à vida é um direito da personalidade, resta, então, verificar se o direito à morte é igualmente um direito da personalidade, o que se passa a fazer em seguida.

2.2.2.3 A morte como direito da personalidade

Ao analisar o valor constitucional da dignidade da pessoa humana na Constituição espanhola, Casabona (1994, p. 67) afirma que esta se configura como um princípio informador e como a raiz de todos os direitos básicos do homem reconhecidos como fundamentais pela Constituição e que a dignidade se projeta e se constitui como filtro interpretativo, integrador e valorativo para os poderes públicos. Para o autor espanhol, a manifestação mais imediata no texto constitucional pode ser encontrada na proibição de tratamentos desumanos e degradantes, juntamente com o direito à integridade física e moral, possuindo uma enorme transcendência para o exercício do direito à vida, além dos direitos à liberdade, igualdade e não discriminação entre outros. Por isso, entende-se que a maior parte dos direitos fundamentais apresenta um núcleo relacionado à dignidade da pessoa.

Casabona (1994, p. 67) cita Muñiz[12] para maiores esclarecimentos:

> La dignidad de la persona se configura como un principio dinámico que articula y sistematiza todos y cada uno de los derechos fundamentales, para añadir más adelante que la clave de bóveda en la interpretación del alcance y limites de protección de los derechos fundamentales es el entendimiento de los mismos como realidades normativas dinámicas configuradoras de la dignidad de la persona. Estas premisas le llevan a concluir que el puede disponer libremente de su vida.[13]

[12] José M. Valle Muñiz, Relevancia jurídico-penal de la euthanasia, em Cuadernos de Política Criminal núm.37, 166 y s.(1989).

[13] A dignidade da pessoa humana se configurada como um princípio dinâmico que articula e organiza cada um dos direitos fundamentais, acrescentando adiante que a pedra fundamental na interpretação do alcance e limites da proteção dos direitos fundamentais é o entendimento dos mesmos como realidades normativas e dinâmicas configuradoras de dignidade da pessoa. Essas premissas levam à conclusão de que a pessoa pode dispor de sua vida.(Livre tradução)

Partindo do preceito constitucional da dignidade da pessoa humana, questiona se a disponibilidade da própria vida, sua eliminação voluntária por seu titular, é contrária ou não aos imperativos constitucionais que são decisivos para a valoração da eutanásia e do suicídio assistido.

Casabona (1994, p. 97) para responder ao questionamento traz o posicionamento de vários autores. Inicia com o pensamento de Rodríguez Mourullo[14], para quem o direito à vida tutelado pela Constituição espanhola tem um sentido primordial de uma garantia frente ao Estado, "sin que engendre em favor del individuo la facultad de libre disposición de su propria vida, de tal manera que pueda consentir validamente su muerte", então, segundo esta interpretação, "el castigo del homicídio consentido no es contrario al mismo". Numa postura intermediária, traz a posição sustentada por Del Rosa Blasco[15], que vai de encontro ao mote do pós-positivismo de efetivação dos direitos fundamentais:

> el derecho a la vida es renunciable o disponible, a la vista del reconocimiento constitucional de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, de forma que el Estado no puede ni debe imponer el respeto a la propia vida contra la vontade de su titular, por el contrario, sí que debería obligar al respeto de la vida ajena, aunque se cuente con el expreso deseo del titular dela, prohibiendo determinados comportamientos: cuando la muerte se ejecuta por un tercero, puesto que supone un evidente salto cualitativo y no se respeta la vida ajena; o cuando ejecutando la uno mismo, ese tercero ha hecho nacer una voluntad suicida preexistente, puesto que la libertad interna de lacto suicida no es absoluta o total.[16]

Numa posição contrária, Casabona (1994, p. 97-98) mostra a posição de Corbo del Rosal e Carbonel, que entendem que a liberdade é que se encontra no ápice dos valores do

[14] RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzales. Derecho a la vida y a la integridad personal y la abolición de la pena de muerte, en Comentarios a la Legislación penal, t. I, (dir. por . Cobo y coord. Por M. Bajo) Edersa, Madrid, 1982, p. 79.

[15] DEL ROSA BLASCO, Bernardo. La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código Penal, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 85 y ss. (1987).

[16] o direito à vida é renunciável ou disponível, tendo em vista o reconhecimento constitucional da dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade, de modo que o Estado não pode e não deve impor o respeito pela própria vida contra a sua vontade de seu titular, ao contrário, deve obrigar o respeito pela vida alheia, ainda que se conte com o desejo expresso de seu titular, proibindo determinados comportamentos: quando a morte é executada por um terceiro, visto supor um evidente salto qualitativo e não se respeita a vida alheia, ou durante a execução suicídio, em que o terceiro tenha feito aflorar uma vontade suicida pré-existente, uma vez que a liberdade interna do ato de suicídio não é absoluta ou total.(Livre tradução)

ordenamento jurídico e que todos os direitos fundamentais das pessoas devem ser interpretados como "emanaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad" ou, se preferirmos, de "la dignidad de la persona humana". Referindo-se ao direito à vida, "ésta ha de suponer una protección de la misma compatible con la libertad; de la que habrá de desprenderse la absoluta irrelevancia constitucional de la vida no deseada libremente por su titular". Esse ponto de vista traz o dever de se respeitar até as últimas consequências o principio da autonomia da vontade, pois para o doutrinador espanhol "la vida sólo debe ser defendida si su titular así lo quiere; las formas de participación en el suicidio, incluida la inducción, no deben ser punibles."

Casabona (1994, p. 98), citando Queralt Jiménez, informa que não existe o dever de viver e que o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana é a possibilidade de exercer a sua liberdade, sem parecer que entra em jogo a proibição de renúncia a um direito fundamental, mas a renúncia, no exercício da liberdade, de continuar a própria vida sofrendo.

Segue-se que há de se dar a devida proteção jurídica tanto a quem decide abreviar a vida, como a quem auxilia, sempre que se cumpram as condições estritas formuladas para cada uma das variantes da eutanásia (passiva, indireta e ativa).[17]

Finalizando, o pesquisador espanhol (1994, p. 99) nos traz o posicionamento de Gimbernat Ordeig[18], que embora faça referência à Carta Espanhola, sustenta seu ponto de vista, em relação aos delitos decorrentes da eutanásia, no estado de necessidade previsto no artigo 8º, inciso 7 do Código Penal espanhol, entendendo ser esta a única maneira de salvaguardar os direitos protegidos pela constituição, quais sejam: o livre desenvolvimento da personalidade, porque a personalidade se manifesta não só na vida, mas também na morte que

[17] ...que no existe el deber de vivir y que el núcleo esencial de la dignidad del hombre es la posibilidad de ejercer su libertad, sin que parezca que entre en juego la prohibición de la renuncia a un derecho fundamental, sino la renuncia, en uso de la libertad, a continuar sufriendo la vida misma. De ello se deduce que se ha de dar la debida protección jurídica a quien decide quitarse o abreviarse la vida y a quien le auxilia, siempre que se cumplan unas estrictas condiciones que se formulan para cada una de las variantes de la eutanasia (pasiva, indirecta y activa).Queralt Jiménez, La eutanasia: perspectivas actuales y futuras. (Livre tradução)

[18] Finalmente, Gimbernat Ordeig plante ala cuestión de modo distinto, pero reconducida también a la Celos posibles delitos que pueden entrar en juego ante un supuesto da eutanasia (los cuales son delimitados por el autor) estarán justificados por la eximente de estado de necesidad del artículo 8.7º del CP, pues es la única manera de salvaguardar los derechos protegidos por la CE: el libre desarrollo de la personalidad (art.10.1 de la CE), pues la personalidad se manifiesta no sólo en la vida, sino también en la muerte que uno elige; si el paciente lo solicita, mediante la eutanasia se protege también la dignidad de la persona(art.10.1 de la CE), así como la libertad ideológica (art.16.1); y también se evitan los tratos inhumanos que el art. 15 prohíbe, las unidades de cuidados intensivos as veces pueden convertirse en cámaras de tortura. Ahora bien, hay que reconhecer – prosigue- que la eutanasia lesiona al mismo tiempo otro derecho fundamental: el derecho a la vida (art.15); pero que esa vida que se lesiona <<es una devaluada, en cuanto que su titular renuncia a ella, en cuanto que su final está próximo y/o se ha convertido en un padecimiento físico, y en cuanto que, por consiguiente, muchas veces es incompatible la coexistencia de los derechos garantizados por el mismo art. 15, el derecho a la vida y el derecho a no soportar tratos inhumanos>> (Livre tradução)

se escolhe, e se o paciente solicitar, através da eutanásia também se protege a dignidade e a liberdade de pensamento, além de impedir o tratamento desumano que o art. 15 da Constituição espanhola proíbe, pois unidades de terapia intensiva, muitas vezes, podem se parecer com câmaras de tortura. Entende, que há de se reconhecer, prossegue, que a eutanásia lesiona, ao mesmo tempo, outro direito fundamental - o direito à vida - mas a vida que se fere é desvalorizada, na medida em que seu titular a renuncia, na medida em que seu final está próximo e/ou se tenha convertido em um padecimento físico, e na medida que, por conseguinte, não existe uma coexistência compatível entre os direitos garantidos pelo art. 15 da referida constituição – o direito à vida e o direito a não suportar tratamento desumano.

Após expor o pensamento de vários autores, Casabona (1994, p. 102) demonstra seu próprio pensamento, dizendo que não há dúvidas acerca da inconstitucionalidade da eutanásia ou de qualquer outra forma de morte de outra pessoa, executada, por ação ou omissão, contra a vontade do interessado ou sem seu consentimento, sob o argumento de um motivo nobre, como a compaixão.

Tendo em vista a afirmação de que nenhum direito tem caráter absoluto, (CASABONA, 1994, p. 102), questiona se há a possibilidade de renúncia ao direito à vida. Para ele:

> Quien decide quitarse a sí mismo la vida [...] no está renunciando necesariamente al derecho a la vida, sino a la vida misma, que es el presupuesto material de tal derecho. La renuncia al derecho implicaría forzosamente la renuncia a exigir el cumplimento de los deberes que del mismo se derivan para los demás: el respeto por el Estado y los particulares y el protección por el primero; es decir, comporta la referencia a terceros sobre los que tal derecho – y los consiguientes deberes – se proyecta. (CASABONA, 1994, p. 108).[19]

Renunciar à própria vida não significa renúncia ao direito à vida, ou seja, "afirmar la existencia de un derecho a la disposición de la propia vida y admitir que tal derecho subsiste

[19] Quem decide tirar a própria vida [...] não está necessariamente abrindo mão do direito à vida, senão da vida em si, que é o pressuposto material de tal direito. A renúncia ao direito implicaria forçosamente a renúncia de exigir o cumprimento dos deveres daí decorrentes para os demais: o respeito pelo Estado e pelos particulares e a proteção pelo primeiro, ou seja, envolve a referência a terceiros sobre os quais este direito - e os consequentes deveres - se projeta. (Casabona, 1994, p. 108). (Livre tradução)

cuando no significa una auténtica renuncia, no quiere decir ya que ese derecho de disponibilidad permita la intervención de terceros" (CASABONA, 1994, p. 109).[20]

Dessa forma, Casabona (1994, p. 110) afirma que, embora seja possível obter o direito sobre a disponibilidade da própria vida, não há nenhuma previsão constitucional que justifique a intervenção ativa de terceiros para abreviar a vida de outrem, razão pela qual a legislação espanhola tipifica a eutanásia e o suicídio assistido como crimes. Por isso, para o autor, a permissão ou a proibição dessas condutas compete ao legislador ordinário, já que podem ser admitidas respostas para ambos os lados.

Prosseguindo, o autor espanhol pergunta se da dignidade da pessoa podem-se extrair novos argumentos que completem a visão do problema. Seguindo o fio discursivo das teses discursivas dos autores que analisa, entende que a dignidade é o norte que permite não continuar ou interromper os tratamentos para aqueles que não têm mais perspectivas objetivas de continuidade da vida, pois um comportamento oposto poderia constituir uma manipulação da pessoa afetada que implicaria na ofensa à proibição de tratamentos desumanos e degradantes. (CASABONA, 1994, p. 112).

Em relação ao argumento de que o livre desenvolvimento da personalidade poderia amparar o direito de morrer com auxílio de terceiros, ou por si mesmo, Casabona refuta essa ideia, pois para o autor não há um desenvolvimento da personalidade através da morte, mas apenas o fim de seu desenvolvimento. Nas palavras do autor: "la muerte propia, producida por uno mismo o con la ayuda de un tercero, no supone un desarrollo de la personalidad a través de la muerte, o el último – y tal vez sublime – acto de culminación de desarrollo de la personalidad, sino pura y simplemente su destrucción y el fin de su desarrollo" (CASABONA, 1994, p. 112).[21]

Conclui, por fim, que a invocação de todos esses princípios não pode legitimar constitucionalmente a eutanásia ativa, o que faz crer que os princípios analisados podem e devem garantir não o direito à morte ou disposição da vida, mas o direito à morte digna.

Tratando do tema, Borges defende a ideia de que:

[20] Afirmar a existência de um direito à disposição da própria vida e admitir que tal direito subsiste quando não significa uma autêntica renúncia, não quer dizer que esse direito de disponibilidade permita a intervenção de terceiros.

[21] A própria morte, produzida por si mesmo ou com a ajuda de um terceiro, não é um desenvolvimento da personalidade através da morte, ou o último - e talvez sublime - ato de conclusão do desenvolvimento da personalidade, mas pura e simplesmente sua destruição e o fim de seu desenvolvimento.(Livre tradução)

> O direito de morrer dignamente não deve ser confundido com o direito à morte. O direito de morrer dignamente é a reivindicação por vários direitos, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consciência; refere-se ao desejo de ter uma morte humana, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil. Isso não se confunde com o direito de morrer. Este tem sido reivindicado como sinônimo de eutanásia ou de auxílio ao suicídio, que são intervenções que causam a morte. Não se trata de defender qualquer procedimento que cause a morte do paciente, mas de reconhecer sua liberdade e sua autodeterminação. (BORGES, 2007, p. 232)

Szaniawski (2005, p. 159), ao abordar o tema do direito de morrer ou de não viver, esclarece que a civilização ocidental, como é o caso da civilização brasileira, é fortemente influenciada por uma tradição "filosófico-religiosa judaico cristã" que envolve a vida numa auréola de santidade, sendo o corpo do homem um templo sagrado. Dessa forma, atentar ou abreviar a vida seria um pecado. Ressalta, entretanto, que povos com outras concepções religiosas, como a Grécia e a Roma antigas, admitiam a morte com mais naturalidade, sendo nessas sociedades praticado o suicídio, o infanticídio e a eutanásia.

Destaca que embora façamos parte do mundo cristão, na atualidade desenvolve-se a noção do direito à vida com qualidade, que implica na condição da pessoa viver com o mínimo de dignidade, conduzindo a ideia de que "seria justificável a existência de uma modalidade de se abreviar a vida de uma pessoa quando a mesma apresentar a vontade de não mais continuar vivendo" (SZANIAWSKI, 2005, p. 159). Assim, a eutanásia vem sendo vinculada à qualidade de vida.

De acordo com o autor, surgiu nas últimas décadas do século XX, nos Estados Unidos, o direito das pessoas doentes em estado terminal de interromperem o tratamento, mesmo sabendo que isso as levaria à morte. Segundo Szaniawski (2005, p. 159):

> Esta categoria vem sendo denominada de direito de morrer, (*right-to-die*). O paciente, que não mais tem possibilidade de continuar vivendo com um mínimo de dignidade, manifestaria sua vontade de não mais viver através de um instrumento próprio, denominado de *living will*, autorizando expressamente a equipe médica de deixá-lo morrer de maneira legal. (SZANIAWSKI, 2005, P. 159).

No entanto, ainda não é pacífico o entendimento acerca da admissibilidade do direito de morrer, nem na doutrina nacional, nem na estrangeira.

Diante do exposto, pode-se verificar que na linha de pensamento dos autores citados, não há assegurado constitucionalmente o direito à morte, da forma como é assegurado o direito à vida. Porém, em decorrência de diversos princípios, todos oriundos da dignidade, está assegurado o direito de morrer dignamente.

2.2.2.4 O direito à vida e à morte com dignidade

O direito a uma morte digna é decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana que faz brotar os direitos da personalidade, entre eles o direito a uma vida digna e também a uma morte digna, que é "um apelo ao direito de viver uma morte de feição humana [...] significa o desejo de reapropriação de sua própria morte, não objeto da ciência, mas sujeito da existência" (BAUDOUIN; BLONDEAU, 1993, p. 107).

Em sua essência, a dignidade da pessoa humana tem como significado a finalidade do homem como meio em si mesmo e não como forma para a realização de metas coletivas. É ela que fundamenta, que justifica, que ancora todos os direitos fundamentais do homem em nosso ordenamento jurídico.

De acordo com Barroso e Martel (2010), a dignidade pode apresentar-se como uma condição interna ou como uma condição externa do indivíduo – autonomia e heteronomia:

> A concepção de dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. A dignidade como heteronomia, por sua vez, funciona como uma limitação à liberdade individual, pela imposição de valores sociais e pelo cerceamento de condutas próprias que possam comprometer a dignidade do indivíduo. No sistema constitucional brasileiro, embora haja lugar para expressões heterônomas da dignidade, ela se manifesta predominantemente sob a forma de autonomia individual.
> (BARROSO; MARTEL, 2010, p.103)

Meireles e Teixeira (2002, p. 371), por seu turno, ponderam que "o acharnement subverte o direito à vida e, com certeza, fere o princípio constitucional da dignidade humana, assim como o próprio direito à vida" e questionam: "Se a condenação do paciente é certa, se a morte é inevitável, está sendo protegida a vida? Não, o que há é postergação da morte com sofrimento e indignidade.".

Os autores referidos acima questionam ainda: “Se vida e morte são indissociáveis, e sendo esta última um dos mais elevados momentos da vida, não caberá ao ser humano dispor sobre ela, assim como dispõe sobre sua vida?” (MEIRELES e TEIXEIRA, 2002, p. 371).

