



FACULDADE NACIONAL DE DIREITO



UFRJ

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**COMO O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DISCIPLINA
A TERMINAÇÃO DA VIDA?**

JOÃO MARCOS BRASIL RODRIGUES

Rio de Janeiro

2022

JOÃO MARCOS BRASIL RODRIGUES

**COMO O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DISCIPLINA
A TERMINAÇÃO DA VIDA?**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Ana Paula Barbosa-Fohrmann.**

**Rio de Janeiro
2022**

CIP - Catalogação na Publicação

B696c Brasil Rodrigues, João Marcos
COMO O ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO DISCIPLINA A
TERMINAÇÃO DA VIDA? / João Marcos
Brasil Rodrigues. -- Rio de Janeiro, 2022.
70 f.

Orientadora: Ana Paula Barbosa-Fohrmann.
Coorientador: Arthur Cezar Alves de Melo.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Bioética. 2. Terminação da vida. 3. Normas
constitucionais. 4. Dignidade da pessoa humana. 5.
Hermenêutica. I. Barbosa-Fohrmann, Ana Paula,
orient. II. Alves de Melo, Arthur Cezar, coorient.
III. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a)
autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

JOÃO MARCOS BRASIL RODRIGUES

**COMO O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DISCIPLINA A
TERMINAÇÃO DA VIDA?**

Monografia de final de curso,
elaborada no âmbito da graduação
em Direito da Universidade
Federal do Rio de Janeiro, como
pré-requisito para obtenção do
grau de bacharel em Direito, sob a
orientação da **Professora Dra.
Ana Paula Barbosa-Fohrmann.**

Data da Aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Ana Paula Barbosa Fohrmann
Orientadora

Arthur Cezar Alves de Melo
Coorientador

Rafael Esteves Frutuoso

**Rio de Janeiro
2022**

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Denise e Alexandre, por sempre estarem junto comigo, me dando apoio em todas as jornadas e em mais esta.

À professora Ana Paula Barbosa-Fohrmann, por tudo. Por ser uma referência acadêmica, pelas oportunidades que me trouxe, por todas as orientações e por ter me incentivado, desde o primeiro período da faculdade, a estudar, a pesquisar e a seguir sempre em frente.

Ao Núcleo de Teoria dos Direitos Humanos, pelas muitas rodadas de estudos e debates, pelas parcerias, pelos eventos acadêmicos. Em especial ao Arthur Cezar Alves de Melo, pelas leituras e contribuições dadas para a realização deste trabalho.

RESUMO

O presente estudo tem o objetivo de entender como o ordenamento jurídico brasileiro disciplina a terminação da vida, em particular a eutanásia, a ortotanásia e o suicídio medicamente assistido, levando em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana. Inicialmente, são apresentados conceitos da bioética essenciais para esse debate, com base em obras de autores especializados na área, como Stephen Holland (2008) e María Asunción Álvarez Del Río (2014). A partir dessas concepções, são identificadas normas jurídicas, tanto nacionais quanto internacionais, e as orientações médicas aplicáveis ao assunto, para que seja possível compreender de que forma elas se adequam ou não à complexidade dessa discussão e se abarcam todas as formas de terminação da vida anteriormente mencionadas. Esse exame é feito com o apoio da teoria hermenêutica de Lenio Streck (2018, 2019), que conduziu o trabalho às suas principais conclusões. Por fim, é feita uma projeção de caminhos futuros para o tratamento normativo dessa questão no Brasil, a partir da análise de Projetos de Lei e da manifestação do Supremo Tribunal Federal no AgRg no MI nº 6.825. Com isso, espera-se conseguir uma compreensão ampla sobre possíveis resoluções dessa espécie de conflito atualmente e em um futuro próximo no país.

Palavras-chave: bioética; terminação da vida; normas constitucionais; dignidade da pessoa humana; hermenêutica.

ABSTRACT

The present study aims to understand how the Brazilian legal system regulates the termination of life, in particular euthanasia, orthothanasia and medically assisted suicide, considering the principle of the dignity of the human person. Initially, concepts of bioethics which are essential for this debate are presented, based on works of authors specialized in the area, such as Stephen Holland (2008) and María Asunción Álvarez Del Río (2014). From these conceptions, legal norms, both national and international, and the medical guidelines applicable to the subject are identified, so that it is possible to understand how they adapt or not to the complexity of this discussion and if they cover all of the previously mentioned forms of termination of life. This analysis is supported by the hermeneutic theory of Lenio Streck (2018, 2019), which led the work to its main conclusions. Finally, a projection of future paths for how legal norms will deal with this issue in Brazil is made, based on the analysis of bills and the expression of the Supremo Tribunal Federal in the AgRg in MI n° 6.825. With this, it is hoped that a broad understanding of how this kind of conflict can be resolved currently and in the near future in the country is achieved.

Keywords: bioethics; termination of life; constitutional norms; dignity of the human person; hermeneutics.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ELEMENTOS CONCEITUAIS NO CAMPO DA BIOÉTICA	12
2.1 O direito à vida e o direito à morte digna	13
2.2 As eutanásias e algumas alternativas para os pacientes terminais.....	18
3 ANÁLISES DAS PREVISÕES NORMATIVAS ATUAIS	25
3.1 Principais previsões do ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema	25
3.2 Normas de direito internacional e orientações médicas aplicáveis no Brasil.....	29
3.3 Hermenêutica e caminhos para aplicação das normas vigentes	36
4 PERSPECTIVAS DE EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO JURÍDICO DA MATÉRIA	47
4.1 Projetos de Lei que tratem sobre a terminação da vida: espaço para eutanásia e/ou suicídio assistido ou apenas um tímido debate sobre recusa de tratamento?	47
4.2 O STF e a terminação da vida: o que o julgamento do AgRg no MI nº 6.825 revela sobre a tendência do Tribunal?	57
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
REFERÊNCIAS	65

1 INTRODUÇÃO

A temática da eutanásia está longe de ser um tema novo. Ainda assim, oferecer uma resposta definitiva e totalmente abrangente para esse dilema parece uma perspectiva longínqua, talvez até mesmo impossível. As dinâmicas de cada período histórico e o avanço da medicina alteram substancialmente o contexto desse debate inevitável, tendo em vista que as situações concretas obrigam que decisões sejam tomadas, pelo Poder Legislativo, pelo Poder Judiciário ou mesmo pela equipe médica que acompanha o paciente. Essas decisões têm como base as normas em vigor referentes a esse assunto, ou o vazio normativo que marca o tema. Desse modo, questiona-se: quais são essas previsões normativas? E quais são as perspectivas futuras para elas?

As normas jurídicas, como sabido, abrangem variados temas e áreas de conhecimento, em função da própria natureza social e histórica do contexto em que se encontram inseridas. A multidisciplinaridade dos debates jurídicos acompanha temas e problemas da experiência social, inclusive aqueles ligados aos avanços tecnológicos e seus impactos em diversas esferas da sociedade. Dentre os muitos recortes possíveis a partir dessa perspectiva, busca-se, no presente trabalho, discutir de que maneira as tecnologias que hoje tornam possível o prolongamento artificial da vida, com suportes que antes não existiam, evidenciam questões sobre as quais deve o Direito se debruçar. Mais especificamente, são tematizadas as maneiras como se vem encarando no Brasil, no âmbito legislativo e jurídico, o debate acerca da terminação da vida em face de um direito de morrer com dignidade, advindo do próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

A pesquisa implica conceitos e perspectivas da Bioética, disciplina que procura trazer respostas para questões decorrentes do desenvolvimento das Ciências Biomédicas. O problema ético nasce do fato de que as novas tecnologias empregadas pela Medicina nos conduzem a refletir sobre uma das questões mais caras à Bioética: como deveríamos tratar a vida e a morte humanas? Ao compreendermos que os fundamentos principiológicos da Bioética, abarcados pelo Biodireito, residem na autonomia, beneficência, não maleficência e justiça (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, apud DEJEANNE, 2011, p. 36), assim como na noção-chave de pessoa, indagamo-nos como agir quando um indivíduo se encontra à beira da morte.

Presente em diversos tempos e sociedades, o tema da eutanásia vem se afirmando como uma questão de relevância na sociedade, sobretudo em virtude de dois fatores. Primeiro, pelo avanço das ciências, que possibilita ao homem um crescente domínio sobre a natureza, inclusive em aspectos relativos à própria vida e sua duração, com o advento de novas tecnologias que

redefinem o panorama da Biomedicina e têm impacto sobre os conceitos de vida, bem como na reflexão acerca dos limites entre a vida e a morte (RODRIGUES, 2020). Mesmo a experiência da morte é ressignificada, de certa forma, como uma frustração, à medida que estabelece um limite para esse controle (VILLARROEL, 2014). Em segundo lugar, o processo de expansão dos direitos fundamentais, tanto em número quanto em abrangência, resulta no surgimento de novas concepções acerca do direito à vida, visto que possibilita a escolha pela terminação da própria vida para aqueles que já a tem prolongado de maneira que pode ser percebida como indigna, degradante (RODRIGUES, 2020). O adensamento desse debate propicia diversos reflexos na sociedade, tais como o surgimento de movimentos e correntes teóricas que colocam a decisão autônoma do paciente terminal como prioridade, apontando a necessidade de existência não apenas do direito à vida digna, mas também de se morrer com dignidade (VILLARROEL, 2014, p. 65).

Casos envolvendo figuras do meio artístico, como recentemente o do ator Alain Delon, ou que ganharam notoriedade na mídia recolocam a questão no debate público. Paralelamente e com inegável impacto sobre a discussão do assunto, também o desenvolvimento tecnológico permite redefinir a ideia de eutanásia, formular novos conceitos e trazer mais alternativas para os pacientes terminais lidarem com sua condição. Isso configura uma ampliação de perspectivas, como se pode depreender da evolução dos cuidados paliativos e da própria técnica do suicídio assistido (RODRIGUES, 2020).

