

# **XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS**

**BIODIREITO**

**LIZIANE PAIXAO SILVA OLIVEIRA**

**RIVA SOBRADO DE FREITAS**

**SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

B615

Biodireito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Riva Sobrado de Freitas, Liziane Paixão Silva Oliveira, Simone Letícia Severo e Sousa. – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-030-5

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Biodireito. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



# **XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS**

## **BIODIREITO**

---

### **Apresentação**

(O texto de apresentação deste GT será disponibilizado em breve)

**O DIREITO DE MORRER E A NOVA PERCEPÇÃO DE MORTE: A EUTANÁSIA  
COMO PROTEÇÃO DA INDIVIDUALIDADE E DA JUSTIÇA SOCIAL**

**THE RIGHT TO DIE AND THE NEW PERCEPTION OF DEATH: EUTHANASIA  
AS PROTECTION OF INDIVIDUALITY AND SOCIAL JUSTICE.**

**Paula Velho Leonardo  
Rosana Gomes da Rosa**

**Resumo**

O presente artigo investiga como o direito de morrer é tratado no ordenamento jurídico brasileiro, juntamente com a nova concepção de morte em face da medicina legal e a possibilidade da prática da eutanásia, como meio de realização do princípio da dignidade da pessoa humana e justiça social, para àqueles que desejam a morte como meio de findar o sofrimento contínuo, que acometem os indivíduos que possuem enfermidades incapacitantes, sejam físicas ou mentais. Nesse contexto, verificar-se-á um impasse acerca das respostas individuais e sociais em relação ao debate ético, para admitir a racionalidade e validade do direito de morrer, como inerente à dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Direito de morrer, Justiça social, Eutanásia, Bioética, Dignidade da pessoa humana.

**Abstract/Resumen/Résumé**

This article investigates how the right to die is treated in the Brazilian legal system, along with the new conception of death in face of legal medicine and the possibility of the practice of euthanasia as a implementation of the principle of human dignity and social justice for those who desire death as a way to end the eternal suffering that affect individuals who have incapacitate diseases, whether physical or mental. In this context, this article verifies an impasse concerning the individual and social responses to the ethical debate, to admit the rationality and validity of the right to die, as intrinsic to human dignity.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Right to die, Social justice, Euthanasia, Bioethics, Dignity of human person.

## 1 INTRODUÇÃO

A consolidação normativa vivenciada pelo ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Federal de 1988 é bastante omissa acerca do direito de morrer, o que tem levado juristas e doutrinadores a encarar o exercício de um direito sob o viés do ilícito penal. No entanto, verificado através da lente constitucional, entende-se ser possível inserir o tema da eutanásia como uma garantia, um direito personalíssimo, que se substancia junto ao princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988).

A percepção social da morte tem sido encarada sob prismas diversos, com fortes influências culturais e religiosas. Embora algumas sociedades permitam – ou até mesmo estimulem – a morte de indivíduos acometidos por doenças incapacitantes (física ou mentalmente), a legislação brasileira considera homicídio toda e qualquer forma de interferência (omissiva ou comissiva) que venha a antecipar a morte do indivíduo.

A figura da eutanásia tem sido bastante discutida por operadores das ciências da saúde. Sua origem etimológica define a ‘boa morte’, (eu: boa; thanatos: morte), a sua definição na prática atualmente concebida objetiva adiantar o curso natural da morte, provocando o óbito aos indivíduos que estão em estado de sofrimento constante e enfermidade incurável.

Em vista das divergências político-sociais e normativas constantes na atualidade brasileira, verifica-se a necessidade de definir objetivamente os limites e a prática da eutanásia no Brasil. Para tanto a negativa geral ao direito de morrer não pode mais ser admitido como uma verdade suprema, visto que se encontra em confronto com princípios constitucionais, para os quais – em tese – não haveria hierarquia.

Trata-se portanto, de uma discussão que abrange a ética que deve disciplinar tanto o direito à vida quanto o direito à morte. Através dos princípios que regem a bioética – justiça; beneficência; não-maleficência e autonomia – é possível traçar um paralelo à efetividade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. No entanto, conforme será defendido no presente artigo, o direito de morrer deve ser visto tanto sob o prisma da ética quanto da dignidade humana, para que assim possa ser admitida a existência de justiça social.

## **2 A PERCEPÇÃO DA MORTE NA ATUALIDADE: CONCEITOS E REPERCUSSÃO SOCIAL**

A temática morte nos remete diretamente ao assunto VIDA. É tão óbvio, como a relação dos animais no ecossistema, quando a morte de um, significa a sobrevivência de outro. Nessa dialética, o ser humano também luta pela sua vivência diária, externando um objetivo latente que é a manutenção da vida saudável, plena e cheia de felicidade, com a finalidade de postergar o fim da mesma. Mas há aqueles que buscam outros caminhos, problematizando o real sentido da vida e porque mantê-la.

Nesse diapasão, acompanhamos a reação das pessoas quando a morte chega a seus lares, no seu meio social, entrando sem bater na porta. A morte é assim, repentina. Se fosse previsível em todos os momentos, não seria um fenômeno mitificado pela religião, discutido na filosofia e nem normatizado em nosso ordenamento jurídico. Esse mistério, que outrora era polêmico quando explorado, hoje conserva em si um grau de estudo, que invade as questões de ética na ciência e suas tecnologias. Justamente nessa área, encontramos uma nova perspectiva de análise, visto que o avanço alcançado pela ciência, na cura de doenças e no estudo da genética, nos faz situar nossos conceitos de vida e de morte dentro de outros vieses.