Borges (2007, p. 233) assegura que “o respeito pela dignidade da vida exige o reconhecimento que tratamentos inúteis ou fúteis apenas prolongam uma mera vida biológica”, diante disso entende que o humano é “deixar que a morte ocorra sem o recurso a meios artificiais que prolonguem inutilmente a agonia” e isso não constitui, de forma alguma, a eutanásia.

Analisando a questão do direito à vida, sob o prisma dos direitos da personalidade, Szaniawski (2005, p. 157) esclarece que o direito à vida “não se basta a si ou, em outras palavras, o princípio da dignidade da pessoa humana não é plenamente vivenciado com a simples idéia de deixar alguém viver”, o que implica dizer que não basta viver, mas é preciso viver dignamente e isso requer a qualidade de vida que tem que se fazer presente até no momento derradeiro da finitude da vida, para que se possa assegurar a garantia da dignidade da pessoa humana de forma plena.

Borges (2007), também com base nos direitos da personalidade, assegura que a dignidade da pessoa humana é o pilar da discussão acerca do direito à morte digna.

Como se pode perceber, o direito à morte digna, que não se confunde com o direito de morrer - geralmente entendido como eutanásia ou suicídio assistido –, o que, em tese, violaria a dignidade e, consequentemente, a constituição, não é admitido na maioria dos países ocidentais, nem mesmo quando há clara manifestação da vontade da pessoa quanto ao interesse de ser morta porque sua vida não é mais digna de ser vivida. Por outro lado, em prol da busca pela morte digna, admite-se que a pessoa se recuse a tratamentos que só iriam prolongar a dor e o sofrimento, tendo plena consciência de que irá morrer.

Para ilustrar a questão, cita-se, como exemplo, o caso da italiana Eluana Englaro[22] que, desde 1992, encontrava-se em coma profundo, cuja sobrevivência era assegurada por alimentação e hidratação artificial administrada por sonda, sem nenhuma capacidade de expressar qualquer contato com o mundo a sua volta.

O pai, tutor de Eluana, lutou de 1999 a 2007, para conseguir uma ordem judicial que permitisse interromper o tratamento de sua filha.

Muitas foram as discussões nos tribunais italianos acerca da questão, entendendo, ao final, que diante da situação vegetativa permanente em que se encontrava Eluana, desligar a

[22] O caso foi citado e analisado por Sá e Moureira, no livro Autonomia para morrer, p. 173-180, publicado em 2012.

sonda nasogástrica que a alimentava e hidratava não configuraria eutanásia, já que a situação não indicava a menor possibilidade de recuperação, apesar de Eluana não poder mais manifestar a sua vontade de querer ou não continuar vivendo naquelas condições.

Ao analisar o caso Eluana e outro semelhante, o de Terri Schiavo, Sá e Moureira (2012, p. 182) retomam a premissa suscitada por Dworkin: "qual a linha divisória entre matar e deixar morrer?", entendendo que, se a morte está nos interesses da pessoa, seria menos hipócrita aplicar uma injeção letal do que deixar morrer de sede e fome.

Dworkin (2009, p. 343) enfatiza que uma apreciação verdadeira da dignidade implica na garantia da liberdade individual e não da coerção, pois "uma Constituição que permita que a maioria negue a liberdade de consciência será inimiga da democracia, jamais sua criadora", entendendo que quando uma constituição é, efetivamente, pautada em princípios, deve garantir esse direito a todos.

2.3 A AUTONOMIA DA VONTADE SOB O PONTO DE VISTA ÉTICO

O Relatório Belmont, marco do nascimento da bioética, com base na dignidade da pessoa humana, que "no plano abstrato traz em si grande força moral e jurídica" (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 81), estabeleceu três princípios sobre os quais a bioética deve ser estruturar.

O primeiro deles, o princípio da autonomia, estrutura-se a partir de duas convicções éticas: "os indivíduos devem ser tratados como entes autônomos; e os indivíduos que estão com a autonomia diminuída devem ser protegidos" (SCOFANO, 2004, p. 327).

A autora, com base nos ensinamentos de Bellino, destaca que o princípio da autonomia estabelece o respeito à liberdade de decisão dos pacientes, agindo como legitimador do consentimento livre e informado, que consiste no repasse de informações ao doente, para que ele, juntamente com seu médico, escolha o melhor tratamento, evitando, assim, transformar o doente em objeto.

O segundo seria o princípio da beneficência que determina "a necessidade de não provocar danos e a maximização dos benefícios e minimização dos riscos possíveis" (SCOFANO, 2004, p. 329).

O princípio da beneficência busca o bem-estar, este entendido de forma ampla – bem-estar físico, psíquico espiritual, porque o enfermo, já fragilizado pela doença, precisa ser

respeitado como ser humano dotado de dignidade. Esse princípio não decorre da caridade, mas da obrigação da busca do bem terapêutico.

O terceiro princípio é mais abrangente, pois sai da esfera individual e atinge a esfera coletiva – é o princípio da justiça, que busca a igualdade e, sendo assim, "não se trata mais da relação médico-paciente, mas da relação instituições públicas e cidadão" e, sem dúvidas, o mais difícil de ser alcançado, pois, hoje, vive-se em uma sociedade que "privilegia o individual" (SCOFANO, 2004, p. 330).

Neste trabalho busca-se dar uma atenção especial ao princípio da autonomia e sua relação com a escolha do como e quando morrer.

2.3.1 A questão da autonomia da vontade e o ato de morrer

O que é a autonomia? Para a análise da autonomia, mister se faz estabelecer sua relação com a liberdade.

Sobre o conceito de liberdade, Alexy (2012, p.218) afirma que é "ao mesmo tempo, um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos claros. Seu âmbito de aplicação parece ser quase ilimitado".

Por seu turno, Weber (2013, p. 4) entende que a liberdade é o "conceito-chave para explicitar o princípio da autonomia", pois, para o autor, "uma vontade livre é equivalente a uma vontade autônoma".

Fica claro que Weber fundamenta seu ponto de vista ancorado em Kant que entende a autonomia como um atributo de todo ser racional:

> A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade desta causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, independentemente de causas estranhas que a determinem; assim como necessidade natural é a propriedade da causalidade de todos os seres irracionais de serem determinados à atividade de influência de causas estranhas (KANT, 1986, p.83).

Então, sob a ótica kantiana, a liberdade seria o meio pelo qual o homem coloca sua autonomia em prática, almejando alcançar sua dignidade.

Kant concebe o conceito de autonomia com uma base moral, para ele a autonomia da vontade se torna possível através do imperativo categórico "age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal" (KANT, 1986, p. 59), significando que, agindo dessa forma, a pessoa tornaria sua vontade respeitada por toda a comunidade e pelo Estado e, nesse sentido, seria lei para todos.

Na formulação do imperativo categórico, Kant concebe o homem como um fim em si mesmo:

> O homem, e, duma maneira geral, todo o 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. (KANT, 1986, p68).

Para melhor compreensão da moral kantiana, Herrero estabelece que são necessários três pressupostos:

> Primeiro: a distinção entre coisa em si e fenômeno. O nosso conhecimento não pode ultrapassar os limites da possível experiência, ele se refere só aos fenômenos. A coisa em si é incognoscível. (...) Se o nosso conhecimento fica limitado, abre-se em compensação o âmbito da razão pura prática, no qual a liberdade pode ser **pensada**. Surge assim o segundo pressuposto: a distinção entre conhecer e pensar. O conhecer se limita ao mundo dos fenômenos, onde reina um completo determinismo. Para além desse mundo determinado pelas categorias constitutivas do entendimento surge o âmbito da **razão**, mundo das idéias regulativas, e o âmbito da **razão prática**, mundo do agir no qual pode ser pensada a liberdade e, com ela, a moralidade. Como as ações da liberdade são também fenômenos, e enquanto fenômenos são igualmente determinados pela lei natural, surge o terceiro pressuposto: a distinção e a relação entre o **mundo noumenal**, mundo dos princípios a priori da razão, e **mundo fenomenal** ou sensível, que deve ser regulado pela lei da razão. (HERRERO, 2001, p.20-21). (Grifos do autor).

A humanidade do homem que permite que este seja considerado como um fim em si mesmo só é possível por ser este dotado de razão prática, ou seja, capaz de formular as regras para sua ação; portanto, autônomo, dotado de liberdade. Entretanto, o homem não é apenas um ser inteligível (racional), mas o é, também, sensível e, sendo assim, suas ações devem ser conforme a autonomia da vontade.

Em outras palavras:

> o mundo inteligível contém o fundamento e as leis do mundo sensível, o ser puramente racional tem que considerar sua vontade (pura) como legisladora, e o ser sensível terá de pensar-se como submetido a essa lei do mundo inteligível que é o mundo da razão. Portanto, o ser humano, que é tanto racional como sensível, terá de pensar-se como legislador e como submetido à lei da razão e, em conseqüência, as leis do mundo inteligível terão de ser pensadas como imperativos, e as ações conformes a este princípio como deveres. (HERRERO, 2001, p. 28)

Através da caracterização do ser humano como um ser autônomo, livre, racional é que Kant chega à concepção do homem como fim em si mesmo e, como tal, possuidor de dignidade.

Sob outro prisma, de acordo com Möller (2012, p 85-86), a concepção de liberdade na visão utilitarista de John Stuart Mill é bastante diferente daquela concebida por Kant. "A liberdade, para Mill, é essencialmente liberdade individual de escolha, que pressupõe o respeito à diversidade de opiniões, sentimentos e modos de vida".

Mill busca a defesa da proteção da liberdade do indivíduo naquilo que diz respeito a si próprio, sem ofensa ou dano aos demais. Seu pensamento pode ser demonstrado com a assertiva de que:

> a única liberdade merecedora desse nome é a de buscar nosso próprio bem da maneira que nos seja conveniente, contando que não tentemos privar outros do que lhes convêm, ou impedir seus esforços de obtê-lo. Cada um é o guardião adequado de sua própria saúde, seja física, mental ou espiritual. A humanidade ganha mais tolerando que cada um viva conforme o que lhe parece bom, do que compelindo cada um a viver conforme pareça bom ao restante (...). Na parte que diz respeito apenas a si mesmo, sobre seu corpo e sua mente, o indivíduo é soberano. (MILL, 2000, p. 22. In: Möller, 2012, p. 86).

Desse modo, sendo o homem um ser livre, autônomo, por que não acatar sua decisão no que tange à escolha quanto ao ato de morrer? Não seria ético matar, quando esta é a vontade daquele que não quer mais viver sem dignidade?

Para Kant, provavelmente não, pois sendo o homem como um fim em si mesmo, em sua concepção essa escolha seria meio para alcançar determinado objetivo - de aniquilar o sofrimento. Além disso, essa pessoa estaria adotando uma máxima que não poderia ser universalizada, de acordo com seu imperativo categórico.

Por outro lado, essa problemática sobre a questão da morte com dignidade, objeto do presente estudo, beneficiar-se-ia com a adoção do utilitarismo de Mill.

Alexy (2012, p. 220), por seu turno, busca tratar do tema liberdade sob o enfoque jurídico. Para o autor, a base do conceito de liberdade é constituída através de "uma relação triádica entre um titular de uma liberdade (ou de uma não-liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade". Dessa forma, o conceito de liberdade pode ser positivo ou negativo, significando que "há uma diferença decisiva se o objeto da liberdade é uma *alternativa de ação* ou *somente uma ação"* (grifos do autor).

Na teoria de Alexy (2012, p. 221), a liberdade, num conceito positivo, ocorre quando o obstáculo à liberdade é eliminado, não restando "outra possibilidade de exercer a ação correta", ou seja, "se o titular da liberdade se liberta dos obstáculos à liberdade e, nesse sentido, é uma pessoa livre ou razoável, então, ele necessariamente realiza a ação correta." Essa é a visão kantiana.

Agora, se o objeto da liberdade é a possibilidade de escolha, ou melhor, uma alternativa de ação, está-se diante do conceito negativo de liberdade. Em outras palavras: "uma pessoa é livre em sentido negativo na medida em que a ela não são vedadas alternativas de ação". Essa é a liberdade jurídica e, segundo Alexy, para uma situação de liberdade jurídica, basta apenas que o Estado se abstenha, isto é, uma ação negativa, pois "para a garantia da liberdade não é necessário um direito a prestações, apenas um direito de defesa" (ALEXY, 2012, p. 223).

Entretanto, em determinadas situações, de acordo com Möller (2012, p. 90), uma ação negativa, ou seja, a não-intervenção pode não ser suficiente, sendo preciso, para que o sujeito possa decidir de forma autônoma, "uma obrigação positiva no sentido de capacitá-lo para agir autonomamente, encorajando-o a formar sua opinião e fazer suas escolhas", o que pode ser facilmente vislumbrado no contexto médico-paciente.

Analisando os princípios bioéticos básicos, Maria Helena Diniz entende que o princípio da autonomia é um indicador de que o profissional da saúde deve respeitar a vontade do paciente, considerando os seus valores morais e religiosos, reconhecendo o "domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e alma) e o respeito à intimidade, restringindo, com isso a

intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento" (DINIZ, 2010, p. 14).

Barroso e Martel (2010, p. 16-17), ao abordarem os aspectos da dignidade da pessoa humana, chegam ao ponto que aqui interessa: a dignidade como autonomia.

Para os autores, a dignidade como autonomia é concebida como "*empowerment*", ou seja, como poder individual. Segundo os doutrinadores, é esta visão que fundamenta e justifica os direitos humanos e fundamentais.

Na concepção de Barroso e Martel, a dignidade como autonomia envolve quatro aspectos essenciais.

O primeiro deles refere-se à capacidade de autodeterminação, que significa "o direito de decidir os rumos da própria vida e desenvolver livremente a própria personalidade". Isso significa que:

> há decisões que o Estado pode tomar legitimamente em nome de interesses diversos. Mas decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de violar sua dignidade (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 17)

O segundo aspecto refere-se às condições para o exercício da autodeterminação, já que não é suficiente a garantia de escolhas, fazendo-se indispensável assegurar "os meios adequados para que a liberdade seja real, e não apenas retórica". De outro modo, é necessário assegurar o chamado mínimo existencial que é a "dimensão material da dignidade, instrumental ao desenvolvimento da autonomia" (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 17).

Para os autores, os dois últimos aspectos – a universalidade e a inerência caminham lado a lado. Do ponto de vista ontológico, a dignidade é inerente a todo ser humano, por isso deve ser "respeitada e promovida de modo universal", ou seja, "deve ser conferida a todas as pessoas, independentemente de sua condição nacional, cultural, econômica, religiosa ou étnica" (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 18).

Barroso e Martel entendem, no entanto, que a concepção de dignidade como autonomia não pode ser ampla e irrestrita:

> A visão da dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. Com ela são fomentados o pluralismo, a diversidade e a democracia de uma maneira geral. Todavia, a prevalência da dignidade como autonomia não pode ser ilimitada ou incondicional. Em primeiro lugar, porque o próprio pluralismo pressupõe, naturalmente, a convivência harmoniosa de projetos de vida divergentes, de direitos fundamentais que podem entrar em rota de colisão. Além disso, escolhas individuais podem produzir impactos não apenas sobre as relações intersubjetivas, mas também sobre o corpo social e, em certos casos, sobre a humanidade como um todo. Daí a necessidade de imposição de valores externos aos sujeitos. Da dignidade como heteronomia. (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 19-20).

Sob o prisma da heteronomia, a dignidade refere-se aos valores compartilhados pelo corpo social, mitigando as escolhas individuais. A dignidade, nesse ângulo, é uma força externa ao indivíduo, abrangendo conceitos morais, conceitos jurídicos indeterminados, como o bem comum e interesse público.

Assim, a dignidade, como heteronomia, "não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda e dá limite à liberdade." (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 20).

Em relação ao tema discutido – direito à morte -, o antagonismo entre as duas concepções traz consequências completamente divergentes: "a dignidade como autonomia legitima diferentes modalidades de morte com intervenção, desde que o consentimento seja genuíno, informado e livre de privações materiais. Já a dignidade como heteronomia serve de fundamento à proibição da morte com intervenção" (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 25).

No sistema jurídico brasileiro destaca-se, sem dúvida, o predomínio da dignidade no viés da autonomia, já que a Constituição de 1988 "representou uma ruptura com o modelo ditatorial intervencionista, constituindo o marco inicial da reconstrução democrática do Brasil. Daí sua ênfase nas liberdades pessoais, parte essencial de um longo elenco de direitos individuais e garantias procedimentais" (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 26).

Pessoa (2013, p. 66) entende que a norma contida no parágrafo 2º, do artigo 5º da Constituição estabelece, de forma expressa, "o princípio da abertura material do catálogo de direitos fundamentais da Constituição, no sentido de que o rol dos direitos expressamente consagrados como fundamentais pelo constituinte, apesar de analítico, não tem caráter taxativo".

Partindo da premissa de que o referido artigo da Carta de 1988 é uma cláusula geral dos direitos da personalidade, entendidos estes como direitos fundamentais que são variáveis

no tempo e no espaço, que a liberdade decorre da autonomia e esta é um viés da dignidade, por que não reconhecer constitucionalmente o direito à morte, apesar de não. constar expressamente como o direito à vida?

A afirmação contrária – da existência apenas dos direitos da personalidade expressamente previstos em lei – "apresenta o risco de submeter aos desejos do Estado direitos que, por natureza, têm a qualidade de garantir aspectos dinâmicos do homem", como uma vida digna que lhe propicie o livre desenvolvimento de sua pessoalidade, para que possa decidir, agir com autonomia, fazendo-se pessoa e não apenas um ser da espécie humana. (PESSOA, 2013, p. 69).