Trata-se, por conseguinte, de um debate complexo, estabelecido em uma arena em que se confrontam pontos de vista de diversas matrizes (científicas, religiosas, jurídicas). O foco aqui colocado, tendo em vista também os limites postos para uma monografia, está na maneira como a terminação da vida vem se fazendo presente nas discussões legislativas nacionais, abrangendo tanto as normas já existentes quanto aquelas propostas em Projetos de Lei. A pesquisa busca ainda investigar a dimensão controversa do tema, a partir de fundamentos éticos e jurídicos concernentes à terminação da vida diante da iminência da morte, e sua manifestação no âmbito legislativo. Esse conjunto de questões implica um quadro teórico formado por autores que discutam a questão do ponto de vista filosófico e jurídico, como Del Río (2014), Holland (2008), Villaroél (2014) e Streck (2018; 2019), além das previsões normativas, vigentes ou propostas, e de elementos da jurisprudência pertinente.

É fato que, com os atuais numerosos recursos de prolongamento artificial da vida, coloca-se a reflexão acerca da eutanásia como uma alternativa para o paciente em sofrimento, sobretudo considerando que este já pode se encontrar sem condições físicas e mentais para manifestar vontade própria. Como esperado em um debate dessa natureza, uma multiplicidade

de questões tem origem na defesa de pontos de vista acerca da garantia da vontade e a dignidade do paciente terminal, dos limites ao poder de decisão da família ou ainda dos cuidados paliativos. As tensões que atravessam hoje as iniciativas no Legislativo, e mesmo no meio jurídico, integram nosso problema, que pode ser sintetizado pela seguinte pergunta, que dá título a este trabalho: como a legislação brasileira disciplina a terminação da vida? O tratamento da matéria se dá estritamente por meio do direito penal, criminalizando a conduta, ou há alguma outra forma de enquadrá-la juridicamente? Há alguma perspectiva de inovação na forma como o ordenamento jurídico aborda a questão?

O principal objetivo da pesquisa é identificar como o ordenamento jurídico brasileiro trata a temática da terminação da vida, considerando as normas e princípios a ela aplicáveis. Para tanto, se buscará: reunir legislação e jurisprudência pertinentes; identificar de que modo o debate acerca do direito a morrer com dignidade se relaciona com o princípio da dignidade da pessoa humana, com o princípio da autonomia e com o direito à vida; investigar as alternativas hermenêuticas para solucionar esse tipo de dilema.

A pesquisa se define, nos marcos propostos, como sociojurídica teórica¹, uma vez que almeja conjugar conceitos descritivos ou interpretativos de normas relacionadas a esse sensível tema na sociedade. O método empregado será descritivo, na análise dos aspectos centrais do tema e de seus reflexos no meio jurídico. O percurso ora traçado prevê uma pesquisa bibliográfica, particularmente no exame da doutrina acerca do tema, buscando também uma reflexão sobre os seus pilares principiológicos fundantes, tarefa que, dada sua face marcadamente interdisciplinar, incluirá estudos de áreas como a Bioética. Paralelamente, o exame das iniciativas legislativas consolidadas ou em curso permitirá uma análise mais acurada das interseções concretas dessas múltiplas faces teóricas e aplicações práticas.

¹ “[...] ‘As metas da pesquisa sóciojurídica são diferentes dos objetivos de uma investigação sociológica’ (idem, p. 184). Essa diferença residiria no fato de que a primeira ‘é caracterizada pelo tema – jurídico – e pela finalidade do conhecimento jurídico – conhecer para agir, para tomar decisões, para propor medidas’ (idem, p. 186). Noutros termos, não seria uma pesquisa sociológica. No caso, a sociologia apareceria como uma espécie de ciência auxiliar da pesquisa sócio-jurídica – numa perspectiva mais larga, do próprio direito (...)” (FONSECA, 2002, pp. 184 e 186, apud OLIVEIRA, 2004, p. 19).

2 ELEMENTOS CONCEITUAIS NO CAMPO DA BIOÉTICA²

Considerando que este é um debate complexo, atravessado por fatores culturais diversos, é importante aprofundar uma fundamentação teórica nos marcos da Bioética. O conjunto de problemas evocados pelos autores desse campo, de fato, constitui a base imprescindível para fundamentar uma leitura mais qualificada dos desdobramentos jurídicos vinculados ao tema.

Como já apontado na introdução, os avanços tecnológicos dos tempos modernos, cada vez mais dinâmicos, acabam trazendo consigo uma série de novidades para a vida social. Dentre essas novidades, destacamos aquelas relacionadas ao tema, particularmente fomentador de indagações que se impõem no campo da Ética e do Direito. Portanto, o recorte teórico se insere, preliminarmente, no âmbito da Bioética e do Biodireito, uma vez que aborda a discussão acerca da possibilidade de os pacientes negarem tratamentos médicos invasivos ou o prolongamento da vida em um estado que considerem indigno. Assim, busca-se entender de que forma o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais podem ser utilizados para humanizar essa discussão e garantir uma melhor qualidade de vida aos envolvidos.

Especificamente para esse debate, obras de autores como Stephen Holland (2008), Raúl Villarroel (2014) e Asunción Álvarez Del Río (2014) mostram-se fundamentais do ponto de vista conceitual, fornecendo elementos posteriormente relacionados a outros princípios e dispositivos do direito. No exercício de análise, considera-se importante que sejam apontados posicionamentos diversos acerca do tema, numa tentativa tanto de demonstrar a complexidade da questão quanto de refinar os argumentos, questionando suposições comumente aceitas de maneira acrítica para fundamentar opções legislativas, dentre elas uma abordagem, ao nosso ver, pouco cautelosa da doutrina da santidade da vida.

A temática da eutanásia é suscitada desde a Antiguidade na história da humanidade e revela uma prática utilizada, no curso dessa longa trajetória, com diversas finalidades. Nesse percurso, conforme explicita Asunción Del Río (2014, p. 26, *italico nosso*), a prática da eutanásia consolidou quatro principais acepções: “1) *inducir la muerte a quienes están sufriendo*; 2) *terminar con la vida de quienes son indeseables*; 3) *dar atención a los moribundos*, y

² A presente discussão teórica integra a pesquisa desenvolvida durante a Iniciação Científica, sob a orientação da professora dra. Ana Paula Barbosa-Forhmann, e se encontra anteriormente divulgada em trabalhos acadêmicos produzidos neste período de formação, especialmente no seguinte artigo, já publicado: RODRIGUES, João Marcos Brasil; "No limite entre a vida e a morte: o princípio da dignidade humana como fundamento ético-jurídico do direito a morrer sem sofrimento dos pacientes terminais", p. 66-79. In: *Anais do I Encontro Nacional de Biodireito: biotecnologia e relações familiares*. São Paulo: Blucher, 2020. Disponível em: <https://www.proceedings.blucher.com.br/article-details/no-limite-entre-a-vida-e-a-morte-o-principio-da-dignidade-humana-como-fundamento-tico-juridico-do-direito-a-morrer-sem-sofrimento-dos-pacientes-terminais-34972>. Acesso em: 16/06/2022.

4) *dejar morir a las personas*”. Todavia, para a abordagem aqui proposta, não se tratará da segunda definição, por conta dos evidentes problemas éticos que apresenta. Para além da questão conceitual, também se deve ressaltar o surgimento de teorias distintas acerca da possibilidade ou não de se permitir a prática da eutanásia, levando em conta uma possível tensão ao direito à vida, o que traz argumentos essenciais para uma compreensão mais profunda da questão.

Com diversos casos sendo objeto de cobertura midiática, em geral a partir de sua judicialização, em diferentes partes do mundo, a questão ganha a atenção da opinião pública. Como componentes da complexidade do tema, se estabelecem ainda novos conceitos e se desenvolvem algumas alternativas para os pacientes terminais lidarem com sua condição. Portanto, serão abordadas a evolução dos cuidados paliativos e a técnica do suicídio assistido.

2.1 O direito à vida e o direito à morte digna

A ampliação do controle do homem sobre a natureza, por meio do desenvolvimento técnico que experimentamos na sociedade contemporânea, abre um leque de possibilidades para o enfrentamento de problemas nos diversos campos da ação humana, ao mesmo tempo em que redefine uma série de discussões até então pouco aprofundadas ou realizadas em marcos mais limitantes. Tal realidade multiplicou as perspectivas a partir das quais podemos encerrar dados debates, dentre eles o da eutanásia.

Assim, apesar de não ser um tema novo, a eutanásia cada vez mais se torna uma questão importante na sociedade, por conta, como já se apontou, do crescente avanço das ciências, que vem viabilizando intervenções sobre a duração da vida e redefinindo o panorama da biomedicina por meio da ampliação das zonas limítrofes entre a vida e a morte. Pode-se dizer, com apoio em Raúl Villarroel (2014), que a experiência da morte frustra esse controle que o avanço da ciência possibilita ao ser humano. Nas palavras do autor, “[...] *en este contexto tecnocientífico la muerte se convierte en una anomalía, representa la insuficiencia de un saber y de una razón instrumentales*” (VILLARROEL, 2014, p. 62, itálico nosso).

Paralelamente, ainda seguindo a linha das formulações de Villarroel (2014), há o processo de expansão dos direitos fundamentais, em quantidade e alcance, resultando no surgimento de novas concepções acerca do direito à vida, com uma abordagem que não se atém à questão da preservação da vida, mas também abrange a sua qualidade. A opção pelo encerramento da vida, portanto, afigura-se como uma possibilidade para aqueles que não mais a viam como desejavam, que a consideravam, nos termos em que se encontrava, como sendo indigna ou degradante. Trata-se de um acúmulo teórico, imbricado a questionamentos que se multiplicam

e apresentam diversos reflexos na sociedade, observados em iniciativas diversas, tais como:

[...] la generación de movimientos y perspectivas que exigen respeto a la decisión autónoma de los pacientes terminales que aspiran a que su voluntad quede plasmada y legitimada en diversos documentos – testamentos vitales, autorizaciones judiciales, directivas anticipadas de no reanimación – que avalen el ‘derecho humano’ de morir dignamente o de vivir del modo más digno los últimos momentos de la propia vida; es decir, a disponer del propio cuerpo [...] (VILLARROEL, 2014, p. 65, itálico nosso).