Para chegarmos à problemática desse trabalho, qual seja, uma nova percepção da morte, desde as questões individuais até as questões de justiça social, percorreremos a normatização vigente quanto aos aspectos da vida e da morte no nosso ordenamento jurídico, a começar pelo direito da vida, previsto constitucionalmente. Na Carta de 1988, o constituinte traz no caput do artigo 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida. A proteção exercida sobre a vida se justifica pelo fato que sem ela, grande parcela dos direitos não serão alcançados, constitui um pré-requisito para o exercício da maior parte deles. Alexandre de Moraes (2006, p. 31) contribui, quando afirma que a Constituição Federal proclama o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

Quando o assunto é morte, encontramos pouca legislação que regulamente ou resguarde os casos relacionados à temática, geralmente passando pela esfera penal, ética e da

medicina-legal, como no caso da tanatologia. E nesse ensejo, aproveitamo-nos desse conhecimento técnico-científico, para verificar o conceito e os critérios para o diagnóstico de morte. França (2013, p. 380) traz que

[...] a definição mais simples e tradicional de morte é aquela que a considerava como a cessação total e permanente das funções vitais, e assim a lei admitia, sem procurar se aprofundar em seus detalhes. Esse conceito, antes aceito, constituiu-se por muito tempo pacífico, até que surgiram os modernos processos de transplantação de órgãos e tecidos, passando, daí em diante, a se rever o exato momento de considerar alguém morto. Não se pode atualmente aplaudir a idéia de que o corpo só pode estar em dois estados – de vida ou de morte –, pois é sabido que a morte se produz por etapas sucessivas, em determinado espaço de tempo, individualizado e dependente de sua causa, e, por isso, não é ela simplesmente um momento ou um instante, como defendem os espiritualistas, mas um verdadeiro processo. Sabe-se também que os meios anteriormente disponíveis pela Medicina Legal para precisar a morte, quando no interesse dos transplantes, eram precários. Daí surgir, nos dias atuais, um novo conceito: a morte encefálica.

Esses novos critérios foram estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 1.480/1997, que define que a morte se dá com a parada total e irreversível das atividades encefálicas, substituindo o conceito que dizia que a morte era quando houvesse a parada definitiva das atividades do coração. Alavancar os novos fatores utilizados para a verificação da morte é chegar à repercussão social que isso ocasiona na atualidade, visto que as mudanças acima instruídas, foram a partir dos diversos avanços sobre as cirurgias de transplantes, como o autor cita, sendo esse o objeto regulamentado através da Lei nº 9.434 de 1997.

Da mesma forma que o conceito de morte foi modificado, a partir da necessidade social de promover o transplante às pessoas que assim necessitam de novos órgãos; a manutenção de uma vida, que está a ponto de morrer ou está em estado vegetativo, traz à tona constantemente nos meios médicos e jurídicos através de discussões que promovam a regularização da chamada eutanásia. Leia-se que no momento que o ordenamento jurídico eleva a defesa dos direitos individuais, num profundo senso de defesa da dignidade da pessoa humana e dos valores ético-morais, entende-se que seu corpo ou cadáver é passível de reserva conforme o desejo pessoal de cada indivíduo, podendo assim, estabelecer suas convicções pessoais tanto *ante mortem* quanto *post mortem*.

As escolhas realizadas e instrumentalizadas através de testamento ou demais formas juridicamente aceitáveis, cumprem seus efeitos legais desde que *post mortem*, como por exemplo, a doação de seu cadáver a uma instituição científica para fins didáticos e/ou terapêuticos; porém naqueles em que as escolhas são manifestadas em vida e exigem seu

cumprimento *ante mortem*, surge então o impasse da chamada eutanásia, conhecida também como “a morte piedosa”.

A eutanásia é conhecida como a prática que permite adiantar o curso natural da morte, provocando o óbito aos indivíduos que estão em estado de sofrimento constante e enfermidade incurável. Apesar de nos parecer um conceito lógico, perante a dor infinita de nossos pares, Lepargneur (2009) colabora, quando diz que as discussões em torno da eutanásia são muito desorientadas, levando à mídia debates sem fim a partir de críticas sobre a matança de um indivíduo ou de uma categoria de cidadãos que nunca apelou para ela (a eutanásia). Tais posicionamentos perpetuam uma problemática que urge em ser legislada, para que não haja a preocupação ou identificação de comportamento antijurídico àqueles que porventura pensem em adotar tal medida para seus familiares enfermos.

