

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Riva Sobrado De Freitas; Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-851-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis
Santa Catarina – Brasil



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e CESUPA - Centro Universitário do Pará que ocorreu nos dias 13, 14 e 15 de novembro de 2019, em Belém/PA, cujo tema foi: DIREITO, DESENVOLVIMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS: AMAZÔNIA DO SÉCULO XXI

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I, coordenado pelos professores Lucas Gonçalves da Silva e Riva Sobrado De Freitas, foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1. EUTANÁSIA NO BRASIL: DO DISCURSO HUMANISTA À CRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA
2. A COOPERAÇÃO E O PAPEL POLÍTICO DO PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIDORES DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO ACESSO À JUSTIÇA
3. A EDUCAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA
4. A HUMANIZAÇÃO NA ERA DIGITAL: A VALORIZAÇÃO DE PESSOAS NA DIGITALIZAÇÃO BANCÁRIA
5. A INCLUSÃO ESCOLAR COMO PRERROGATIVA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA
6. A INTEGRIDADE DO STF AO DESOBRIGAR O ESTADO DE FORNECER MEDICAMENTO SEM REGISTRO NA ANVISA
7. A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE DEPENDENTES QUÍMICOS: SOB VIÉS DO CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
8. DIREITO À FELICIDADE SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
9. INCAPACIDADE BIOPSISSOCIAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: UTOPIA OU NECESSIDADE?
10. O ATIVISMO JUDICIAL EM DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PARA CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA UNIDADE PRISIONAL EM IPORÁ-GO
11. O LAICISMO FRANCÊS (LACITÉ) COMO EXPRESSÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO MODERNO
12. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO EM CASOS DE DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA
13. O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO MEIO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL E INCLUSÃO DA PESSOA TRANSGÊNERO

14. TERRAS INDÍGENAS OU TERRAS DEVOLUTAS? ANÁLISE DA ACO Nº 362/MT DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

15. TRÁFICO DE PESSOAS PARA EXPLORAÇÃO DO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO: ANÁLISE DOS CASOS DOS CHINESES NO BRASIL

16. UMA CONTRIBUIÇÃO DOS DANOS EXISTÊNCIAS PARA AS POPULAÇÕES QUILOMBOLAS

17. UMA CRÍTICA À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA A RAÇA NEGRA NO BRASIL: DO HISTÓRICO DE GOLPES AO INCENTIVO À DIVERSIDADE COM COTAS RACIAIS NO ENSINO SUPERIOR.

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Profa. Dra. Riva Sobrado De Freitas - UNOESC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

EUTANÁSIA NO BRASIL: DO DISCURSO HUMANISTA À CRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA

EUTANASIA IN BRAZIL: FROM HUMANIST'S DISCOURSE TO THE CRIMINALIZATION OF CONDUCT

Lucas Gonçalves da Silva
Elaine Celina Afra da Silva Santos

Resumo

O presente artigo procura demonstrar através da análise do conceito acerca do que consiste a eutanásia, os aspectos éticos e jurídicos que estão por detrás da escolha do referido procedimento em pacientes terminais, demonstrando que, a legislação brasileira neste aspecto, não avançou para considerar o direito à morte digna, bem jurídico também tutelado pelo Estado Brasileiro. Analisa ainda o tratamento dado ao mesmo instituto em países estrangeiros que permitem a prática aqui analisada, para concluir a necessidade de avanço legislativo no ramo da bioética e do biodireito contemplando o direito subjetivo à morte digna.

Palavras-chave: Eutanásia, Morte digna, Direito à morte, Bioética e biodireito

Abstract/Resumen/Résumé

The present article seeks to demonstrate, through the analysis of the concept of euthanasia, the ethical and legal aspects behind the choice of this procedure in terminal patients, demonstrating that, in this respect, Brazilian legislation has not advanced to consider the right to dignified death, a legal right also protected by the Brazilian State. It also analyzes the treatment given to the same institute in foreign countries that allows the practice analyzed here to conclude the need for legislative advances in the field of bioethics and the right to contemplate the right to a dignified death.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Euthanasia, Dignified death, Right to die, Bioethics and biology

1.INTRODUÇÃO

Muito se fala sobre a vida humana, da sua importância e de sua precedência sobre os demais direitos, afinal, sem este pressuposto básico nada mais pode ser construído ou pensado. Pensar na vida humana é pensar na sobrevivência da espécie, na continuidade da raça humana e consequentemente no valor que a mesma possui.

A importância é tamanha que não há controvérsia acerca da primazia em se garantir tal direito, eixado à categoria de direito fundamental na maioria das legislações, assumindo assim caráter humanitário. Independentemente da cultura que se estude, o direito à vida em seu caráter original é reconhecido, assumindo pequenas ponderações no que tange à possibilidade de sua interrupção, tema este sempre polêmico como o é o que passamos a expor.

