

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

VICTOR UGO AMARANTE

**EUTANÁSIA – UMA ANÁLISE POSITIVISTA E
JUSNATURALISTA**

SÃO PAULO

2021

VICTOR UGO AMARANTE

**EUTANÁSIA – UMA ANÁLISE POSITIVISTA E
JUSNATURALISTA**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Lia Felberg

SÃO PAULO

2021

VICTOR UGO AMARANTE

**EUTANÁSIA – UMA ANÁLISE POSITIVISTA E
JUSNATURALISTA**

Aprovado por:

_____ / ____ / ____

Prof. Dra. Lia Felberg

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Sem ela, nada disso seria possível. Faço tudo por ela, pois me é o bem mais precioso. Dedico este trabalho a minha filha Sophie.

RESUMO

A prática da eutanásia tem relevância cada vez maior diante de situações que a demandam. Entretanto, o direito positivo brasileiro não admite a prática, ainda que haja enorme clamor social e projetos de alteração do Direito Penal pátrio.

Um dos motivos para que referidos projetos não prosperem, diz respeito a sociedade brasileira, que possui uma mentalidade com forte influência religiosa, que acaba cerceando o debate e avanços de matérias que vão de encontro aos impeditivos morais criados por dogmas.

A fim de entender melhor a questão acerca da eutanásia, visou-se estudar o direito positivo referente ao tema, colocando-o ao lado de fundamentos do direito natural que embasam a defesa da prática.

Palavras-chave: Eutanásia; Distanásia; Ortotanásia; Suicídio Assistido

ABSTRACT

The practice of euthanasia has an ever-growing relevance, given the situations that demands its practice. However, the Brazilian law does not admit it, despite an on growing public outcry for it and legislative projects to change the Brazilian criminal law.

One of the reasons that make those projects not give any fruits is the Brazilian society, that is heavily influenced by its own religiosity, and therefore, makes a stronghold against any kind of discussion or even the advancement of discussions related to moral dogmas.

For us to have a better understanding of the circumstances around the theme, we have studied the positive law related to the euthanasia and compared to some basilar ideas of natural law, for supporting the practice.

Key Words: Euthanasia; Dysthanasia; Orthostasis; Physician-assisted suicide (PAS).

Sumário

I.	Introdução.....	8
II.	Conceito	10
	A. Morte.....	10
	B. Eutanásia	10
	C. Ortotanásia.....	11
	D. Distanásia	12
III.	Do Direito Natural (Jus Natural)	12
	A. A filosofia grega.....	14
	B. A cultura judaico-cristã	17
IV.	Do direito Positivo	20
	A. A proteção constitucional da vida.....	23
	B. Testamento Vital.....	29
	1. Definição	29
	2. Aspecto histórico	29
V.	Desenvolvimento Sintético	32
VI.	BIBLIOGRAFIA	38

I. Introdução

Tema frequente, e cada vez mais presente em discussões nos mais diversos âmbitos, a eutanásia vem ganhando notoriedade com o passar dos anos. Casos que vem a mídia, bem como, apelos públicos chamam a atenção para uma questão que não pode mais ser ignorada.

Em 2018, ganhou notoriedade o caso de Paula Diaz¹, uma jovem chilena de apenas 19 anos que fez uma súplica pública a presidente Michele Bachelet para que pudesse ter sua vida abreviada. Sofrendo de uma doença degenerativa sem diagnóstico há 5 anos, ela afirma: “Não tenho descanso, é algo tão terrível que não posso descansar nem de dia nem de noite”. Foi com esse pedido, que se iniciou uma campanha para que a presidente chilena autorizasse sua morte assistida. Seu vídeo, suplicando para que pudesse morrer foi divulgado por sua própria família, que vivendo o dia a dia de sofrimento de uma jovem que passou de saudável para em eterno sofrimento, sensibilizasse a opinião pública.

Trata-se de apenas um caso, porém, não é inédito. O caso de Paula, sofrendo com dores, com as pernas rígidas e dobradas para trás, com fotofobia e dores intensas se soma ao caso da também chilena Valentina Maureira, de apenas 14 anos, que sofria com fibrose cística e requereu a eutanásia, para que cessasse seu sofrimento². Em ambos os casos, os pedidos foram negados, porém, serviram para reacender a discussão acerca deste delicado tema. Até que ponto o Estado deve poder impedir as pessoas de disporem da própria vida? Até que ponto, o direito à vida se sobrepõe ao direito a dignidade?

Na mesma esteira, existe o caso de David Goodall³, um cientista australiano de 104 anos que apenas desejava morrer. Ainda que sem qualquer doença degenerativa, sem qualquer tipo de situação terminal, ele alegava que a busca pela morte se dava justamente pela deterioração de sua qualidade de vida. David Goodall foi desligado da

¹ ['Ela tem tanta dor que só quer morrer': a jovem de 19 que pede eutanásia e causa polêmica no Chile | Bem Estar | G1 \(globo.com\)](#) <acessado em 16 de novembro de 2020>

² [Chile nega pedido de adolescente de 14 anos que deseja morrer - Jornal O Globo](#) <acessado em 16 de novembro de 2020>

³ [Cientista David Goodall morre aos 104 após cometer suicídio assistido na Suíça - 10/05/2018 - Equilíbrio e Saúde - Folha \(uol.com.br\)](#) <acessado em 16 de novembro de 2020>

universidade em que trabalhava em 2016, por ser considerado inapto para as funções que deveria desempenhar, muito em decorrência de sua idade avançada, 102.

Ao buscar auxílio do Estado Australiano para poder pôr fim a sua própria vida, teve seu pedido negado, o que o levou a uma campanha para angariar fundos para ir à Suíça, para poder cumprir seu desejo, vez que naquele país, o suicídio assistido é permitido pelas leis locais.

Diferente da eutanásia, em que a morte é provocada por terceiros, o suicídio assistido é feito pela própria pessoa, que com o auxílio de drogas preparadas por médicos, o próprio paciente declara estar apto, em condições psíquicas e lúcido, e então ele próprio administra o sedativo que irá levá-lo ao descanso final.

Foi desta forma, que após dizer para uma câmera seu nome, idade, data de nascimento, e reafirmando a consciência do que estaria fazendo que o cientista David Goodall, aos 104 anos, administrou o nembutal, vindo a finalmente falecer às 12:30 do dia 10 de maio de 2018, em Basileia, na Suíça.

Ainda que este seja um caso notório, é importante frisar que não é apenas na Suíça que práticas como a eutanásia e o suicídio assistido são permitidos. Países como Holanda e Bélgica também permitem tais atos.

Ao mesmo tempo que temos tais casos, de pacientes exprimindo seus desejos pela morte, encerrando assim uma luta com enorme sofrimento, ou mesmo simplesmente abreviando uma vida que já cumpriu seu propósito, existem casos de pessoas presas a camas, sendo mantidas vivas graças ao avanço da ciência médica, com todo o tipo de acessórios e medicamentos que mantêm as funções vitais, porém, em um estado vegetativo, sem movimentar-se, conversar. Apenas estando vivo. Talvez o mais famoso destes casos é o do ex-piloto de Fórmula 1, Michael Schumacher, que se crê em seu estado vegetativo desde 2013⁴, em decorrência de um acidente enquanto esquiava nos Alpes Suíços.

Fica evidente, que diante a cenários em que a morte é um desejo do paciente, e com tantos cenários ganhando a mídia – até mesmo com menções na “cultura pop⁵”, que a questão deve ser discutida. No Brasil, existem iniciativas legislativas que visam flexibilizar o direito à disposição da própria vida, entretanto, tais iniciativas ainda se encontram paradas, e sem quaisquer perspectivas de desenvolvimento. Conforme

⁴ [Schumacher sofre grave acidente de esqui e está em coma; estado é crítico | globoesporte.com](#)
<acessado em 16 de novembro de 2020>

⁵ A eutanásia foi abordada na série House M.D. em diversos episódios, mais notavelmente: “Informed Consent”; “Know Unknowns” e “The Dig”

relatado anteriormente, existe um conflito de direitos entre o direito fundamental à vida, o da integridade física e o da dignidade humana. Conjuntamente, ainda existe uma questão moral sobre a disposição da vida, que é impossível de se desconectar.