Essas novas formas de compreender o direito à vida fundamentavam uma certa visão do valor de vida: a da qualidade de vida. Segundo ela, a qualidade de vida seria relevante para o valor da vida, o que, por si só, seria demasiadamente vago. Conforme aponta Holland (2008), para tentar dar maior especificidade a essa questão, duas correntes principais foram elaboradas. A primeira seria uma versão mais amena, segundo a qual a qualidade de vida serviria para moderar o valor da vida. Portanto, existiriam vidas que teriam mais valor do que outras, de acordo com a sua qualidade. A segunda, por sua vez, seria uma versão mais forte, que incorpora as afirmações da primeira corrente, mas não se limita a elas. Para essa visão, para que a vida tenha algum valor, deve estar acima de certo limiar de qualidade. Se estiver abaixo dele, ela não teria valor, podendo, então, se considerar a morte como uma opção melhor do que a manutenção dessa vida.

Assim, ainda em conformidade com Holland (2008), dois tipos de valor são priorizados por essas teorias. O valor subjetivo, que seria aquele dado pelo próprio indivíduo a algo que lhe diz respeito, seja por lhe pertencer ou por ser uma experiência pessoal. E o valor instrumental, ou seja, a serventia que determinado elemento tem como meio para um fim, como forma de obtenção de algum resultado. A visão da qualidade de vida se contrapõe à doutrina da santidade da vida, uma teoria mais tradicional sobre o tema, segundo a qual a vida mereceria um nível máximo de respeito e proteção, sendo um bem ou um direito inviolável. Deixar com que a morte tome seu lugar, seja matando, deixando de preservar ou deixando de prolongar a vida, seria moralmente errado. Com isso, haveria a prevalência de um valor intrínseco, ou seja, que vale por si mesmo, independentemente do uso que pode ter ou da forma como qualquer um a veja, inclusive o próprio indivíduo que está passando pela experiência daquela vida.

Para Holland (2008), essa linha de raciocínio costuma se apresentar em conjunto com a doutrina do duplo efeito. Ela diferencia as consequências das ações entre resultados tencionados e resultados previsíveis, mas não tencionados. A partir disso, caracteriza como moralmente injustificável uma ação que tenha a intenção de causar um mau resultado. Já aquelas em que o resultado ruim é previsível, mas não tencionado, a ação poderia ou seria mais fácil de ser

justificada. Dessa forma, embora não seja favorável à finalização intencional da vida, essa doutrina está de acordo com tratamentos médicos para aliviar o sofrimento dos pacientes que possam encurtar sua vida. Afinal, este seria um resultado não tencionado, o que se prova pelo fato de que o médico não ficaria frustrado caso não ocorresse.

Diante dessas duas visões extremamente distintas, Holland (2008) aponta três alternativas de resolução desse impasse. No entanto, o autor afirma que nenhuma delas é ideal. Uma série de dificuldades – tanto nas elaborações teóricas quanto nas discussões práticas, concretas, acerca do tema – impede o êxito completo delas.

A primeira alternativa busca a combinação da doutrina da santidade da vida com a corrente da qualidade de vida. Holland (2008) traz como exemplo as elaborações de Dworkin. Os adeptos de ambas as visões, para este, concordariam quanto a um valor “sagrado” da vida, pois mesmo aqueles com posições mais liberais, que dessem mais peso à qualidade de vida, não tratariam a eliminação da vida humana de maneira leviana. Por exemplo, podem achar que há um dever do Estado e dos profissionais da saúde de prevenção ao suicídio, ao mesmo tempo em que defendem a legalização da eutanásia. Isso demonstraria que não desconsideram o valor intrínseco da vida, apenas garantem mais peso aos valores subjetivo e instrumental. Além disso, mesmo os defensores da doutrina da santidade da vida, em alguns casos extremos, poderiam concordar com o encerramento de uma determinada existência. A disputa em questão, desse modo, “não se refere ao valor da vida, mas, antes às implicações morais da ‘santidade’ da vida (especificamente, à permissão moral das várias maneiras de ‘frustrar’ a vida)” (DWORKIN, 1993, apud HOLLAND, 2008, p. 89).

Essas considerações possuem sua relevância e mostram algumas perspectivas de resolução de impasses concretos, mas, para Holland (2008), a combinação das visões pressupõe que as posições trazidas no debate se apresentam de forma mais moderada do que realmente são. Segundo o autor, a influência da religião não é algo que se manifesta tão somente nas nomenclaturas do debate, mas sim um fator ainda presente nas elaborações concretas de posições de uma parcela da população, para a qual a vida humana seria uma dádiva divina, e “os direitos de propriedade de Deus sobre a vida tornam errado nosso ato de tirá-la, independentemente de quaisquer outras considerações, incluindo o sofrimento que poderia assim ser evitado” (HOLLAND, 2008, p. 91). Frente a isso, o autor indica que há uma dificuldade real de se estabelecer um diálogo que possibilite uma combinação de visões que possuem não somente divergências teóricas, de prioridades, mas também teológicas, em um embate entre argumentos religiosos e seculares. Não seria, por conseguinte, possível estabelecer uma combinação real, efetiva e permanente entre as duas perspectivas. O máximo que se

poderia estabelecer seria uma concordância pontual, na resolução de casos específicos, mas com fundamentos muito distintos para cada linha argumentativa (HOLLAND, 2008, p. 92-93). E justamente essa concordância em alguns casos conduz à segunda possibilidade de superação do dilema: a conciliação das duas teorias em conflito. Assim, poder-se-ia optar por uma concordância prática, em detrimento de uma combinação teórica, abstrata, de ambas as visões.

No entanto, Holland (2008) compreende que as conciliações seriam pontuais e dependeriam, mais uma vez, da colocação apenas de argumentos moderados no debate. Um conservador moderado poderia concordar com um adepto da visão fraca da qualidade de vida em determinados casos, mas, além de não haver uma garantia de concordância em todas as hipóteses, pontos de vista que se afastassem dessas posições mais amenas trariam uma dificuldade real para um consenso.

Além disso, para Holland (2008), haveria sempre uma tensão no plano de fundo dessas pontuais convergências. As duas teses partem de pressupostos e princípios distintos, cada uma com suas prioridades e dificuldades argumentativas para enfrentar. Portanto, mesmo nos casos em que a conciliação é obtida, “a concordância prática prima facie mascara uma divergência moral subjacente” (HOLLAND, 2008, p. 93).

Por fim, a terceira opção seria a seleção de uma das visões para a solução dos casos concretos e para o tratamento normativo da situação dos pacientes terminais. Contudo, tanto a doutrina da santidade da vida quanto a visão da qualidade de vida teriam suas próprias limitações e dificuldades, algumas delas já tangenciadas no presente texto, e uma escolha traria o risco de não as superar (HOLLAND, 2008).

A doutrina da santidade da vida já apresenta uma complicação em sua própria nomenclatura: o termo “santidade” sugere fundamentos religiosos (HOLLAND, 2008, p. 93). Esse tipo de crença pode ser extremamente relevante para decisões pessoais, e deve ser respeitado como fundamento de se optar ou não pela eutanásia para si. No entanto, não é pertinente que, em um Estado laico, esse aspecto tenha peso para a elaboração de políticas públicas que serão aplicadas a toda a sociedade. Ademais, ao caracterizar a vida como “sagrada”, inviolável em qualquer hipótese, levanta um questionamento: qual vida estaria nessa categoria? Se apenas certas vidas, ou as vidas de certos tipos de criaturas, possuem importância, faltaria uma fundamentação consistente que justificasse essa opção, a restrição pareceria arbitrária (HOLLAND, 2008, p. 93). Por outro lado, ainda para Holland (2008), caso não se tivesse restrição alguma, haveria uma proibição exageradamente abrangente e que não teria aplicabilidade prática, “pois, em última análise, confrontar-se-ia com uma criatura cuja vida seria absurdo considerar valiosa: por exemplo, corre o risco de ter de dizer que a vida do vírus

da varíola possui uma vida sagrada e intrinsecamente valiosa” (HOLLAND, 2008, p. 94).

A visão da qualidade de vida, por sua vez, esbarra em problemáticas de outra natureza. A própria afirmação geral de que a morte pode ser melhor do que certas vidas é incerta, uma vez que “seria preciso comparar ao estado de estar vivo com o estado da morte, e isto é, por princípio, impossível. Podemos comparar vidas concretas (uma vez que haja acordo quanto aos critérios), mas não podemos comparar a vida com a não-existência” (HOLLAND, 2008, p. 95). O uso de conceitos demasiadamente vagos também prejudica diretamente a utilidade da teoria. É difícil precisar, com fatores objetivos, o que seria uma qualidade de vida alta ou baixa, a partir de que ponto e em que medida isso influencia na forma de encarar situações concretas dos pacientes. E a falta de precisão, ao se tratar de decisões acerca da continuidade ou não de uma vida humana, é extremamente perigosa. Para se determinar o critério de qualidade e tentar superar esse dilema, duas perspectivas podem servir como base: a objetiva e a subjetiva, (HOLLAND, 2008, p. 95), tal como descrevemos a seguir.