2.3.1.1 A questão da autonomia diante da incapacidade

Não há dúvidas de que a autonomia como liberdade, direito fundamental decorrente da dignidade da pessoa humana é de suma importância para as decisões no tocante à finitude da vida. Quando o ser humano é dotado de razão, consciência, capaz de por si só fazer suas escolhas, possui plena autonomia. Mas se, por alguma razão, seja pela falta de discernimento, de consciência ou por incapacidade, o indivíduo não for capaz de decidir por si mesmo, como fica a questão da autonomia? É o que se busca discutir neste tópico.

É certo que existe uma estreita ligação entre as ideias de capacidade e autonomia, "sendo a primeira uma característica necessária ao exercício da segunda" (MÖLLER, 2012, p. 109). Partindo desse pressuposto, a autora considera que:

> as decisões do indivíduo são feitas de forma autônoma se ele é capaz de entender a informação recebida, de fazer um julgamento acerca da informação à luz de seus próprios valores, se demonstra intencionalidade (decide visando a um resultado determinado) e se tem a capacidade de comunicar livremente sua vontade aos profissionais de saúde que o tratam. (MÖLLER, 2012, p. 109)

Nessa seara, teriam os civilmente incapazes pela menoridade capacidade de autodeterminação?

Sá e Moreira (2012, p. 169), ao discutirem o tema, manifestam-se no sentido de que o diploma civilista ao instituir o regime das incapacidades pautou-se numa teoria clássica "construída sob a égide do individualismo e do patrimonialismo, cujo propósito, inegável, era a proteção do patrimônio do incapaz".

Hodiernamente, por conta da dignidade da pessoa humana, a proteção do incapaz deve ser em relação a sua pessoa, em respeito a sua autobiografia, à construção de sua pessoalidade.

Com essa mudança de paradigma, "o exercício da autonomia dos incapazes deve ser levado em consideração, ainda que a própria lei estabeleça uma presunção de incapacidade pela idade". Dito de outra forma, o discernimento não "deve ser sempre atrelado à capacidade ditada pela norma" (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 179-180).

Pode-se, com certeza, afirmar que muitos adolescentes, apesar de legalmente incapazes, possuem discernimento o bastante para expressar vontade contrária a tratamentos médicos infrutíferos. Nessas hipóteses, ao se esgotarem todas as hipóteses de persuasão, sua vontade deve prevalecer.

Em outras situações, a incapacidade pode ser resultante de um estado comatoso, vegetativo.

Há casos em que há uma autonomia prospectiva, realizada através das diretivas antecipadas da vontade que é "a manifestação escrita, feita por pessoa capaz que, de maneira livre e consciente, determina suas opções, seus desejos e preferências, que devem ser respeitados quando ocorrerem situações clínicas que impeçam a comunicação da vontade pelo titular" (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 191).

Nessa hipótese, mesmo que antecipadamente, houve a manifestação da vontade por pessoa capaz de forma livre e consciente; devendo, portanto, ser respeitada.

Questão mais complexa ocorre quando não há uma diretiva antecipada de vontade ou testamento vital.

De acordo com Sá e Moureira (2012, p. 183), pode haver a reconstrução da vontade daquele que não mais pode expressar a sua vontade.

Essa reconstrução pode se dar através de um procurador. Segundo os pesquisadores, o *Code de La Santé Publique* (França) estabelece que toda pessoa maior pode determinar pessoa de sua confiança que deverá ser consultada sobre as escolhas do paciente. Essa nomeação deverá ser feita por escrito. O referido código orienta que "em qualquer unidade de saúde deve ser proposta a possibilidade de designação de uma pessoa de confiança, para o propósito mencionado" (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 190).

Mas quando não há o *living will*, nem a designação de um procurador? Nessas 6hipóteses, a substituição da vontade se dará pela decisão judicial que, via de regra, autoriza apenas a desligar os aparelhos que mantém a pessoa viva, mas não autoriza a aplicação de uma injeção letal e aqui voltamos ao pensamento de Dworkin já exposto: "qual a linha divisória entre matar e deixar alguém morrer?".

Na linha de pensamento de Sá e Moureira (2012, p. 182) "do ponto de vista jurídico, diferença não há entre morrer de um jeito ou de outro se a morte for um direito das pessoas, desde que interpretada coerentemente com o resguardo da autonomia privada".

Finaliza-se este capítulo com a fala do personagem Ramón Sanpedro, interpretado por Javier Bardem, no filme Mar adentro, que narra a história real de um jovem marinheiro espanhol que aos 25 anos ficou tetraplégico após trágico mergulho no mar da costa da Galícia.

Após o acidente Ramon viveu praticamente 29 anos, sempre com a determinação férrea de terminar sua vida, lutando convictamente na Justiça pelo direito de morrer. Seu caso foi levado aos tribunais em 1993, numa tentativa para conseguir a legalidade da eutanásia na Espanha, mas o pedido foi negado: "Senhores juízes, autoridades políticas e religiosas, o que significa dignidade para os senhores? Seja qual for a resposta de suas consciências, saibam que, para mim, isso não é viver dignamente. Teria gostado, ao menos, de ter podido morrer dignamente" (MAR ADENTRO, 2004).

A fala da personagem ilustra bem a importância do respeito à autonomia da vontade para a concretização da dignidade da pessoa humana.

CAPÍTULO III: EM BUSCA DA MORTE DIGNA

Quando a morte é o maior perigo, se espera na vida; mas quando se encontra um perigo ainda maior, se espera na morte. Entretanto quando este perigo é tão grande que a morte se torna a esperança, o desespero é a não esperança de não poder nem mesmo morrer.

Soren Kieerkegaard.

A missão de garantir a dignidade da pessoa humana parece ser o elo que une as pessoas na discussão do questionamento: postergar a morte ou deixar morrer? Eis a questão.

De acordo com Martin (1998, p. 171), "o sofrimento no fim da vida é um dos grandes desafios, que assume novos contornos neste fim de milênio diante da medicalização da morte e do poder que as novas tecnologias dão à profissão médica para abreviar ou prolongar o processo de morrer".

Assim, o que se pretende neste capítulo é traçar um recorte acerca das práticas utilizadas para prolongar, manter e abreviar a vida, suas nuances e os interesses envolvidos, ou seja, em busca da morte digna, far-se-á inicialmente uma análise da distanásia, passando-se adiante ao estudo da ortotanásia e da eutanásia e, por fim, a discussão sobre o suicídio assistido.

3.1 Distanásia: até quando prolongar a vida?

Diferentemente da eutanásia, o termo distanásia é, ainda, pouco difundido fora do círculo bioético. Assim, para maior esclarecimento, inicia-se com a conceituação do termo, para depois refletir sobre os paradigmas éticos, morais, filosóficos e jurídicos.

3.1.1 Alguns conceitos de distanásia

Antes de iniciar a discussão acerca da distanásia é preciso ressaltar que tanto a eutanásia quanto a distanásia são procedimentos médicos que "têm em comum a preocupação com a morte do ser humano e a maneira mais adequada de lidar com isso." (MARTIN, 1998, p. 172).

A distinção fundamental entre ambos os procedimentos ocorre no paradigma qualidade versus quantidade, pois "enquanto a eutanásia se preocupa prioritariamente com a qualidade da vida humana na sua fase final – eliminando o sofrimento –, a distanásia se dedica a prolongar ao máximo a quantidade de vida humana, combatendo a morte como o grande e último inimigo" (MARTIN, 1988, p.172-173).

Passando aos conceitos, distanásia, de acordo com Oliveira e Barbas (2013, p.328):

> é um neologismo de origem grega que conjuga o prefixo dys, que significa ato defeituoso, e o complemento thánatos, entendido como morte. Assim, a tradução literal "morte defeituosa" estaria se referindo à morte difícil ou penosa devido ao prolongamento exagerado e desproporcional do ato de morrer mediante tratamento que prolonga a vida biológica do paciente.

Para as autoras, a obstinação terapêutica no intuito de salvar vidas, acaba por prolongar a vida do paciente quando não há expectativas de melhora e nem de cura, resultando em uma morte lenta e com sofrimento.

Por seu turno, Léo Pessini (1996, v.4, n. 1), em seu artigo "Distanásia: até quando investir sem agredir?", questiona: "O que entender por distanásia?". Respondendo a pergunta esclarece que:

> o Dicionário Aurélio traz a seguinte conceituação: "Morte lenta, ansiosa e com muito sofrimento". Trata-se, assim, de um neologismo, uma palavra nova, de origem grega. O prefixo grego dis tem o significado de "afastamento", portanto a distanásia significa prolongamento exagerado da morte de um paciente. O termo também pode ser empregado como sinônimo de tratamento inútil. Trata-se da atitude médica que, visando salvar a vida do paciente terminal, submete-o a grande sofrimento. Nesta conduta não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer. No mundo europeu fala-se de "obstinação terapêutica", nos Estados Unidos de "futilidade médica" (*medical futility*). Em termos mais populares a questão seria colocada da seguinte forma: até que ponto se deve prolongar o processo do morrer quando não há mais esperança de reverter o quadro? Manter a pessoa "mortaviva" interessa a quem?

Para Feio e Oliveira (2011, p. 615) a distanásia refere-se "a um afastamento da morte, a uma morte mal feita, uma morte difícil ou, de forma mais precisa, na perspectiva de Brito e Rijo, ao prolongamento da vida de um doente para além de seu período natural".

Por sua vez, Lopes, Lima e Santoro (2012, p. 64), a distanásia é caracterizada "pela adoção de medidas terapêuticas excessivas e que não direcionam para a cura, mas para o sofrimento do paciente". Segundo os autores, isso gera um tratamento desumano e degradante, já que o prolongamento artificial da vida ocorre "em termos quantitativos e não qualitativos".

Em síntese, pode-se dizer que a distanásia é um procedimento terapêutico que visa o prolongamento artificial da vida ou, em outras palavras, a postergação da morte, causando dor e sofrimento, pois o que está em jogo não é a qualidade da vida, mas a quantidade de vida e que, por consequência, não traz nenhum benefício ao paciente cuja vida encontra-se em estágio terminal.

Esses conceitos parecem simples, no entanto levam a uma série de questionamentos de ordem ética, moral e jurídica, o que se aborda no próximo tópico.

3.1.2 Distanásia: aspectos históricos e os novos paradigmas da medicina

Numa visão histórica, "o dever do médico de prolongar a vida não tem suas origens na escola hipocrática ou em outros documentos da medicina clássica." (PESSINI, 2007, p. 146).

Para Hipócrates, a medicina tem três finalidades básicas: o alívio do sofrimento do doente, a diminuição da agressividade da doença e a recusa em fazer tratamentos que a medicina reconhece que em nada contribuirão. (OLIVEIRA; BARBAS, 2013, p. 330).

De acordo com os escritos hipocráticos, "no período da Antiguidade clássica da medicina um médico que prolongasse ou tentasse prolongar a vida de um homem que não tinha condições de recuperar sua saúde era visto como agindo de forma não-ética" (AMUNDSEN apud PESSINI, 2007, p. 146).

Até o final do século XVI, início do século XVII, essa concepção hipocrática da medicina rechaçava categoricamente a ideia da distanásia, quando surge o pensamento de Francis Bacon, o "pai da ciência moderna", segundo o qual a medicina possui três objetivos a preservação da saúde, a cura das doenças e o prolongamento da vida que, para Bacon, é o mais nobre de todos (PESSINI, 2007, p. 147).

No primeiro capítulo, ao ser feita a abordagem sobre a questão do enfrentamento da morte, viu-se que até um período não muito distante da história, a morte era um fenômeno natural que fazia parte da vida e que, ao longo do tempo, foi se afastando cada vez mais, tornando-se feia e escondida. Esse afastamento decorre, em parte, da medicalização da vida, acarretando uma brusca mudança no pensamento na passagem da pré-modernidade para a modernidade.

De acordo com Pessini (2004, p. 219), na pré-modernidade, tanto o médico, como a sociedade em geral tinham a consciência das limitações da medicina diante das doenças

graves e da morte. Nesta época, "o papel do médico não era curar, mas sim acompanhar o paciente nas fases avançadas de sua enfermidade, aliviando-lhe a dor e tornando o mais confortável possível a vivência de seus últimos dias". Pode-se dizer que a figura do médico, profissional liberal, era uma figura paterna que estabelecia "um relacionamento personalizado com seu paciente, muitas vezes um velho conhecido" (MARTIN, 1998, p. 173).

Com a modernidade e o advento da modernização da medicina surgem "novos estilos de praticar a ciência e novas atitudes e abordagens diante da morte e do doente terminal" (MARTIN, 1998, p. 173), que fazem emergir três paradigmas da medicina: o tecnocientífico, o comercial-empresarial e o da benignidade humanitária e solidária.

O paradigma tecnocientífico diz respeito aos avanços alcançados pela ciência e pela biotecnologia médica, com a cura de muitas enfermidades que antes eram fatais, o que é um orgulho para os profissionais da área. Porém, adverte Martin (1998, p. 173), o orgulho "facilmente se transforma em arrogância e a morte, ao invés de ser fenômeno natural da vida, transforma-se num inimigo a ser vencido ou numa presença incômoda a ser escondida".

O paradigma comercial-empresarial, por seu turno, está diretamente ligado ao desenvolvimento tecnológico e científico. A tecnologia trouxe novos medicamentos e equipamentos de última geração que têm um preço bem alto na maioria das vezes, dando margem à "evolução de um estilo de medicina onde o médico deixa de ser um profissional liberal e se torna um funcionário, nem sempre bem pago, que atua no contexto de uma empresa hospitalar" (MARTIN, 1998, p. 174).

Nesse modelo, o fator econômico predomina, em especial no setor privado, pois é a situação financeira do paciente, "mais que a sabedoria médica", que tende a determinar sua admissão como paciente e o tratamento terapêutico a ser utilizado e "a infiltração desta mentalidade nota-se mesmo nos grandes centros de atendimento mantidos pelos cofres públicos" (MARTIN, 1998, p. 174).

Em contraposição aos dois paradigmas anteriores, encontra-se o paradigma da benignidade humanitária e solidária que, embora reconheça a importância e os benefícios dos avanços biotecnológicos, bem como a necessidade de uma boa administração econômica da saúde, "procura resistir aos excessos dos outros dois paradigmas e colocar o ser humano como o valor fundamental e central na sua visão da medicina a serviço da saúde, desde a concepção até a morte" (MARTIN, 1998, p. 174).

À distanásia relacionam-se os paradigmas tecnocientífico e comercial-empresarial da medicina. Segundo Pessini (2004, p. 222), sob a ótica tecnocientífica, a justificativa para se prolongar indefinidamente a vida é "o valor absoluto que se atribui à vida humana". Já o

paradigma comercial-econômico tem como fundamento o lucro gerado para os hospitais e profissionais envolvidos na prática da obstinação terapêutica, sob a dissimulada falácia "o valor da vida humana", que desmorona quando faltam os recursos financeiros, pois:

> em um sistema de valores capitalistas, em que o lucro é o valor primordial, tal exploração da fragilidade do doente terminal e dos seus amigos e familiares tem sua própria lógica sedutora, porque, além de garantir lucro para a empresa, parece defender um dos grandes valores da ética da humanidade, o valor da vida humana. A precariedade do compromisso com o valor da vida humana, nessa perspectiva, se manifesta logo que começam a faltar recursos para pagar as contas. Uma tecnologia de ponta que parecia tão desejável de repente é retirada e tratamentos mais em conta do ponto de vista financeiro são sugeridos (PESSINI, 2004, p. 222).

Por seu turno, o paradigma da benignidade humanitária e solidária na tentativa de solucionar o dilema entre os dois extremos – a obstinação terapêutica e a abreviação da vida - procura demonstrar que "atribuir grande valor à vida humana não significa uma opção por uma frieza cruel diante do sofrimento e da dor do paciente terminal." Para o autor, a medicina que pauta seu agir com base nesse paradigma "opera com o conceito de saúde como bem-estar, tende a optar por um meio termo que nem mata nem prolonga exageradamente o processo de morrer, mas que procura proporcionar para a pessoa uma morte sem dor, uma morte digna na hora certa, rodeada de amor" (PESSINI, 2004, p. 222/223).

Pessini (2004, p. 29) discorrendo sobre o problema da luta contra a morte com todo o aparato tecnológico, entende que a distanásia "nega a mortalidade humana, tratando a morte como se fosse uma doença para a qual tivéssemos que encontrar a cura a todo custo". E questiona: "Estamos ampliando a vida ou simplesmente adiando a morte?", "Deve a vida humana independente de sua qualidade ser preservada sempre?".

Os questionamentos do teólogo nos direcionam a investigar, na sequência, se a distanásia é uma utilidade ou uma futilidade.

3.1.3 Distanásia: utilidade ou futilidade? Algumas considerações.

Não há dúvidas de que com o progresso da medicina e da biotecnologia, a qualidade e a expectativa de vida aumentaram bastante, mas nem sempre quantidade implica em qualidade. Vieira (2012, p. 235) destaca que com a mudança de paradigmas, constata-se que "o interesse de boa parte dos médicos vem se deslocando do doente para a doença, tratando-se cada paciente como se fosse apenas mais um caso, tornando-o mero objeto da prática médica".

De acordo com a pesquisadora, esta prática atenta contra a dignidade da pessoa humana, pois não há uma preocupação verdadeira com o bem-estar do doente que inclui não apenas o aspecto físico, mas também o psicológico, o emocional e o espiritual. Os homens, na atualidade, estão perdendo sua humanidade.

A esse respeito, a lição de Hennezel (2003 p. 42-43):

> tenho a impressão de que se trata de um fato que tem a ver com a modernidade porque, atualmente, estamos em um mundo de efetividade e não de afetividade. Um mundo que valoriza o 'fazer', a técnica, tudo o que é da ordem da eficácia, da rentabilidade, e tudo em detrimento da afetividade [...] Somente uma minoria de pessoas atribuem importância ao afetivo em um ambiente em que tudo é baseado no efetivo.

Não resta dúvida de que submeter um paciente terminal a situações que só prolongam o sofrimento é um atentado contra a dignidade da pessoa humana, pois o doente perde, inclusive, a afetividade dos que lhe são caros, já que fica isolado, sua única ligação é com a máquina.