II. Conceito

A. Morte

O conceito de morte adotado pela doutrina é do processo biológico caracterizado pela morte encefálica. Por muito tempo, a morte foi constatada em diversas sociedades pelo estado de putrefação do cadáver, sendo que o próprio ritual de velar o corpo possuía relevante significância para atestar a morte de uma pessoa.

Entretanto, com os avanços da ciência, o momento da morte passou a ser mais desenvolvido, vez que avançou para a identificação de parada das funções vitais, como a cessação da atividade cardíaca e ventilação pulmonar. Atualmente, a morte é caracterizada pela morte encefálica, conceito este que foi ratificado pela Resolução nº 1.346/91 do Conselho Federal de Medicina, e que também acabou acatado pela legislação pátria, que o adota, através do que se verifica pelo disposto na Lei 9.434/97⁶.

B. Eutanásia

A eutanásia pode ser entendida como uma intervenção que leve ao aceleração da morte, sendo realizada por motivos altruístas e de piedade, face o sofrimento do enfermo. A eutanásia abrevia o curso da morte, cortando o sofrimento associado. Existe a eutanásia quando alguém provoca a morte de outrem, que se encontra em estado terminal, com intenso sofrimento, ou com doença incurável, motivado pelo sentimento de compaixão. A própria origem léxica da palavra deriva do grego, que em tradução direta significaria “boa morte”.

O que define a eutanásia como tal é justamente o elemento subjetivo do tipo, pois é necessária que a conduta esteja fundada em motivos altruísticos, caso contrário, ficará evidenciado que o que houve não foi uma eutanásia, e sim apenas um homicídio

⁶ Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

simples, com um motivo privilegiado, conforme tão bem descrito no Código Penal, em seu Art. 121. É justamente com este princípio que aduz o Ministro Luís Roberto Barroso:

“Compreende-se que a eutanásia é a ação médica intencional de apressar ou provocar a morte – com exclusiva finalidade benevolente – de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos.”⁷

É importante frisar também que para a eutanásia, é imprescindível que haja a conduta ativa e participação de um terceiro: ou seja, este terceiro que deve praticar o ato para que o resultado esperado ocorra.

C. Ortotanásia

De forma similar, existe a ortotanásia, que consiste numa eutanásia omissiva. Neste caso, embora possa aplacar o sofrimento do enfermo com a administração de analgésicos, não existe qualquer conduta que leve ao prolongamento da vida. Ou seja, permite-se que o enfermo siga por seu caminho natural, sem que haja o sofrimento. Não se aplicam medicamentos que prolonguem a vida, tampouco utilizam-se maquinários que mantêm as funções vitais, e desta forma, prolongando inutilmente a vida do enfermo.

Desta forma, a ortotanásia se difere da eutanásia, pois não se abrevia a morte, e sim, permite-se que ela venha a seu próprio tempo, com no máximo, aplacando o sofrimento.

Importante ressaltar que a conduta da ortotanásia não é criminosa. Trata-se de figura atípica, uma vez que a ortotanásia não provoca a morte, ela vem de maneira natural em decorrência de uma situação irreversível.

A ortotanásia também se encontra regulamentada por meio da Resolução 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina, que em seu artigo 1º estabelece que é permitido ao médico “limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal”. Por fim, é obrigação do médico que diante a dores intensas

⁷ BARROSO, Luís Roberto. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. [s.l.:s.n], 2010. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI104660,21048-A+morte>>. <acessado em 20 de fevereiro de 2021>

sofridas pelo paciente terminal, agir para amenizá-las, ainda que a consequência seja a morte deste, ainda que de forma indireta a ação do profissional.⁸

D. Distanásia

Por fim, existe a figura da distanásia. A distanásia, ao contrário da eutanásia, é o prolongamento artificial do processo de morte, e por sua vez, do sofrimento do enfermo. Trata-se da utilização de medicamentos e ferramentas que prolonguem a vida do enfermo a qualquer custo. Entretanto, há de se considerar, até que ponto isso é válido? É um prolongamento que poderá trazer um sofrimento ao paciente, que por muitas vezes, sequer consegue expressar o sofrimento que passa, em decorrência de tantas intervenções que são feitas para a manutenção dele vivo, na busca por uma eventual cura ou superação da enfermidade.

Trata-se, segundo Maria Helena Diniz, do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal, ou tratamento inútil. Não se visa prolongar a vida, mas sim, o processo da morte.⁹

III. Do Direito Natural (Jus Natural)

O jus naturalismo ou direito natural não consiste em uma teoria ou doutrina jurídica que uniformize entendimentos, mas uma convergência de diversas abordagens filosóficas a problemas jurídicos. Em comum avaliam a conduta humana buscando a implementação do bem, que se alcança por meio de valores como a razão e a equidade, entre diversos outros. Em razão da referida convergência são identificados princípios comuns sobre os quais se comunicam estas avaliações.

⁸ VIEIRA, Tereza Rodrigues. Bioética e direito. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

⁹ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2009.

Ficou célebre a frase do estudioso holandês Hugo Grócio, acerca do direito jus natural, em que afirma que “O Direito Natural existiria mesmo que Deus não existisse ou que, existindo, não cuidasse dos assuntos humanos”.¹⁰

Ainda que laicizados, a fonte do direito nos trabalhos jus naturalistas costuma ser uma ordem metafísica, superior ao ordenamento mundano, e daí também entendido como um direito perfeito, idealizado e construído por uso da mais humana das faculdades: a razão.

O direito natural na atualidade apresenta-se como pilar a partir do qual devem-se estruturar as demais fontes positivas do direito tais como a lei dos sistemas romano-germânicos e o os precedentes no sistema de *common law*. Dito de outro modo, o direito natural consiste em um conjunto de princípios ante os quais pode e deve ser aferida a justiça da decisão positiva, entre os quais podemos destacar o direito à vida, à liberdade, à participação na vida comunitária, à união entre indivíduos, à igualdade de oportunidades.

Quando no capítulo antecessor deste trabalho iniciamos a descrição do direito positivo pertinente ao assunto eutanásia, invocamos a declaração dos direitos humanos como uma das fontes positivas a partir da qual foram construídos distintos ordenamentos jurídicos nacionais e distintos tratamentos positivos foram dados ao direito vida.

“Portanto, o jusnaturalismo dos escolásticos concebia o direito natural como um conjunto de normas ou de primeiros princípios morais, que são imutáveis, consagrados ou não na legislação da sociedade, visto que resultam da natureza das coisas e do homem, sendo por isso apreendidos imediatamente pela inteligência humana como verdadeiros. A lei natural é imutável em seus primeiros princípios. O direito natural independe do legislador humano. As demais normas, positivadas, são aplicações dos primeiros princípios naturais às contingências da vida, mas não são naturais, embora derivem do direito natural. Com essa doutrina dos escolásticos, o saber jurídico começou a ter as aparências de uma ideia científica.”¹¹

¹⁰ NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 368

¹¹ DINIZ, Maria Helena. Compendio de Introdução à Ciência do Direito. Saraiva, 2005, p. 37

É isso que queremos aqui evidenciar a princípio acerca do direito natural: é com fundamento nele, com o entendimento de uma justiça metafísica, suprassensível, que justificamos as normas positivas que concretizarão o direito.

A lei natural é imutável em seus primeiros princípios. O direito natural independe do legislador humano. As demais normas, positivadas, são aplicações dos primeiros princípios naturais às contingências da vida, mas não são naturais, embora derivem do direito natural.¹²

É o fundo jus naturalista que nos permite identificar o caráter universal no valor vida, de compartilhar, a comunidade de nações, a comunidade internacional de sociedades, a vida como um direito moral comum a todos os seres humanos pelo simples fato de serem humanos.