A primeira, para Holland (2008, p. 95), seria a busca por elementos objetivos que pudessem determinar se uma vida teria uma qualidade baixa ou não. Essa alternativa é extremamente questionável, e sua aplicação seria facilmente distorcida. Não é possível afastar por completo elementos subjetivos da análise de um tema que envolve tantos fatores. Cada experiência teria suas características particulares, que seriam percebidos de uma forma variável pelas pessoas envolvidas. Assim, já se torna difícil até mesmo escolher os critérios que fundamentariam uma suposta análise objetiva e o peso que cada um deles teria para determinar a qualidade da vida. Chega-se, dessa forma, a um risco gritante de uma arbitrariedade nesse processo. O Estado, a equipe médica responsável pelo paciente, ou mesmo ambos, teriam o poder de determinar se um paciente poderia ter sua vida encerrada por meio da eutanásia ou não.

Haveria, então, para o autor (HOLLAND, 2008, p. 96), a possibilidade de se utilizar um critério subjetivo, ou seja, quem determinaria se a vida teria uma qualidade muito baixa, na forma em que está, seria o próprio paciente. A principal crítica feita a essa posição seria a de que haveria uma negligência muito expressiva em relação à vida. Por simplesmente acreditar que sua vida não tem valor, um indivíduo poderia requerer a eutanásia. De fato, é um risco que deve ser levado em consideração. Não se trata de uma opção individual qualquer, constituindo-se em uma última alternativa, havendo outros tratamentos ou avaliações que poderiam anteceder-lá, como será discutido mais adiante. O domínio subjetivo também poderia ser uma alternativa para lidar com o impasse de se comparar os estados de vida e de morte. Não se trataria de uma primazia intrínseca de um sobre o outro, mas de uma preferência pessoal, que

incidissem apenas sobre o próprio indivíduo, de um em relação ao outro. Asunción Del Río evoca a posição de Dworkin sobre o tema, na exposição desse raciocínio:

Para empezar, el autor recomienda desechar la idea de que existen mejores o peores experiencias. Es evidente que no es mejor ni peor experiencia estar inconsciente que muerto, pues en ningún caso se tiene conciencia de la experiencia. Sin embargo, independientemente de que alguien llegue a experimentar de ese modo el final de su vida, puede ser muy importante para esa persona, mientras esté viva y consciente, la idea de ese final, pues el cierre de su vida da un significado retrospectivo a lo vivido en su totalidad. Por ello, habrá personas que consideren que su vida será peor, en su conjunto, si pasan por un periodo de inconsciencia o demencia, así como habrá otras que encuentren que su vida será peor si pierden la oportunidad de prolongarla todo lo posible, sin importar en qué condiciones (DWORKIN apud ALVAREZ DEL RÍO, 2014, p. 64, itálico nosso).

Ponderando esses elementos, pode-se dizer que o debate acerca do direito a morrer com dignidade é essencialmente um dilema ético, não havendo um posicionamento que seja absolutamente imune a qualquer questionamento ou que não tenha que se deparar com seus próprios limites. Há de se considerar que o próprio desenvolvimento tecnológico carrega ainda suas próprias questões éticas para somar à discussão. Nesse cenário, a visão da qualidade de vida com base em um critério subjetivo parece ser o caminho mais promissor para uma argumentação que defenda a prática da eutanásia, com base nos princípios da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana, propiciando uma nova leitura ao direito à vida.

No entanto, é importante assinalar que mesmo essa alternativa possui seus desafios. Ela conhece limites consideráveis quando se trata de pacientes terminais incapazes de exprimir vontade ou de ter uma real noção da situação em que se encontram, ou ainda em casos nos quais os indivíduos estão em estado vegetativo ou possuem alguma deficiência mental severa, gerando, assim, todo um novo campo de discussão sobre a possibilidade ou não de eutanásia nesses casos específicos. Em meio a tais complicadores, mas buscando também caminhar para alguma resposta que tenha impactos práticos, de modo a permitir uma atuação judicial com fundamentação mais sólida sobre o tema, destacamos o que afirma Villarroel:

[...] el reconocimiento de un derecho a morir conforme a la propia voluntad no puede convertirse en la arena de unas discusiones sin fin, que terminen [...] por perder de vista y desconocer el compromiso esencial de la sociedad y del Estado con el derecho constitucional del individuo a responder autónoma y libremente ante lo que le afecta y le concierne [...] (VILLARROEL, 2014, p. 68, itálico nosso).

2.2 As eutanásias e algumas alternativas para os pacientes terminais

Feita a contextualização do debate, com o levantamento das posições principais acerca

do direito à vida e dos valores envolvidos, pode-se partir para o tema da eutanásia de forma mais específica. Para isso, é importante se fazer um aprofundamento conceitual. Sabemos que há um campo genérico de significação usual do termo “eutanásia”, o que torna a ideia geral reconhecida no debate público. No entanto, em um esforço de reflexão mais aprofundada, é preciso conceituar. Mesmo que não se chegue a uma definição consensual entre os autores, o próprio exercício conceitual e o domínio de algumas das hipóteses podem auxiliar a compreensão do tema, conforme aqui se buscará expor.

Para o professor holandês Henk Ten Have³, a eutanásia seria *“la finalización intencional, por parte de un médico, de la vida de un paciente, a petición de éste”* (1996, apud. DEL RÍO, 2014, p. 26). Essa conceituação apresenta três elementos principais, conforme aponta Del Río: a intenção do médico de terminar diretamente com a vida do paciente, para então colocar fim ao sofrimento pelo qual este passa; o pedido do paciente – voluntário, explícito e reiterado – como uma justificativa moral e garantia de que se estará respeitando a sua autonomia, e não lhe impondo a morte; a presença do médico, e não qualquer pessoa ou outro profissional da saúde, para que se possa de fato falar em eutanásia, e não em homicídio (DEL RÍO, 2014, p. 26).

Outra definição central para o tratamento do tema é formulada pela própria Del Río, que busca construir o conceito a partir de outras elaborações por ela evocadas em sua obra. Assim, conclui a autora *“la eutanásia es el acto o procedimiento, por parte de un médico, para producir la muerte de un paciente, sin dolor, y a petición de éste”* (DEL RÍO, 2014, pp.26-27).

Há ainda, para Del Río (2014, p. 22), uma definição sugerida pela etimologia da palavra, que se compõe de dois termos: *eu*, que significa boa; e *thanathos*, cujo significado é morte. A eutanásia seria, então, uma boa morte, pois não causaria sofrimento, seria uma morte não violenta. Esse talvez seja um dos sentidos mais frequentes no uso corrente do termo na sociedade, associado ao término do sofrimento.

Trata-se de conceitos gerais, que buscam fornecer uma acepção abrangente para o uso do termo quando se refere à prática da eutanásia como um todo. Na experiência social concreta, entretanto, existem formas distintas de realizar essa terminação da vida, de acordo com uma série de critérios, que também permitem uma melhor compreensão do que se entende por eutanásia e de como pode se realizar na prática. Nesse terreno, as possibilidades e nomenclaturas se diversificam.

Se ponderarmos o prisma da vontade do paciente, existem três tipos de eutanásia, conforme exposto por Holland (2008): a voluntária, a involuntária e a não voluntária: a

³De acordo com Del Río (2014, p. 26), a definição expressa por Have advém daquela utilizada para a aplicação da prática em seu país de origem, onde ela é permitida.

voluntária, que tem como base o consentimento do paciente para que lhe seja causada a morte; a involuntária, situação em que o paciente tem sua vida encerrada contra a sua vontade; e a não voluntária, que se dá quando o paciente não pode exprimir sua vontade, como nos casos de inconsciência e impossibilidade de se expressar. Essa subdivisão desperta, por sua vez, uma diversidade de reflexões e questionamentos.

Trazemos de Holland (2008) algumas ponderações importantes para compreender tais subdivisões da eutanásia. A eutanásia voluntária é moralmente preferível, mas isso não afasta a existência de uma série de fatores de cada caso, o que faz com que outros caminhos sejam defendidos por alguns, ainda que, como a maior parte dos temas da Bioética e do Biodireito, permaneçam controversos. Apesar de a involuntária apresentar evidentes complicações morais, sendo difícil diferenciá-la do homicídio, a eutanásia não voluntária, por exemplo, seria a única possível para os pacientes que estivessem em algum estado de inconsciência e não tivessem deixado registro expreso de vontade antecipada, com diretrizes claras acerca de quais tratamentos o próprio indivíduo gostaria que não lhe fossem aplicados e em quais circunstâncias optaria pela eutanásia, para o caso de não poder manifestar sua vontade quando, posteriormente, estivesse limitado por condições de saúde.

Já quanto ao tipo de conduta que leva à morte do paciente, Holland (2008) aponta outras categorias que devem ser consideradas, trazendo uma subdivisão da eutanásia. A eutanásia ativa corresponde à ação direta de encerrar a vida do paciente, como uma injeção letal, por exemplo. A eutanásia passiva, por sua vez, também tem como objetivo antecipar a morte do enfermo, mas esse resultado é alcançado por meio de uma suspensão ou negativa de tratamento adequado para sua doença.

A definição de ortotanásia, que não se confunde com a eutanásia passiva, tem particular relevância para o debate do tema no Brasil, como se demonstrará no capítulo 2 do presente trabalho. Nessa modalidade de terminação da vida,

[...] o indivíduo em estágio terminal é direcionado pelos profissionais envolvidos em seu cuidado para uma morte sem sofrimento, que dispensa a utilização de métodos desproporcionais de prolongamento da vida, tais como ventilação artificial ou outros procedimentos invasivos. A finalidade primordial é não promover o adiamento da morte, sem, entretanto, provocá-la; é evitar a utilização de procedimentos que aviltem a dignidade humana na finitude da vida (FÉLIX et. al, 2013, p. 2.734).