O Direito à vida traz em si o seu contraponto que é o Direito a morte. Neste artigo, defendemos o fato de que, assim como o direito substantivo ao nascimento, o ser humano também tem direito a morte, mas a uma morte digna. As condições para tanto serão analisadas oportunamente, levando-se em consideração aspectos técnicos e objetivos, descartando pois aspectos filosóficos que ensejarão análises subjetivas e em alguns casos, religiosas.

Quanto à metodologia aplicada foi utilizado o método hipotético dedutivo, com aplicação da técnica da pesquisa bibliográfica e documental que serviram de premissas teóricas para a grande maioria das considerações feitas ao longo do artigo, bem como objetivo exploratório.

Se ao virmos ao mundo nos são assegurados direitos desde a concepção, direitos estes que nos acompanham por toda nossa existência com o objetivo de nos proporcionar dignidade, por qual motivo deixaríamos a vida afastados das condições que nos permitam deixá-la da mesma forma? Independentemente do credo, raiz filosófica ou científica adotada, fato é que a ética deverá nortear toda discussão a respeito do momento em que se deixa de viver.

A Eutanásia (do grego “eu = bem” e “thanos= morte”), ou seja, “morte boa”, como forma de deixar a vida sem sofrimento, ainda não é assunto pacífico no Brasil, o qual não tem previsão legal em vigor para sua realização, tornando o assunto ainda mais polêmico, sobretudo quando se trata de decidir que caminho tomar quando um paciente encontra-se em estado terminal.

2. PROTEÇÃO JURÍDICA DA VIDA E A PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO A MORTE

O Direito a Vida é pressuposto para a realização de todos os demais direitos existentes na face da terra, por isso, enquanto verdadeiro valor supremo, é tido como inato, absoluto e irrenunciável, como dito por Diniz (2208:21) :

“ A vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar. O direito ao respeito a vida não é um direito à vida. Esta não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito de uma pessoa sobre si mesma. Logo, não há como admitir a licitude de um ato que ceife a vida humana, mesmo sob o consenso do seu titular, porque este não vive somente para si, uma vez que deve cumprir sua missão na sociedade e atingir seu aperfeiçoamento pessoal. Savigny não admite, com razão, a existência de um direito sobre si próprio; isso seria legitimar o suicídio. A vida não é o domínio da vontade livre. A vida exige que o próprio titular do direito a respeite. O direito ao respeito da vida é *excludendi alios*, ou seja, direito de exigir um comportamento negativo dos outros”.

Apesar de não concordar com a referida doutrinadora a respeito do fato de que não se pode dispor da vontade livre no que tange ao respeito à vida em situações excepcionais, como a iminência da morte em caso de sofrimento, fato é que a vida deve sempre ser respeitada e valorizada não justificando-se qualquer atitude que venha a ameaçá-la em situações normais. A questão que se coloca aqui é em quais situações seria permitida a eutanásia para os fins do direito. Para tanto é preciso estabelecer a premissa do que vem a ser vida digna.

Estabelecer o que vem a ser vida digna nos oferece o contorno do que vem a ser morte digna, pois esclarecerão os valores necessários à sua conceituação. Desta forma, a dignidade aparece como substrato necessário para qualificação do início e do fim do bem jurídico tutelado pela norma que vem a ser a vida.

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, conforme preleciona o artigo 1, III da Constituição Federal, e traz conceito extremamente

aberto, significando um conjunto de valores imprescindíveis à fruição plena do direito à vida passando pela integridade física, moral, liberdade, bem-estar e tudo aquilo que se faça necessário ao gozo pleno de todas as dimensões do ser humano. Assim, sendo fundamento de um Estado, deverá permitir o pleno gozo do direito à vida garantindo-lhe proteção. Entretanto, existirão situações em que este direito supremo poderá entrar em conflito com outro direito, como no¹ caso que aqui enfrentamos, o direito a uma morte digna. É direito fundamental tanto a dignidade em vida como a dignidade numa passagem não traumatizante.

A legislação brasileira não prevê em qualquer de seus dispositivos o direito expresso à morte, seja por opção legislativa, seja por omissão do legislador que, ao fazer apenas menção ao direito à vida, não quis prever situações em que a morte iminente causaria dor e sofrimento ao seu titular, de forma que a regulamentação da mesma implicaria em dignidade do ser humano no fim de sua vida.

A dignidade, como dito anteriormente, é um valor que abrange diversas acepções ligadas ao indivíduo, dentre elas o direito a ter uma morte serena, tranquila, sem sofrimento, toda vez que isso fosse possível como no caso de doentes terminais. Por mais que a discussão seja pesada e difícil, é preciso prever situações em que a morte é iminente e postergá-la seria causar mal maior ao ser humano, que como assegurado pela Constituição, tem direito à dignidade ao ingressar e também, ao deixar a vida. A mesma moral que serviu de base para entender que o homem merece viver uma vida cercada de condições benéficas ao seu desenvolvimento, deverá nortear a noção de que, ao deixá-la, o fará da forma menos traumática possível.