Por tais motivos, a distanásia é tratada como obstinação terapêutica ou tratamento fútil. Como destaca Nostre (2001, p. 220-222), "a insistência terapêutica caracteriza-se quando for possível avaliar-se que o estado de um determinado paciente terminal não pode ser revertido pela terapia a ele imposta, a qual, sendo retirada, importará na iminente constatação de sua morte cerebral".

Assim, o termo "tratamento fútil", em inglês *futility,* surgiu na década de oitenta, nos Estados Unidos, em decorrência do surgimento de novas tecnologias que capacitaram a intervenção médica no corpo humano com o objetivo de limitar, de forma prudente, as decisões acerca da vida das pessoas.

De acordo com Pessoa (2013, p. 106), "paradigmas clínicos de cuidados fúteis envolvem intervenções de suporte de vida para pacientes em estado vegetativo persistente ou

esforços de ressuscitação para doentes terminais". Trata-se de uma questão muito complexa que exige uma análise equilibrada entre os critérios da eficácia, do benefício e da onerosidade:

> A eficácia está ligada à intervenção do tratamento. É uma estimativa de sua capacidade para alterar a história natural da doença. [...] A eficácia centra-se no bem médico e em dados clinicamente mensuráveis de prognósticos e terapêuticas. O benefício diz respeito ao que o paciente ou seu representante percebem como sendo de valor. Esta é uma determinação subjetiva [...] O benefício centra-se na avaliação do paciente sobre seu próprio bem. A onerosidade se refere aos custos físicos, emocionais, econômicos ou sociais impostos ao paciente pelo tratamento. A dimensão do oneroso tem duas faces, uma subjetiva e outra objetiva. (PESSINI, 2007, p. 164).

Tendo em vista o bem do paciente, se a avaliação destes critérios for num sentido favorável, o tratamento é válido, no sentido oposto não, pois "não se deve considerar o termo *vida*, na Carta Magna, apenas no sentido biológico, já que o ser humano tem outras dimensões", pois a qualidade de vida "significa estar a serviço não apenas da vida, mas também da pessoa", assegurando a sua *dignitas.* (PESSOA, 2013, p. 108).

O Código de Ética Médica atual rejeita a distanásia, embora não adote o termo, ao estabelecer que o "médico deve oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas". (RES. CFM n. 1931/2009).

Möller (2012, p. 43) abordando a questão da futilidade, entende que, numa perspectiva ética, "nenhuma decisão quanto à limitação ou à oferta e seguimento do tratamento pode ser tomada, sem levar-se em conta a autonomia do paciente e sem o devido respeito a seus valores, crenças e desejos".

A autora destaca que o médico tem como obrigação prestar informações aos pacientes acerca de seu estado e dos tratamentos que devem ser aplicados, mas que "somente o paciente poderá saber o que é capaz de suportar e o que constitui para ele um fardo excessivo" (MÖLLER, 2012, p. 43-44).

Haveria com isso uma mitigação do princípio da beneficência em prol do princípio da autonomia?

Respondendo à questão, se tomados separadamente tais princípios, certamente cada um poderia adquirir um valor absoluto e estes seriam contraditórios. Entretanto, na prática

médica a questão não pode se dar de forma simplista, "defendendo-se um princípio contra o outro ou transformando um princípio em absoluto" (MÖLLER, 2102, p. 53).

Mas há de se reconhecer que, numa dimensão de peso, o princípio da autonomia, embora não seja absoluto, deve prevalecer sobre o princípio da beneficência, para que não haja atitudes excessivamente paternalistas e arbitrárias:

> a conduta médica paternalista deve ser limitada pela autonomia do paciente, o que pressupõe uma relação médico-paciente de respeito, diálogo e igualdade (e não, uma relação de hierarquia) e a prática da obtenção do denominado "consentimento informado" do doente, de modo que o processo decisório acerca dos rumos de tratamento dê-se de forma conjunta: a decisão final deverá ser dada pelo paciente, quando este for capaz e estiver consciente, mas é imprescindível a atuação do médico no sentido de um diagnóstico ou prognóstico correto e preciso acerca da condição clínica do doente, do fornecimento de informações necessárias e de análise dos possíveis benefícios e riscos envolvidos. Da mesma forma quando o paciente for incapaz ou se encontrar em estado de inconsciência, é de extrema importância uma boa relação entre o profissional e os familiares e outras pessoas mais próximas do paciente, devendo a tomada de decisão dar-se em conjunto, buscando-se saber o que o paciente gostaria que fosse feito (MÖOLER, 2012, p. 55).

Por fim, deve-se ter em mente que a morte é o desfecho natural da vida e que combater o processo de morte, quando irreversível, só acarreta mais prejuízo, dor e sofrimento, retirando do enfermo a dignidade em seu derradeiro momento.

3.2 Ortotanásia: a morte no tempo certo

Entre os dois extremos do tempo da morte – antecipado (eutanásia) ou postergado (distanásia), encontra-se a ortotanásia– a morte em seu tempo.

Em relação à ortotanásia, entende Guimarães (2011, p. 129) que seu conceito é oposto ao de distanásia, pois "enquanto esta prolonga artificialmente o processo de morte, aquela significa o não prolongamento artificial da vida já em seu natural declínio".

De acordo com Pessoa (2013, p. 121), entende-se por ortotanásia "a renúncia a recursos extraordinários, capazes de possibilitar um prolongamento precário e penoso da vida, sem interrupção dos cuidados normais (ordinários) devidos ao doente".

De outro modo, quando em curso o processo natural de morte, a ortotanásia é o procedimento no qual "o médico deixa que esse processo flua naturalmente, não utilizando meios artificiais para protelar ou antecipar a morte em curso"(PESSOA, 2013, p. 121).

Para a autora, faz-se necessária, no entanto, a manifestação de vontade do doente terminal para que sua agonia não seja prolongada, referindo-se ao chamado consentimento informado que pode ser definido como "a decisão voluntária, realizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo e deliberativo, visando à aceitação de um tratamento específico ou experimentação, sabendo da natureza do mesmo, das suas consequências e dos seus riscos", visando proteger a autonomia da vontade do paciente e que vem se firmando como uma prática nas instituições de saúde (MÖLLER, 2012, p. 56).

Pessini, por sua vez, liga o conceito de ortotanásia ao de cuidados paliativos, entendendo que:

> o compromisso com a promoção do bem-estar do doente crônico e terminal permite-nos não somente falar de sua saúde, mas também desenvolver o conceito de ortotanásia, a arte de bem morrer, que rejeita toda forma de mistanásia (morte infeliz, vida abreviada não apenas de algumas pessoas, mas de centenas de milhares por violência, exclusão e pobreza, sem cair nas ciladas da eutanásia e muito menos da distanásia (PESSINI, 2007, p.227).

Para o doutor em Teologia Moral-Bioética, saúde não é tão somente a ausência de doença, mas o bem-estar global da pessoa que garante a todos "dignidade em seu viver e em seu morrer" (PESSINI, 2004, p. 224).

No mesmo sentido é o entendimento de Möller (2012, p.61), pois a vida do homem não é restrita apenas ao aspecto biológico, envolvendo, também, os aspectos psíquicos, moral, espiritual e social e, assim, o termo "em favor do paciente significará não apenas aquilo que promova a sua cura, mas antes seu bem estar-global".

Desse modo, quando não há mais perspectiva de cura, o paradigma da obstinação terapêutica deve ceder seu lugar a um paradigma diferente – o da atenção e do cuidado – pois,

> enquanto o primeiro centra seu foco no combate à doença, concentrando-se em ataques terapêuticos aos supostos agentes causadores de enfermidades e buscando acrescentar apenas vida quantitativa, o paradigma do cuidado tem seu foco sobre o indivíduo como bem estar global e com a qualidade da vida terminal, mais do que com um prolongamento quantitativo penoso (MÖLLER, 2012, p. 63).

Por seu turno, Martin (1998, p. 190), afirma que estar compromissado com a promoção do bem-estar do paciente terminal permite não apenas falar da sua saúde, mas de desenvolver o conceito de ortotanásia como "a arte de bem morrer", já que a ortotanásia

> permite ao doente que já entrou na fase final de sua doença, e àqueles que o cercam, enfrentar seu destino com certa tranquilidade porque, nesta perspectiva, a morte não é uma doença a curar, mas sim algo que faz parte da vida. Uma vez aceito este fato que a cultura ocidental moderna tende a esconder e a negar, abre-se a possibilidade de trabalhar com as pessoas a distinção entre curar e cuidar, entre manter a vida – quando isto for o procedimento correto – e permitir que a pessoa morra – quando sua hora chegou. (MARTIN, 1988, p. 190).

Para o pesquisador, o ideal seria a integração entre o conhecimento científico, a habilidade técnica e a sensibilidade ética, pois neste processo o elemento ético é tão importante quanto o científico (MARTIN, 1998, p. 190).

Assim, se não se pode mais curar, que pelo menos se possa cuidar. Nesse sentido, o desafio da ortotanásia:

> é garantir a morte humana, resgatando a dignidade humana na última fase de vida, especialmente quando ela está marcada pela dor e pelo sofrimento. Como ensinam Barchifontaine e Pessini a ortotanásia é a antítese de toda a tortura, de toda morte violenta em que o ser humano é roubado não somente de sua vida, mas também de sua dignidade. (...) Não basta morrer sem dor. É bom também morrer reconciliado consigo mesmo, com as pessoas ao seu redor, com seu mundo, e para quem possuir fé, com Deus (WÜNSCH; SCHIOCCHE, 2010, p. 138).

No fundo, ortotanásia seria o morrer de forma saudável, “cercado de amor e carinho, amando e sendo amado enquanto se prepara para o mergulho final no Amor que não tem medida e não tem fim” (MARTIN, 1998, p. 191).

Desse modo, pode-se concluir que a ortotanásia é uma prática médica lícita que respeita a vontade daquele que já sem encontra no limiar entre a vida e a morte, de morrer com dignidade.

3.3 As faces da eutanásia: alívio da dor ou crime?

Embora, de certa forma, a eutanásia já venha sendo abordada ao longo da pesquisa, é chegado o momento de uma análise mais substancial acerca do assunto.

3.3.1 Eutanásia e aspectos históricos

Apesar de não haver a pretensão de fazer um estudo histórico profundo sobre o tema, é preciso, no entanto, tecer alguns comentários, pois “o interesse de uma pesquisa histórica sobre a eutanásia é eticamente importante, sobretudo se tem como orientação destacar as motivações e as concepções de vida que estão subjacentes a essa prática” (SGRECIA, 2009, p. 695).

É possível afirmar que há um consenso na literatura voltada ao tema de que o termo eutanásia, do grego *eu* (boa) e *thanatos* (morte), foi criado no século XVII, por Francis Bacon, podendo ser traduzido por boa morte ou morte apropriada.

De acordo com Pessoa (2013, p. 79), o filósofo inglês entendia que a eutanásia, consistente em aliviar a dor e o sofrimento, era uma atitude nobre do dever médico, pois esta prática seria “a única providência cabível diante de doenças incuráveis”.

Apesar do termo só ter surgido no século XVII, essa prática é bem mais antiga:

> Sabe-se que entre os povos primitivos sacrificavam-se os doentes, velhos e débeis[...] Na Índia antiga, os incuráveis de doenças eram atirados ao

> Ganges, depois de terem a boca e as narinas vedadas com lama sagrada. Os espartanos, do alto do monte Taijeto, lançavam os recém-nascidos deformados e até os anciãos, sob a alegação de que não mais serviam para guerrear. Na Idade Média, dava-se aos guerreiros feridos um punhal afiadíssimo denominado misericórdia, que lhes servia para evitar o sofrimento prolongado da morte e para não caírem nas mãos do inimigo. O polegar para baixo dos Césares era uma permissão à eutanásia, facultando aos gladiadores uma maneira de fugirem da morte agônica e da desonra (SÁ; MOUREIRA, 2012, P. 87-88).

De acordo com Sgrecia (2009) e Vieira (2012) foi com o advento do cristianismo no mundo ocidental, incutindo no homem a ideia da sacralidade da vida, que ocorreu a grande reviravolta no pensamento e nos costumes. No mesmo sentido, o posicionamento de França:

> Assim admitida na Antiguidade, a eutanásia só foi condenada a partir do judaísmo e do cristianismo, em cujos princípios a vida tinha o caráter sagrado. No entanto, somente a partir do sentimento que cerca o direito moderno a eutanásia tomou caráter criminoso, como proteção irrecusável do mais valioso dos bens: a vida. Até mesmo nos instantes mais densos, como nos conflitos internacionais, quando tudo parece perdido, em face das condições mais precárias e excepcionais, ainda assim o bem da vida é de tal magnitude que a consciência humana procura protegê-la contra a insânia, criando regras para impedir a prática de crueldades irreparáveis. Outras vezes, a ciência, de forma desesperada, intima os cientistas do mundo inteiro a se debruçar sobre as mesas de seus laboratórios, na procura dos meios salvadores da vida (FRANÇA, 1999, p. 72).

Pessini (2004, p.103), por seu turno, seguindo a perspectiva de Diego Gracia, bioeticista espanhol, informa que a eutanásia passou, ao longo da história, por três épocas distintas.

A primeira época refere-se à "eutanásia ritualizada". Nessa época, a eutanásia não tem o sentido que tem hoje, significando "a morte em paz, sem dores, consciente". A morte era ritualizada porque não se referia apenas ao aspecto biológico, a morte era um acontecimento cultural, ritualizado pelo corpo social (PESSINI, 2004, p. 104).

Na segunda etapa, que se inicia na Grécia e vai até a Segunda Guerra Mundial, a eutanásia é "medicalizada". Nesse período, inicialmente, a prática era aceita, pois "a função do médico está unida à eutanásia". Na filosofia platônica, "quem não é capaz de viver desempenhando as funções que lhe são próprias não deve receber cuidados, por ser uma pessoa inútil tanto para si mesma como para sociedade". Essa cultura do "belo e são"

perdurou até o advento do Cristianismo, que "adota uma cultura contrária à eutanásia", sendo retomada com Francis Bacon que entende que o papel do médico não consiste apenas em restabelecer a saúde, mas o de, também, minimizar, mitigar a dor e o sofrimento (PESSINI, 2004, p. 104-105).

A atualidade traz consigo a terceira etapa: a "eutanásia autônoma" em que há, diferentemente das épocas anteriores, um protagonismo dos doentes:

> Nas épocas precedentes, o paciente ficava sempre em segundo plano. No início eram os outros que decidiam, especialmente os pais e os responsáveis sociais [...] Mais tarde, o tema da eutanásia foi protagonizado pelos médicos. Agora, a discussão se centra nos direitos dos enfermos de que não se prolongue o sofrimento ou de possam decidir sobre o seu morrer. O princípio da autonomia é o que agora está no centro: o direito de cada um à própria morte. (PESSINI, 2004, p.107).

Pessini (2004, p. 107) destaca que na época da "eutanásia medicalizada" esta era baseada em motivos sociais, políticos, médicos e até eugênicos, como na época do nazismo, em detrimento da vontade dos doentes, mas que, na atualidade, "a polêmica sobre a eutanásia pode ser qualificada como da eutanásia autônoma, precisamente porque a marca é o protagonismo do próprio enfermo e sua capacidade de decisão sobre seu destino final".

Esse novo enfoque vem quebrando a medicalização da morte, afastando o paternalismo médico em prol da autonomia do paciente.

3.3.2 A eutanásia e suas variantes

Atualmente, quando se fala em eutanásia, o conceito que se destaca a relaciona à antecipação da morte do enfermo incurável que padece de grande sofrimento, por motivos humanísticos, de compaixão.

Pode-se afirmar que há um paradoxo entre o objetivo da prática eutanásica e seu resultado: "o grande objetivo é proteger a dignidade da pessoa, eliminando o sofrimento e a dor. A dificuldade, do ponto de vista da ética médica codificada e da teologia moral, é que, na eutanásia, se elimina a dor eliminando o portador da dor" (MARTIN, 1998, p. 181)

Partindo desse conceito, surgem algumas classificações: quanto à forma de atuação do agente, pode ser ativa ou passiva; em relação à vontade de quem a sofre pode ser voluntária, não-voluntária ou involuntária, podendo ser classificada, ainda, como própria ou imprópria.

A eutanásia é ativa quando decorre de uma conduta positiva. Em contraposição, na eutanásia passiva a conduta é omissiva.

Pessoa (2013, p. 83) destaca que, tanto na eutanásia ativa como na passiva, o que se pretende, como resultado, é promover a morte para pôr fim ao sofrimento e que a diferença entre elas reside apenas no meio empregado, "que é uma ação numa, e uma omissão noutra" e que, por isso, a eutanásia passiva não deve ser confundida com a ortotanásia, cujo intento é "evitar prolongar indevidamente a situação de esgotamento físico" e não matar.

Guimarães, por seu turno, usa o termo "eutanásia própria ou propriamente dita" para se referir à eutanásia ativa: "a eutanásia propriamente dita seria aquela que encerra uma conduta provocadora da morte por compaixão ou piedade, dirigida a um doente que padece de mal sem cura, imerso em profundo sofrimento" (GUIMARÃES, 2011, p. 94).

No que diz respeito à eutanásia ativa, a conduta do agente pode ocorrer de forma direta ou indireta. Será direta aquela praticada "sob a forma da ministração de drogas em doses letais", provocando, de imediato, a morte (GUIMARÃES, 2011, p. 124). A indireta, por sua vez, ocorre quando não se mata diretamente, mas se deixa morrer lentamente, desligando os aparelhos de suporte vital, por exemplo.