Para Holland (2008), no campo das condutas, há de se discernir ainda uma diferença entre rejeição e interrupção do tratamento. A primeira situação reflete uma opção do paciente por não se iniciar um tratamento de preservação de vida. A interrupção, por sua vez, é a decisão de parar um tratamento desse tipo que já se encontra em andamento. Esses dois tipos, em geral, são colocados na categoria de eutanásia passiva. No entanto, essa classificação não pode ser tratada como absoluta e inflexível, como se verifica, por exemplo, na decisão de desligar as máquinas de suporte vital, como uma forma de interrupção do tratamento. O ato, em si, não é a causa direta da morte do paciente, a qual, na verdade, é fruto de sua condição médica, que o impede de se alimentar ou de respirar. Mas não se pode dizer que se trata de uma mera omissão, uma vez que é realizada, por um sujeito, a ação de desligar os aparelhos. Nesse sentido, “parar o tratamento parece estar mais próximo de uma ação positiva do que não chegar a iniciá-lo” (HOLLAND, 2008, p. 122).

Embora, no terreno dos debates sobre a terminação da vida, a eutanásia ocupe lugar de destaque, existem alternativas que podem estar disponíveis aos pacientes terminais, para que decidam sobre sua vida em uma situação que lhes pareça necessário. Duas delas, relevantes para a reflexão aqui proposta, seriam o suicídio assistido e a adoção de cuidados paliativos.

Com base em Holland (2008), pode-se definir a prática do suicídio assistido como aquela em que o médico apenas fornece os meios para a morte sem sofrimento do paciente e ensina a ele como utilizá-los. Dessa forma, não há uma interferência médica como na eutanásia, em que o profissional é o agente ativo da morte do enfermo, mas apenas uma assistência, uma participação bem mais sutil. Assim, ainda de acordo com o autor, reduz-se, para o médico, o peso moral da ação, ao mesmo tempo em que se garante, para o paciente, a sua autonomia, sendo ele quem causa a própria morte quando a deseja. Diferencia-se do suicídio comum por não abranger métodos violentos ou muito passíveis de falhas com consequências indesejáveis, sendo o conhecimento técnico do médico extremamente útil para isso. Nesse sentido, o suicídio medicamente assistido se aproximaria mais do conceito de “boa morte”, no qual a eutanásia também se baseia (HOLLAND, 2008).

No entanto, esse método não pode ser aplicado a todos os casos. Tendo em vista que seria o paciente quem conduziria o processo de sua própria morte, ele deve possuir capacidade física e mental para fazê-lo. Assim, ficam excluídos dele os pacientes inconscientes, com debilidade motora incapacitante ou com deficiência mental severa.

Uma alternativa ainda seria aquela que envolve os denominados cuidados paliativos, ou seja, uma assistência médica voltada para pacientes terminais com o foco de aliviar a dor e o

sofrimento causados por sua condição de saúde, trazendo, assim, uma melhoria para sua qualidade de vida (DEL RÍO, 2014). Ao apresentar essa opção, a autora ressalta as reflexões de Marie De Hennezel, psicóloga francesa que trata do tema do fim da vida. Ela se coloca contra a eutanásia, em virtude do certo poder de atração que a alternativa poderia ter em determinadas condições, tanto para o paciente quanto para a equipe médica, conduzindo a uma decisão precipitada e não fazendo a melhor escolha para garantir a dignidade das pessoas. Para ela, os cuidados paliativos não seriam apresentados como uma opção viável para o paciente, que veria suas escolhas limitadas ao sofrimento completo trazido por sua doença ou à sua morte.

Além disso, De Hennezel (2001, apud DEL RÍO, 2014) acrescenta que não se pode desconsiderar o fato de que a temática da morte é tratada como um certo tabu, o que impediria uma discussão ampla sobre como lidar com ela e, conseqüentemente, não se permitiria que os profissionais da saúde aprendessem a lidar com a presença prolongada da morte, como no caso dos pacientes terminais, em que ela estará iminente, pois a pessoa se encontraria em um verdadeiro limite entre a vida e a morte. Desse modo, não só se dá uma preferência a evitar essas situações limítrofes entre a vida e a morte, como até se evita contato com a própria pessoa que nela se encontra, exatamente por não se saber como lidar com a situação. E, a partir do momento em que os pacientes se sentem socialmente mortos, podem fazer uma escolha precipitada pela eutanásia. Nesse sentido, Hennezel expõe uma situação bastante complexa, trazida ao debate também por Del Río:

La tentación de la eutanasia, como solución precipitada, se da cuando un paciente solicita ayuda para morir y se encuentra con la angustia de un médico que quiere terminar con el sufrimiento del enfermo porque lo considera intolerable y cree que no tiene nada más que ofrecerle (DE HENNEZEL, 2001, apud DEL RÍO, 2014, p. 38, itálico nosso).

Henezel (2001, apud DEL RÍO, 2014) alerta para uma situação em que, frente às frustrações de não conseguir garantir uma cura para o paciente e às dificuldades em se lidar com essa iminência da morte, a equipe médica poderia transmitir, até mesmo de forma inconsciente e não verbal, a ideia de que não suporta o sofrimento do paciente. E este, vendo que nem mesmo os profissionais conseguem lidar bem com a sua situação, seria profundamente impactado por isso, sem contar possíveis abandonos de familiares.

Com o sentimento de que não é possível conviver com a sua condição, a presença de sintomas que prejudiquem seu bem-estar ou algumas funções de seu corpo e um possível desenvolvimento de um quadro de depressão por conta do acúmulo de todos esses fatores, o paciente escolheria a eutanásia. Não exatamente por livre e espontânea vontade, mas, sim, por

acreditar que seria sua única opção. Hennezel (2001, apud DEL RÍO, 2014) afirma, em suma, que sob o pretexto de se tentar garantir o exercício de direitos advindos do princípio da dignidade da pessoa humana, a eutanásia estaria, na verdade, reforçando uma mensagem negativa de que a vida daquele paciente não teria valor, tanto que poderia ser terminada na primeira oportunidade de escolha.

Essa série de considerações é extremamente importante para que se entenda a complexidade e a seriedade do debate em questão. Cada decisão envolve uma série de valores e princípios que devem ser considerados, ainda mais tendo em mente que não se poderá voltar atrás para algumas opções nos casos concretos. No entanto, é preciso fazer também algumas ressalvas a essas colocações.

Para Del Ríó (2014), o erro principal dessa linha de argumentação é tentar formar uma regra geral para casos em que as motivações e outros fatores que influenciam na decisão são variáveis. Nesse sentido, reforça a alternativa pela adoção de um critério subjetivo, após o paciente passar por um processo de decisão autêntico e com um prazo razoável. Além disso, Del Ríó (2014) traz o posicionamento de Salvador Pániker, filósofo e presidente da Asociación por el Derecho a Morir Dignamente, da Espanha, que defende que não há uma oposição real entre cuidados paliativos e eutanásia. Na verdade, ambos seriam complementares.

Según él, no debe haber eutanasia sin cuidados paliativos previos, así como tampoco cuidados paliativos sin una posible eutanasia. Y añade que el simple hecho de saber que existe la posibilidad de la eutanasia tiene un efecto benéfico y tranquilizador, porque los enfermos saben que al llegar a ciertos límites el horror puede detenerse (PÁNIKER, 2001, apud DEL RÍO, 2014, p. 46⁴).

Dessa forma, para Del Ríó (2014), em um mesmo sistema de saúde, tanto a eutanásia quanto os cuidados paliativos poderiam ser disponibilizados. Estes viriam inicialmente, junto com um acompanhamento psicológico, e aquela estaria disponível como última opção ou como medida para casos mais extremos. Afinal, conforme indica Del Ríó (2014) na obra citada, mesmo De Hennezel afirma que, em casos nos quais as tentativas de aliviar o sofrimento fracassaram, o pedido pela eutanásia seria uma “reivindicação existencial” (apud DEL RÍO, 2014, p. 46), havendo uma justificativa moral para a adoção da prática, ainda que julgue certo manter a responsabilidade penal do médico. Possíveis dificuldades operacionais de garantia de número de funcionários ou de equipamentos para a manutenção dessas duas práticas já se encontram em um outro nível de discussão, mais específico de determinadas experiências

⁴ A posição de Pániker foi extraída de uma entrevista publicada em 2001, no jornal El País. Disponível em: https://elpais.com/diario/2001/05/13/opinion/989704811_850215.html. Acesso em: 16/06/2022.

concretas, e não como uma contraposição geral à eutanásia em si (DEL RÍO, 2014).

3 ANÁLISE DAS PREVISÕES NORMATIVAS ATUAIS

3.1 Principais previsões do ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema

Atualmente, não há uma previsão específica sobre a eutanásia ativa ou passiva, ou mesmo em relação ao suicídio assistido⁵, no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, é preciso partir de princípios e normas mais amplas, para que se possa vislumbrar um tratamento jurídico da matéria.

Em âmbito constitucional, o embate costuma envolver, principalmente, o direito à vida, o princípio da autonomia da vontade e o princípio da dignidade da pessoa humana, também tratando, em alguma medida, do direito à saúde. Cabe ressaltar que as posições quanto à terminação da vida não são construídas a partir de uma mera seleção de um dos elementos acima elencados, ou parte deles, e a exclusão de todos os demais, mas sim uma análise conjunta, como será abordado mais adiante, no subcapítulo 2.3.

O direito à vida, no qual o direito à saúde também está incluído, está previsto nos arts. 5º, caput⁶, e 227⁷ da CRFB/88. Esse direito é um dos principais fundamentos de todos os demais direitos previstos no ordenamento jurídico, e uma base até mesmo deste último, considerando que o exercício deles tem como pressuposto, em regra, que o indivíduo está vivo (MENDES; BRANCO, 2018). Por sua vez, o conteúdo desse direito se apoia no princípio da dignidade da pessoa humana, que é o motivo para que os seres humanos tenham assegurado o direito à vida (BARROSO, 2018). Essa colocação demonstra exatamente que o fato de haver posições antagônicas com relação à permissão da terminação da vida não implica o antagonismo do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana em si.