Em qualquer discussão em torno da eutanásia, leva-se em conta, primeiramente, e se possível, a vontade do paciente. Mais uma vez, Hubert Lepargneur traduz que

[...]se a eutanásia é a morte de acordo com as aspirações do sujeito, reconhecamos nela um lugar privilegiado da aplicação do princípio-mor da bioética de cunho norte-americano: a autonomia do sujeito humano, o que Engelhardt traduziu pela necessidade do consentimento. Assim, este conceito de eutanásia é contrário à imposição de condições não necessárias na ótica do paciente, por parte de uma pessoa da família ou da equipe médica que o atendeu os últimos momentos. Na prática, a palavra chega a significar o adiamento de um óbito que o sujeito deseja em razão de sofrimentos que suas convicções e sensibilidade não conseguem agüentar e/ou valorizar. O conceito é freqüentemente usado de maneira pejorativa ou imprópria, não sem riscos de confusões com conceitos realmente próximos. A eutanásia não deve ser confundida com homicídio, matança criminal direta ou indireta (como envenenamento) de uma pessoa, sem seu consentimento sequer implícito. [...] O uso preferível do termo "eutanásia" visa a situação em que o interessado quer livremente morrer, mas não consegue realizar seu desejo amadurecido, por motivos físicos. Compreende-se atualmente a eutanásia como o emprego ou abstenção de procedimentos que permitem apressar ou provocar o óbito de um doente incurável, a fim de livrá-lo dos extremos sofrimentos que o assaltam ou em razão de outro motivo de ordem ética. Realçamos apenas que o caráter voluntário é obrigatório no agente da eutanásia e exigido, pelo menos de maneira implícita, por parte da pessoa que morre, numa discussão civilizada sobre qualquer eventual descriminalização do procedimento. (2009, p.3)

Para compreender o âmbito que a eutanásia abrange, é necessário um estudo apurado através dos princípios éticos e da dignidade da pessoa humana, base da justiça social, principalmente para construirmos, não uma solução ou constatação eficaz, mas manter ativo o questionamento sobre tema, para que todo cidadão ajude a formalizar matéria sobre o nosso maior bem jurídico de titularidade social – a vida.

### **3 PRINCÍPIOS ÉTICOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A questão ética que envolve e guia as decisões humanas durante toda a vida, também deve disciplinar o direito de morrer. Trata-se do exercício de um direito personalíssimo, e, assim sendo, a decisão por abreviar um sofrimento também deve ser pessoal e bem racionalizada. A concepção de que o direito de morrer deve ser visto sob o prisma da ética e da dignidade humana deve considerar o sofrimento, a justificativa e a forma que fundamentam o desejo racional em dispor da própria vida.

Relata Ronald Dworkin (2009, p. 299) que é compreensível que algumas pessoas tenham razões para preferir a morte ao invés de “uma vida inconsciente e vegetativa”. Essa preferência seria decorrente da vontade de preservar o modo como serão lembradas pela sociedade, interrompendo a vida antes que o vigor físico e mental tenham sido completamente esvaídos. No entanto, defende o autor que para a maioria das pessoas a morte expressa uma convicção de que a vida foi valiosa demais para acabar em uma decisão puramente biológica, um valor independente entre viver e morrer.

Assim, a questão social que dá à morte diversos significados culturais e religiosos, diante da racionalidade humana passa a expressar um anseio moral de interesse puramente individual, uma questão relacionada ao bem-estar (ou mal-viver). Ou, como defendido por Nietzsche no século XIX, não morrer com dignidade é um ato que merece repúdio social:

[...] é uma indecência continuar vivendo em certas condições. Continuar vegetando em uma covarde dependência de médicos e aparelhos, depois que o significado da vida e o direito à vida já se perderam, é uma atitude que deve inspirar o mais profundo desprezo à sociedade. (apud DWORKIN, 2009. p. 300)

O que se verifica é que a racionalidade da decisão entre o direito natural à vida e o desejo de morrer é visto por Nietzsche ato diluído entre a coragem e a covardia. E, não mais persistindo total condição de vida sadia, a sociedade deve desprezar aquele que insiste em sobreviver.

Há uma clara divisão entre a moral individual e a ética social, a questão é definir até que ponto o indivíduo deve renunciar ao seu bem-estar físico e moral para cumprir os padrões éticos determinados pela sociedade? A resposta à esta questão, mais uma vez, remete ao direito personalíssimo para que se mantenha íntegra a dignidade humana, conforme explanado por Centeno<sup>1</sup> (2011, p. 62):

---

<sup>1</sup> Tradução livre. No original: “*Pero después de lo anteriormente expuesto, se nos sigue antojando harto*”

Segue sendo complicado propor um modelo de racionalidade e reflexão humana que concilie a defesa dos direitos pessoais dentro do sentido comunitários do social. Se o direito implica obrigação, podemos desobedecer? Teremos a possibilidade de defender nossa própria liberdade mesmo quando estamos no limite da legalidade? Devemos sacrificar nosso próprio bem-estar pela norma imposta, pelo dever que obriga a estar imerso na sociedade? Creio que a resposta está em cada um de nós.

Verifica-se um impasse acerca das respostas individuais e sociais em relação ao debate ético para admitir a racionalidade e validade do direito de morrer, como inerente à dignidade da pessoa humana. No entanto, para fundamentar uma garantia ao direito personalíssimo defendido, é possível encontrar guarida junto aos princípios da bioética, introduzidos em 1979 por Tom L. Beauchamp e James F. Childress (1994, p. 100-103), que defendem a necessidade de definir e manejar os valores envolvidos nas relações dos profissionais de saúde e seus pacientes, em quatro itens, a seguir analisados.

### **3.1 O Princípio da Justiça**

Este princípio deve ser entendido como uma garantia à justiça distributiva, distribuindo igualmente tanto os efeitos benéficos quanto aqueles eventualmente prejudiciais. Trata-se de um viés do princípio da igualdade previsto na legislação brasileira (artigo 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988).