A. A filosofia grega

Com rara precisão, Platão retrata o dilema através de Cálicles, que entende ser de direito natural os fortes dominarem os fracos, posto que cada um teria direito a seus atributos, cabendo aos fracos o direito à fraqueza e ao forte o direito à fortaleza. Pela palavra de Cálicles, o Estado não deveria suprir o fraco contra o forte, pois se oporia à natureza das coisas. Sócrates o contraria, ao mostrar que vivendo o homem em sociedade, a sociedade iguala os desníveis e supre as desigualdades, sobre ser mais feliz o forte adaptado a uma sociedade em que os fracos têm dignidade que aquela em que o escraviza e domina, mas perde a relação de convivência entre seres humanos.¹³

Os gregos foram prodigiosos em estabelecer contornos morais à sociedade ocidental (em verdade considera-se que foram os gregos que fundaram a cultura ocidental em oposição à oriental). É celebre a realização do juramento de Hipócrates ao cabo das cerimônias de formatura dos cursos de Medicina, no Brasil e em diversos outros países:

Prometo solenemente consagrar a minha vida ao serviço da Humanidade.

¹² idem

¹³ O diálogo, que trata da magnífica tertúlia, denomina-se Górgias.

Darei aos meus Mestres o respeito e o reconhecimento que lhes são devidos.

Exercerei a minha arte com consciência e dignidade.

A Saúde do meu Doente será a minha primeira preocupação.

Mesmo após a morte do doente respeitarei os segredos que me tiver confiado.

Manterei por todos os meios ao meu alcance, a honra e as nobres tradições da profissão médica.

Os meus Colegas serão meus irmãos.

Não permitirei que considerações de religião, nacionalidade, raça, partido político, ou posição social se interponham entre o meu dever e o meu Doente.

Guardarei respeito absoluto pela Vida Humana desde o seu início, mesmo sob ameaça e não farei uso dos meus conhecimentos Médicos contra as leis da Humanidade.

Faço estas promessas solenemente, livremente e sob a minha honra.

Esta é uma fórmula abreviada do juramento original, que é mais elaborado e mais delineador da ordem moral sob a qual considera-se que tenha sido realizado o juramento original. Para fins de comparação, transcreve-se a seguir:

Juro por Apolo médico, Asclépio, Hígia, Panacéia e todos os deuses e deusas, fazendo-os testemunhas de que conforme minha capacidade e discernimento cumprirei este juramento e compromisso escrito:

Considerar aquele que me ensinou esta arte igual a meus pais, compartilhar com ele meus recursos e se necessário prover o que lhe faltar; considerar seus filhos meus irmãos, e aos do sexo masculino ensinarei esta arte, se desejarem aprendê-la, sem remuneração ou compromisso escrito; compartilhar os preceitos, ensinamentos e todas as demais instruções com os meus filhos, os filhos daquele que me ensinou, os discípulos que assumiram compromisso por escrito e prestaram juramento conforme a lei médica, e com ninguém mais; utilizarei a dieta para benefício dos que sofrem, conforme minha capacidade e discernimento, e além disso evitarei o mal e a injustiça; não darei a quem pedir nenhuma droga mortal e nem darei esse tipo de instrução; do mesmo modo, não darei a mulher alguma pessário para abortar; com pureza e santidade conservarei minha vida e minha arte; não operarei ninguém que tenha a doença da pedra, e cederei o lugar aos homens que fazem isso; em quantas casas eu entrar, entrarei para benefício dos que sofrem, evitando toda injustiça voluntária ou outra forma de corrupção, e também atos libidinosos no corpo de mulheres e homens, livres ou escravos; o que vir e ouvir durante o tratamento sobre a vida dos homens, sem relação com o tratamento e que não for necessário divulgar, calarei, considerando tais coisas segredo.

Se cumprir e não violar este juramento, que eu possa desfrutar minha vida e minha arte afamado junto a todos os homens, para sempre; mas se eu o transgredir e não cumprir, o contrário dessas coisas aconteça.

Vemos que existem diversos imperativos deontológicos para aqueles que se dediquem à prática terapêutica, ou exercício da medicina. Deve-se evitar “atos libidinosos no corpo de mulheres e homens, livres ou escravos”, o que permite deduzir que estes comportamentos fossem praticados com frequência por curandeiros e que isso estivesse levando a um descrédito da profissão. Deverá utilizar *“a dieta para benefício dos que sofrem, conforme minha capacidade e discernimento além disso evitarei o mal e a injustiça”*.

Frequentemente invocado como óbice à prática da eutanásia com fundamento no juramento feito por médicos, o trecho em questão inclui o seguinte dever de abstenção: *“não darei a quem pedir nenhuma droga mortal e nem darei esse tipo de instrução”*.

Diversos filósofos gregos célebres trataram sobre a postura da vida em face da morte, sobretudo a morte enferma. É bastante conhecido o discurso do filósofo Sócrates após sua condenação à morte por ingestão de cicuta. O filósofo diz incessantemente e em diversos trechos do relato feito por Platão que não há motivo para temer a morte e sim uma má vida, que para ele se caracteriza como uma vida que não é regida segundo o que a razão diz ser melhor. Sócrates também diz que não se deve desejar viver a qualquer custo, ou dessa mesma forma escapar da morte para viver, mas deve-se sim, viver bem. Nesse ponto ele considera a dor física, se for por um bem viver, um mal necessário, tratamentos para uma cura posterior. A morte de Sócrates foi, de certa forma uma escolha, onde ele poderia escolher entre uma vida degradante e a morte, e para ele que amava o bem viver e não apenas a vida por si só.

Platão critica o uso de medicamentos para a contenção de doenças leves – as quais devem ser deixadas livres para seguir seu próprio curso –, enfatizando que os fármacos devem ser empregados apenas nos casos “mais graves”, ou seja, naqueles em que há “grande perigo” para o doente. As moléstias não devem, assim, ser irritadas com o uso de remédios, o que traz mais prejuízos que benefícios para aquele que sofre. Ainda mais, se a enfermidade for incurável – ou seja, mortal –, não deve ser prolongada a vida “artificialmente” por meio de modalidades terapêuticas – aqui, não restritas aos fármacos, mas também às práticas como a dieta e a ginástica – de acordo com o exposto em *A República*: “[Sócrates] (...) Heródico, que era mestre de ginástica, tornou-se enfermeiro, e, misturando o exercício básico com a medicina, atormentou-se primeiro

e acima de tudo a si mesmo, e depois a muitos outros. [Glauco] *como assim?* – *Perguntou ele.* [Sócrates] dilatando a sua própria morte – *respondi eu. Acompanhando passo a passo a sua doença, que era mortal, sem ser, ao que parece, capaz de se curar, atravessou a vida a tratar-se, sem se ocupar de mais nada, estafando-se a ver que não se desviasse da dieta habitual, custando-lhe a morrer, devido ao seu saber, até que atingiu a velhice*¹⁴

É de ser reparar que Platão condena o prolongamento da vida e isso fica bastante claro ao criticar a prática da ginástica e a dieta.

B. A cultura judaico-cristã

Na tradição judaico-cristã uma norma fundamental a informar a comunidade de crentes é a proibição de matar. "Não matarás" diz o livro do Êxodo 20:13. Evidentemente isso compreende tanto a Eutanásia como o suicídio assistido.

Na passagem em que ocorre a refundação da sociedade hebraica, a nova aliança entre Deus e os homens, Deus teria deixado claro a Noé:

"A todo aquele que derramar sangue, tanto homem como animal, pedirei contas; a cada um pedirei contas da vida do seu próximo."