Para Barroso (2018), autonomia da vontade é uma outra expressão da dignidade da pessoa humana, que abarca a capacidade de autodeterminação de um indivíduo para tomar as decisões que ditam o rumo de sua vida e para desenvolver sua personalidade de forma livre e completa, sem indevidas imposições externas, tomando escolhas essenciais para sua existência e detendo o poder de se realizar valorações morais. Ainda para o autor, a autonomia pode ser dividida em

⁵ Conceitos já definidos no subcapítulo 1.2 do presente trabalho.

⁶ “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 [...]” (BRASIL, 1988).

⁷ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1988).

duas dimensões: a autonomia privada, que representa a capacidade de autodeterminação e de se tomar escolhas existenciais, além de liberdades individuais tais como as de consciência, de expressão e de associação; a autonomia pública, que é a base dos direitos políticos, a participação dos indivíduos na política e na gestão da sociedade.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º, III, da CRFB/88⁸, além de ser uma das principais diretrizes das normas de direito internacional, conforme se demonstrará mais adiante, no subcapítulo 2.2. Esse princípio serve como justificativa moral e como fundamento normativo dos direitos fundamentais (BARROSO, 2018). Apesar de sua generalidade e amplitude que possa dificultar uma aplicação mais objetiva desse princípio, para Barroso (2018) é possível identificar elementos centrais que integram esse princípio.

Em primeiro lugar, há o valor intrínseco do ser humano, que o distingue dos demais elementos do mundo, sendo a dignidade um atributo próprio da pessoa humana, que fundamenta a existência de direitos fundamentais e toda a lógica protetiva do ordenamento jurídico (BARROSO, 2018). Em segundo lugar, há a autonomia, anteriormente descrita, em sua esfera privada e pública, devendo sempre ser assegurado um mínimo existencial que permite o real e pleno exercício dessa autonomia (BARROSO, 2018). Por fim, há um valor comunitário, os valores compartilhados em uma sociedade que tanto servem como parâmetros para se determinar o que seria uma boa qualidade de vida, quanto para trazerem responsabilidades e deveres para os indivíduos (BARROSO, 2018).

Com relação a esse valor comunitário da dignidade da pessoa humana, uma de suas dimensões aparece nos debates de bioética como um dos fundamentos para se defender a ilicitude da prática. Como elemento central da análise jurídica da terminação da vida, a proteção do indivíduo contra si próprio configura o direito (e até mesmo um dever) do Estado de proteger as pessoas contra suas próprias ações que possam configurar autolesão (BARROSO, 2018). Configura-se, assim, um dos principais argumentos para se limitar a autonomia da vontade e, conseqüentemente, impedir que o paciente, ou qualquer outro indivíduo, possa optar pela terminação de sua vida.

A partir das normas constitucionais e de interpretações mais amplas, é possível abordar o debate da terminação da vida de maneira mais inovadora e específica para cada caso. Contudo,

⁸ “Art. 1º 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;” (BRASIL, 1988)

é recorrente a aplicação de uma interpretação mais literal do ordenamento jurídico brasileiro, na qual essas condutas têm uma análise jurídica restrita, que as enquadra, quando possível, em determinados tipos penais que as abarquem.

O suicídio assistido⁹, por essa lógica, seria enquadrado no tipo penal do art. 122 do Código Penal¹⁰, considerando que o médico estaria prestando auxílio material para a prática do suicídio. Cabe destacar que uma prática adequada de suicídio assistido não poderia ser confundida com as condutas de “induzir ou instigar alguém a suicidar-se” (BRASIL, 1940), visto que o médico seguiria estritamente a livre vontade do paciente, não devendo exercer influência que a comprometa.

Para Bitencourt (2020), induzir é promover o surgimento de uma ideia, tomando a iniciativa para fazer surgir uma ideia até então inexistente, suplantando a vontade do outro indivíduo para convencê-lo a cometer suicídio ou a automutilação. Instigar significa estimular, reforçar uma ideia já existente, atuando sobre a vontade do instigado para que este, com sua vontade e sua autonomia comprometidas por essa influência externa, retire sua própria vida (BITENCOURT, 2020). Tanto o induzimento quanto a instigação são formas de “participação moral”, sendo necessária uma influência decisiva no processo de formação dessa vontade viciada, abrangendo os aspectos volitivo e intelectual (BITENCOURT, 2020).

Prestar auxílio material, por sua vez, seria uma assistência física, e não moral, garantindo os meios para o suicídio ou compartilhando a forma de utilizá-los, por exemplo, e que pode ocorrer desde a fase preparatória até a fase executória do crime, desde que não haja uma intervenção direta nos atos executórios (BITENCOURT, 2020). O auxílio também pode se concretizar por meio de uma omissão, quando o sujeito tem o dever jurídico de evitar que o indivíduo retire sua vida, mas deixa de agir nesse sentido (BITENCOURT, 2020).

Cabe ressaltar que as hipóteses acima descritas não se configuram por toda e qualquer forma de participação no crime. É preciso que se observe dois requisitos nessa participação: a eficácia causal, ou seja, a real influência na conduta da vítima e contribuição para o suicídio ou ao menos para a sua tentativa; e a ciência dessa participação, devendo o sujeito ativo ter consciência e vontade de cooperar com o suicídio ou com a automutilação (BITENCOURT, 2020).

Além disso, há causas de aumento de pena que podem ser aplicáveis a determinados

⁹ Conceito definido no subcapítulo 1.2 do presente trabalho.

¹⁰ “Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça:
Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos” (BRASIL, 1940).

casos. Se o método obtém o resultado esperado e causa a morte do paciente, incidiria o §2º do art. 122 do CP¹¹. Na hipótese de o paciente ter suas capacidades físicas restringidas em razão de seu quadro médico, ainda há o risco de ser aplicável o §3º, II¹², ou o §7º¹³ do art. 122, caso se entenda que a possibilidade de o enfermo oferecer resistência estaria dificultada ou impossibilitada, respectivamente, sendo que esta última que enquadraria a conduta no tipo penal de homicídio, do art. 121 do CP¹⁴.

A redução da capacidade de resistência do §3º do art. 122 pode decorrer de qualquer causa, seja em razão da própria enfermidade do indivíduo, seja em virtude de causas mais transitórias, como a embriaguez ou uso de alguma substância entorpecente (BITENCOURT, 2020). No entanto, essa diminuição da resistência deve configurar tão somente uma incapacidade relativa, visto que, caso configure uma ausência absoluta da capacidade de resistência, estará tipificado o crime de homicídio, nos termos do §7º do art. 122, por ser praticado contra uma vítima que não é capaz de entender o caráter ilícito da ação, não podendo expressar seu consentimento ou sua autodeterminação (BITENCOURT, 2020).

Como explicitado no primeiro capítulo deste trabalho, o suicídio assistido parte do pressuposto de que o paciente tem capacidades físicas e mentais suficientes para, respectivamente, executar ao menos parte da ação que levará à sua morte e compreender o caráter e as consequências de tal ação. Como já destacado anteriormente, essa é, inclusive, a principal limitação para a aplicação dessa forma de terminação da vida, que a torna inaplicável para os casos em que o paciente sofre com uma deficiência mental severa que lhe retire a capacidade de ter plena consciência de suas ações, bem como ao que está acometido de limitações físicas extremas que tornem a mera assistência técnica do médico insuficiente para a obtenção do resultado morte. Assim, uma restrição física absoluta ou a ausência do “necessário discernimento para a prática do ato” (BRASIL, 1940), conforme descrito no art. 122, §7º, do CP, seriam naturalmente incompatíveis com os procedimentos de suicídio assistido. Por essa razão, a aplicação do referido dispositivo legal estaria restrita a uma interpretação que parta do pressuposto de que a conduta é criminosa e que, por mais que o

¹¹ “§ 2º Se o suicídio se consuma ou se da automutilação resulta morte: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos” (BRASIL, 1940).

¹² “§ 3º A pena é duplicada: (...)

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência” (BRASIL, 1940).

¹³ “§ 7º Se o crime de que trata o § 2º deste artigo é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime de homicídio, nos termos do art. 121 deste Código” (BRASIL, 1940).

¹⁴ “Art. 121. Matar alguém
Pena - reclusão, de seis a vinte anos” (BRASIL, 1940).

paciente tivesse capacidades físicas para a prática do suicídio assistido, não teria o suficiente para oferecer resistência durante o procedimento, caso essa fosse sua vontade.

No caso da eutanásia, somam-se às hipóteses descritas acima duas novas. A primeira é a tipificação direta da conduta do médico como homicídio. A segunda, referente em particular à eutanásia passiva, é a condenação do médico por omissão de socorro.

Um enquadramento mais direto no homicídio seria mais próprio para os casos de eutanásia do que para os de suicídio assistido em razão da já mencionada diferença da função do médico em ambas as hipóteses. Na eutanásia, a conduta que leva à terminação da vida é exclusivamente do médico, seja por meio de uma ação, seja por meio de uma omissão. No suicídio assistido, por sua vez, seria o próprio paciente quem estaria praticando a conduta que tem como resultado a sua morte, recebendo apenas a assistência técnica do médico para garantir que o método seja eficiente e que não haja sofrimento.

Apesar desse risco, aplica-se à eutanásia a causa de diminuição de pena do §1º do art. 121 do CP. Afinal, interromper o sofrimento do paciente e garantir-lhe uma morte digna configura “motivo de relevante valor moral” (BRASIL, 1940), que é aquele aprovado pela ordem moral da sociedade, um valor considerável que seja adequado aos princípios éticos dominantes, em uma forma de estimativa média com a maior objetividade possível (BITENCOURT, 2020).

Merece destaque o fato de que os motivos de “relevante valor social ou moral” não se restringem a reduzir a pena do homicídio. Afinal, também constam como uma circunstância atenuante na parte geral do Código Penal, no art. 65, III, “a”, do CP¹⁵. No entanto, caso sejam utilizados como privilegiadora para o homicídio, não pode ser aplicada, simultaneamente, como uma atenuante, para que se evite o bis in idem que, nesse caso, beneficiaria indevidamente o réu (BITENCOURT, 2020).