Engelhardt (1998, p. 156) defende que o princípio da justiça está aliado ao conceito de equidade, que representa dar a cada pessoa o que lhe é devido segundo suas necessidades. Assim o autor incorpora como fundamento de justiça atentar para as diferenças entre os indivíduos, respeitando o direito de cada um.

### **3.2 O Princípio da beneficência**

Em se tratando da ética que deve reger as relações entre os indivíduos, o princípio da beneficência mostra-se consonante com a finalidade da ação moral, que busca alcançar os bens e evitar os prejuízos. Como consequência, deve ser visto dentro dos limites da autonomia individual, de modo que “nenhuma visão moral particular essencial pode ser estabelecida acima dos sentidos concorrentes” (ENGELHARDT, 1998, p. 159).

---

*complicado elproponerun modelo de racionalidad y reflexión humana que concilie la defensa de losderechos de mi persona dentro del sentido comunitario de lo social. Si elDerecho implica laobligación, ¿podemos desobedecerlo? ¿tendremoslaposibilidad de defender nuestrapropialibertadauncuandoestemosenloslímites de lalegalidad? ¿Debemos sacrificarnuestropropiobienestar por la norma impuesta, por eldeber que nos obliga a estar inmersosenlosociedad? Creo que en cada uno de nosotros está larespuesta.”*

Trata, portanto, de uma obrigação moral em agir para benefício dos demais. Bastante esclarecedora é a definição dada por Frankena (1963, p.66), que indica que o Princípio da Beneficência não se destina apenas à distribuir o bem e o mal, possui como finalidade promover o primeiro e evitar o segundo.

### **3.3 O Princípio da não-maleficência**

Considerando que os princípios da bioética devem, essencialmente, gerir a relação entre médicos e pacientes, tem-se que o princípio da não-maleficência decorre dos ensinamentos propagados na obra de Hipócrates por volta de 430 a.C., no primeiro livro da obra Epidemia, pregava aos médicos que deveriam praticar duas coisas ao lidar com as doenças: auxiliar e não prejudicar o paciente (1983, p.94).

A base deste princípio implica que os profissionais de saúde não podem causar o mal ou danos ao paciente. Em razão disso, tem sido entendido como a base da ética médica, uma vez que indica um dever profissional, e seu não cumprimento configura negligência médica. De se ressaltar que a distinção entre este princípio e o da beneficência então na natureza das ações indicadas. Enquanto o princípio da beneficência indica uma conduta comissiva, o princípio da não-maleficência induz à conduta omissiva, daí porque não se confundem.

### **3.4 O Princípio da Autonomia**

Princípio basilar para o debate acerca da racionalidade do direito de morrer. Trata do respeito à individualidade e autonomia de vontade que deve ser garantido à todos aqueles que se encontram em pleno gozo de suas faculdades morais e intelectuais, ou seja: com integral discernimento para opinar e definir suas vontades de forma racionalizada. Segundo Kant (1998, p. 74), a autonomia da vontade se caracteriza pela própria constituição da mesma, e em si constitui uma lei. No entanto, apesar de considerar a importância da autonomia da vontade, Kant (1963, p.152) é totalmente contrário ao direito de morrer do indivíduo e dispõe que “se ele dispõe a respeito de si mesmo, ameaça seu valor como o de um animal. Aquele que se comporta assim não tem respeito pela natureza humana e faz de si mesmo uma coisa”.

Ao considerar que a autonomia é uma capacidade atribuída ao indivíduo para que este escolha o que deseja fazer ou deixar de fazer, conforme suas convicções pessoais e teoricamente independente daquilo que a sociedade lhe impõe, notamos que deve haver um respeito a essa autonomia, implicando uma consciência. Já o respeito à Autonomia como

princípio, significa reconhecer o direito do outro, ter pontos de vista e opiniões divergentes, de acordo com seus próprios valores e convicções, como decorrência de um estado de direito com pluralismo ético-social e livre.

### **3.5 A soberania da autonomia para a realização da dignidade da pessoa humana**

A partir dos quatro princípios, consolidados como essenciais à bioética nas relações entre pacientes e operadores da saúde humana, é importante ressaltar que – embora a autonomia tenha sido mencionada como basilar para o debate acerca da racionalidade do direito de morrer – há o entendimento de que a aplicação deles deve ser realizada observando uma sequência de prioridades, conforme explicitam Piva & Carvalho (1993, p. 131):

Os princípios da beneficência e não maleficência são prioritários sobre a autonomia e a justiça. Na maioria das ocasiões, o princípio da beneficência prevalece sobre a não-maleficência, mas, dependendo da situação, pode haver uma inversão nesta prioridade. No sentido de aplicar corretamente estes princípios, deve-se estabelecer como, quando e o que determinará o predomínio de um sobre o outro. De uma forma objetiva e simples, poderíamos dizer que na fase salvável deve prevalecer a beneficência sobre a não-maleficência [...]. Neste período, justifica-se a aplicação de medidas salvadoras (diálise, amputações, ventilação mecânica, transplantes, etc), mesmo que tragam consigo algum grau de sofrimento. O primeiro objetivo neste momento é a preservação da vida. Por outro lado, quando o paciente se encontra em fase de morte inevitável, a cura já não é mais possível e os objetivos concentram-se na não-maleficência. Ou seja, tomar medidas que proporcionem o alívio do sofrimento em primeira instância. Se instituído nesta fase, um tratamento mais agressivo, visando à cura (um transplante, por exemplo), além de ineficaz, trará maior sofrimento.