O debate que nesse ponto se pode travar diz respeito à existência ou não de uma distinção entre a eutanásia ativa direta – "matar" – e a eutanásia ativa indireta – "deixar morrer" –. Abordando a questão, Pessoa traz dois enfoques distintos:

> Em geral, os defensores da chamada ética da qualidade de vida negam a distinção, diferentemente da outra tendência que, ao contrário, reconhece a sua validade. Para os primeiros, não tem sentido a distinção entre "matar" e "deixar morrer" e, por isso, se for legitimada a licitude moral de suspender os tratamentos médicos, provocando assim a morte de um paciente, coerentemente será preciso legitimar também o uso de remédios que atingem o mesmo objetivo, com a evidente vantagem de poupar o doente terminal de uma enormidade de sofrimento. Os segundos, ao contrário, estão convencidos de que intervir positivamente provocando a morte de um doente terminal não tem o mesmo valor moral que deixar a natureza seguir seu curso, sem intervir (PESSOA, 2013, p. 85).

A autora entende que tanto a eutanásia passiva quanto a indireta são condutas atípicas, pois o homem não se esgota em sua existência física e biológica e, como um ser capaz, dotado de vontade, é um direito fundamental do paciente, decidir sobre sua própria vida, "ainda que tal possa acarretar o duplo efeito de eliminar o sofrimento e a vida" (PESSOA, 2013, p. 85).

É possível uma concordância com a autora e com quem adota esse posicionamento, no sentido de que não há o mesmo valor moral em "matar" e "deixar morrer", entretanto afirmar que "deixar morrer" possui uma carga moral maior e que, por isso, a conduta é atípica, é, no entender de Sá e Moureira (2012, p. 182), como já visto, uma hipocrisia, com o quê se há de coadunar.

No tocante à vontade, o tema já foi discutido quando se abordou a questão da ética e da morte, por isso, a abordagem neste tópico será apenas uma retomada dos conceitos. De acordo com Peter Singer (2006, p. 186-190), na eutanásia voluntária há uma manifestação de vontade, um pedido livre e consciente do sujeito interessado, que solicita a abreviação de sua vida. A eutanásia involuntária, por sua vez, ocorre quando a pessoa possui capacidade de consentir com a própria morte, mas não o faz. Nessa hipótese, Singer entende que provocar a morte de quem não deseja morrer só pode ser considerado como eutanásia se o móbil for o alívio do sofrimento. Por fim, quando a pessoa é incapaz de compreender e de fazer escolha entre a vida e a morte, seja por uma incapacidade nata ou decorrente de acidente ou doença, ocorre a eutanásia não voluntária.

Em sentido oposto, Guimarães (2011, p. 124) entende que não é possível a concepção da eutanásia realizada contra a vontade do paciente, pois nessa hipótese o motivo piedoso seria afastado, já que a pessoa interessada, de forma consciente e com autonomia, prefere viver, configurando, desta forma, o homicídio.

Diante disso, é possível afirmar que o consentimento é bastante relevante quando se trata da eutanásia, merecendo uma abordagem especial.

3.3.3 A eutanásia, o consentimento do ofendido e suas implicações jurídico-penais

Na esfera penal o consentimento do ofendido tem reflexos na teoria do delito, como justificação, podendo configurar uma excludente de ilicitude ou tipicidade.

A palavra origina-se do latim *consentire* que, etimologicamente significa concordância entre as partes. O termo pode ser entendido, segundo Guimarães (2011, p. 143), como "a

concordância, aceitação, manifestação de vontade, ou seja, em termos penais traduz a ideia de que a vítima permite a conduta do agente".

Luiz Flávio Gomes (2004, p. 221) conceitua o consentimento do ofendido como "a anuência ou adesão do ofendido (vítima) que autoriza a lesão ou perigo de lesão a algum bem jurídico que lhe pertence (e que está inserido no âmbito de sua autonomia pessoal)".

Como causa de justificação, o consentimento do ofendido não se encontra, na legislação penal brasileira, entre as causas expressas de justificação, como ocorre em outros ordenamentos jurídicos, mas pode ser reconhecido como causa supralegal de justificação, se decorrer da vontade juridicamente válida do ofendido. (GUIMARÃES, 2011, p. 144).

Fragoso (1990, p. 192-193) informa que embora não haja referência legal ao consentimento do ofendido, há situações em que a renúncia do titular do bem jurídico afasta a ilicitude quando se tratar de bem jurídico disponível, o que não ocorre com a vida, que para o criminalista é um bem jurídico indisponível e irrenunciável, no que é seguido por vários doutrinadores.

Magalhães Noronha, por sua vez, entende que o consentimento além de poder configurar uma excludente de ilicitude, pode também ser uma excludente de tipicidade, pois é o dissenso que torna o fato típico e, havendo o consentimento da vítima, o fato torna-se atípico, ressaltando, porém, que "existem direitos para cuja lesão é inoperante o consentimento do titular, como o são aqueles fundamentais para o Estado e eminentemente sociais, tal qual a vida humana" (NORONHA, 1995, p. 202-203).

Nessa seara, Gomes (2004, p.223) assevera que o consentimento do ofendido além de ser causa supralegal que exclui a tipicidade ou a antijuridicidade, pode ser concebido, outrossim, como causa de diminuição de pena, que é o caso da eutanásia, não autorizada pela lei brasileira, pois de acordo com o autor "quem mata a vítima a seu pedido, para abreviar o seu sofrimento, responde por homicídio, normalmente privilegiado, que configura causa de diminuição de pena."

De qualquer modo, o consentimento do ofendido, não depende de sua natureza jurídica (excludente de ilicitude, tipicidade ou antijuridicidade ou causa de diminuição de pena) é um dos alicerces para a aceitação da eutanásia.

Guimarães (2011, p. 162-163) traz o ensinamento de Nuñez Paz, especificamente nos em relação ao tema do consentimento do ofendido nos crimes contra a vida, estabelecendo que se deve "ter em mente a existência de uma pessoa responsável para poder consentir no que toca a ser privado de sua vida". Dito de outro modo, "há de conservar a capacidade de decisão e ser dono de seus atos, isto é, deve compreender as transcendências dos mesmos".

Como se pode observar, o consentimento como requisito para dispor da própria vida, daquele que deseja morrer, dever ser livre de qualquer vício, pois, segundo Nuñez Paz, a vontade do ofendido se não puder isentar de pena o autor do fato, deve, pelo menos diminuir de forma relevante a punição, já que existe "uma essencial diferença entre matar alguém que não queria viver mais e matar alguém sem seu consentimento" (GUIMARÃES, 2011, p. 163).

O autor espanhol entende e propõe que se considere o bem jurídico a ser tutelado de forma pluralista, pois se de um lado há lesão ao bem jurídico "vida", de outro foi protegida sua autodeterminação e sua dignidade, ou seja, "ao sancionar o delito de homicídio também está a lei protegendo a dignidade da pessoa" (GUIMARÃES, 2011, p. 163). Homicídio, nesse contexto, deve ser concebido como eutanásia.

Assim, para que se configure como eutanásia o ato de matar, é imprescindível o consentimento do ofendido. O consentimento informado permite que a pessoa garanta sua autonomia, decidindo sobre o que é melhor para si, ou seja, possibilita a escolha sobre o tratamento que deve ser dispensado em seus momentos finais. Desse modo, oriundo do direito norte-americano, surge o chamado testamento vital que "ao lado de evitar os procedimentos médicos desmedidos, evita que o médico seja processado por não ter procedido a um procedimento em paciente em fase terminal, conforme solicitado por este no documento" (BORGES, 2005, p.2).

O testamento vital ou *living will*, que "é um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade" ainda não foi regulamentado no Brasil, no entanto, tem sido admitido em decorrência do princípio da autonomia da vontade (BORGES, 2005, p.2).

Guimarães (2011, p. 166) entende que não havendo a possibilidade do paciente manifestar o seu consentimento, nem havendo o testamento vital ou qualquer documento que possa informar com segurança a decisão do interessado no que tange ao seu derradeiro momento, a ausência da manifestação de vontade pode ser suprida por quem possa representá-lo. Havendo divergências entre os familiares, recorre-se à tutela jurisdicional.

Guimarães (2011, p.166-167) ressalta, ainda, que a teoria do consentimento ligada ao tema da eutanásia tem como fundamento o princípio da autonomia , que numa concepção moderna se aproxima do conceito concebido por Stuart Mill de que "a única liberdade merecedora desse nome seria a liberdade do indivíduo em buscar seu próprio bem-estar, à sua própria maneira, desde que com a busca dessa liberdade (autonomia como liberdade) não houvesse subtração ou prejuízo da liberdade alheia". Sob esse prisma, o autor entende que

seria possível dispensar o critério do mal incurável como condição da intervenção médica no evento morte, estando, assim, aberta a eutanásia a todos os pacientes que livremente cheguem a conclusão de que a vida não vale mais a pena de ser vivida.

A discussão acerca da eutanásia certamente não é pacífica, o que acarreta argumentos favoráveis ou contrários ao fato, como se pode ver a seguir.

3.3.4 Eutanásia no contexto atual: os prós e os contras

Há uma infinidade de argumentos dos partidários da eutanásia, bem como há uma infinidade de argumentos daqueles que a rejeitam. As posições carregadas de valores não são neutras, podendo ser interpretadas de diferentes formas.

Dentre os argumentos, os que mais se sobressaem são a dignidade da pessoa humana e a qualidade de vida.

Em relação à dignidade da pessoa humana, Pessini (2004, 141-142) entende que o conceito de dignidade traz vários significados diferentes e, com isso, valores antagônicos. A posição favorável à eutanásia carrega uma visão secular que valoriza a autonomia e a liberdade, "elegendo a pessoa humana como única protagonista do processo vida/morte. Ela é o único juiz de sua própria dignidade, sem depender de forças ou seres transcendentes. Isso se liga a um conceito de dignidade que vai defender o conceito seletivo de "qualidade de vida".

Esse ponto de vista traz em seu bojo a ideia de que "não é qualquer vida que merece ser vivida". (PESSINI, 2004, p. 141).

A posição oposta é de influência cristã, concebendo o ser humano como digno por ser filho de Deus e, dessa forma, a vida é sagrada, não podendo ser abreviada nem pela própria pessoa, nem por terceiro, pois mesmo em estado de dependência de outrem, não perde a sua dignidade.

Entende o autor que na equação que opõe autonomia e sacralidade, uma é a negação da outra e essa dicotomia precisa ser superada, pois o que está em jogo é o conceito de pessoa, ou seja, é preciso reconhecer que todo ser humano é pessoa. (PESSINI, 2004, p. 142-143).

Ser pessoa, de acordo com Sá e Moureira (2012, p. 36) "pressupõe uma condição que difere de uma mera qualidade atribuída a uma espécie, permitindo que esta seja chamada de homem" e isso só ocorre quando há liberdade para assumir a "titularidade das coordenadas de

uma pessoalidade construída pela própria pessoa com os outros", respeitando sua autonomia privada.

Pessini (2004, p. 142-143) entende, por seu turno, que apesar do conceito clássico que entende pessoa como sujeito dotado de razão, liberdade e autonomia e responsabilidade, mesmo aqueles que não perderam irremediavelmente a razão e não respondem plenamente a esse conceito são, ainda, portadores de dignidade, pois na ótica relacional personalista desenha-se "uma imagem mais abrangente do ser humano e evita o reducionismo antropológico que radicaliza e absolutiza a autonomia". Para o autor, a dignidade não é simplesmente uma categoria antropológica, "mas expressa também exigências éticas".

Pessini adverte que "é tarefa da ética examinar como as possibilidades de realização do ser humano podem ser concretizadas de forma que não agridam ou diminuam o que chamamos de dignidade humana, principalmente em situações críticas de final de vida" (PESSINI, 2004, p. 143).

Com essa postura, o autor, taxativamente, é contra a eutanásia ou qualquer outra prática que possa ceifar a vida humana. Mas, analisando a *contrario sensu*: se o papel da ética é fazer um exame das possibilidades de realização do homem, sem ofensa ou diminuição à sua dignidade, não há porque desrespeitar a sua vontade quando a vida já não é mais digna de ser vivida, pois afrontar a sua autonomia privada e negar o direito de construir a própria pessoalidade é retirar-lhe a dignidade de ser pessoa, ou seja, "é desrespeitar a sua dignidade e tutelar tão somente uma qualidade de ser, o que não necessariamente implica na defesa da dignidade" (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 39).

Por seu turno, Pessoa (2013, p. 66-67) entende que a dignidade possui natureza relacional, por tal razão, quando o ser relacional finda, seja por estágio avançado de doença terminal, seja porque o sofrimento e a dor não permitem mais a interação com seu entorno, surge o direito à morte digna, que pode se dar através da ortotanásia e até mesmo através da eutanásia e do suicídio assistido.

No que tange à relação eutanásia e qualidade de vida, Pessini (2004, p. 149-150) entende que o conceito de qualidade de vida em termos de ética clínica é o mais controverso. Em sua concepção, qualidade de vida não é "um fato", mas "um valor". E, sendo a qualidade de vida um valor, existem diversas teorias que tratam da concepção de valor, mas todas partem de algo prévio que é a sacralidade, pois "a vida é materialmente e formalmente sagrada, e qualidade é o respeito material e a forma desse caráter".

Modernamente, o conceito de qualidade de vida parte da ideia de que o homem é a fonte da lei e "portanto o princípio absoluto da moralidade e da legalidade é o respeito pelo

ser humano. Mas os modos desse respeito não são absolutos e sim históricos, e portanto devem ser descobertos pelas pessoas e sociedades através da história" (PESSINI, 2004, p. 151).

De acordo com a teoria jusnaturalista, é a existência de uma lei natural que define moral e formalmente o conteúdo sagrado da vida humana, assim:

> O conceito de qualidade de vida não pode significar, pois, mais que o cumprimento material e formal do conteúdo do preceito de respeito pela vida presente na lei natural. Porém, esse cumprimento tem que ser sempre concreto e levar em conta as circunstâncias e consequências de cada situação. A sacralidade da vida é um princípio de lei natural e qualidade de vida é o resultado da realização de juízos prudenciais sobre situações concretas, em vista das circunstâncias e das consequências que concorrem entre elas (PESSINI, 2004, p. 151).

Dessa forma, o autor entende que as circunstâncias que envolvem certos casos reais podem determinar juízos prudentes, relacionados à qualidade de vida que, de algum modo, levem à abreviação da vida.

Por outro lado, a teoria emotivista dos valores traz a concepção de que os valores não são propriedades naturais das coisas, nem qualidades objetivas da realidade, mas "estimações subjetivas, resultado de atos internos de preferência realizados pelo psiquismo humano sobre os dados dos sentidos, e que não tem outro valor que o puramente emocional" (PESSINI, 2004, p. 151).

O teólogo afirma que são as emoções humanas o fundamento da apreciação ou não das coisas e, sob essa ótica, a qualidade de vida pode ser definida como a maximização da utilidade.

Pessini analisa, ainda, a teoria axiológica que permite outro enfoque no conceito de qualidade de vida, esclarecendo que:

> quando diferentes valores entram em conflito entre si, pode-se optar pela realização dos valores espirituais ou especificamente humanos à custa dos valores inferiores ou puramente vitais, ou se pode optar pelo contrário. No primeiro caso, se considera mais importante a qualidade de vida e no segundo a quantidade de vida (PESSINI, 2004, p. 152).

O autor, para fundamentar a teoria axiológica recorre aos ensinamentos do teólogo norte-americano Richard McCormick que faz um questionamento sobre o significado da vida:

> Se "vida" significa somente metabolismo e processos vitais, então que sentido pode ter dizer que é um "em si mesma"? Se com isso se quer significar um bem que deve ser protegido independentemente de qualquer capacidade para a experiência consciente, creio com sinceridade que se está defendendo uma pura e simples forma de vitalismo, uma mentalidade que defende a vida (entendida como simples processos vitais), abstraindo das condições reais do paciente. Pode-se e deve dizer em minha opinião que a pessoa é sempre uma valor incalculável, porém em certas circunstâncias o prolongamento da vida física não traz nenhum benefício. Além do mais, prolongar a "vida" pode facilmente chegar a ser um assalto à pessoa em sua dignidade. (MCCORNICK, 1978, *apud* PESSINI, 2004, p. 153).

Fica claro que a qualidade de vida é um critério que ajuda a solucionar certos conflitos que dizem respeito ao final da vida, mas entraria ele em conflito com a sacralidade da vida?

Estabelecendo um paralelo entre o conceito de sacralidade da vida e o conceito de qualidade de vida, Pessini afirma, ancorado na lição de Diego Gracia, que a questão ética parte do princípio absoluto da sacralidade da vida humana, que é a base de toda moral, destacando que, embora absoluto, o princípio da sacralidade da vida é formal e, assim, "cada sociedade define o que entende por qualidade de vida, qualidade que se estrutura em dois níveis, um público e outro privado" (PESSINI, 2004, p. 154).

No nível público, a definição de qualidade de vida se expressa através de leis, "é a ética dos mínimos, que valoriza os princípios de não-maleficência e de justiça". Já no privado, cada pessoa individual ou socialmente estabelece seus valores, seu conceito de vida e de felicidade, o que se denomina, hoje, "ética dos máximos, que valoriza os princípios da autonomia e da beneficência". (PESSINI, 2004, p. 154).

O autor conclui que os conceitos de sacralidade e qualidade de vida não são incompatíveis entre si, pois o "bem é definido pelo princípio deontológico, e pela exceção a esse princípio, que já não será um bem, mas um mal menor, pelas consequências teleológicas". Cita, como exemplo, que a pessoa que mente movida por compaixão não está negando a norma de dizer a verdade, entendo que, nessas situações, falar a verdade pode ser um mal maior (PESSINI, 2004, p. 155).

Seguindo essa linha de raciocínio, é possível afirmar que a vida deve ser preservada, que não se deve matar, porém, diante de certas circunstâncias, é plausível abreviar a vida para se evitar um mal maior.

Abordando a questão do confronto entre a santidade e qualidade da vida, Pessoa (2013, p. 51) estabelece que "a sacralidade da vida é interpretada como se a vida humana fosse absolutamente indisponível para a pessoa, quando o motivo dessa indisponibilidade consiste na sua dependência de Deus que é o único senhor da vida e da morte e, por isso, exige uma radical obediência".