"Quem derramar sangue do homem, pelo homem seu sangue será derramado;
porque à imagem de Deus foi o homem criado"

Poder-se ia alegar que estes são exemplos de deveres absolutos e que não se teria certeza acerca de um dever relativo, de relativizar a vida em face de determinadas circunstâncias. Ou seja, não estaríamos diante de um caso específico como o de

¹⁴ Siqueira-Batista, Rodrigo. Schramm, Fermin Roland. A filosofia de Platão e o debate bioético sobre o fim da vida: interseções no campo da Saúde Pública In Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 20(3):855-865, mai-jun, 2004.

acelerar a morte em face de sua inevitabilidade, mas em ordens genéricas de cautela com a vida.

Surge com curiosidade o trecho da Bíblia em que se identifica um caso semelhante ao de uma eutanásia. Neste momento, uma pessoa matou outra para evitar uma indignidade. O rei Saul acabou por fim perdendo uma batalha e pediu a um de seus soldados que o matasse, evirando que sua pessoa caísse nas mãos de seus inimigos e, assim, em alguma indignidade. Quando esse soldado, de origem amalequita, conta a Davi que matara Saul, paradoxalmente Davi ordena que se execute o soldado.

Depois da morte de Saul, Davi retornou de sua vitória sobre os amalequitas. Fazia dois dias que ele estava em Ziclague quando, no terceiro dia, chegou um homem que vinha do acampamento de Saul, com as roupas rasgadas e terra na cabeça. Ao aproximar-se de Davi, prostrou-se com o rosto em terra, em sinal de respeito. Davi então lhe perguntou: "De onde você vem?" Ele respondeu: "Fugi do acampamento israelita". Disse Davi: "Conte-me o que aconteceu". E o homem contou: "O nosso exército fugiu da batalha, e muitos morreram. Saul e Jônatas também estão mortos".

Então Davi perguntou ao jovem que lhe trouxera as notícias: "Como você sabe que Saul e Jônatas estão mortos?" O jovem respondeu: "Cheguei por acaso ao monte Gilboa, e lá estava Saul, apoiado em sua lança. Os carros de guerra e os oficiais da cavalaria estavam a ponto de alcançá-lo. Quando ele se virou e me viu, chamou-me gritando, e eu disse: Aqui estou. "Ele me perguntou: 'Quem é você?' "Sou amalequita, respondi. "Então ele me ordenou: 'Venha aqui e mate-me! Estou na angústia da morte!'. "Por isso aproximei-me dele e o matei, pois sabia que ele não sobreviveria ao ferimento. Peguei a coroa e o bracelete dele e trouxe-os a ti, meu senhor".

Então Davi rasgou suas vestes; e os homens que estavam com ele fizeram o mesmo. E se lamentaram, chorando e jejuando até o fim da tarde, por Saul e por seu filho Jônatas, pelo exército do Senhor e pelo povo de Israel, porque muitos haviam sido mortos à espada. E Davi perguntou ao jovem que lhe trouxera as notícias: "De onde você é? E ele respondeu: "Sou filho de um estrangeiro, sou amalequita". Davi lhe perguntou: "Como você não temeu levantar a mão para matar o ungido do Senhor?" Então Davi chamou um dos seus soldados e lhe disse: "Venha aqui e mate-o!" O servo o feriu, e o homem morreu. Davi tinha dito ao jovem: "Você é responsável por sua própria morte. Sua boca testemunhou contra você, quando disse: 'Matei o ungido do Senhor'".

O sofrimento é uma situação muito difícil e não tem respostas fáceis. Toda vida humana é preciosa, até a vida de uma pessoa que está sofrendo ou está em coma. Na Bíblia, Deus deixou Jó sofrer muito, ao ponto de querer morrer. Mas Jó nunca tentou tirar sua vida, porque sabia que era errado (Jó 2).

Num outro dia os anjos vieram apresentar-se ao Senhor, e Satanás também veio com eles para apresentar-se.

O Senhor perguntou a Satanás, "De onde você veio?" Satanás respondeu ao Senhor: "De perambular pela terra e andar por ela". Disse então o Senhor a Satanás: "Reparou em meu servo Jó? Não há ninguém na terra como ele, irrepreensível, íntegro, homem que teme a Deus e evita o mal. Ele se mantém íntegro, apesar de você me haver instigado contra ele para arruiná-lo sem motivo".

"Pele por pele!", respondeu Satanás. "Um homem dará tudo o que tem por sua vida. Estende a tua mão e fere a sua carne e os seus ossos, e com certeza ele te amaldiçoará na tua face." O Senhor disse a Satanás: "Pois bem, ele está nas suas mãos; apenas poupe a vida dele".

Saiu, pois, Satanás da presença do Senhor e afligiu Jó com feridas terríveis, da sola dos pés ao alto da cabeça.

Então Jó apanhou um caco de louça e com ele se raspava, sentado entre as cinzas. Então sua mulher lhe disse: "Você ainda mantém a sua integridade? Amaldiçoe a Deus, e morra!" Ele respondeu: "Você fala como uma insensata. Aceitaremos o bem dado por Deus, e não o mal?" Em tudo isso Jó não pecou com seus lábios.

O livro do *Eclesiastes* leva este nome em razão de uma transliteração do grego Ἐκκλησιαστής que por sua vez vem do hebraico *Kohelet* (ou *Qohelet*), que significa "aquele que reúne", mas que é tradicionalmente traduzido como "professor" ou "pregador" nas traduções da Bíblia em português. Ele traz uma das passagens mais paradigmáticas sobre o assunto, no seu capítulo 8, versículo 8:

“Não há nenhum homem que tenha domínio sobre o vento para o reter; nem tampouco tem ele poder sobre o dia da morte; nem há tréguas nesta peleja; nem tampouco a perversidade livrará aquele que a ela se entrega”

Eclesiastes 8, 8

Note-se a formulação categórica acerca do comando moral: nenhum homem tem poder sobre o dia da morte, sobre a qual decide, numa interpretação sistemática com os demais trechos da Bíblia, apenas Deus. O curso da vida é uma peleja, uma guerra sem tréguas. E, sobretudo, de nada adianta à morte se entregar, antecipando a sua chegada, pois assim procedendo, estar-se-á para sempre sob o martírio da perversidade. A corrupção da alma, ou, aqui, a perversidade, serve claramente como um preceito

secundário de direito penal. Ou seja, a moral judaico-cristã deixa bastante claro com esta passagem que é vedada a antecipação da morte natural, tendo em vista que somente Deus decide o termo final da vida.

Toda forma de eutanásia direta, isto é, a administração de narcóticos para provocarem ou causarem a morte, é ilícita porque se pretende dispor diretamente da vida. Um dos princípios fundamentais da moral natural e cristã é que o homem não é senhor e proprietário, mas apenas usufrutuário de disposição direta que visa à abreviação da vida como fim e como meio. Nas hipóteses que vou considerar, trata-se unicamente de evitar ao paciente dores insuportáveis, por exemplo, no caso de câncer inoperável ou doenças semelhantes. Se entre o narcótico e a abreviação da vida não existe nenhum nexo causal direto, e se ao contrário a administração de narcóticos ocasiona dois efeitos distintos: de um lado aliviando as dores e de outro abreviando a vida, serão lícitos. Precisamos, porém, verificar se entre os dois efeitos há uma proporção razoável, e se as vantagens de um compensam as desvantagens do outro. Precisamos, também, primeiramente verificar se o estado atual da ciência não permite obter o mesmo resultado com o uso de outros meios, não podendo ultrapassar, no uso dos narcóticos, os limites do que for estritamente necessário (*Acta Apostolicae Sedis* 49, 1957).

Estas são considerações importantes acerca do substrato moral que resguarda a cultura nacional e que não apenas influencia, mas até mesmo delimita a *mens legislatoris*.

IV. Do direito Positivo

Determinadas as classificações diversas que o tema abarca, com suas diversas formas, é preciso entender de que forma o direito brasileiro tutela a vida, ameaçada pela prática da eutanásia. Desta forma, é imperioso destacar a evolução do processo de positivação das normas referentes ao caso, e para tal, precisa-se entender o caminho trilhado desde a ideia abstrata de vida até a regulamentação estatal.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB88), quando garante a dignidade da pessoa humana como um direito fundamental, o faz também por meio da indicação de que há uma inviolabilidade do direito à vida que se consubstancia na forma de um direito fundamental.