Depreende-se que esta foi também a opção do legislador constituinte originário, pois, no rol de direitos e garantias fundamentais, proibiu que a vida fosse extinta, através da vedação da pena de morte, ou ainda, fosse submetida a situações cruéis ou degradantes, garantindo-se assim a *contrarii sensu* que a morte se desse de maneira digna, (artigo 5, inciso XLVII da Constituição Federal Brasileira). E é isso que defendemos, que a par das considerações religiosas ou filosóficas sobre a morte, o indivíduo que esteja em estado terminal não sofra além do necessário para uma passagem tranquila ao outro plano.

E como coadunar o direito à vida, a dignidade da pessoa humana e o direito à morte? Na verdade o que se prega, e já não é novidade, é a ponderação de interesses e sua técnica de

¹SILVA, Lucas Gonçalves da.; DETONI, Andréa Galvão Rocha. A proteção dos direitos fundamentais à luz da sociedade de informação. In: VEIGA, Fábio da Sila; GONÇALVES, Rúben Miranda (Orgs.). **O direito constitucional e seu papel na construção do cenário jurídico global**. Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, v. 1, p. 607-617, 2016.

sopesamento de princípios igualmente fundamentais, já preconizada por Daniel Sarmiento² e que resultará na aplicação daquele princípio que permita a maior realização do ideal de dignidade do ser humano, o que pode ser inclusive o direito a uma boa morte (*Euthanásia*). Aliás, é o que vem fazendo o Tribunais Superiores em países como a Colômbia, no julgamento de *hard cases*³.

3.EUTANÁSIA. ESPÉCIES E LIMITES.

Antes de adentrar no aspecto ético da escolha pela morte, é necessário esclarecer que existem vários tipos de eutanásia e estas espécies precisam ser esclarecidas, tendo em vista a importância em se estabelecer o momento em que se permite a morte do indivíduo, ou melhor, até que momento é viável insistir na manutenção da vida. Apesar de algumas controvérsias, a maioria dos autores entendem que, em comum, existe a necessidade de que a morte seja provocada por sentimento de compaixão ou piedade e que a pessoa visada esteja acometida de uma doença incurável.

Assim, é imperioso esclarecer que para que se fale em Eutanásia, pressupõe-se que o ser objeto da ação não esteja gozando de plena saúde, pelo contrário, deverá estar em situação na qual a morte seja o melhor remédio. Isto acontece comumente em doenças de caráter terminal como o câncer em estado avançado ou doenças de caráter degenerativo. As doenças degenerativas são aquelas que comprometem as funções vitais do indivíduo em caráter irreversível e crescente. Elas recebem esse nome porque causam a degeneração de células, tecidos e órgãos a ponto de o indivíduo perder completamente a qualidade de vida, sendo portanto, vislumbrada a possibilidade de se lhe abreviar a vida e exterminar seu sofrimento.

A Eutanásia seria o procedimento antecipatório da morte por motivo de piedade e compaixão,

² SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1 Ed. 3 Tiragem. 2003. Rio de Janeiro.

³Citarei aqui o caso do francês [Vincent Humbert](https://www.papodehomem.com.br/o-caso-eluana-englaro-e-a-discussao-sobre-eutanasia), que levou toda a sociedade francesa a rediscutir a lei local sobre eutanásia. Vítima de um grave acidente automobilístico aos 19 anos, em 24/9/2000, Vincent ficou tetraplégico, mudo e cego, e só conseguia movimentar um de seus polegares, com o qual se comunicava com a mãe. No auge da discussão, Vincent “escreveu” uma carta ao então presidente Jacques Chirac, pleiteando o direito de morrer e solicitando a descriminalização da eutanásia...Diante do desejo de seu filho de se ver livre do sofrimento provocado por sua condição, Marie Humbert, no mesmo dia do lançamento do livro de Vincent, teria misturado aos alimentos ministrados a Vincent através de uma sonda uma mistura de barbitúricos, que teriam provocado o coma e morte do jovem um dia depois do lançamento do livro. Foi presa e aguarda julgamento em liberdade. Para alguns juristas, apesar do caso configurar crime perante o ordenamento jurídico francês, há que se aplicar a ponderação de princípios. De um lado, o direito à vida. De outro, a noção de dignidade humana, que foi retirada de Vincent no momento do acidente, e sendo assim, a admissão do sacrifício do direito à vida em prol da dignidade humana seria uma boa solução para esse choque de princípios. Acesso em <<https://www.papodehomem.com.br/o-caso-eluana-englaro-e-a-discussao-sobre-eutanasia>> 01.06.2019.

podendo assumir caráter ativo, quando a morte é provocada por uma ação, a exemplo da aplicação de uma injeção letal; ou ainda passivo, quando a morte ocorre por omissão em se iniciar uma ação médica que garantiria a perpetuação da sobrevivência da pessoa.

O mesmo não se diga em relação a Ortotanásia, que significa o não prolongamento do processo de morte para além do necessário, além do que seria natural. Neste caso, os médicos atuam dentro dos limites da medicina visando o tratamento do paciente, sem que seja forçado além do necessário para manter a vida a qualquer custo. O princípio aqui levantado é o da dignidade da pessoa humana, onde a solidariedade e a benignidade devem prevalecer, oferecendo ao paciente o que for necessário ao seu tratamento, ou até mesmo cura, sem que isso represente mantê-lo submetido a tratamentos desgastantes que apenas lhe garantam sobrevivência, impedindo o processo natural da morte.