Quanto à qualidade de vida, a autora entende que esta é "a percepção do indivíduo sobre sua posição na vida, no contexto da cultura, nos sistemas de valores que adota e em relação aos seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações" (PESSOA, 2013, p. 54).

De outro modo, qualidade de vida é um valor pessoal, pois "tratamos a vida de uma pessoa como subjetivamente valiosa quando avaliamos seu valor para ela própria" (DWORKIN, 2009.p. 101).

De acordo com Pessoa (2103, p. 53-54), adotando a reflexão liberal, que embora pareça ignorar a distinção entre valor e qualidade de vida, é possível perceber a estreita ligação entre essas noções, pois uma maior qualidade de vida atribui maior dignidade e valor à vida humana. Dessa forma, entende que são incompatíveis a sacralidade da vida e a qualidade da vida, pois esta permite o homem dispor livre e conscientemente da própria vida, enquanto aquela expropria o homem de sua responsabilidade e do domínio de sua existência que fica sob a vontade de Deus, não podendo o homem dispor da vida.

Mas, juridicamente, seria a vida indisponível ou inviolável?

Pessoa (2013, p. 55) estabelece a distinção entre indisponibilidade e inviolabilidade, informando que a inviolabilidade é a proteção de certos valores constitucionais contra terceiros, ao passo que indisponibilidade diz respeito ao ato de não poder se despojar de um bem, como a privacidade, a vida.

Seguramente, o que a Constituição de 1988 assegura em seu art. 5º é o direito à inviolabilidade do direito à vida e não a indisponibilidade, pois se assim o fosse estaria subtraindo do homem o próprio direito à vida, bem como sua autonomia.

De acordo com Pessoa (2013, p. 56), não pode existir a obrigatoriedade de exercer um direito, pois caso isso ocorra o direito transmuta-se em dever e "viver, certamente, não é um dever".

Para a autora, o estado democrático de direito "não pode substituir o indivíduo nas decisões que digam respeito apenas a si mesmo", ou seja, é preciso que seja garantida a

liberdade de escolha, mesmo que essa escolha acarrete um dano a si mesmo, inclusive se esse dano for irreparável, como a extirpação da vida. (PESSOA, 2013, p. 56).

Destaca ainda que, mesmo nas hipóteses de se acreditar que a vida não pertence ao homem que a vive, mas que é um dom divino e que só Deus possa dela dispor, o Estado não pode adotar esse preceito, mesmo que essa seja a crença de uma maioria, pois estaria negando sua laicidade (PESSOA, 2013, p. 56-57).

Pelo exposto, pode-se concluir que a sacralidade da vida não pode ser o fundamento para a política de saúde pública e para a política criminal.

3.3.5 Mistanásia: a eutanásia social

A abordagem sobre a mistanásia ou eutanásia social será breve e sucinta, mas na medida suficiente para estabelecer alguns parâmetros no capítulo final.

A eutanásia social é um termo comumente empregado, mas Pessini (2004, p. 210) entende que não é muito adequado, já que eutanásia, etimologicamente, significa boa morte e tem, por intenção ser um ato de misericórdia, enquanto a eutanásia social nada tem de bom, de tranquilo, de indolor. Por tal razão, mistanásia, significando morte miserável, infeliz, fora e antes da hora, é um termo mais adequado.

De acordo com Martin, é possível dentro da categoria de mistanásia, destacar três situações:

> Primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos não chegam a ser pacientes, pois não conseguem ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que conseguem ser pacientes, para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico e, terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má-prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos. A mistanásia é uma categoria que nos permite levar a sério o fenômeno da maldade humana (MARTIN, 1998, p. 171-192).

De acordo com Pessini (2004, p. 210), a primeira situação – mistanásia em doentes e deficientes que não chegam a ser pacientes – é a forma mais comum na América Latina, pois "é a omissão de socorro estrutural que atinge milhões de doentes durante sua vida inteira e não apenas nas fases avançadas e terminais de sua enfermidade".

Essa categoria de mistanásia é decorrente da ausência ou da precariedade de serviços de atendimento médico, ocasionado por diversos fatores: políticos, sociais, econômicos, geográficos, que levam milhares de pessoas - crianças, jovens, adultos e idosos à morte precoce, miserável, sem nenhuma dignidade.

Trata-se de uma mistnásia por omissão "espalhada no chamado Terceiro Mundo" e muito comum em *terrae brasilis*, como se pode ver estampado diariamente nas manchetes de jornais. (PESSINI, 2004, p. 211).

Outra situação preocupante diz respeito àqueles doentes que conseguem ser admitidos no sistema de saúde, público ou privado, mas acabam tornando-se vítimas de erro médico. De acordo com Martin (1998, p. 176) o erro médico, segundo o art. 29, do Código de Ética Médica de 1998, pode ocorrer por imperícia, imprudência ou negligência.

Como exemplo de imperícia, o autor cita a hipótese em que o médico "deixa de diagnosticar em tempo uma doença que poderia ser tratada e curada", por falta de atualização, levando o paciente à morte.

Quando "o profissional de saúde efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente, só porque é crônico ou terminal", pode acarretar a mistanásia por imprudência. (MARTIN, 1998, p. 178).

A mistanásia por negligência ocorre quando há "omissão de tratamento e o abandono do paciente crônico ou terminal sem motivo justo" (PESSINI, 2004, p. 215).

A terceira categoria se refere à mistanásia por má prática que:

> ocorre quando o médico e/ou seus associados, livremente e de propósito, usam a medicina para atentar contra os direitos humanos de uma pessoa, em benefício próprio ou não, prejudicando direta ou indiretamente o doente ao ponto de menosprezar sua dignidade e provocar uma morte dolorosa e/ou precoce. (MARTIN, 1998, p. 178-179).

Um bom exemplo é o desvio de verbas públicas destinadas à aquisição de medicamentos e alimentos.

Martin (1998, p. 178) diz que a distinção crucial entre a mistanásia por erro médico e a por má prática encontra-se na diferença entre a fragilidade e a maldade: "o erro, mesmo culposo por causa da presença dos fatores imperícia, imprudência ou negligência, é fruto da fragilidade e da fraqueza humana e não de uma intenção proposital de prejudicar alguém".

Do ponto de vista ético, a mistanásia é uma prática que não deveria ser realizada, tendo em vista a ofensa à inviolabilidade da vida e à dignidade humana. Porém, ocorre diuturnamente, mas não é debatida e questionada como ocorre com a eutanásia.

Será que exterminar uma coletividade sem a sua manifestação de vontade, sem o seu consentimento livre e informado é menos reprovável do que atender à súplica daquele indivíduo que não suporta mais o sofrimento e deseja, conscientemente e autonomamente, morrer?

3.4 Suicídio assistido: solidariedade no adeus à vida?

O termo suicídio, cujo significado tem origem no latim, na junção das palavras *sui* (auto/si mesmo) e *caederes – cidium* (bater, golpear, matar), etimologicamente significa matar a si mesmo.

Durkheim foi, talvez, o primeiro a realizar um estudo científico acerca do suicídio, definindo-o como "toda morte que resulta mediata ou imediatamente de um acto positivo ou negativo, realizado pela própria vítima" (DURKHEIM, 1982, p. 9).

O sociólogo francês ressalta, no entanto, que essa definição não é completa, pois não se pode englobar numa mesma classe o louco que se atira do alto de um prédio, por exemplo, daquele que tem consciência do ato que está praticando. Em seu ponto de vista, só ocorre cientificamente o suicídio quando há o "sacrifício consciente da vida", esclarecendo que o que "é comum a todas as formas possíveis desta renúncia suprema, é que o acto que a consagra é realizado com conhecimento de causa; é que a vítima, no momento de agir, sabe o que vai resultar sua conduta, seja qual for a razão que a levou a conduzir-se assim" (DURKHEIM, 1982, p. 10).

De acordo com Oliveira (2012, p. 163), é possível identificar diversas questões que envolvem o suicídio, tais como as que se referem "ao valor e sentido da vida", bem como aquelas que dizem respeito aos "direitos do indivíduo sobre seu próprio corpo e destino", além daquelas que envolvem as pessoas que têm "sua qualidade de vida comprometida pela dor e sofrimento em doenças terminais e irreversíveis que inevitavelmente morreriam na ausência de tecnologias médicas de sustentação artificial da vida".

Na cultura ocidental, ao longo do desenvolvimento histórico-social do homem, o suicídio, em geral, foi condenado, considerado uma ofensa aos deuses e à sociedade, sendo "alvo de censura e de pesadas sanções judiciais e religiosas". "O suicídio altruísta é geralmente considerado uma excepção e o martírio foi mesmo enaltecido pelas religiões, em certas épocas." O passar do tempo e a compreensão da realidade "fez com que a censura social e as sanções judiciais se fossem atenuando, tendo estas, em geral, desaparecido há vários anos". (GONÇALVES, 2006, p. 86-87).

Casabona diz que a conceituação de eutanásia realizada pelo próprio interessado não coincide com a do suicídio, pois

> la primera sería la aceleración del momento de la muerte que se presenta más o menos como único médio de abreviar el sufrimento físico y moral derivado de una enfermedad terminal o de una minusvalía irreversible (...), mientras que el segundo consiste em quitarse uno mismo violenta y voluntariamente la vida que ya no quiere ser vivida por cualquier outro motivo y en circunstancias diferente (CASABONA, 1994, p. 426-427).[23]

No direito brasileiro, por exemplo, o suicídio não é considerado crime, mas a conduta de induzimento e auxílio ao suicídio é fato punível. A análise, nesta pesquisa, debruça-se no suicídio com assistência, por se tratar de uma questão controvertida, cuja ação "necessita de um envolvimento direto de ajuda por parte de outras pessoas [...] que geralmente são amigos ou familiares", sendo encarado como "uma ação imoral e criminosa na maioria das legislações" (OLIVEIRA, 2012, p.166).

A questão do suicídio assistido é controversa, pois os aspectos que o aproximam da eutanásia são um fio bem tênue, pois se verifica que em ambas as situações:

> a ideia inicial de indisponibilidade do direito à vida (ou sobre a vida) é mitigada com a noção, também bastante relevante, da liberdade do indivíduo de expressar sua última vontade, advinda de sua autonomia como pessoa humana, diante da compreensão particular (e técnica, quando atestada por profissionais médicos) de que sua dignidade pessoal (ou a intensão de mantê-la) está a autorizá-lo, ao menos moralmente, a decidir-se pelo fim de

[23] a primeira seria a aceleração do momento da morte que se apresentado mais ou menos como o único meio para encurtar seus sofrimentos físicos e morais derivados de uma doença terminal ou perda irreversível (...), enquanto o segundo consiste em tirar a vida de forma violenta e voluntária , que não se quer mais ser viver por qualquer outro motivo e em circunstâncias diferentes. (Livre tradução)

> sua existência, de modo a dar cabo à própria vida (GUIMARÃES, 2011, p. 176).

Embora haja vários pontos convergentes entre ambas as práticas, essencialmente só há um ponto divergente que reside no fato de "ser a morte, na eutanásia, provocada por terceiro, enquanto no suicídio assistido eutanásico [...] a provocação da morte se dá pelo próprio interessado, que é auxiliado por esse terceiro" (GUIMARÃES, 2011, p. 176).

Assim, o que marca a figura do suicídio assistido é efetivamente a conduta daquele que deseja pôr fim ao seu sofrimento com a morte.

Para a configuração do suicídio assistido, necessariamente, deve se ter em mente que o intento primordial é do interessado e não do terceiro que o auxilia, ou seja, é fundamental o pedido de ajuda daquele que pretende dar cabo à vida.

Bem elucidativa é a assertiva de Guimarães de que:

> resta claro que o auxílio já pressupõe, de qualquer maneira, uma conduta do terceiro, mas essa assistência não substitui a ação do próprio interessado. É ele quem, assistido, age para um eventual desligamento de aparelho médico mantenedor da vida ou para uma autoingestão de droga tendente a abreviar o período vital. Deve estar o interessado, portanto, fisicamente em mínimas condições de agir na direção da conduta suicida. Além disso, deve também estar em condição aceitável de sanidade mental (GUIMARÃES, 2011, p. 179).

A figura do tipo penal "induzimento ou auxílio ao suicídio" é diferente da hipótese aqui analisada, pois enquanto nesta a intenção, a vontade é da pessoa que pretende matar a si mesma; naquela a intenção, o dolo de que a pessoa se mate parte do terceiro que, de certa forma, contribui para que o evento morte efetivamente ocorra e, por isso, imoral e passível de punição. Mas, quanto ao suicídio assistido com fim eutanásico, será moralmente justificável?

Para avaliar a questão, busca-se apoio na posição principialista de Beauchamp e Childress, destacando a importante distinção entre os atos de matar e deixar morrer:

> matar representa uma família de idéias cuja condição central é causar diretamente a morte de alguém, enquanto deixar morrer representa uma outra família de idéias cuja condição central é evitar intencionalmente uma intervenção causal a fim de que uma enfermidade ou ferimento cause uma

> morte natural. A palavra "matar, contudo, vem comumente acompanhada de uma conotação emotiva de algo moralmente errado, mesmo em condições nas quais geralmente se considera permissível matar, como na guerra, em autodefesa e em penas capitais". Essa conotação emotiva não afeta da mesma maneira a expressão "deixar morrer". É necessário, portanto, moldar estas noções, estipulando significados mais precisos para a ética médica (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 245)

Em geral, pode-se dizer que a ideia de matar traz uma conotação de ato moralmente errado, enquanto a ideia de deixar morrer, por sua carga emotiva, parece ser algo menos danoso e menos errado.

Especificamente no que tange à questão moral, os autores entendem que "matar" e "deixar morrer" não são *a priori* errados:

> Não há nada em 'matar' e 'deixar morrer' que implique julgamentos acerca do caráter certo ou errado das ações, ou acerca de sua beneficência ou não-maleficência O que é certo e o que é errado dependem do mérito da justificação que está por trás da ação, e não o tipo de ação. Portanto, nem matar, nem deixar morrer são em si errados [...] (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 250-251) ·.

Levando-se em consideração que nem matar, nem deixar morrer são errados em si, sob a perspectiva da ética utilitarista, a dor e o sofrimento, assim como o prazer e a felicidade, se tornam critérios fundamentais a partir do qual as ações devem ser julgadas.

De acordo com Oliveira (2012, p. 176), sob a ótica utilitarista, para ele, princípio utilitarista, a prática do suicídio assistido, em decorrência do sofrimento e da dor, é justificada moralmente "em virtude das consequências negativas que a não realização dele possivelmente ocasionará e do benefício então que se resultará para o indivíduo em ter seu sofrimento aliviado com o suicídio auxiliado por um médico".

Além disso, não se pode deixar de levar em conta o princípio bioético da autonomia, que, dado seu caráter *prima facie* é bastante relevante para a aceitação moral da assistência ao suicídio:

> Muitos filósofos acreditam que o direito a autonomia tem prioridade sobre todas as outras considerações morais, mas o princípio do respeito pela autonomia, assim como o de utilidade, será aqui reconhecido como apenas

> um princípio moral governando a moralidade do suicídio, e não o único ou a consideração predominante em todas as ocasiões (BEAUCHAMP, 1993, p. 85 In OLIVEIRA, 2012, p. 178).

Assim, com base nesse princípio, justifica-se o pedido de ajuda para morrer, "principalmente se esta decisão está em conformidade com a visão de mundo pela qual o indivíduo estruturou sua conduta de vida" (OLIVEIRA, 2012, p.177).

Como se observa, estes são fortes argumentos que tornam válida e moralmente aceita a assistência ao suicídio. Todavia, muitos dos que se opõem ao suicídio assistido trazem o "argumento da ladeira escorregadia" (*slipperty-slope argument*), segundo o qual "a legalização do suicídio assistido teria consequências socialmente inaceitáveis, abrindo possibilidades de se cometer atos mais abusivos de matar a partir de usos indiscriminados desta prática autorizada" (OLIVEIRA, 2012, p.181).

Esta teoria considera que havendo autorização aos pedidos de assistência para morrer em seu próprio benefício, feitos por pacientes que padecem de fortes dores e angústias diante de uma doença irreversível, poderia haver o risco da prática da eutanásia não com o objetivo de exterminar a dor e o sofrimento do paciente, mas de alívio pessoal e financeiro para a família. "A permissão disto abriria uma maior possibilidade de que mais pessoas, ou pessoas em situações menos favoráveis possam ser prejudicadas" (OLIVEIRA, 2012, p. 181).

De acordo com Beauchamp e Childress, pelo argumento da ladeira escorregadia, a permissibilidade do suicídio assistido.

> aumenta o risco, por exemplo, de que famílias e profissionais de saúde matem recém-nascidos deficientes e adultos com danos cerebrais graves para evitar os fardos familiares e sociais. Se os responsáveis legais podem julgar que os recém-nascidos e os adultos estão em condições extremamente onerosas ou que suas vidas não têm mais valor, a mesma lógica pode ser estendida a muitos outros grupos de pacientes debilitados e gravemente doentes que são fardos financeiros e emocionas para suas famílias e para a sociedade (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 256-257). ·.

Para os autores, embora este argumento mereça consideração, não é suficiente para sustentar uma posição contrária ao suicídio assistido.

Outra face deste argumento, que frequentemente é também estendido à eutanásia, seria que "a permissibilidade de matar pessoas ou ao menos ajudar aquelas que manifestam um

desejo de morrer com ajuda médica, tenderia a gerar medo e insegurança nas populações, principalmente entre os idosos" (OLIVEIRA, 2012, p. 182).

Porém, sob a ótica de Peter Singer (2006, p.204) ao tratar da eutanásia voluntária, se tais atos não forem permitidos "podemos, com razão, ter medo de que as nossas mortes sejam desnecessariamente prolongadas e angustiantes", o que leva à conclusão de que o argumento do medo seria pró suicídio assistido e não contra, como querem os defensores do argumento da ladeira escorregadia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É! Embora a gente não saiba, a Morte fala com a voz do poeta. Porque é nele que as duas, a Vida e a Morte, encontram-se reconciliadas, conversam uma com a outra, e desta conversa surge a Beleza. Agora, o que a Beleza não suporta é o falatório, a correria… Ela nos convida a contemplar a nossa própria verdade. E o que ela nos diz é simplesmente isto: "Veja a vida. Não há tempo pra perder. É preciso viver agora! Não se pode deixar o amor para depois. CARPE DIEM!"