Uma leitura da norma maior desde seu começo permite identificar, já no início, sob o título I, aquele que trata dos princípios fundamentais que regem a sociedade brasileira, a afirmação de que a “República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos” “III - a dignidade da pessoa humana”. Este dispositivo é a incorporação no ordenamento pátrio de diversas passagens da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948, que foi adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. O Brasil adere à Organização das Nações Unidas (foi um dos membros fundadores da Liga das Nações) e é de se esperar que suas constituições, entre elas a de 1988, incluam valores como a dignidade da pessoa humana, que são invocados em diversos trechos daquela Declaração. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e são dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. Afirma ainda que todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Conseqüentemente, podemos encontrar estes mesmos valores universais da pessoa humana refletidos em nossas constituições e, particularmente, na Constituição Cidadã de 1988.

“O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria ‘natalista’, em contraposição às teorias ‘concepcionista’ ou da ‘personalidade condicional’). E, quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até a ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea, está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar).”¹⁵

No plano da legislação infraconstitucional, nosso código penal data da década de 1940 e ainda não havia na sociedade brasileira de então qualquer discussão que flexibilizasse

¹⁵ **ADI 3.510**, rel. min. Ayres Britto, j. 29-5-2008, P, *DJE* de 28-5-2010.

o direito à vida. No máximo encontrávamos as situações de excludentes de ilicitude da parte geral daquele diploma¹⁶.

Podemos verificar que são incriminadas diversas condutas que atentam contra a vida humana, a exemplo do homicídio e do suicídio. O homicídio distingue-se entre o simples¹⁷ e o qualificado¹⁸, sendo que com mais frequência a subsunção da conduta identificada com a eutanásia ocorre neste segundo tipo.

Um dos modos de caracterizarmos a eutanásia seria fazendo-o em identidade com o tipo legal descrito no homicídio simples privilegiado, cuja norma primária (ou “*preceptum iuris*”) consiste em “matar alguém”. Ela teria uma causa de diminuição de pena, na

¹⁶ **Exclusão de ilicitude**

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Excesso punível

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Estado de necessidade

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Legítima defesa

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

¹⁷ **Homicídio simples**

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

¹⁸ **Homicídio qualificado**

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

medida em que o elemento volitivo da conduta pode ser entendido como sendo impellido por motivo de relevante valor social ou moral.

Há também a perspectiva de se caracterizar a conduta da eutanásia como induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio¹⁹. É o caso que se mencionou anteriormente nesta dissertação acerca do cientista australiano de 104 anos que morreu na Suíça por suicídio assistido²⁰.

A. A proteção constitucional da vida

A Constituição busca retratar, do melhor modo possível em direito, precisamente a constituição de uma sociedade, o peculiar modo de se organizar de uma sociedade, e o faz por meio da inscrição no texto constitucional – para aqueles sistemas que dispõem de constituição escrita – dos valores mais caros desta sociedade retratada.

O direito à vida desponta como um dos mais importantes direitos fundamentais de toda ordem constitucional. Muitas vezes, traduzido – ou ainda, especificado – no direito à existência, que José Afonso da Silva descreve como o “direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável.”

Para o constitucionalista do Largo de São Francisco, “existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte. Porque assegura o direito à vida é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital.” E, conseqüentemente, “é também por essa razão que se considera legítima a defesa contra qualquer agressão

¹⁹ **Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio**

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único - A pena é duplicada:

Aumento de pena

I - se o crime é praticado por motivo egoístico;

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

²⁰ <https://exame.abril.com.br/ciencia/cientista-australiano-de-104-anos-morre-na-suica-por-suicidio-assistido/> <acessado em 11 de maio de 2021>

à vida, bem como se reputa legítimo até mesmo tirar a vida a outrem em estado de necessidade da salvação própria.”

Sustenta-se que não existe propriamente uma hierarquia entre valores constitucionais e que eles guardam a mesma dignidade que os demais. No caso do valor vida, entretanto, é interessante a colocação do constitucionalista Paulo Gustavo Gonet Branco, para quem:

[...] “A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse”²¹

Estamos, assim, diante do que se convencionou chamar de “bem jurídico”. Este é um valor, ou melhor: é todo valor da vida humana protegida pelo Direito.

Diz o caput do art. 5º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Pedro Lenza enfatiza que: “[...] O direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5º, *caput*, abrange tanto o direito de não ser morto, de não ser privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna.”

Porém, o direito à vida não é expresso de modo detalhado e exaustivo no caput do art. 5º, sendo alcançado por meio de uma intensa ponderação deste dispositivo com diversos outros. Eis que a CRFB88 afirma ainda no inciso XLVII do mesmo artigo 5º - e, portanto, como um direito fundamental – que não haverá penas de morte, salvo em caso

²¹ Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. p. 263

de guerra declarada(...). Logo se percebe que o direito à vida não é absoluto, havendo pelo menos a previsão de relativização em caso de guerra declarada.

Aos presos é assegurado, por meio do inciso XLIX do art. 5º, “o respeito à integridade física e moral” e no inciso III que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Ora, não se há de fazer uma interpretação tacanha de que apenas aos presos seja garantido o respeito à integridade física e moral por meio da vedação à tortura e tratamentos desumanos ou degradantes. São normas que devem ser consideradas sistematicamente.

E desta visão sistêmica das normas constitucionais podemos verificar que existe um direito à integridade física o qual, doutrinariamente construído por meio dos direitos da personalidade, pode ser especificado ainda em direito à vida, direito à integridade corporal e direito à saúde.

Identifica-se um direito à integridade física, que pode ser reivindicado até mesmo após a morte, pelo respeito que se deve a um cadáver²² (*right to corpse*). Tampouco se limita o direito à integridade corporal à estrita incolumidade anatômica e externa do corpo humano, havendo por certo uma proteção à vida psicofísica, mental, e à saúde, consistente não apenas no direito a se ver auxiliado a manter e recuperar o comportamento normalmente fisiológico do organismo, mas também de não se ver contagiado por outrem²³.

²² Código Civil, Lei 10.406/2002:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Código Penal, DL 2.848/1940:

Vilipêndio a cadáver

Art. 212 - Vilipendiar cadáver ou suas cinzas:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

²³ Código Penal, DL 2.848/1940:

Perigo de contágio venéreo

No complexo processo de concretização dos valores constitucionais através de normas infraconstitucionais, cabe destacar que não apenas mediante uso do instrumental punitivo se dá esta ação, mas também – e talvez sobretudo – por meio da regulação da vida particular.

E nem cabe aqui invocar a *summa divisio* romana da distinção entre direito público e direito privado, mas de destacar que os comandos constitucionais se concretizam por diversos caminhos materiais. É bastante divulgada em obras jurídicas da mais variada origem a publicização do direito privado. De modo que no direito civil, que regula presumivelmente a relação entre particulares, podemos identificar princípios constitucionais positivados de modo expresso ou tácito.

O tratamento dos direitos da personalidade, que se dão precipuamente por normas de natureza privada, em particular no Código Civil, buscam trazer nos seus dispositivos justamente esta proteção à vida e à dignidade humana que são de suprema envergadura na ordem jurídica nacional.

Uma das propriedades iniciais destes direitos são a sua intransmissibilidade e irrenunciabilidade.²⁴ Com isso, temos um ponto muito importante em toda a controvérsia

Art. 130 - Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

§ 1º - Se é intenção do agente transmitir a moléstia:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 2º - Somente se procede mediante representação.

Perigo de contágio de moléstia grave

Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Perigo para a vida ou saúde de outrem

Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais.