No entanto, em se tratando de uma situação onde a morte é premente e os tratamentos passaram a ser somente paliativos, a observância da autonomia de vontade do indivíduo aparece como a manifestação do último desejo, que deve ser respeitado. Somente observando as condições essenciais de exercício da autonomia - liberdade (independência do controle de influências) e ação (capacidade de ação intencional) é que será possível afirmar que o respeito à dignidade humana é pleno.

Importante considerar que afastar a autonomia do indivíduo – que goza de suas faculdades intelectuais e tem total discernimento para tomar suas decisões – é o mesmo que incapacitá-lo prematuramente. Não há como negar que tirar essa autonomia de vontade é o mesmo que suprimir seu direito fundamental constitucionalmente previsto: sua dignidade enquanto pessoa humana. Daí porque se defende que em estágio terminal, o princípio da autonomia passa a ter valor soberano, sob pena de infringir a norma máxima constitucional, conforme pormenorizado no próximo tópico.

#### **4 A QUESTÃO CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: A RACIONALIDADE DO DIREITO DE MORRER**

Ainda que se defenda o direito de morrer fundamentado no princípio da autonomia, como uma construção doutrinária enraizada nos estudos da bioética, é importante verificar que – em uma análise positivista – é o princípio da dignidade humana que deve regular a igualdade de direitos e solidariedade coletiva para garantir aquela autonomia, em defesa da justiça social. Apresenta-se, aqui, uma análise da realidade brasileira do direito de morrer, sob um viés de total racionalidade legal, abordando em especial a norma máxima constitucional.

Apesar da complexidade do tema, o conceito de dignidade da pessoa humana – inserido em um contexto social e com multiplicidade de valores – é conceituado como objeto jurídico a partir do entendimento defendido pelo Professor Ingo Wolfgang Sarlet, que assim expôs:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de 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 asseguram 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. (SARLET, 2007, p.62)

Observando o indivíduo como parte de uma sociedade, onde tanto os deveres quanto os direitos submetem à todos seus integrantes, é necessário reconhecer que todos são possuidores de obrigações e prerrogativas. Em consequência, é imprescindível que se assegure o bem-estar individual para que possa coexistir a vontade social. Da mesma forma, negar a dignidade humana naquilo em que seus efeitos não extrapolam a individualidade, é ofender a sociedade como um todo.

Importante analisar a concepção do direito à morte em analogia ao direito à vida, ou seja: como direito personalíssimo e valor máximo do ordenamento brasileiro. No entanto, esta visão parece ser uma exceção. Como exemplo, José Afonso da Silva defende que a vida deve ser preservada, de modo que o direito assegurado é o da existência, “é o direito de não ter interrompido o processo vital, senão pela morte espontânea e inevitável” (1999, p.201), não

sendo relevante que o indivíduo esteja vivendo em condição degradante ou indigna.

No entanto, essa proteção da vida constante no texto constitucional vigente, chegou a ser tratada de forma a melhor preservar a dignidade da pessoa humana, conforme texto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, que em 1986 concluiu um anteprojeto de Constituição, mas acabou não sendo enviado oficialmente ao Congresso. Naquele texto, em seu artigo 6º previa que “todos têm direito à existência digna”. Era o primeiro sinal de que a sociedade e – principalmente – o indivíduo brasileiro poderia contar com a guarida constitucional para fundamentar o direito de morrer e amparar, v.g. o desligamento de equipamentos que mantêm a vida artificialmente, quando o corpo já desistiu de viver.

Segundo Silva (1999, p. 202), tal normativa trazia implícito o risco de que a sociedade tomasse a rédeas da situação e pudesse escolher quem viveria e quando morreria. Essa não é a defesa dada ao direito de morrer. Aqui, o objeto de defesa é a opção de escolha do próprio indivíduo, que na integridade de sua capacidade intelectual decide por obstar o próprio sofrimento.

Trata-se, portanto, de realizar uma análise dos termos e históricos constitucionais que, em uma análise positivista, venha conferir racionalidade ao debate do direito de morrer. Para tanto, importante ter como referência o princípio da dignidade da pessoa humana em estreita relação com o direito à vida, de modo que o primeiro somente será efetivo se a vida puder ser exercida de forma plena, e neste ponto a objetividade da norma constitucional dá lugar ao conceito individual assegurado pelo princípio da autonomia. Assim, o exercício do direito à vida digna deve preponderar, e essa dignidade decorre de análise subjetiva do indivíduo em sofrimento.

Ora, do ponto de vista estritamente racional, fundamentado objetivamente na Constituição Federal de 1988, o que se observa é que não há qualquer norma à amparar a negativa ao direito de morrer. Aliás, fundamenta-se que a morte não pode ser antecipada com base no direito à vida (artigo 5º caput) e em total inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III). Ou seja, duas normas constitucionais que encontram no direito de morrer um confronto, onde inexistente hierarquia entre elas. Desta forma, é impossível que se garanta a vigência de ambas simultaneamente, principalmente quando o indivíduo se encontra totalmente desprovido de sua dignidade, ante uma doença que o incapacita.