Rubem Alves

C'est la vie. Discutir o tema da eutanásia certamente não é uma tarefa fácil. Primeiro, é preciso entender o que é a vida. Mas o que é a vida? Ela é "a batida de um coração", "uma doce ilusão", "maravilha ou é sofrimento", "o sopro do criador" ou "somos nós que fazemos a vida, como der, ou puder, ou quiser"?

Quando criou a música, talvez Gonzaguinha não soubesse os vários questionamentos que suscitou sobre inúmeras questões na esfera biológica, da sacralidade, da autonomia, da dignidade, da ética que envolvem a vida, o viver e, consequentemente o morrer, já que este faz parte do viver, é o último ato, o *grand finale* pois, como diz Fernando Pessoa, "o próprio viver é morrer, porque não temos uma dia a mais na nossa vida, que não tenhamos, nisso, uma dia a menos".

Pelo que se desenvolveu nessa pesquisa, verificou-se que o Estado, objetivando manter a ordem e a segurança interna, atua na liberdade dos indivíduos, buscando, através da três esferas do Poder, o controle do comportamento individual, já que a permissibilidade ou não de determinada conduta é uma opção política, de acordo com os valores e ideais que norteiam a ordem jurídica.

Verificou-se, também, no que tange ao direito à vida, que apesar da laicidade do estado democrático de direito, ainda há uma forte influência religiosa nos países de cultura ocidental, principalmente da Igreja Católica, que não uma completa concretização do direito de morrer.

Nesse diapasão, partindo das ideias desenvolvidas ao longo do texto, em busca de uma resposta ao questionamento formulado no título, é possível destacar que o direito à vida e o direito à morte ou à morte digna podem ser estudados sob diversas perspectivas:

1. No enfoque da teoria política aristotélica, o homem não é como os demais seres, mera existência biológica, possuindo uma característica especial – a linguagem – que possibilita uma vida política. De acordo com Michael Foucault, o homem antes considerado como corpo individualizado, passa a ser considerado, com a estatização do biológico, no século XIX, homem enquanto ser vivo. Passa-se do político para o biopolítico. Com essa mudança de paradigma, ocorreu uma desqualificação da morte, posto que sua ritualização pública cedeu lugar à morte privada, feia e escondida.
2. Essa mudança de paradigma, entretanto, não se deu de forma abrupta. A mudança no modo de se enfrentar a morte se deu lentamente com o desenvolvimento da civilização. O estudo de Philippe Ariès sobre o enfrentamento da morte no Ocidente destaca quatro eras bem delimitadas. Inicialmente, a morte era encarada de forma natural, morria-se em casa, rodeado de familiares e amigos. A morte era pública e organizada, "domada". Na passagem da Idade Média para a Moderna, o padre assume o papel principal, deixando o moribundo de ser o protagonista de sua morte. É a morte "clericalizada". Posteriormente, a morte passa a ser dramatizada, surge o luto, surge a morte "romântica". Já no século XX, a morte torna-se feia e escondida, pois com a medicalização da vida, a morte é um fracasso. A morte familiar se oculta nas unidades de tratamento intensivo, ou seja, a morte natural passa a ser técnica. É a morte "interdita". No século atual, com a ideia de qualidade de vida, decorrente da dignidade da pessoa humana, busca-se resgatar a morte, tornando-a mais humana, digna.
3. No prisma da filosofia das grandes religiões, a vida é sagrada, obra da criação divina e, portanto, deve ser respeitada. O modo de conceber a morte modifica-se de acordo

com cada credo, mas o comum entre todos é que a vida é indisponível, não podendo ser sacrificada, significando que, em regra, as práticas da distanásia, da eutanásia e do suicídio assistido não são admitidas.

4. No plano da deontologia médica, o avanço da biotecnologia trouxe novos contornos à medicalização da vida, possibilitando abreviar ou prolongar o processo de morrer. A deontologia médica não se confunde com a bioética, mas pauta-se em seus princípios, quais sejam o da justiça, o da autonomia, o da beneficência e o da não maleficência, para estabelecer a conduta médica em seu código. O Código de Ética Médica de 2009 proíbe a eutanásia e no artigo 41, parágrafo único, ao acolher a ortotanásia, através dos cuidados paliativos, rechaça a ideia da distanásia, destacando que se deve, sempre, levar em consideração a vontade expressa do paciente.
5. No aspecto jurídico legal, o tema é bastante polêmico, pois saber se é assegurado o direito à morte, constitucionalmente, depende do modo como se interpreta o diploma maior. Além disso, no Brasil não existe uma legislação específica, admitindo a prática da eutanásia, como ocorre na Holanda, Bélgica e Luxemburgo, que estabelecem os seguintes critérios para o procedimento: a manifestação de vontade voluntária e consciente do paciente, a concordância de outro médico, a informação do fato ao Ministério Público. Além disso, o paciente deve estar numa situação irreversível e submetido a um insuportável sofrimento, o que leva a certa discricionariedade o julgador brasileiro ao aplicar os dispositivos do Código Penal.
6. Sob a ótica kantiana, como o homem é um fim em si mesmo, a eutanásia, provocação da morte para alívio do sofrimento insuportável, seria um meio para se alcançar o alívio e, como tal, violaria o princípio categórico “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”, sendo inadmissível, portanto a prática da eutanásia.

   Por outro lado, sob a ótica da ética utilitarista de Singer, Dworkin e McMahan, em determinadas circunstâncias seria ético matar, desde que houvesse o respeito pela vontade consciente, racional e pela autonomia, respeitando-se, assim, a dignidade do homem.

   Quanto à vontade, Peter Singer, classifica a eutanásia em voluntária, involuntária e não voluntária.

   Tanto a eutanásia voluntária, como a involuntária consistem em eliminar pessoas que são capazes de consentir na própria morte.

A diferença entre as práticas reside no fato de que na da eutanásia voluntária, pessoas conscientes, dotadas de razão e autonomia dão seu o consentimento para morrer, enquanto na eutanásia involuntária, embora haja consciência, razão e autonomia, não há o consentimento, portanto a prática da eutanásia involuntária não se justificaria.

Justificando a ética do ato de matar na eutanásia voluntária, destaca o filósofo que a força argumentativa encontra-se na combinação do respeito pela autonomia dos que decidem por ela e na base racional da decisão em si.

Em relação à eutanásia não voluntária, Singer entende que a mesma se justifica porque os argumentos mais plausíveis para garantir o direito à vida a um ser, só se aplicariam se houvesse alguma consciência de si. Para ele, então, mesmo não havendo a manifestação de vontade de morrer, por ausência de razão e autonomia, seria ético matar.

É possível reconhecer, então, que a manifestação da vontade (consentimento) que só ocorre porque o homem é dotado de razão e autonomia é a base para a justificação da prática eutanásica em algumas situações.

7. A dignidade da pessoa humana é o norte do ordenamento jurídico, fundamento do Estado Democrático de Direito e princípio que assegura os direitos da personalidade. Em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, é possível falar que a Constituição da República, garante, mesmo que forma implícita, um direito geral de personalidade, indicando que o rol do artigo 5º do texto constitucional não é taxativo, permitindo que novos direitos sejam assegurados, como o direito à morte.
8. Ao se fazer uma interpretação da Constituição de 1988 é possível perceber que a vida é um bem juridicamente tutelado pelo Direito, assim como o direito à. Integridade física e à liberdade. No entanto, o direito à vida não se sobrepõe aos demais direitos da personalidade, tendo em vista que não basta a garantia do direito à vida, sendo imprescindível a garantia do direito a uma vida digna e esta, efetivamente, não estará assegurada se não houver a garantia da liberdade e da integridade física.
9. O direito à integridade física implica a proteção da integridade física e psíquica, pois a vida não se resume apenas no corpo, devendo-se considerar o psíquico, o emocional e, por isso, a proibição constitucional de submeter o homem a tratamentos desumanos e degradantes.
10. O direito à liberdade não se concretiza simplesmente no direito de ir e vir. Sua realização ocorre de forma muito mais ampla, através da manifestação livre do pensamento, da vontade, da escolha, consubstanciada na autonomia.

11. Pode-se certamente afirmar que há estreita ligação entre liberdade e autonomia, porém com enfoques éticos- filosóficos distintos.

    Para Weber, por exemplo, a liberdade é a chave para explicar a autonomia, pois em sua concepção existe uma equivalência entre uma vontade livre e uma vontade autônoma.

    Sob a ótica kantiana, a liberdade é meio pelo qual o homem coloca em prática sua autonomia. O conceito de autonomia, sob esta perspectiva tem uma base moral, pois Kant concebe o homem, dotado de razão, como um fim em si mesmo e não meio para uso arbitrário de determinada vontade.

    Mill, por seu turno, tem uma visão diferente de Kant. Para Mill, a liberdade é essencialmente liberdade de escolha.

    Alexy, por sua vez, aborda a liberdade sob a ótica jurídica, estabelecendo que a liberdade, num conceito positivo, ocorre quando o obstáculo à liberdade é eliminado, restando apenas uma única coisa certa a fazer, enquanto num conceito negativo é alternativa, a possibilidade de escolha.

    No plano bioético, Maria Helena Diniz concebe o princípio da autonomia como um indicador para que os profissionais da saúde respeitem a vontade do paciente.

    Com base no ponto de vista de John Stuart Mill e no conceito negativo de liberdade, de Robert Alexy, entendendo que a liberdade se materializa na autonomia da vontade, com a liberdade de escolha, o direito à vida não pode ser considerado um direito indisponível, pois se assim o fosse, não haveria autonomia da vontade pela impossibilidade de liberdade de escolha e, consequentemente, o direito à vida tornar-se-ia um dever.

    Desse modo, pode-se afirmar que a Constituição não traz em seu bojo a indisponibilidade do direito à vida, mas sim a inviolabilidade do direito à vida. A vida é inviolável, significando que o Estado tem por dever protegê-la contra atos de terceiros que possam lhe causar dano, em desacordo com a vontade do titular do direito.

    Frisando, a vida é um direito inviolável, mas não indisponível, tanto que a própria Constituição prevê hipóteses em que a vida pode ser violada, como no estado de necessidade e na legítima defesa ou ao prever a pena de morte em casos de guerra.

    Portanto, o conceito de sacralidade da vida, que a considera um bem indisponível, não se coaduna com o direito à liberdade, à autonomia.

12. Abrindo um parênteses, não se pretende com esta abordagem, de forma alguma, rechaçar a concepção religiosa, mas apenas destacar que a laicidade do país não pode ser abalada por convicções religiosas.
13. O sofrimento que assombra o final da vida é um dos grandes desafios diante da medicalização da vida e da morte e do poder que os profissionais de saúde dispõem, através das novas tecnologias de abreviar ou de postergar a morte. Traçando um recorte, encontramos algumas práticas que se relacionam ao término da vida: eutanásia, distanásia, ortotanásia, mistanásia, suicídio assistido.
14. A mais polêmica, a eutanásia, consiste na abreviação da vida, por um médico, para colocar fim à dor e ao sofrimento, à perda da qualidade de vida, a pedido daquele que não deseja mais viver uma vida indigna. Quanto ao terceiro que pratica o ato de provocar a morte, a eutanásia pode ser ativa ou passiva. Será ativa quando o agente de forma direta, com a ministração de substância letal, provoca de imediato a morte, ou de forma indireta, quando se mata lentamente. Será passiva, quando houver uma omissão com o intuito de provocar a morte por compaixão. Quanto à vontade daquele que deseja a morte, será voluntária, involuntária e não voluntária, como visto acima.
15. A mistanásia, prática pouco abordada na literatura, é a chamada eutanásia social, decorrente da ausência ou precariedade de serviços de atendimento médico, que leva milhões de pessoas à morte, especialmente nos países de Terceiro Mundo. É uma verdadeira ofensa à integridade física e à vida.
16. Semelhante à eutanásia tem-se o suicídio assistido, que consiste na conduta de auxiliar alguém a provocar a própria morte com os mesmos fins da eutanásia. O terceiro, que pode ser um médico ou outra pessoa, apenas auxilia, mas quem pratica a ação é o interessado.
17. No extremo oposto, encontramos a distanásia, também chamada de obstinação terapêutica ou tratamento fútil, que consiste no ato médico de prolongar indefinidamente a vida não quando não há nenhuma possibilidade de reversão do quadro clínico. É a morte postergada.
18. Entre a eutanásia e a distanásia, encontra-se a ortotanásia, a morte no tempo certo. Encontrando-se em estado terminal ou com grave e incurável doença, o enfermo manifesta a sua vontade, recusando-se a se submeter a tratamento fútil ou pedindo que este seja interrompido, para que a morte ocorra naturalmente, no momento certo, mantendo-se apenas os cuidados paliativos.

19. Na prática da ortotanásia é comum que os aparelhos que dão suporte à vida sejam desligados, como ocorre na eutanásia passiva. Entretanto, ortotanásia e a eutanásia passiva não se confundem. Nesta, a intenção é de provocar a morte, enquanto naquela é evitar o tratamento desumano e degradante decorrente da obstinação terapêutica, sendo uma prática considerada lícita pelo direito e aceita pelas crenças religiosas.
20. Seja qual for a prática adotada, o ponto em comum é a necessidade do consentimento do ofendido. A vida pertence ao doente, é ele quem deve decidir o que é melhor para si.
21. Na esfera penal significa a anuência da vítima autorizando a lesão a algum bem que lhe pertence, como a integridade física e até mesmo à própria vida. Como causa de justificação, o consentimento do ofendido não se encontra expressamente previsto na legislação penal, sendo considerado como uma causa supralegal de justificação. Como causa supralegal de justificação pode, dependo da interpretação jurídica, ser uma excludente de ilicitude, de tipicidade, de antijuridicidade ou causa de diminuição de pena, não importa. O que importa, independentemente de sua natureza jurídica, é que o consentimento do ofendido é um dos suportes para descriminalizar a eutanásia, sustentar a prática da ortotanásia e afastar a distanásia.
22. O consentimento do ofendido como requisito para dispor da própria vida deve ser livre de qualquer vício de consentimento. É o chamado consentimento informado, na esfera bioética. Significa que o doente deve ser informado sobre tudo que envolve seu estado e, conscientemente, escolher a terapêutica a ser adotada.
23. Prevendo a possibilidade de no futuro não ser possível a manifestação da vontade no que tange à prática a ser ou não adotada em casos de se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, surgiu, oriundo do direito estadunidense, o *living will* ou testamento vital, documento no qual a pessoa deixa, por escrito, qual o procedimento a ser dotado quando não mais puder manifestar sua vontade.
24. A teoria do consentimento está ligada à ideia de autonomia decorrente do princípio da liberdade que, numa concepção moderna, se aproxima do conceito de Stuart Mill de que só existe liberdade se houver possibilidades de escolha.
25. Em prol da eutanásia, os argumentos que mais se destacam são a dignidade da pessoa humana e a qualidade de vida.
26. . O conceito de dignidade da pessoa humana é polissêmico, podendo adquirir significados diferentes. Mas não há dúvidas de que a dignidade só restará assegurada se existir liberdade e autonomia, o que possibilita eleger a pessoa humana como única

protagonista do processo de vida e de morte. Só a própria pessoa sabe o que é melhor para si. Nessa perspectiva, o homem é possuidor de dignidade porque é livre, dotado de razão e autonomia.

27. A qualidade de vida não deve ser vista como um fato, mas como um valor. Assim, na perspectiva de Dworkin, deve-se tratar o valor da vida de uma pessoa de forma subjetiva, avaliando o valor para ela própria. Sendo maior a qualidade de vida, maior será a garantia da dignidade.
28. O mais forte argumento contrário à eutanásia é a sacralidade da vida que, por não ser disponível, entra em embate direto tanto com a autonomia quanto com a qualidade de vida. A vida pertence a Deus, o homem não pode dela dispor nem em situações em que o processo de morte é irreversível, significando mais quantidade de vida e menos qualidade e consequentemente, falta de dignidade.

À guisa de encerrar o presente trabalho, as considerações feitas permitem entender que o direito à vida, assegurado constitucionalmente, é inviolável, devendo ser protegido contra atos que atentem contra os interesses do titular do direito. Entretanto, não é indisponível, exatamente porque há o direito à vida e não o dever de viver, especialmente quando a vida deixa de ser digna.

O direito à morte não vem assegurado de forma explícita na Constituição da República, mas cabe o entendimento de que o mesmo deve ser garantido porque a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, estabelece um direito geral de personalidade que impede que o rol do artigo quinto seja taxativo, dando margem para que outros direitos da personalidade sejam tutelados. Além disso, a dignidade da pessoa humana é um princípio que deve ser sempre observado, seja na elaboração, na aplicação ou na interpretação da lei.

Num Estado Democrático de Direito, as escolhas políticas, norteadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, devem garantir, entre outras coisas, o exercício dos direitos individuais, a liberdade, o bem-estar, como disposto no preâmbulo do texto constitucional.

O homem só é realmente livre se for assegurada a sua autonomia de escolha e isso implica reconhecer que essa liberdade envolve as escolhas do como viver e do como morrer, pois assim, está se protegendo além da vida, a integridade física e psíquica.

Destaca-se que não basta viver, pois a vida tem que ser vivida com dignidade e como a morte é o evento final da vida, deve-se assegurar o direito a uma morte digna e, consequentemente, o direito à morte, se esta for a vontade daquele que já não considera digno o seu viver, já que o importe maior é o da qualidade e não o da quantidade de vida.