²⁴ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

a respeito dos direitos da personalidade e do direito à vida. Entende-se que o direito à dignidade, à personalidade em particular, não pode ser abdicado e nem tampouco transmitido. Em algumas situações permite-se uma flexibilização, relativizando este direito que, à prima facie, seria compreendido como um direito absoluto. São os casos de alguns direitos da personalidade, como a imagem, que podem ser objeto de cessão e transação de valor econômico, como a permissão para uso da imagem com fins comerciais. Inicialmente, a imagem é um direito da personalidade e, seguindo a norma legal, não poderia ser transmitida e nem objeto de comércio.

A continuação da norma refere ainda os direitos à personalidade como irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. De modo que, ainda que possam se tornar *res in commercio*, resta sempre ao seu titular o direito de reivindicá-los a qualquer momento.²⁵

A tutela sobre a integridade física é tamanha que veda a livre disposição do próprio corpo. O artigo 13 do Código Civil é expresso neste sentido:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Aqui jaz o cerne de toda argumentação político-constitucional em torno do corpo e da vida, o que evidentemente envolve as discussões atinentes à eutanásia, na medida em que é vedada qualquer conduta que possa limitar ou reduzir a integridade, a incolumidade do corpo. Ou ainda, que esta ação contrarie os bons costumes (note-se aqui a importante presença de uma espécie de salvaguarda moral, da qual falamos em nosso capítulo 2, e toda a relevância que a ordem moral exerce sobre a positivação

²⁵ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

jurídica). Não é permitida a disposição do corpo de modo que possa vir a contrariar a sua integridade.

Importante retomar neste momento outro comando constitucional que merece nossa atenção, a saber o artigo 199 em seu parágrafo quarto, que diz:

Art. 199 § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

A doação de órgãos é um elemento importante nesta discussão, sobretudo por implicar necessariamente uma diminuição da integridade física. Uma doação pode se dar tanto *intervivos* como entre vivo e morto (encefálico), ainda que a lei mencione a possibilidade *post mortem*. A proteção ao corpo, como dissemos há pouco, aplica-se inclusive ao cadáver. E a doação de um órgão consiste numa grande limitação ao corpo.

Quando ocorre uma doação de medula *intervivos*, por exemplo, não se está causando uma limitação perene ao corpo humano, uma vez que o organismo sintetiza novamente este tecido com o decurso do tempo. Outros, como no caso do transplante de um dos rins, necessariamente implicam uma diminuição da capacidade depuradora do organismo, com o que nos deparamos com uma limitação e voluntaria à integridade física. Não se atenta à moral, mas, muito pelo contrário, assim se procede motivado por valores altruísticos.

A disposição *post mortem* do corpo é aquela em que se permite que se disponha do cadáver para fins nobres como a pesquisa científica²⁶.

Podemos afirmar que o Código Civil tratou num só dispositivo, o artigo 14, da disponibilidade do corpo humano em vida e do *post mortem*. Destaque-se que o ato de disposição pode ser revogado a qualquer tempo e que a interpretação deste dispositivo se faz em consonância com as normas contidas na Lei especial 9.434 /1997. As duas normas dependem ainda do previsto nos artigos 1º, III, e 199, § 4o, da Constituição Federal.

²⁶ Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

B. Testamento Vital

1. Definição

O **testamento vital** é um documento expresso, redigido por qualquer pessoa no pleno gozo de suas faculdades mentais, com o objetivo de dispor acerca dos cuidados, tratamentos e procedimentos médicos a que deseja ou não ser submetida na hipótese de ser acometida por uma doença ameaçadora da vida que a impossibilite de manifestar livremente sua vontade. A concepção desse tipo de testamento se deu pela necessidade de regulamentação de um instituto que fizesse prevalecer a vontade prévia de pacientes em estado terminal para quando, pelo avanço de sua moléstia, tornarem-se incapazes de exprimir sua vontade. As disposições versam acerca de como querem ser tratados caso um dia encontrem-se nesta situação, ou seja, sobre quais procedimentos terapêuticos a que admitem ser submetidos ou não.

2. Aspecto histórico

O testamento vital, ou equivalente, foi criado na cidade norte americana de Chicago em 1967 por meio do advogado Luis Kutner²⁷, que elaborou um documento para um cliente que se recusava a receber determinados tratamentos caso um dia fosse acometido por enfermidade terminal. Assim, nasceu o famoso termo *living will*,²⁸ sendo o testamento vital propriamente dito.

Nos últimos anos, diversas legislações estrangeiras vêm tutelando e regulando este tipo de disposição de vontade, sendo elas: Alemanha, Argentina, Áustria, Bélgica, Espanha, Estados Unidos, França, Holanda, Hungria, Inglaterra, México, Porto Rico, Portugal, União Europeia e Uruguai. Em Portugal a Lei nº 25, de 16 de julho de 2012 entrou em vigor, regulamentando de forma a autorizar a utilização de “Diretivas Antecipadas da Vontade”.

²⁷ Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article>, acesso em 08 de maio de 2021.

²⁸ Disponível em: <https://www.uslivingwillregistry.com/fedregs.shtm>. Acesso em 08 de maio de 2021.

Já na Espanha o referido documento é denominado “Vontades Antecipadas”. A Alemanha possui em seu ordenamento um instituto chamado *Patientenverfügungen*²⁹, previsto em seu Código Civil, que se equivale às diretivas antecipadas de vontade.

Brasil

Embora o Conselho Federal de Medicina, por meio da resolução nº 1.995/12,³⁰ tenha regulamentado esse instituto – o que significa enorme avanço no país – cabe ressaltar que os legisladores permanecem silentes quanto à regulamentação de uma lei específica que regule o tema, acarretando, assim, enorme insegurança jurídica a aqueles que se utilizam do instituto, além de não estabelecer regras de validade e eficácia para o documento.

A resolução do Conselho Federal de Medicina, não estabeleceu um padrão de documento a ser respeitado, sendo assim, seus requisitos e formalidades são avaliados com base na legislação estrangeira, e no Código Civil nas exigências do testamento particular, porém, seus requisitos formais sofrem algumas distorções como veremos a diante.

Tendo a referida Resolução expedida pelo Conselho Federal de Medicina, em janeiro de 2013, sofrido uma Ação Civil Pública (0001039-86.2013.4.01.3500), cuja pretensão do Ministério Público Federal do Estado de Goiás era de ver suspensa a sua aplicação, e a posterior declaração de inconstitucionalidade.

No entanto, em janeiro de 2014, a ação foi julgada improcedente, pelo entendimento do Magistrado Eduardo Pereira da Silva, de que o Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução nº 1.995/12, respeitou a autonomia da vontade (princípio implícito no caput do artigo 5º da CF), o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF) e a proibição de submissão de quem quer que seja a tratamento desumano e degradante (artigo 5º, III, da CF).

Ao respeitar vontade desses pacientes perante os tratamentos médico-hospitalares, manifesta através deste instrumento, estamos assegurando-lhes o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, a autonomia privada

²⁹ Disponível em: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/patientenverfuegung.html>.

Acesso em 08 de maio de 2021.

³⁰ Disponível em [TERMO DE ATESTO - 1995_2012.pdf \(cfm.org.br\)](#). Acesso em 08 de maio de 2021.

e a proibição constitucional de tratamento desumano, princípios norteadores da CRFB, inseridos como cláusula pétrea, no art. 5º, e incisos.

O testamento vital acaba por moldar-se em matéria de direitos humanos, uma vez justifica-se por permitir que o indivíduo não seja submetido a prolongamento de vida mediante procedimentos médicos que lhe causarão ainda mais sofrimento desnecessário, uma vez que não exista cura viável.

O testamento como instituto jurídico tem regulação material pelo Código Civil e procedimental pelo código de processo civil.

No âmbito do primeiro diploma mencionado, o caput do artigo 1.857, dispõe que “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”. Tendo em vista que a norma alude o termo “bens”, sem especificá-los de forma taxativa ou exemplificada, coube à doutrina definir e permear tais disposições acerca do conteúdo do testamento.