Aliás é interessante notar que a morte é tema evitado pela humanidade e que deveria ser tratado de forma natural pelas pessoas, afinal de contas é etapa natural da vida e, se respeitada, pode significar reflexo de solidariedade e compaixão com o próximo. Isto não se quer dizer que a morte deve ser incentivada, pelo contrário, a referida conduta tem previsão legal com o tipo do Induzimento, Instigação ou Auxílio ao suicídio, previsto no artigo 122 do Código Penal, com pena de 2 a 6 anos se o suicídio se consuma e de 1 a 3 se da tentativa do suicídio resulta lesão corporal⁴.

O mesmo se diga quanto a proibição sobre o Suicídio Assistido, que consiste no pedido feito por uma pessoa a outra para morrer. Neste caso, exige-se que o interessado esteja consciente de sua escolha, havendo quem defenda que não seria um ato desvalioso, porque estaria agindo o solicitado responsável pela assistência ao moribundo, em favor da dignidade humana.⁵ Fato é que nos jornais estrangeiros, muitos casos sobre suicídio assistido levados a cabo são anunciados, em países cuja conduta não se constitui crime.

No Brasil, não há norma que discipline a matéria nem proibindo nem permitindo o evento, de forma que defendemos a necessidade de regulamentação da matéria, sobretudo no campo da ortotanásia como dito acima, tendo em vista o dilema ético vivido por médicos intensivistas que, diante de uma situação onde os cuidados ao paciente terminal já foram tomados e não surtem mais efeitos, se vê diante da situação de não prolongar a vida daqueles pacientes para além do necessário.

Neste sentido, importante esclarecer o que vem a ser a Distanásia, que é o antônimo da

⁴ Vade Mecum. Ed. Especial. 2018. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais.

⁵ Gomes, Luis Flávio. Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: o dono da vida, o ser humano é também o dono da sua própria morte? Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9437>> Acesso em 23 mai.2019.

eutanásia e consiste no prolongamento artificial do processo da morte, com sofrimento, conforme NAMBA, 2009. Este procedimento, abominado na classe médica e muitas vezes incentivado pelos familiares do paciente, tendo em vista que em nome de uma maior sobrevida, acaba prolongando o processo da morte, pode ainda ser explicado por fatos que se distanciam do propósito de valorização do ser humano que é o lucro exacerbado ou vaidade médica.

Os limites éticos que separam o razoável da criminalização da conduta reside no fato de se respeitarem as condições mínimas de tratamento ao paciente em estado terminal, de forma que o mesmo possa ter uma morte digna ou tranquila quando encerrados os meios que possibilitem uma vida digna, de forma que estando ciente da sua escolha, possa eleger a eutanásia ou a ortotanásia no caso dos médicos, como forma de abreviação da vida.

A razoabilidade na análise de cada caso permitirá saber se o paciente encontra-se em estado terminal, o que deverá logicamente ser aferido por uma junta médica, sob pena de caracterização de auxílio ao suicídio, e agindo com livre consentimento da vontade, em estado de consciência e objetivando o alívio para o seu sofrimento, e consequentemente, a antecipação da morte como forma de alívio, o que autorizaria a Eutanásia ou a Ortotanásia.

Outra questão que se coloca é uma possível incriminação dos agentes responsáveis pela Eutanásia, tendo em vista que poderia ser entendida como resultado de um ato criminoso. Para tanto, filiamo-nos ao pensamento de Luiz Flávio Gomes o qual bem pontua em artigo sobre o tema⁶, que, havendo justo motivo para a morte, haveria de ser afastada a tipicidade do tipo de homicídio ou instigação ao suicídio:

“Todas as normas e princípios constitucionais pertinentes (artigos 1º, IV - dignidade da pessoa humana -; 5º: liberdade e autonomia da vontade etc.) conduzem à conclusão de que não se trata de uma morte (ou antecipação dela) desarrazoada (ou abusiva ou arbitrária).

Não há dúvida que o art. 5º da CF assegura a inviolabilidade da vida, mas não existe direito absoluto. Feliz, portanto, a redação do art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que diz: ninguém pode ser privado da vida "arbitrariamente".

Há muitos que afirmam que a vida e a morte pertencem a Deus (isso decorre da relevante liberdade constitucional de crença). Mas no plano terreno (e jurídico) o que temos que considerar é a Constituição Federal, os tratados internacionais e o Direito infraconstitucional. Na esfera constitucional o

⁶ Artigo extraído do sítio <<https://jus.com.br/artigos/9437/eutanasia-morte-assistida-e-ortotanasia>> Acesso em 25.05.10 as 20:51.

fundamental nos parece respeitar os princípios da dignidade humana e da liberdade (que significa direito à autodeterminação). Eles não conflitam com o direito à eutanásia ou [ortotanásia](#) ou morte assistida, ao contrário, constituem a base da chamada "morte digna".