3.2 Normas de direito internacional e orientações médicas aplicáveis no Brasil

Como foi destacado no subcapítulo anterior, o tema da terminação da vida por meio da eutanásia, ortotanásia ou suicídio assistido carece de uma previsão legislativa específica, o que favorece uma interpretação que tipifica a conduta como crime e impede uma abordagem aprofundada do debate. A ortotanásia, por sua vez, por não ser uma maneira de antecipação da

¹⁵ “Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

[...]

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;” (BRASIL, 1940).

morte, mas tão somente a conduta que permite que ela ocorra em seu tempo natural (FÉLIX et. al., 2013), é ainda mais marcada por esse vazio normativo. Afinal, a morte não decorre diretamente dessa conduta, que apenas não prolonga artificialmente a vida do paciente em estado terminal.

Na tentativa de dar uma diretriz à atuação dos médicos quanto à ortotanásia, se seria possível de ser praticada e, em caso positivo, de que forma, o Conselho Federal de medicina publicou a Resolução de nº 1.805/2006. Em seu preâmbulo, a Resolução menciona dois dispositivos constitucionais como fundamentos: o art. 1º, III, da CRFB/88¹⁶, que traz o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil; e o art. 5º, III, da CRFB/88¹⁷, que prevê a vedação à tortura ou ao tratamento desumano ou degradante.

Por mais que as perspectivas normativas relacionadas à terminação da vida no Brasil estejam em geral atreladas a uma perspectiva do Direito Penal, com a tipificação dessas condutas como crime, essa Resolução do CFM traz uma perspectiva destoante. Possivelmente pelo fato de a ortotanásia ser uma conduta mais branda por parte do médico do que as demais formas de terminação da vida, o CFM deu preponderância à dignidade da pessoa humana na deliberação que deu origem à referida Resolução, sem incluir o direito à vida, do *caput* do art. 5º da CRFB/88, na lista de suas normas basilares.

A breve Resolução do CFM nº 1.805/2006 traz, em seu art. 1º, a permissão aos médicos para limitarem ou suspenderem “procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal” (CFM, 2006). Percebe-se que também se reconhece a possibilidade de o representante legal ser aquele que está tomando a decisão, incluindo, desse modo, os casos em que o paciente não goza de capacidade civil plena.

Além disso, a Resolução destaca que essa permissão para que não se prolongue a vida do enfermo em fase terminal não isenta o profissional da saúde das demais responsabilidades em seu cuidado. A própria decisão de limitação ou suspensão do procedimento ou tratamento é tomada a partir das informações prestadas pelo médico, que, com base no §1º do art. 1º, “tem a

¹⁶ “Art. 1º 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;” (BRASIL, 1988).

¹⁷ “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:

(...)

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;” (BRASIL, 1988).

obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação” (CFM, 2006). Essa opção também deve ser registrada no prontuário, com a sua devida fundamentação, além de ser direito do enfermo solicitar, diretamente ou por meio de seu representante, uma segunda opinião médica¹⁸.

E a responsabilidade do médico ultrapassa o momento da escolha em si. Mesmo tomada a decisão de não prolongamento da vida do paciente, isso não implica uma renúncia a qualquer tipo de atendimento. Assim, nos termos do art. 2º da Resolução, todos os tipos de cuidado necessários para que se respeite a dignidade da pessoa humana, reduzindo o seu sofrimento, devem seguir sendo administrados pela equipe médica, garantindo até mesmo o direito de alta hospitalar¹⁹, para que possa passar os estágios finais de sua enfermidade em local mais cômodo do que os leitos hospitalares.

A Resolução CFM nº 1.805/2006 não foi a única oportunidade em que o Conselho Federal de Medicina destacou a importância da autonomia do paciente e de se proporcionar um atendimento compatível com sua vontade. No preâmbulo da Resolução CFM nº 1.931/09, que aprovou o Código de Ética Médica, foi estabelecido como uma diretriz para a atuação dos profissionais da saúde a “busca de melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade” (CFM, 2009), bem como a submissão das normas do Código “aos dispositivos constitucionais vigentes” (CFM, 2009).

Entretanto, como já indicado no subcapítulo anterior, o respeito à autonomia da vontade não implica a permissão para a prática da eutanásia. Nesse ponto, o art. 41 do Código de Ética Médica é expresso ao proibir que os médicos antecipem a morte do paciente, abreviando sua vida, mesmo que a seu pedido ou a pedido de seu representante legal²⁰. O parágrafo único desse mesmo artigo traz a obrigação do médico de garantir “todos os cuidados paliativos disponíveis”

¹⁸ “Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica” (CFM, 2006).

¹⁹ “Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar” (CFM, 2006).

²⁰ “É vedado ao médico:

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal” (CFM, 2009).

(CFM, 2009), tal como também prevê o art. 2º da Resolução CFM nº 1.805/2006, além de destacar que não se deve “empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas”, respeitando sempre a “vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal” (CFM, 2009).

Mais recentemente, em 16 de setembro de 2019, foi publicada uma nova Resolução do CFM, tratando especificamente sobre o direito do paciente de recusar tratamentos médicos eletivos. A Resolução CFM nº 2.232/2019 prevê, em seu art. 1º²¹, o direito do paciente à “recusa terapêutica”, cabendo ao médico respeitá-lo, após informar seu titular a respeito “dos riscos e das consequências previsíveis” (CFM, 2019) dessa decisão. Esse mesmo diploma normativo destaca que o paciente deve ser maior de idade e estar “capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão” (CFM, 2019) de recusa do tratamento eletivo²².

Inclusive, caso o paciente seja menor de idade ou esteja com suas faculdades mentais comprometidas, não poderá recusar tratamentos necessários para cuidar de riscos relevantes a sua saúde, ainda que esteja representado ou assistido por terceiros²³. E, em caso de urgência e de emergência que configurem perigo iminente à vida do paciente, a recusa terapêutica também será desconsiderada²⁴.

Mas a capacidade civil do paciente não é a única limitação à recusa terapêutica. Caso essa recusa configure abuso de direito, também não deve ser aceita pelo médico. A própria resolução traz duas hipóteses em que esse abuso de direito estaria configurado: quando a recusa coloca em risco a saúde de terceiros ou quando expõe a população a risco de contaminação de doença transmissível²⁵. Esse dispositivo busca impedir que uma decisão individual comprometa a saúde de terceiros, que também devem ter sua dignidade respeitada, bem como a própria vida plena em sociedade, a depender da doença que poderia ser disseminada.

Ademais, havendo uma discordância substancial e incontornável quanto ao tratamento

²¹ “Art. 1º A recusa terapêutica é, nos termos da legislação vigente e na forma desta Resolução, um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão” (CFM, 2019).

²² “Art. 2º É assegurado ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo, de acordo com a legislação vigente” (CFM, 2019).

²³ “Art. 3º Em situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa terapêutica de paciente menor de idade ou de adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros” (CFM, 2019).

²⁴ “Art. 11. Em situações de urgência e emergência que caracterizarem iminente perigo de morte, o médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica” (CFM, 2019).

²⁵ “Art. 5º A recusa terapêutica não deve ser aceita pelo médico quando caracterizar abuso de direito.

§ 1º Caracteriza abuso de direito:

I – A recusa terapêutica que coloque em risco a saúde de terceiros.

II – A recusa terapêutica ao tratamento de doença transmissível ou de qualquer outra condição semelhante que exponha a população a risco de contaminação” (CFM, 2019).

proposto entre o médico e quem esteja responsável por defender os interesses e manifestar a vontade do paciente menor de idade ou incapaz, a recusa não necessariamente prevalece. A equipe médica deve entrar em contato com as “autoridades competentes”, para que se possa garantir que os interesses do paciente serão atendidos. A Resolução não traz um rol taxativo que informe exatamente quais autoridades seriam essas. Contudo, são mencionados três exemplos: o Ministério Público, a Polícia e o Conselho Tutelar. Desse modo, parece que a definição dessa autoridade dependeria diretamente do caso concreto (o Conselho Tutelar atuaria apenas em casos com menores de idade, e não com pessoas adultas com dificuldades de expressarem sua vontade, por exemplo).

Por fim, a Resolução CFM nº 2.232/2019 dispõe sobre a forma como a recusa terapêutica pode ser feita. Na verdade, o único requisito real seria que o meio pelo qual essa recusa é manifestada permita sua preservação e inserção no prontuário do paciente, inclusive em formato de tecnologia de áudio e vídeo. Contudo, o modo preferencial pelo qual se faz essa manifestação é por escrito e perante duas testemunhas, nos casos em que a opção do enfermo o colocar em risco de morte²⁶.

O Direito Internacional enfrenta as mesmas dificuldades do ordenamento jurídico pátrio para tratar da terminação da vida, com todos os direitos e princípios jurídicos e éticos envolvidos. No entanto, há ainda uma dificuldade em se oferecer uma resposta única a realidades sociais tão diversas como as de todos os países que podem assinar um tratado.

Um primeiro passo nas previsões normativas sobre temas da bioética foi o Código de Nuremberg, de 1947, que tinha como objetivo oferecer uma resposta à realização dos experimentos lesivos e até mesmo letais por parte de médicos do regime nazista, possibilitando sua punição, conforme descrito no preâmbulo do diploma normativo. Por mais que o contexto e o objeto do Código não estejam diretamente relacionados com o tema da terminação da vida, a importância dada ao consentimento do paciente representa um marco nas previsões internacionais relacionadas à bioética²⁷.