Visando racionalizar o debate acerca do direito de morrer, no ano de 1996 o Sociólogo Gilvam Pinheiro Borges, então Senador pelo Estado do Amapá, apresentou o Projeto de Lei do Senado nº 125 de 1996, tendo por objeto a autorização da prática da morte sem dor nos casos nela especificados. Referido Projeto de Lei foi definitivamente arquivado em 29/01/1999, com o término da legislatura do proponente.

No entanto, a questão social acerca do direito de morrer demonstrou-se latente novamente, e, no ano de 2005, voltou a tramitar projeto de lei no Brasil, o PL 5.058/2005, tendo por objeto indireto o referido direito. Neste caso, o PL não só visava a negativa deste direito, como pretendia alterar o art. 226, § 7º, da Constituição Federal, dispondo sobre a inviolabilidade do direito à vida, definindo a eutanásia e a interrupção voluntária da gravidez como crimes hediondos, em qualquer caso. O projeto foi proposto pelo Deputado Osmânio Pereira em 13/04/2005, e foi arquivado também pelo término da legislatura do proponente, em 31/01/2007.

Esse confronto de posições, projetos de lei e efetivas normas constitucionais decorre muito mais de conflitos e entendimentos sociais, que de determinação da norma propriamente dita. A lição de Forst (2010, p. 80) é esclarecedora ao pontuar a superioridade dos direitos frente aos valores, e cita Dworkin para enfatizar que “vale aqui a primazia do direito à liberdade religiosa e de consciência: uma maioria não pode impor a uma minoria nenhuma interpretação da vida boa – deve respeitar o direito a uma identidade ética própria”, e conclui afirmando:

A justiça é fundamentada deontologicamente, não teleologicamente: nenhum dos valores éticos lhe tem primazia. A tolerância recíproca e a igualdade material de oportunidades são fundamentados nos direitos das pessoas – eles permanecem ‘trunfos’ diante das concepções éticas.

Há que se considerar, portanto, que a noção de justiça social - quando diante de um direito subjetivo e intrínseco ao indivíduo – somente coexistirá enquanto respeitar a dignidade de cada pessoa. Ou seja, impossível que exista dignidade humana ao conjunto social se ao menos a um desses indivíduos que o compõe, for negado um direito individual. A ideia de Jonas (2006, p. 86) é elucidativa ao declarar que a humanidade tem uma obrigação incondicional de existir, “o que não pode ser confundida com a obrigação de existir por parte de cada indivíduo”.

Outros dois preceitos constitucionais devem ser citados para a defesa do debate racional, objetivo e constitucional acerca do direito de morrer: o artigo 5º, inciso X; e o artigo 170 *caput*. Ainda que por viés indireto à defesa dos argumentos aqui esposados, referidos artigos referem claramente o direito à privacidade (art. 5º, X), a existência digna e os ditames da justiça social (art. 170) como garantias constitucionais inerentes ao indivíduo. Ou seja, tais previsões constitucionais corroboram as afirmações aqui trazidas, no sentido de que somente com a garantia aos direitos individuais (autonomia, privacidade, dignidade da pessoa humana e existência digna) é que poder-se-á admitir a existência da justiça social como um todo.

Apenas da análise dos preceitos constitucionais e dos projetos de lei que tentaram normatizar a questão do direito de morrer, seja negando ou confirmando-o, é possível verificar que a questão principal se encontra na extensão dos deveres do próprio Estado em sua conduta omissiva ou comissiva perante o indivíduo. Considerando a inexistência de norma que objetivamente proíba o direito de morrer, é impossível obstar o desejo do indivíduo em abandonar a vida indigna. Trata-se do exercício de garantias e fundamentos constitucionais relativos unicamente à própria individualidade.

Negar a morte digna, sem dor e com necessário amparo médico é ao mesmo tempo negar a vida com dignidade, ou seja: se não é possível viver com dignidade, que ao menos seja autorizado o direito de morrer com dignidade. Em última análise, conceber o direito de morrer é dar eficácia à todos os demais preceitos constitucionais relacionados ao indivíduo, enquanto manter a pessoa viva em situação indigna é negar aqueles mesmos direitos.

## **5 DIREITO DE MORRER: DA INDIVIDUALIDADE À JUSTIÇA SOCIAL**

Ao tratar da solidariedade na doença e na morte, a pesquisadora Cláudia Lima Marques (2010, p.183) traz à baila que nada representa mais a dignidade do ser humano que sua vida respeitada e a morte tranquila, complementando que viver dignamente é viver com saúde e qualidade, daí a importância e relevância, principalmente, das pessoas idosas, terem planos de saúde efetivos no que tange o tratamento de doenças que geralmente as acometem nesse período da vida, afinal, morrer dignamente e sem onerar os seus familiares constitui um desejo dessas pessoas no final da vida.

Com isso, conseguimos entender que a individualidade das pessoas merece e urge por respeito nesse momento manifestadamente emotivo e delicado. Apesar da atitude do direito ser construtivo, sabemos que mesmo as normas vigentes não conseguem atingir sua efetividade na sociedade brasileira. A letra quase que morta de muitas leis, não ampara mais o direito de ter o remédio necessário para a sobrevivência, a alimentação para a subsistência e o teto para cumprir o direito constitucional da moradia. Ou seja, os direitos sociais e fundamentais estão em crise.