Por seu turno, proclama o Direito Internacional vigente no Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 6º, e Convenção Americana sobre [Direitos Humanos](#) – Pacto de San Jose -, art. 4º), que conta com *status* supralegal, nos termos do voto do Min. Gilmar Mendes (STF, RE 466.343-SP, rel. Min. Cezar Peluso), o seguinte: o direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deve ser protegido por lei e ninguém pode ser *arbitrariamente* privado dele.

Enfatizando-se: ninguém pode ser privado da vida *arbitrariamente*. Em consequência, havendo justo motivo ou razões fundadas, não há como deixar de afastar a tipicidade material do fato (por se tratar de resultado jurídico não desvalioso). Essa conclusão nos parece válida seja para a ortotanásia, seja para a eutanásia, seja para a morte assistida, seja, enfim, para o [aborto](#) anencefálico. Em todas essas situações, desde que presentes algumas sérias, razoáveis e comprovadas condições, não se dá uma morte arbitrária ou abusiva ou homicida (isto é, criminoso).”

A Ortotanásia, que consiste no não prolongamento do processo de morte além do que seria natural, leva em consideração a benignidade humana e justamente a noção de que ao homem também cabe decidir até quando se deve viver diante de um estado de vida que não lhe garanta dignidade suficiente para fazer valer qualquer medida que lhe garanta uma sobrevida.

Muitas são as posições contrárias a este ato, entretanto, é interessante conscientizar-se de que não é em qualquer caso que a ortotanásia se justifica, mas tão somente naqueles em que não se permita, sem ônus para o paciente, a manutenção do seu estado de sobrevida, considerando que fazê-lo, implicaria sofrimento ao paciente. Outra questão é o fato de que tal procedimento só poderia ser feito por médicos, o que aliás já foi objeto de discussão entre a classe médica, que chegou a aprovar uma Resolução sobre o tema (a Resolução 1.805/2006, de 29.11.2006, do Conselho Federal de Medicina), a qual objetivava justamente regulamentar a matéria, permitindo ao médico dentro da sua consciência técnica e com o consentimento do paciente ou de seu representante legal, limitar ou até mesmo suspender qualquer tipo de tratamento que visassem prolongar a sobrevida do paciente.

A discussão ética que envolve tal conduta faz com que pensemos até que ponto seria justo privar o paciente desta possibilidade, considerando que a ausência dos recursos que o mantenham vivo implicariam na sua morte, de sorte que devemos separar o “joio do trigo”

pois, ao se falar em ortotanásia, não se está querendo significar que o paciente seria privado dos cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento ou aqueles inerentes a nutrição, que seriam garantidos. O limite mencionado no referido instituto diz respeito a tratamentos e procedimentos que prolonguem ou visem prolongar a vida do paciente, sem qualquer comprovação sobre a sua cura.

Estes limites estão bem delimitados na referida Resolução, a qual restringe esta decisão aos médicos em compartilhamento com a família, mas que foi suspensa por força de decisão judicial tomada na Ação Civil Pública n 2007.34.00.014809-3 da lavra do MM Juiz de Direito Luis Luchi Demo, o que nos traduz a forte carga ética que permeia o pensamento jurídico quando se fala de morte assistida.

Aliás, são poucos os países que evoluíram em termos de legislação sobre morte assistida, a fim de permitir o instituto da Eutanásia ou da Ortotanásia como vimos acima, países estes que na Europa, já passaram pelas discussões que ora se travam no Brasil. É o caso da Holanda, primeiro país a permitir legalmente a Eutanásia no mundo, o que foi feito a partir de 2007, como dito por NAMBA, 2009, de forma que a ética médica já esteja adequada após anos de discussão sobre o tema, fazendo com que a jurisprudência se adequasse às necessidades do Biodireito.

A verdade é que a humanidade sempre temeu a morte e como é tema evitado, tendo em vista as questões emocionais que vêm a tona ao falar do tema, normalmente a discussão cinge-se ao direito à vida, este inquestionável, inderrogável e unânime enquanto prioridade no mundo. Entretanto, é necessário enfrentar o tema de maneira razoável, entendendo que a morte também é um direito fundamental do indivíduo seja em não ser submetido a sofrimento insuportável, seja em ter o direito de não lhe ser postergado o momento natural de sua morte.

O que procurou fazer o Conselho Federal de Medicina foi regulamentar a conduta médica nesta tênue linha que separa a Eutanásia, a Ortotanásia e o Suicídio Assistido, de forma que o Judiciário não precisasse ser chamado a cada vez que uma família estivesse com um familiar em estado terminal e diante da difícil decisão em postergar a morte ou antecipar a mesma de maneira digna.

Diz-se que o Suicídio Assistido não é conduta criminalizada, tendo em vista que existe o tipo penal previsto no artigo 122 do Código Penal Brasileiro, que é o do Induzimento, Instigação ou Auxílio ao Suicídio e que se caracteriza pelo auxílio de terceira pessoa ao paciente que pretende, pois ascende o mesmo raciocínio feito anteriormente e exposto através do artigo de Luis Flavio Gomes, qual seja, o fato de que a terceira pessoa não age por um motivo

desvalioso, contra a dignidade da pessoa humana, mas sim a favor dela.