Ao concebermos que os direitos da personalidade constituem bens imateriais, personalíssimos, imprescritíveis e inalienáveis, é justo que componham o conjunto de bens da pessoa. Se assim não fosse, os direitos autorais, como exemplo, pereceriam juntamente com seu detentor.

Quanto à forma, por analogia, em não havendo regulação procedimental para o testamento vital, tendo por objeto a busca por maior segurança jurídica, pode-se revesti-lo das formalidades do testamento público, pela presunção da fé pública, ainda que o Código Civil permita o testamento particular no âmbito tradicional.

Trata-se de ato jurídico unilateral; indelegável; personalíssimo; gratuito; revogável; formal e solene. Até aqui temos as características comuns aos dos instrumentos. O ponto nevrálgico é o evento *causa mortis*, pois tal premissa regulamenta o patrimônio de uma pessoa após sua morte, produzindo efeitos somente após a abertura da sucessão. Na ocasião da realização do testamento vital, tal evento não ocorre para viabilizar a abertura e registro do testamento, ao contrário, o próprio testamento regula a ocorrência do evento morte.

Por essa razão, ainda há controvérsias quanto à validade e aceitação do referido instrumento, cuja nulidade poderá ser suscitada. Cumpre arguir, ao final, que a pessoa

capaz que decide testar, deve se limitar aos tipos de testamentos previstos em lei, não podendo criar um testamento, pois os artigos 1.862 e 1.888 do Código Civil dispõem sobre rol taxativo dos testamentos ordinários e especiais, não podendo ser criado qualquer outro testamento que não esteja previsto nesse rol.

Assim, nos parece inadequado o uso do termo testamento vital para exprimir a última vontade de uma pessoa. Tal instrumento, por possuir alta relevância jurídica e social, necessita ser apreciado a fundo pelos legisladores, a fim de que se obtenha um instituto adequado, ou que se adeque o já consolidado, à realidade fática que se apresenta. A doutrina se posiciona acerca desse tema, considerando como termo mais correto ao instrumento, o uso das expressões: “diretivas antecipadas da vontade” ou “declaração vital”.

Ressalte-se que acerca das disposições sobre doação de órgãos, o testamento vital não se aplica, basta seguir os ditames previstos na Lei 9.434/97 (alterada pela Lei 10.211/01).

A discussão é ampla, para tanto, deve ser levada em consideração a participação da comunidade médica e jurídica para que se alcance um instrumento que atenda às necessidades da sociedade brasileira. Já há modelos internacionais a serem analisados e que podem servir como ponto de partida.

V. Desenvolvimento Sintético

A nossa Constituição Federal foi promulgada em 1988, ou seja, possui raiz democrática viabilizada através de uma Assembleia Nacional Constituinte formada por representantes do povo eleitos especialmente para discutir e deliberar, gerando, assim a Magna Carta, como explica Ricardo Cunha Chimenti (apud Nishiyama, p. 5).³¹ Dessa feita, nasceu a Lei suprema do Estado brasileiro, cuja rigidez que, conforme bem ensina o Prof. Nishiyama (2012, p. 10) caracteriza-se pela adoção de um procedimento mais complexo e dificultoso para a modificação do seu conteúdo, se comparado ao procedimento adotado para a elaboração das normas jurídicas estatais ordinárias e/ou complementares.

³¹ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. Manual de Teoria geral do Direito Constitucional. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

Nesse sentido, seguindo ainda a linha de raciocínio do ilustre professor, pela própria posição de superioridade em que a norma constitucional é colocada, vislumbra-se uma espécie de pirâmide normativa, nos sentidos jurídico-positivo e lógico-jurídico na qual o arcabouço jurídico legislativo do Estado se organiza abaixo do manto constitucional, classificando-se como infraconstitucional. É o que se depreende do postulado de Hans Kelsen.

Esta breve explanação busca inserir a questão da eutanásia no âmbito do conflito de normas constitucionais de igual equivalência, uma vez que estamos a tratar de direitos e garantias individuais e fundamentais, concebidos como cláusulas pétreas³² em nossa Constituição.

A necessidade de proteção à vida na sua dimensão máxima surgiu historicamente após As duas Grandes Guerras Mundiais, que resultaram em verdadeiro flagelo, para a humanidade, segundo o Preâmbulo da Carta das Nações Unidas (ONU, 1945) “sofrimentos indizíveis”³³. Somando-se a essa situação de mudança global, em que não se aceitava mais o desrespeito a um mínimo ético tolerável mundialmente, estabelecendo-se que particularidades culturais e individuais não poderiam superar valores humanos universais (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012)³⁴

Despertou-se nos Estados a política da tolerância, ao menos momentânea e oficial, com vistas à valorização da pessoa humana, a fim de que se evitassem novas catástrofes nesse sentido. Nesse cenário renasceram as Constituições de diversos países a serem reconstruídos política e socialmente e, nessa esteira, durante a reabertura democrática,

³² “Por vezes, o constituinte originário poderá inserir no Texto constitucional um núcleo imutável. São as chamadas cláusulas pétreas. No caso brasileiro, o art. 60, parágrafo 4º da CRFB, estabelece um rol de matérias que não podem ser alteradas nem mesmo por emenda constitucional. Estabelece a referida norma que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos poderes; IV – os direitos e garantias individuais”. (NISHIYAMA, 2012, p. 11)

³³ Cf. Preâmbulo da Carta da Organização das Nações Unidas (ONU).

³⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho [e-pub]. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

após um período de graves violações dos direitos humanos internamente, a atual constituição da República Federativa do Brasil.

A Constituição de 1988 foi pungente na defesa dos direitos e garantias individuais, uma vez que a Constituição anterior, de 1946 – meramente formalista promovendo a inépcia do poder judiciário – não resistiu ao golpe militar em 1964. (FRANCO, 1960)³⁵.

Proteger a vida e positivar esse direito de forma imutável é medida que trouxe avanços jurídicos e sociais importantes para a humanidade. Feita essa análise, nos parece lógico entender o porquê de se sopesar tanto a abertura à discussão jurídico legislativa sobre temas polêmicos como aborto e eutanásia, por exemplo. No segundo caso, temos um leque de preceitos e valores que, se colocados em confronto, ao fim, nos conduzem a conclusões que, embora bifurquem-se em duas vertentes, apresentam correlação quanto ao objeto tutelado.

Isso ocorre, pois ao invocarmos o princípio da dignidade da pessoa humana como fonte para melhoria na qualidade de vida de um indivíduo, nos parece lógico fazermos o mesmo para a melhoria na qualidade de sua morte. Uma vez que a morte é o destino de todo o ser vivo e tudo o que vive, um dia morrerá, promover a qualidade dessa morte de forma a dignificar a existência e poupar do sofrimento desnecessário do ser que perece, nos parece primar pela sua dignidade de vida.

Esse posicionamento é defendido pelo jurista espanhol Valle Muñiz (1989, p. 156), que observa a necessidade de discussão acerca do tema, tendo em vista que com a evolução das terapêuticas médicas e da ciência, a manipulação e a manutenção da vida até extremos dificilmente qualificáveis como humanos é viável. Para ele, a intervenção médica não deveria ser protocolar e autômato, mas repleta de sentido, uma finalidade curativa incompatível com estados irracionais e degradantes da manutenção e prolongamento da existência.³⁶

³⁵ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Curso de Direito Constitucional Brasileiro. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

³⁶ VALLE MUÑIZ, José Manuel. Relevancia jurídico-penal de la eutanasia. Cuadernos de Política Criminal, n. 37, 1989.

Os argumentos favoráveis à eutanásia encontram lastro na busca por minimizar dor e sofrimento às pessoas que já não possuem qualidade de vida, estando em fase terminativa de doenças ou outras condições que, por sua natureza e evolução não ofereçam resposta de melhora às terapêuticas médicas existentes.