Nesse prisma, não há dúvidas de que a ortotanásia é uma prática lícita, orientada pelo Conselho Federal de Medicina, que visa assegurar a dignidade da pessoa humana em seus momentos finais, para que a morte ocorra no tempo certo, com os devidos cuidados paliativos, protegendo a integridade física do enfermo. Não significa que é uma morte sem dor, mas é a escolha do paciente e deve ser respeitada.

A distanásia, por ser um tratamento fútil, que em nenhuma hipótese reverterá o quadro clínico, sendo certa a morte, deveria ser considerada uma prática ilícita, já que o ordenamento jurídico proíbe os tratamentos desumanos e degradantes. Esta prática é altamente invasiva e causa gravíssima ofensa à integridade física e psíquica, à dignidade, com a coisificação do ser humano, não devendo ser admitida.

Quanto à eutanásia, entendendo que o *animus* que move o agente para a prática do ato não é primordialmente o de matar, mas o de humanitariamente aliviar o padecimento daquele que não suporta mais viver sem dignidade, mesmo que isto direta ou indiretamente acarrete a morte, é plenamente justificável na sua modalidade voluntária, quando há o consentimento daquele que deseja findar a vida, mesmo que a manifestação de vontade ocorra através do testamento vital, podendo-se aplicar a mesma lógica ao suicídio assistido com fins eutanásicos.

Em relação à eutanásia involuntária, o tratamento não pode ser o mesmo, pois se havia a capacidade de manifestação da vontade e a pessoa não o fez, a concretização do ato de extirpar a vida é contrário aos interesses da pessoa, configurando a figura típica do homicídio. Na perspectiva da pesquisa, em que a autonomia da vontade é o norte para que as escolhas possam ser feitas, entende-se que a figura do homicídio privilegiado (piedoso) não seria adequada, já que a escolha, daquele que sofre, foi pela vida.

No que diz respeito à eutanásia não voluntária, não se deve radicalizar, como propõe Peter Singer, pois não são todos os casos de deficiência mental que tornam uma vida indigna, não podendo ser considerada uma conduta ética. Nessas hipóteses, quando não há a possibilidade de manifestação da vontade e a pessoa encontra-se numa situação que efetivamente a levará a morte, o consentimento deverá, na linha de raciocínio desenvolvida, ser suprido por ordem judicial, em respeito à segurança jurídica no que tange a proteção à vida e à integridade física.

A sociedade latina de forma tácita vem aceitando a eutanásia social – mistanásia- em especial na modalidade omissiva, em que milhares de pessoas ficam à margem da sociedade, sofrendo diversas mazelas, levando uma vida miserável que acarreta precocemente a morte sem nenhuma dignidade, pela ausência ou precariedade de serviços de assistência à saúde, à

moradia, à educação, ao lazer (direitos também assegurados constitucionalmente), um massacre desumano e degradante que não se coaduna com a ordem jurídica que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.

Embora essa espécie de eutanásia não fosse o foco da pesquisa, uma pequena abordagem se fez necessária para o seguinte questionamento: o que é mais ético, o tratamento desumano e degradante decorrente da prática da mistanásia ou a morte digna causada através da eutanásia voluntária?

De novo o poeta português, "navegar é preciso, viver não é preciso". É exatamente pela imprecisão da vida que se faz preciso (necessário) regulamentar a prática da eutanásia, de forma precisa, como ocorre no Estado holandês, por exemplo, para que o homem, concebido como pessoa, ser livre, racional, consciente e autônomo, possa escolher de acordo com sua filosofia de vida, sua crença religiosa o que é melhor para si durante a vida e na hora da morte, pois só assim haverá o real alcance da dignidade da pessoa humana e a concretização do Estado Democrático de Direito, através da liberdade, da igualdade e da fraternidade.

Não compete ao Estado, especialmente quando se intitula democrático de direito, a intervenção na esfera privada, mais íntima da pessoa, quando não há ofensa a bem de terceiro, mas sim garantir a todos os seus cidadãos as possibilidades de viver uma vida digna o que implica, também, o morrer com dignidade.

Por fim, eis a questão: postergar a morte ou deixar morrer?

Em busca da morte digna, sem dúvida, deixar morrer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: O poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. 2 ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARGENTINA. **Codigo Penal de la Nacion Argentina, 2012.** Disponível em http:// www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm. Acesso em 18/04/13.

_____. **Ley 26.742.** Disponível em: http:/ / www.perfil.com/ export/ sites/ diário perfil/ docs/leyes_26742_26743.pdf. Acesso em 18/04/2013.

ARIÉS, Philippe. **O homem perante a morte.** Portugal: Biblioteca Universitária, 1979. In:

_____. **História da morte no Ocidente**.Trad. Priscila Viana de Siqueira. Ed. Especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. 4. Ed. Edições Loyola, São Paulo, 2002.

BELLATO, Roseney; CARVALHO, Emília Campos de. **O jogo existencial e a ritualização da morte.** Revista Latino-Americana de Enfermagem. Ribeirão Preto, v. 13, n. 1. Fev. 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A Morte Como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. **Revista Panóptica.** Ano 3-nº 19- jul.-out.2010. Disponível em http://www.panotipa.org/panopticaedio19julho2010/19-3.pdf. Acesso em 02 de junho de 2012.

BAUDOUIN, Jean-Louis; BLONDEAU, Danielle. **Éthique de la mort et droit à la mort.** Paris: Press Universitaries de France, 1993.

BELGE. Ministere de la Justice. **Loi relative à l'euthanasie. Moniteur Belge**, 22 /06 / 2002. Disponível em:http:/ www.health.belgium.be /internet 2Prd/ groups/public/ @public/@dg1/@acutecare/documents/ie2law/14888537.pdf. Acesso em 18/04/2013.

BELLATO, Roseney; CARVALHO, Emília Campos de. **O jogo existencial e a ritualização da morte. Revista Latino-Americana de Enfermagem**. Ribeirão Preto, v. 13, n. 1. Fev. 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 7 ed. rev. atual. e ampl. De acordo com o novo Código Civil por Eduardo C.B. Bittar. Revisão técnica: Carla Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008

BITTAR. Eduardo C.B. **Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidad**e. In: ALMEIDA FILHO, AGASSI; MELGARÉ, Plínio (org.). **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOLIVIA. **Código Penal Boliviano**. Disponível em: http:// www.oas.org/ juridico/ mla/sp/bol/sp_bol-int-text-cp.html. Acesso em 18/04/2013.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direito de Personalidade e Autonomia Privada.** Coleção Prof. Agostinho Alvim. Coord. Renan Latufo. 2 ed. rev.São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 871, 21 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7571>. Acesso em: 10 dez. 2013

BRASIL**. Código de Moral Médica,** tradução do Código de Moral Médica aprovado pelo VI Congresso Médico Latino-Americano feita pelo Dr. Cruz Campista, in Boletim do Syndicato Medico Brasileiro, nº 8, agosto de 1929. In: http:// portal.cfm.org.br/ index.php?option= com_content&view=article&id=41&Itemid=124. Acesso em 20/03/2013.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Código de ética médica: Resolução CFM nº 1931**, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso) / Conselho Federal de Medicina. – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

BRASIL. Ordem dos Advogados do BrasiL. **Ofício nº1976/2012-GPR de 10/10/2012**. Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/get PDF. asp? t= 115824& tp=1.Acesso em 18/04/2013.

BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto de Reforma do Código Penal**. Disponível em: http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas . Acesso em 05/11/2012.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda Senadora Maria do Carmo Alves.** Disponível em: http: //www. senado.gov.br/atividade /materia/ getPDF.asp? t=114860 &tp=1. Acesso em 05/11/2012.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda Senador Eduardo Amorim.** Disponível em: http:// www.senado.gov.br/atividade/materia/ getPDF. asp?t= 114749 &tp=1 .Acesso em 05/11/2012.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda Senador Francisco Dornelles.** Disponível em: http: //www. senado.gov. br/atividade/ materia/get PDF.asp? t =113543 &tp=1. Acesso em 05/11/2012.

CASABONA, Carlos María Romeo. **El Derecho y la Bioetica ante los limites de la vida humana**. Madri: Centro de Estudos Ramón Areces, 1994.

CHILE. **Codigo Penal de Chile**. Disponível em http: //www. oas.org/juridico / mla/ sp/ ury/sp_ury-int-text- cp. pdf. Acesso em 18/04/2013.

COING, Helmut. **Elementos Fundamentais da Filosofia do Direito**.Trad. Elisete Antonirek. Porto Alegre: Fabris Editora, 2002

COLOMBIA. **Codigo Penal**. Disponível em: http:// www.oas.org/dil/ esp/ Codigo _ Penal_ Colombia.pdf. Acesso em 18/04/2013.

COMBINATO, Denise Stefanoni; QUEIROZ, Marcos de Souza. **Morte uma visão psicossocial**. **Estudos de Psicologia**. 2006. 11(2). Disponível em http: //www. scielo.br/scielo.php? pid=s1413-294x2006000200010&script=sci_arttext.

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**.Trad. Afonso Celso Furtado. Campinas, SP: Romana, 2004.

D'ASSUMPÇÃO, Evaldo A. **Sobre o viver e o morrer**: Manual de Tanatologia e Biotanatologia para os que partem e os que ficam. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2011.
DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.**7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010**.**

_____. **Dicionário Jurídico.**São Paulo: Saraiva, 1988, v. 2.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DURKHEIN, Èmile. **O Suicídio.** 3 ed. Lisboa: Editorial Presença, 1982.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**.São Paulo: Edusp, 1994.

FEIO, Ana Goreti Oliveira;OLIVEIRA, Clara Costa. **Responsabilidade e tecnologia: a questão da distanásia**. Revista Bioética (Impr) 2011; 19 (3) 615-630. Disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/666. Acesso em 05/12/2013.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade.** Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **La volonté de savoir**. Paris, 1976 in AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: O poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. 2 ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

FIGUEROA G, Rodolfo. **Matar, dejar morir y eutanasia en el proyecto de ley sobre derechos de las personas y en la doctrina chilena**. *Rev. méd. Chile* [online]. 2011, vol.139, n.5, pp. 655-659. ISSN 0034-9887. Disponível em: http://www.scielo.cl/ pdf/ rmc/v139n5/art14.pdf. Acesso em 20/04/2013.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal. A nova parte Geral**. 12 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Eutanásia: um enfoque ético-político**. Revista Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, v.7, n.1, 1999.

GOLDIM, José Roberto. (org.). **Bioética e Espiritualidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral, Teoria Constitucionalista do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GONÇALVES, Jose António Saraiva Ferraz. **A Boa Morte: Ética no fim da vida**. Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Bioética. Porto, 2006. Disponível em: http://repositorio-aberto. up. pt/ bitstream /10216/22105/3/A%20 Boa%20Morte %20%20tica%20no%20Fim%20da%20Vida.pdf. Acesso em 15 de junho de 2013.

HENNEZEL, Marie de; LELOUP, Jean-Yves. ***A arte de morrer***. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HERRERO, F. Javier. **A Ética de Kant**. Síntese: Revista de Filosofia. Belo Horizonte, v. 28, n. 90. Disponível em http://www. faje.edu.br/periodicos/index.php/ Sintese/article/ download/ 563/987. Acesso em 05/11/2013.

IBCCRIM- INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Sugestões ao Projeto de Lei do Senado**. 2012. http:// www.senado. gov.br/atividade /materia /get PDF. asp?t =114973& tp=1. Acesso em 21/04/2013.

JONAS, Hans. **Ética, Medicina e Técnica**. Trad. Fernando Antonio Cascais. Lisboa: Vegas, 1994.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: 70, 1986.

KLEVENHUSEN, Renata Braga. **A Ética da Responsabilidade como Fundamento do Biodireito: Desafios da Sociedade de Risco.** In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (coord.). **Direitos Fundamentais e Novos Direitos – 2ª série.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

KOVÁCS, Maria Júlia. **Morte e Desenvolvimento Humano.** São Paulo: Casa do Psicólogo Editora, 2002.

LEIS, Héctor Ricardo. **A Sociedade dos Vivos**. In: **Revista Sociologias**, Porto Alegre, ano 5, nº 9, jan./jul., 2003.

LEMBO, Claudio. **A pessoa: seus direitos**. Barueri, SP: Manole, 2007.

LOPES, Antonio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. Eutanásia, **Ortotanásia e Distanásia: aspectos médicos e jurídicos.** São Paulo: Atheneu, 2011.

LUXEMBOURG. Memorial Journal Officiel du Grand-Duché deLuxembourg**. A- 46. 16/03/2009. Legislation Reglementant Les Soins Palliatifs Ainsi Que L'euthanasie Et L'assistance Au Suicide.** Disponível em http: //www. legilux.public.lu/ leg/a/ archives/ 2009/ 0046/a046.pdf. Acesso em 18/04/2013.

MAR ADENTRO. Direção: Alejandro Almendábar. Produção: Alejandro Amenábar e Fernando Bovaira. Intérpretes: Javier Barde, Belén Rueda, Lola Dueñas, Mabel Rivera, Celso Bugallo e outros. Roteiro: Mateo Gil. Música: Alejandro Amenábar. Espanha. Itália. França, 2004. 1 DVD (125 min), color

MARTIN, Leonard M. **Eutanásia e Distanásia.** In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira;

OZELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

MCMAHAN, Jeff. **A ética no ato de matar: problemas às margens da vida**. Trad. Jônadas Techio; ver. técnica: Fernando José R. da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2011.

MEIRELLES, Jussara; TEIXEIRA, Eduardo Didonet. **Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossuficiente.** In: RAMOS, Carmem Lúcia Nogueira ET AL (orgs.) **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea.**Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MIRANDA, F.C. Pontes de. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v.7, t. II.

MÖLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**. 1 ed. 3 reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

MORIM, Edgar. **O homem e a morte**. Lisboa: Biblioteca Universitária, 1978

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal. Introdução e Parte Geral**. 31 ed. vol. 1. Atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

NOSTRE, Guilherme Alfredo de Moraes. **Bioética e Biodireito: aspectos jurídicos-penais da manipulação de embriões, do aborto e da eutanásia**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2011.

OLIVEIRA, Maria Zeneida Puga Barbosa; BARBAS, Stela. **Autonomia do Idoso e Distanásia**. Revista Bioética 2013 21 (1): 328-337.Brasília: Disponível em http:// revista bioetica. cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/823/911. Acesso em 05/12/2013.

OLIVEIRA, Wesley Felipe de. **Uma análise principialista do suicídio assistido.**Theoria – Revista Eletrônica de Filosofia. Vol 04, num. 09, ano 2012. Disponível em http: //www. theoria. com.br /edicao0212/ uma_analise_principialista_do_suicidio_assistido.pdf. Acesso em 07/12/2013.

PARAGUAI. **Codigo Penal de Paraguay**. Disponível em http:// www.oas.org/ juridico/ mla/ sp/pry/sp_pry-int-text-cp.pdf. Acesso em 18/04/2013.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cieco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERU. **Codigo Penal**. Disponível em: http://www.refworld.org/cgi-bin/ texis/ vtx/ rwmain? page=type&type=LEGISLATION&publisher=&coi=PER&docid=3e5365d84&skip=0. Acesso em 18/04/2013.

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

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

PESSOA, Laura Scalldaferri. **Pensar o final e honrar a vida: direito à morte digna**. São Paulo: Saraiva, 2013.(Coleção Agostinho Alvim)

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. In: Caderno de Direito Constitucional – 2006. Disponível em http:// www2.trf4. jus.br/ trf4/ upload/ arquivos/emagis_atividades/ccp5_flavia_piovesan.pdf. Acesso em 26 /07/ 2013.

RAWLS, John. **História da Filosofia Moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; Moureira, Diogo Luna. **Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SANTORO, Luciano de Freitas.**Morte Digna: O Direito do Paciente Terminal**. Curitiba: Juruá, 2010

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **O equilíbrio do pêndulo: a bioética e a lei, implicações médico-legais.**São Paulo: Ícone, 1998.

SANTOS, Sandra Cristina Patrício dos Santos. **Eutanásia e Suicídio Assistido: o direito e a liberdade de escolha**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra, 2011. Disponível em https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/19198/1/SANDRA%20 CRISITNA.pdf. Acesso em 02/12/2013.

SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ. **Declaração sobre a eutanásia.** In: http:// www.vatican.va/ roman_curia/congregations/cfaith/ documents/ rc_con_ cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html, 1980. Acesso em 23 de março de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCOFANO, Maria Cristina Couto. **As Bases Axiológicas para o Direito**. In: MELO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma (org.). Novos Direitos: os paradigmas da modernidade. Niterói: Impetus, 2004. Capítulo 9.

SGRECIA, Elio. **Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SINGER. Peter**. Ética Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SIQUEIRA, José Eduardo de. **A bioética e a revisão dos códigos de conduta moral dos médicos no Brasil**. Revista Bioética 2008 16 (1): 85 – 95. Disponível em: http://www. portal medico. org.br/ novocodigo/pdf/artigo_completo_jose_eduardo.pdf. Acesso em 20/03/2013.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e Sua Tutela**. 2 ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAIAR, Rogério. **A Dignidade da Pessoa Humana e o Processo Penal**. São Paulo: SRS Editora, 2008.

URUGUAI. **Código Penal**. Disponível em http:// www.oas. org/juridico/ mla/sp/ury/ sp_ ury-int-text-cp.pdf. Acesso em 18/04/2013.

VASCONCELOS, Pedro Pais. **Direito de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

VENEZUELA. **Código Penal de Venezuela**. Disponível em http:// www.oas.org/ juridico/ spanish/mesicic3_ven_anexo6.pdf. Acesso em 18/04/2013.

VIEIRA, Mônica Silveira. **Eutanásia: humanizando a visão jurídica**. 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012.

WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito: autonomia e dignidade da pessoa humana**. Petrópolis: Vozes, 2013.

WÜNSCH, Guilherme; SCHIOCCHE, Taysa. **A sutil arte de dizer adeus ou sobre a dificuldade de se viver e morrer com dignidade.** Juris – Revista da Faculdade de Direito. v.16, ano 2011. Disponível em http://www.seer.furg.br/juris/article/view/3424. Acesso em 10/12/2013.