Nessa situação, o doente está consciente, manifestando sua opção pela morte, de forma que atua no âmbito da sua livre convicção, afastando a má-fé do terceiro auxiliar, que age como verdadeira ferramenta a serviço da vontade daquele que pediu. Esta situação é amplamente retratada na indústria cinematográfica ante ao alto grau de dramaticidade que carrega seu conteúdo, como podemos verificar na película 'Menina de Ouro', 2004, com participação e direção do consagrado Ator Clint Eastwood, onde uma lutadora de box, após consagração na carreira sofre um acidente no ringue e acaba tetraplégica, recorrendo ao referido ator/acompanhante para que ajude-a a pôr fim em sua vida, como forma de amenizar o seu sofrimento. A cena retratada no momento em que o mesmo ministra injeção letal, demonstra perfeitamente modo de Suicídio Assistido que, no Brasil, seria enquadrado como crime de Auxílio ao Suicídio, submetendo seu agente a uma pena que varia de 2 a 6 anos de reclusão.

A opção do legislador brasileiro foi criminalizar a conduta como tal, argumentando-se a favor da vida daquele que a pretende tirar, de forma que só haverá incriminação do terceiro participante se houver resultado relevante, consistente em lesão corporal ou morte, o que pode ser interpretado como opção do legislador em atribuir relevância ao ato simplesmente quando houver ofensa à integridade física da pessoa objeto da ação.

Por isso há quem defenda, como NUCCI, 2018, a inconstitucionalidade parcial do referido dispositivo pois:

“Se há a viabilidade de se antecipar a morte de alguém moribundo, é preciso repensar o crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio. Em primeiro plano, quem induz (dá a ideia), pratica conduta ínfima, passível de ser considerada mera bagatela. Em segundo, quem instiga ideia de suicídio já existente em determinado indivíduo, nada mais faz do que opinar; conduta essa que nos soa bagatela. Resta o auxílio, como fornecer o veneno ou a arma de fogo para o suicídio se realizar. Pode-se argumentar que depende: a) auxiliar quem deseja morrer porque está gravemente enfermo, sem chance de cura (ortotanásia) não pode ser considerado fato típico; b) auxiliar quem está gravemente enfermo, mas ainda há como lutar contra a doença, é questão delicada, pois cada ser humano age e reage de um jeito. Pode o Estado *forçar* o ser humano a lutar, com dor, perda, angústia etc., a

tentar vencer certa doença? Não cremos. Por isso, quem auxilia outrem a cometer suicídio, sabendo que a vítima está gravemente enferma e somente se buscaria tratamentos alternativos, parece-nos fato atípico. “

Portanto, cada vez mais se amadurece a discussão acerca da ausência de fato típico em casos em que se indique a Ortotanásia, a Eutanásia ou ocorra o Suicídio Assistido, tendo em vista o conceito antes explicitado de que o ser humano tem direito a uma morte digna. Além disso, pode se dizer, com arrimo no que foi dito acima por NUCCI, que estamos vivendo em novos tempos, onde se consagra a autonomia da vontade do agente maior e capaz, razão pela qual o discurso ético moralista desprendido do verdadeiro objetivo daquelas medidas deve ser afastado.

Em que pese não haja no Brasil norma que discipline a matéria, seja permitindo ou proibindo expressamente, não se tem admitido a sua prática como vimos pelo tipos legais acima mencionados, entendendo que mesmo estando doente e agonizante, estar-se-ia atentando contra a vida de alguém.

Ao contrário do Brasil, países como a Holanda, a Bélgica⁷, Suíça, Canadá e o Estado de Oregon, nos Estados Unidos da América, permitem a realização da Eutanásia. O interessante notar é que as referidas sociedades passaram por discussões prévias sobre o tema, o que lhes permitiu maturidade para a edição de legislação pertinente, de modo que, seja através da recorrência de casos que chegavam aos Tribunais e que ensejou diretrizes emanadas de um Comitê Nacional de Bioética na Bélgica, seja por fruto de evolução da jurisprudência como no caso da Holanda, a discussão evoluiu e traduziu a vontade popular em suas leis.

No caso da América Latina, a Colômbia segue sendo o único país a ter a prática legalizada, não com menos discussão e divergência como nos demais países. O tema fora repetidas vezes levado à Corte Constitucional, que chegou a provocar o Congresso 03 vezes para que legislasse sobre o tema, mas nunca foi levado a efeito, havendo a necessidade de pronunciamento daquela Corte Constitucional para que a matéria passasse a ser regulamentada.