Nessa realidade, iluminamos o direito à vida digna com o direito à morte, não tomando por desrespeito a todos os preceitos legais ora estudados, mas trazendo à tona que a morte pode transformar-se em um momento de efetiva contemplação dos direitos que vem sendo extirpados de tantos brasileiros, que é o de viver (ou morrer) com dignidade.

A morte é um momento de ruptura, e como tal, um momento de desequilíbrio, em que muitos não estão preparados para lidar. Muitas manifestações sobre a eutanásia surgem a partir dessa leitura, em que no calor do momento haja a manifestação de decisões erradas, e que a responsabilidade civil e criminal por parte de familiares e de médicos, que assistem o paciente, seja levando em conta, anulando qualquer manifestação do moribundo, para fins legais.

Além disso, há outros dois fortes argumentos que trazem grande peso à justificativa da não aplicação da eutanásia, que é o do homicídio e de cunho religioso. Lepargneur (2009, p.4) mais uma vez colabora dizendo que são fortes esses argumentos contrários à eutanásia, quais sejam, os riscos de abusos que escondem um homicídio e o argumento religioso: Deus, criador e senhor da vida, proíbe a eutanásia. Ainda esclarece que pouco provável que a pesquisa biomédica ou cirúrgica possa ser retardada ou prejudicada por eutanásias, e que o principal freio à eutanásia, para não dizer o único, que veta categoricamente a operação, nos contextos em que seria concebível, é a fé religiosa que acredita que ela é pecado contra a divindade ou, em outro contexto de crenças, que ela oneraria seriamente o carma.

Já a questão do homicídio, verificamos que o próprio legislador já tentou adequar às questões que giram em torno da eutanásia, com o preceito penal brasileiro. No art. 121, §1º, traz que se o agente comete o crime de homicídio impelido por motivo de relevante valor

social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, seria tratada de forma privilegiada, prevendo assim uma redução de pena pelo juiz, de um sexto a um terço. Essa atenuante traz o espírito que a comissão de juristas quis construir em torno da temática, visto que ao não incluir, por exemplo, a eutanásia passiva<sup>2</sup> como tipo penal, reconhecem a fragilidade em definir o que seria faticamente ilícito ou não quanto à prática acima analisada.

Quanto à manifestação de vontade do paciente, verificamos que é uma premissa a ser organizada, principalmente daqueles que ainda possuem a faculdade de exprimir sua vontade. Juntamente com a temática do homicídio, fora levantada a questão do consentimento: quem pode fornecer? Em que grau de prioridade? Em que situação poderá a família resolver o impasse? Se não houver família? Como avaliar se há interesse na morte desse indivíduo?

Esses questionamentos fazem parte da nossa construção acerca do assunto, e nos eleva a outro patamar, quanto recorreremos aos ensinamentos de Maria de Fátima Freire de Sá (2005, p. 135), que ressalta que na realização da eutanásia passiva ou ativa, não pode haver qualquer interesse por parte daquele que pratica o ato, trazendo o sentimento de piedade como motivo determinante para a realização dessa prática. A autora resume que,

[...] para a configuração da eutanásia seria importante a configuração de quatro elementos: o requerimento por parte do paciente; a piedade diante da indigna situação do indivíduo; a gravidade da doença e a realização do ato pelo profissional da medicina. Como já se disse, diante da impossibilidade de manifestação do doente, que já se encontra em fase terminal, em se tratando de eutanásia passiva, deve-se buscar a manifestação da família, ainda que se esteja diante de verdadeiro exercício regular da medicina.(2005, p. 136)

Nessa perspectiva, contemplamos a situação jurídica desses indivíduos e concluímos que não há como esgotar os estudos sobre as regras a serem elaboradas, com a finalidade de atingir todas as realidades sociais que lidam com a possibilidade e a necessidade da eutanásia. Precisamos, como profissionais de direito, de abrir-se para outras ciências para adquirir o conhecimento interdisciplinar que seja útil, para solucionar as mazelas ligadas à justiça social e alcançar os reais anseios do povo em relação à vida e à morte, reconstruindo a arquitetura

---

<sup>2</sup>Maria de Fátima Freire de Sá conceitua “eutanásia passiva, ou ortotanásia, sendo o mero exercício regular da medicina e, por isso mesmo, entendendo o médico que a morte é iminente, o que poderá ser diagnosticado pela própria evolução da doença, ao profissional seria facultado, a pedido do paciente, suspender a medicação para não mais valer-se de recursos heróicos, que só têm o condão de prolongar sofrimentos (distanásia).” ( 2005, p.134)

normativa.

A tendência que o homem traz em provar seu domínio sobre a ciência, produzindo inclusive uma prática de um poderio em torno dos avanços e suas repercussões, chega a um momento limite no sentido de ser eficaz e ético dentro de sua atuação, pois a justiça social requer uma nova perspectiva na relação da pesquisa da ciência e tecnologia com o indivíduo e sua comunidade. Afinal, justiça social trata do que é devido à comunidade, determinando quais são os deveres de uns em relação aos outros membros do mesmo espaço social. Maria Claudia Brauner corrobora quando diz que:

[...] num estado de direito que se diz pluralista e tolerante, e que preserva nisso, a liberdade individual de seus cidadãos, a Ética não pode simplesmente pretender impor a cada um a sua conduta e criar limites sem, antes disso, analisar criteriosamente todos os envolvimentos complexos que se encontram no núcleo de muitas das modernas tecnologias da Biomedicina. (2002, p.97)

Assim sendo, verificamos que essa abordagem é o novo viés que deve ser adotado não só nas novas tendências da cura, mas das novas tendências de comportamento nos fatos sociais, principalmente na nova expressão social do fato morte através da eutanásia.