Nas palavras da professora de antropologia e diretora da Associação Internacional de Bioética, Débora Diniz, "eutanásia não é assassinato. Viver é sempre fazer escolhas, inclusive a escolha de decidir morrer". Há experiências de doenças, de sofrimento intenso, quadros clínicos irreversíveis que eliminam o prazer e o sentido da vida para algumas pessoas.³⁷

A professora invoca, ainda, em primeiro plano, o princípio da dignidade da pessoa humana e reitera sua argumentação por meio do princípio da autonomia, uma vez que a prática da eutanásia e de suas derivações pode ser concebida como o exercício de um direito individual garantido pela inclusão do direito à morte humanizada ou, em sentido lato, direito a morrer.³⁸

Podemos igualmente nos concentrar na autonomia de vontade e na disposição do próprio corpo, naturalmente respeitando as limitações legais. O indivíduo que sofre, tem consciência do seu sofrimento, espera em vão que o acaso lhe ceife a vida. Não seria o caso de lhe proporcionar a decisão sobre sua própria existência? Apenas para reflexão que levantamos essa questão.

No âmbito da religiosidade, há a incidência de crenças tanto no sentido de rechaçar determinadas terapêuticas médicas, vitais ao prolongamento da vida humana, quanto para que se evite a discussão do tema, com a condenação da prática da eutanásia e suas derivações.

³⁷ DINIZ, Débora. *Porque Morrer? O Direito à morte digna*. Fonte: Revista do Terceiro setor, 01.abr.2005.

³⁸ Id Diniz,2005

No início de maio de 2018, a igreja católica portuguesa movimentou-se nesse sentido, distribuindo 1,5 milhões de folhetos contrários à conduta. "Porque esta questão não é confessional nem religiosa, é uma questão de humanidade, de defesa da vida", frisou Manuel Barbosa, em conferência de imprensa realizada em Fátima.³⁹

No âmbito do Estado brasileiro o argumento maior para a não aplicação de condutas que acelerem ou permitam a morte está expresso no texto constitucional - caput do art. 5º da Constituição Federal (CF/88)⁴⁰, o qual afirma que aos brasileiros é garantida a inviolabilidade do direito à vida, que é um dos principais direitos, uma vez que ela é pré-requisito para vários direitos, como a liberdade, a propriedade, entre outros.

Destarte, inegável que tais práticas não encontram qualquer subsídio jurídico diante de tal preceito.

A consciência de que a morte é certa e irremediável e de que morrer é tão natural quanto nascer e crescer ainda são fatores a serem desmistificados na sociedade contemporânea. De acordo com o historiador Pedro Paulo Funari, professor da Unicamp, o mundo ocidental moderno transformou a morte em tabu. O assunto é evitado nas conversas do dia a dia e ocultado das crianças. Continua observando que: "Antes, na tradição ocidental, a morte era um acontecimento para ser vivido, com refeição no velório e tudo", e que, superada a segunda grande guerra, o mundo voltou-se demais para o presente, com predominância do hedonismo.

Jurisprudencialmente, tanto o STJ, quanto o STF já se posicionaram no sentido de que "o direito à vida", ou seja, à sua proteção, possuem valor precedente aos demais direitos que dele decorrem, como a dignidade e autonomia de vontade sendo, por essa

³⁹ Disponível em: ["Luta contra a eutanásia não é confessional, mas de humanidade" - Renascença \(sapo.pt\)](#), Acesso em 13 de maio de 2021.

⁴⁰ CRFB, Disponível em [Constituição \(planalto.gov.br\)](#), acesso em 12 de março de 2021

razão, inviolável e indiscutível sua tutela. Mister que a análise de cada caso em concreto permeia esse entendimento.

A morte como tabu, superada a necessidade premente de valorização e proteção à vida no seu grau máximo, superadas igualmente as ameaças reais aos direitos e garantias individuais, pode e deve ser desmistificada aos poucos. Trazer à baila discussões acerca da evolução do direito à vida. Evolução no sentido em que direito à vida é se trata de direito à vida em concreto, mas ao deixar viver, ao permitir uma existência livre, digna e pacífica.

Permitir uma morte igualmente digna e pacífica, como único e irremediável fim da existência humana, também nos parece ser a tutela à vida concebida filosófica, e por que não positivamente num grau de evolução e compreensão do seu real sentido.

VI. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição Federal (1988).

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 de mai. de 2021

BRASIL. Código Civil (2002).

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 18 de mai. de 2021

BRASIL. Código Penal (1940). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 de mai. de 2021

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. p. 263

COSTA, Teresa Paula. Luta contra a eutanásia não é confessional, mas de humanidade. Renascença. 08 de mai. de 2018. Disponível em: <https://rr.sapo.pt/noticia/112659/luta-contra-a-eutanasia-nao-e-confessional-mas-de-humanidade>. Acesso em: 13 de mai. de 2021

DINIZ, Débora. *Porque Morrer?* O Direito à morte digna. Fonte: Revista do Terceiro setor, 01.abr.2005.

DINIZ, Maria Helena. Compendio de Introdução à Ciência do Direito. Saraiva, 2005.

_____. O Estado Atual do Biodireito. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Curso de Direito Constitucional Brasileiro. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

KUTNER, Luis (1969) "Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal," Indiana Law Journal: Vol. 44: Iss 4, Article2.

Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol44/iss4/2>. Acesso em: 8 de mai. de 2021

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 368

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. Manual de Teoria geral do Direito Constitucional. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. Schramm, Fermin Roland. A filosofia de Platão e o debate bioético sobre o fim da vida: interseções no campo da Saúde Pública In Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 20(3):855-865, mai-jun, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho [e-pub]. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. Relevancia jurídico-penal de la eutanasia. Cuadernos de Política Criminal, n. 37, 1989.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Bioética e direito. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

ZIEMANN, Aneline dos Santos; Alves, Felipe Dalenogare. A jurisdição constitucional e os direitos fundamentais nas relações privadas: questões contemporâneas. São Paulo: Perse, 2014

Chile nega pedido de adolescente de 14 anos que deseja morrer. Jornal O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/chile-nega-pedido-de-adolescente-de-14-anos-que-deseja-morrer-15453644>. Acesso em: 16 de nov. de 2020

Cientista David Goodall morre aos 104 após cometer suicídio assistido na Suíça. Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2018/05/cientista-david-goodall-104-morre-apos-fazer-suicidio-assistido-na-suica.shtml>. Acesso em: 16 de nov. de 2020

'Ela tem tanta dor que só quer morrer': a jovem de 19 que pede eutanásia e causa polêmica no Chile.G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/noticia/ela-tem-tanta-dor-que-so-quer-morrer-a-jovem-de-19-que-pede-eutanasia-e-causa-polemica-no-chile.ghtml>>. Acesso em: 16 de nov. de 2020

Federal Regulations | USACPR (Regulamentação Federal – Plano de Registro de Cuidados Americanos).

Disponível em: <https://www.usacpr.net/health-care-providers/federal-regulations/>. Acesso em: 8 de mai. de 2021

Patientenverfügung - Grundlagen, Hinweise und Erstellung (Testamento Vital – noções básicas, informações e preparação).

Disponível em: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/patientenverfuegung.html>. Acesso em: 8 de mai. de 2021

Resolução CFM nº 1.995/2012.

Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 18 de mai. de 2021

Schumacher sofre grave acidente de esqui e está em coma; estado é crítico. GloboEsporte.com. Disponível em: <http://globoesporte.globo.com/motor/formula-1/noticia/2013/12/schumacher-sofre-grave-acidente-de-esqui-e-tem-trauma-na-cabeca.html>. Acesso em: 16 de nov. de 2020

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Victor Ugo Amarante, discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 3205806-3, período manhã, turma C, tendo realizado o TCC com o título: **Eutanásia – Uma Análise Positivista e Jusnaturalista**, sob a orientação da Professora Lia Felberg, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 20 de maio de 2021.



Assinatura do discente