O tema, de caráter controvertido como já dito no presente artigo, contava com pouca adesão por parte da ala conservadora, formada principalmente por blocos religiosos, o que corrobora nossa afirmação de que as convicções religiosas acabam por permear a discussão sobre o

⁷ GOLDIM. José Roberto. Eutanásia – Bélgica. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/bioetica/eutabel.htm>> Acesso em 25.05.2019 as 23:30.

direito à morte digna, o que foi bem pontuado pelo jornalista Santiago Torrado no jornal El País:

A [Colômbia](#), única nação da [América Latina](#) com um procedimento definido para a prática da [eutanásia](#) em adultos, só agora começa a conviver com o direito a uma morte digna. Em meio a um renovado debate, tornou-se na sexta-feira o terceiro país no mundo, depois da Holanda e da Bélgica, a regular essa prática também entre os pacientes menores de idade que se recusem a sofrer os efeitos de uma doença terminal.

Embora a eutanásia tenha sido legalizada há mais de 20 anos neste país de [tradição católica](#), só em 2015 ela foi regulamentada para os adultos, e desde então 40 pacientes se submeteram a um procedimento que enfrenta a rejeição dos setores mais religiosos e conservadores. Onde alguns veem um triunfo da empatia e da compaixão, outros falam em uma “cultura da morte”.

No ano passado, a Corte Constitucional ordenou que o Governo “torne efetivo o direito de meninos, meninas e adolescentes a morrerem com dignidade”. O Ministério de Saúde respondeu com uma resolução, publicada na tarde de sexta-feira, que estabelece situações específicas para diferentes faixas etárias, sempre sob a condição de que a doença seja terminal e [o sofrimento do paciente seja constante, insuportável e não possa ser aliviado](#). Os hospitais devem formar comitês multidisciplinares para garantir que todas essas condições sejam cumpridas.

É necessário o consentimento inequívoco do paciente, e é a partir dos 12 anos que “o conceito de morte se consolida como irreversível, universal e inexorável”, afirma a resolução. Os menores de 6 anos ficam excluídos, assim como aqueles com deficiências mentais ou transtornos psiquiátricos “que alterem a competência para entender, raciocinar e emitir um julgamento reflexivo”. Entre os 6 e os 12 anos, a eutanásia só poderá ser praticada em casos excepcionais, e entre 12 e 14 prevalece a autonomia do menor, mas será obrigatória o consentimento dos pais. A partir dos 14, conta apenas a vontade do adolescente.

A morte assistida foi despenalizada em 1997, graças a uma emblemática sentença da Corte Constitucional que muitos apontam como uma eloquente defesa das liberdades individuais. “O direito a viver de forma digna implica também o direito a morrer dignamente”, diz a exposição do falecido magistrado Carlos Gaviria, que enfatizava o caráter terminal da doença e [a plena vontade do paciente](#). “Nada é mais cruel que obrigar uma pessoa a sobreviver em meio a padecimentos oprobriosos, em nome de crenças alheias”, argumentou.

O assunto passou mais de uma década parado, até que uma nova sentença do tribunal supremo a retomou em 2014, o que obrigou o Ministério da Saúde a regulamentar a eutanásia no ano seguinte. O célebre primeiro caso foi o de Ovidio González Correa, um sapateiro de 79 anos que estava ficando sem

rosto por causa de um agressivo câncer na boca. O paciente, pai do famoso caricaturista colombiano Julio César González, conhecido como *Matador*, tinha perdido o olfato e o paladar, e seu peso diminuiu de 81 para 48 quilos.

Veja-se ainda que, além de ser pioneiro na regulamentação do tema, posto que desde 1997 despenalizou a conduta da Eutanásia, o país segue firme na posição do ranking, tendo em vista a decisão da Corte Constitucional no sentido de que fosse regulamentada a Eutanásia em menores de idade, o que foi feito pelo Ministério da Saúde em 2018, permitindo que “Entre os 6 e os 12 anos, a eutanásia só poderá ser praticada em casos excepcionais, e entre 12 e 14 prevalece a autonomia do menor, mas será obrigatória o consentimento dos pais. A partir dos 14, conta apenas a vontade do adolescente.”⁸

Diz-se estar a Colômbia na vanguarda sobre o tema pois, países como Portugal, europeu e portanto, teoricamente mais avançado na discussão, discordou com a possibilidade da Eutanásia, sob o argumento de ser inaceitável a morte provocada, em afronta à inviolabilidade da vida humana, nos termos do artigo 24, n 1, da Constituição da República Portuguesa.⁹

No Brasil, conforme dito anteriormente, ainda não há legislação regulamentando a matéria, mas apenas projetos de lei que tramitam tratando do assunto. É o caso dos Projetos de Lei números 3.002/2008, 5.008/2009, 6.544/2009 e finalmente o 6.715/09 ao qual foram apensados os demais, tratando do tema ligado à Ortotanásia, ou seja, a possibilidade de mantidos os cuidados necessários ao bem-estar do paciente, a possibilidade de serem suspensos ou interrompidos os procedimentos médicos terapêuticos desproporcionais e extraordinários para manutenção artificial da vida.