Nesse tópico, objetivamos percorrer das questões individuais até as questões de justiça social, ou seja, da possibilidade de reavaliação dos anseios individuais do sofrimento daqueles pacientes, geralmente em situação terminal e sem cura iminente, até a repercussão naqueles que acompanham sua dor, modificando suas vidas a partir de um sofrimento merecedor de término e que infelizmente não há amparo legal para que seja dada a devida solução.

Já trazia Rousseau, no Contrato Social, em capítulo intitulado ‘Do direito de vida e morte’, o seguinte questionamento: “Pergunta-se como podem os particulares, desprovidos do direito de dispor de suas vidas, transferir ao soberano esse mesmo direito que não possuem?” (1999, p. 101) Apesar de sócio-filosófica, a questão reza algo que acabamos por verificar perante o direito que o Estado nos impõe e o direito personalíssimo de resolver as questões de vida e morte, sendo urgente o papel da sociedade em criar um enquadramento bem definido sobre a eutanásia, fundamentado nos princípios constitucionais, bioéticos, e principalmente da dignidade humana e da alteridade.

## 6 CONCLUSÃO

Apesar de o presente artigo perpassar pela temática da eutanásia de forma modesta, priorizou-se problematizar as questões que devem ser discutidas não só pela classe médica e jurídica, mas sim por cada cidadão brasileiro no que tange ao direito de morrer. Afinal, procuramos num ordenamento tão vasto, uma lacuna que diga que não é dever viver, e sim um direito baseado na justiça social.

As questões éticas foram elevadas a sua real importância, sendo pontuados os princípios da bioética e da dignidade humana, constitucionalmente prevista. Essa base foi utilizada para justificar o viés que adotamos, que é o de repensar a morte como direito daqueles que sofrem esperando a partida.

Ainda na busca de justificativas para os entraves encontrados pelos legisladores, acabamos por achar que a mais relevante é a questão religiosa, como motivo da não aceitação do procedimento da eutanásia aqui no Brasil, influenciando de sobremaneira a ideologia social. Verificamos, portanto, que na sua maioria, as perspectivas religiosas e do direito brasileiro giram em torno do exercício da vida de forma digna, trazendo à baila as questões de preservação da vida, tida como o maior bem de uma sociedade. Essa é a tendência do ser humano, preservar e afastar os eventos que possam provocar perdas, dentro de um conceito naturalmente previsto na sociedade e no nosso ordenamento jurídico.

Tanto é assim, que a previsão de normas que tipificam os crimes contra a vida, como também as que protegem desde sua concepção, foi suficiente para que todos que convivem em nosso Estado saibam as limitações que foram materialmente instituídas pelo nosso legislador quanto ao assunto. Já os estudos realizados para verificação dos eventos de morte, foram deixados à margem, tomando conta somente do universo científico, visto que através desse viés, atingiríamos uma conclusão mais perto da verdade quanto aos motivos e conceitos adotados universalmente.

Cumpre-nos terminar essa reflexão, com a ideia de que os cidadãos brasileiros possuem a tarefa de observar e construir, a partir de uma leitura externa e neutra, quanto ao tema da racionalização da morte, ou seja, estudar as questões normativas, construídas a partir

de necessidades reais de tantas pessoas que sofrem pela limitação que possuímos quanto a temática ora estudada.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEAUCHAMP, T.L.; CHILDRESS, J.F..**Principles of Bioomedical Ethics**. 4ed. New York: Oxford, 1994.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado, nº 125 de 1996.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei, nº 5.058 de 2005.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Os dilemas do avanço biotecnológico e a função do Biodireito. **Revista Trabalho e Ambiente**, Caxias do Sul, v.1, n.1, jan/jun. 2002.

CENTENO, M. D.Moral Individual “Versus” Etica Social: La Educación. **Revista Diálogo**, Canoas, n. 19 p. 53 – 64. Jul-Dez 2011.

DWORKIN, R..**Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009

ENGELHARDT, H. T.Jr.. **Fundamentos da bioética**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 1998.

FORST, R. **Contextos da justiça filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo**. São Paulo: Boitempo, 2010.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2013.

FRANKENA, W. K. **Ética**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

HIPPOCRATES. **Hippocratic writings**. London: Penguin, 1983.

JONAS, Hans. **O Princípio responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto Editora; Editora PUC Rio, 2006.

KANT, I. **Lectures on ethics**. Indianápolis: Hackett, 1963.

KANT, I. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.

LEPARGNEUR, Hupert. Bioética da Eutanásia Argumentos Éticos em Torno da Eutanásia. **Revista Bioética**, Brasília, v.7, n.1, nov. 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2006

PIVA, J.P.; CARVALHO, P.R.A. Considerações éticas nos cuidados médicos do paciente terminal. **Revista Bioética**. Vol.1. no.2. p.129-38, 1993.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. 2ª Edição, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.