Pelo que se nota no referido projeto, o médico está autorizado ao procedimento da Ortotanásia, desde que atendidos alguns requisitos, quais sejam: paciente em situação de morte iminente e inevitável, a manutenção do atendimento dos cuidados ordinários do paciente; haver o consentimento do paciente ou familiar responsável e, finalmente, parecer atestado por dois médicos.

Com este aparato legislativo, os médicos estariam livres da responsabilização criminal pelo delito de Instigação, Induzimento ou Auxílio ao Suicídio, posto que movidos por fins altruísticos e devidamente autorizados pelo paciente ou pela família. Isto conferiria maior tranquilidade aos profissionais da área de saúde e permitiria ao paciente a realização do

⁸ TORRADO. Santiago. Colômbia regulamenta Eutanásia para Crianças e Adolescentes. Bogotá, 11 de março de 2018. Artigo publicado em https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/10/internacional/1520696972_962348.html Acesso em 25.05.2019 as 23:20.

⁹ Em sentido contrário, fornecendo diretrizes de procedimentos médicos objetivando uniformização: NUNES. Rui. Proposta sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais. In *Biética*. Conselho Federal de Medicina – CFM, vol. 17, n.1, 2009, p.29-39.

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na sua vertente Direito a Morte Digna.

O Substitutivo a este projeto de Lei que ora se discute, fora aprovado pela Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados, devendo seguir para Comissão de Constituição e Justiça da mesma casa. O que importa é que o tema encontra-se em discussão, atendendo aos anseios da população e adequando a conduta do profissional de saúde à legislação criminal sem que se criminalize a conduta quando pautada nos requisitos acima citados.

Convém lembrar ainda que apesar do início da tratativa do tema pelo Legislativo brasileiro, o Projeto de Lei acima mencionado não explora as hipóteses de Eutanásia ou Ortotanásia em pacientes menores de idade, como fez a Colômbia, ou para os pacientes em estado vegetativo, cuja vontade não se poderia perquirir e cujo estado vegetativo não implica, necessariamente, em encurtamento, abreviação da vida.

Enquanto isso, os médicos podem se utilizar do Código de Ética do Hospital Brasileiro, o qual prevê em seu artigo 8 prevê a possibilidade de interrupção/suspensão dos tratamentos ao paciente em casos irreversíveis, doenças terminais após parecer médico subscrito por comissão especialmente designada para esse fim.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Vimos que a discussão acerca do direito à morte é tema controvertido e evitado dado a carga emocional e valorativa ligada ao mesmo, mas que precisa ser enfrentada. Pensamos que falar no Direito à morte digna é viés principiológico do Direito à vida e Dignidade da pessoa humana, pois em casos específicos, a abreviação da vida é a melhor alternativa para acabar com o sofrimento de pacientes terminais.

Desta forma, dentre as espécies de abreviação à vida a Eutanásia e a Ortotanásia se apresentam como alternativas aos pacientes acometidos por doenças degenerativas ou terminais, que objetivam por termo ao sofrimento causado por esta situação, pois a primeira objetiva uma morte digna com sua abreviação, e a outra o não prolongamento da vida através de mecanismos artificiais que prolonguem o processo de morte.

Em outros países estrangeiros a prática já é admitida, envolvendo a necessidade de alguns requisitos como vontade do paciente ou autorização da família e manutenção das condições de nutrição e ausência de sofrimento. Fato é que a última vontade efetivamente é do paciente monitorado por uma junta médica sobre o caso.

No , a questão encontra-se parada na Câmara dos Deputados, através dos projetos de lei acima mencionados, de forma que entendemos que o país precisa evoluir nesta discussão, a fim de permitir estes institutos de forma a realizar o princípio da dignidade da pessoa humana ao fim dos dias na terra, ao se garantir uma morte digna e sem sofrimentos a todo homem.

6. REFERÊNCIAS

DINIZ. Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo. Saraiva. 2008.

GOMES. Luis Flávio. Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: o dono da vida, o ser humano é também o dono da sua própria morte? Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9437>> Acesso em 23 mai.2019.

NAMBA. Edison Tetsuzo. Manual de Bioética e Biodireito. São Paulo: Ed. Atlas. 2009.

NUCCI. Guilherme de Souza. Inconstitucionalidade parcial da Instigação ao Suicídio. Artigo publicado<<https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/566279443/inconstitucionalidade-parcial-da-instigacao-ao-suicidio>> acesso em 25.05.2019 as 22:21hs.

NUNES. Rui. Proposta sobre suspensão e abstenção de tratamento em doentes terminais. *In Biética*. Conselho Federal de Medicina – CFM, vol. 17, n.1, 2009, p.29-39.

TANAKA. Sônia Yuriiko Kanashito, Coord. e Outros. Estudos Avançados de Biodireito. 1. ed- Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

TORRADO. Santiago. Colômbia regulamenta Eutanásia para Crianças e Adolescentes. Bogotá, 11 de março de 2018. Artigo publicado em <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/10/internacional/1520696972_962348.html> Acesso em 25.05.2019 as 23:20.

VADE MECUM. Constituição Federal Brasileira. Edição Especial. Ed. Revista dos Tribunais.

2018.