²⁶ “Art. 12. A recusa terapêutica regulamentada nesta Resolução deve ser prestada, preferencialmente, por escrito e perante duas testemunhas quando a falta do tratamento recusado expuser o paciente a perigo de morte. Parágrafo único. São admitidos outros meios de registro da recusa terapêutica quando o paciente não puder prestá-la por escrito, desde que o meio empregado, incluindo tecnologia com áudio e vídeo, permita sua preservação e inserção no respectivo prontuário” (CFM, 2019).

²⁷ Assim dispõe o art. 1º do Código de Nuremberg: “1. O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão lúcida. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais o experimento será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos trouxe, em seu art. 3º²⁸, o direito de todo ser humano à vida. A preocupação com a preservação da vida é uma relevante diretriz para o direito internacional e para as instituições que buscam assegurar seu cumprimento. Contudo, cabe ressaltar que essa preocupação não tinha como endereçamento específico a questão da terminação da vida de pacientes terminais, mas sim outras formas de ameaça à vida. Assim, a mera existência desse dispositivo não é suficiente para oferecer uma resposta decisiva que demonstre a ilegalidade de toda e qualquer forma de terminação da vida perante o Direito Internacional, ainda mais ao se considerar que mesmo uma posição que defenda a legalização de algumas dessas práticas não caracteriza um desprezo pelo direito à vida, como já afirmado anteriormente.

Soma-se a isso o fato de a dignidade da pessoa humana ser um tema central da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Além de servir como fundamento para todo o conteúdo de seu texto, esse princípio pode ser identificado de maneira mais evidente em dois dispositivos. O art. 1º, mais abrangente, estabelece que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos” (COMITÊ DE REDAÇÃO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948). O art. 5º traz a proibição à tortura e a “penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes” (COMITÊ DE REDAÇÃO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948). Por mais que o contexto histórico sugira que a norma seja voltada para a prevenção de práticas abusivas de regimes autoritários, há de se questionar se realmente sua aplicação não pode ser mais ampla. Por exemplo, um paciente terminal que está plenamente consciente de sua condição e de suas alternativas, bem como das consequências destas, e que lhe tem a terminação da vida negada, prolongando seu sofrimento, poderia estar enquadrado na hipótese de “tratamento degradante”. Obviamente, a aplicação de um conceito como esse requer um cuidado considerável e uma análise sempre específica de cada caso, mas não parece ser algo impossível de se vislumbrar.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, internalizado pela República Federativa do Brasil em 1992, por meio do Decreto nº 592/92, também prevê o direito à vida, em seu art. 6.1²⁹, como sendo “inerente à pessoa humana”, dispondo que

eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente” (TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG, 1947).

²⁸ “Artigo 3º Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (COMITÊ DE REDAÇÃO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).

²⁹ Consta o que segue no art. 6.1 da referida Convenção: “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida” (BRASIL, 1992).

“ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida” (BRASIL, 1992). Possivelmente, essa previsão se justifica pelo fato de que alguns países ainda tinham (e têm) pena de morte. No entanto, ainda cabe o questionamento: mortes não arbitrárias, tal como as que decorrem do pedido de terminação da vida por parte de um paciente terminal, seriam permitidas por esse tratado?

Em seu preâmbulo, esse mesmo tratado reconhece que os direitos nele dispostos “decorrem da dignidade inerente à pessoa humana” (BRASIL, 1992). Desse modo, conforme se retomará no subcapítulo seguinte, mesmo direito à vida tem fundamento na dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, o Pacto de São José da Costa Rica, internalizado pela República Federativa do Brasil em 1992, por meio do Decreto nº 678/92, prevê o direito à vida como sendo baseado no princípio da dignidade da pessoa humana. Reconhece em seu preâmbulo que

[...] os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos (BRASIL, 1992).

Esse tratado traz um dispositivo, o art. 5.2³⁰, sobre a dignidade da pessoa humana muito semelhante àquele presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, prevendo que ninguém deve ser submetido a “penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes”, mas adicionando que “toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano” (BRASIL, 1992). Além disso, o tratado garante que “toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade” (BRASIL, 1992), no art. 11.127, e que “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada” (BRASIL, 1992), no art. 11.228. Não há uma definição expressa do que seria uma “ingerência arbitrária”, mas, caso se entenda que a negativa da opção de terminação da vida a um paciente terminal se enquadra nesse conceito, seria possível até mesmo reivindicar a “proteção da lei” (BRASIL, 1992) contra essa intervenção, nos termos do art. 11.3³¹.

Da mesma forma que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto de

³⁰ Consta o que segue no art. 5.2 da referida Convenção: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano” (BRASIL, 1992).

³¹ Consta o que segue no art. 11.3 da referida Convenção “Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas” (BRASIL, 1992).

São José da Costa Rica prevê, em seu art. 4.1³², a proteção ao direito à vida, prevendo que “ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (BRASIL, 1992). Novamente, coloca-se o questionamento acerca da possibilidade da terminação da vida, que teria o consentimento do paciente.

A Declaração de Genebra, elaborada no mesmo ano de 1948, mas cuja última atualização se deu em 2017, também traz previsões que indicam as bases das previsões normativas internacionais de bioética. Elaborada pela Associação Médica Mundial, a Declaração apresenta o chamado “*physician’s pledge*”, que inclui, entre outros, os seguintes comandos: “*I WILL RESPECT the autonomy and dignity of my patient*” e “*I WILL NOT USE my medical knowledge to violate human rights and civil liberties, even under threat*” (AMM, 1948, itálico nosso).

A preocupação com o respeito à vida e sua preservação, por óbvio, continua sendo um tema relevante e que compõe o documento. No entanto, é interessante observar como o respeito à autonomia e dignidade do paciente também toma um papel central na conduta do profissional da saúde. Além disso, por mais que a preocupação com a violação a direitos humanos e liberdades civis possa ter uma finalidade de impedir abusos estatais, tais como os perpetrados no regime nazista, a segunda previsão acima citada impõe um amplo dever de respeito aos direitos humanos e liberdades civis, o que inclui o direito a um tratamento que leve em consideração a dignidade da pessoa humana e do direito de escolha do paciente.

Também redigida pela Associação Médica Mundial, em 1964, mas com uma série de alterações entre 1975 e 2013, a Declaração de Helsinque destaca mais diretrizes importantes para a conduta dos profissionais da saúde e para a compreensão do tratamento internacional dado à bioética e à terminação da vida, apesar de seu objetivo central também ser o de impedir a realização de pesquisas clínicas abusivas.

3.3 Hermenêutica e caminhos para aplicação das normas vigentes

Conforme visto nos subcapítulos anteriores, há uma evidente carência de previsões normativas que tratam expressamente da terminação da vida. Mesmo os arts. 121, §1º, e 122 do CP, este último aplicável apenas ao suicídio medicamente assistido, não parecem ter sido propriamente pensados para essa controvérsia.

O “relevante valor moral”, previsto no §1º do art.121 do CP, é um conceito amplo, que

³² Consta o que segue no art. 4.1 da referida Convenção: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (BRASIL, 1992).

não permite a conclusão imediata de que a morte de um paciente terminal, com o seu consentimento, esteja abarcada nesse contexto de mera atenuante do homicídio. A prestação de auxílio material ao suicídio também é uma hipótese que vai muito além do suicídio assistido; e parece ainda mais difícil afirmar que efetivamente foi pensada para os casos de suicídio medicamente assistido de pacientes terminais.

Então, não basta a mera identificação das normas que poderiam ser aplicadas ao caso. É preciso realizar uma análise hermenêutica em conjunto com essa aplicação. Afinal, “a interpretação é a explicitação daquilo que compreendemos” (STRECK, 2019, p. 21). Sendo assim, conforme afirma Lenio Streck (2019), mesmo no caso de aplicação por subsunção de normas aparentemente diretas, há um trabalho de hermenêutica, considerando que o juiz deve “explicitar aquilo que compreendeu” do conjunto normativo aplicável ao tema decidido. E, nesse esforço interpretativo, os princípios possuem uma função central para um completo tratamento normativo da questão.

Os princípios e as regras são uma espécie de norma, possuindo as categorias deontológicas comuns à essa categoria: o mandado, a permissão e a proibição (MENDES; BRANCO, 2018, p. 108). Os princípios, no entanto, são normas com alcance mais amplo do que as regras, sendo inclusive conteúdo de outras normas, expressando requisitos de justiça (MENDES; BRANCO, 2018 p. 108-109). Sendo assim:

Os princípios teriam, ainda, virtudes multifuncionais, diferentemente das regras. Os princípios, nessa linha, desempenhariam uma função argumentativa. Por serem mais abrangentes que as regras e por assinalarem os standards de justiça relacionados com certo instituto jurídico, seriam instrumentos úteis para se descobrir a razão de ser de uma regra ou mesmo de outro princípio menos amplo. Assim, o princípio da igualdade informaria o princípio da acessibilidade de todos aos cargos públicos, que, de seu turno, confere a compreensão adequada da norma, que exige o concurso público para o preenchimento desses cargos.

Já que os princípios estruturam um instituto, dão ensejo, ainda, até mesmo à descoberta de regras que não estão expressas em um enunciado legislativo, propiciando o desenvolvimento e a integração do ordenamento jurídico. Aqui, cabe pensar no princípio da moralidade e no princípio da publicidade como determinantes da proibição de que um concurso público possa ter prazo sumamente exíguo de inscrição de interessados, em horários e localidades inadequados. (MENDES; BRANCO, 2018, p. 109-110).

A caracterização dos princípios também é fundamental para se entender a forma de resolução de litígios que dependam de seu uso. Nesse sentido:

Ensina Dworkin que os princípios, de seu lado, não desencadeiam automaticamente as consequências jurídicas previstas no texto normativo pela só ocorrência da situação de fato que o texto descreve. Os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão do peso. Os princípios podem interferir uns nos outros e, nesse

caso, ‘deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um’. Isso, admitidamente, não se faz por meio de critérios de mensuração exatos, mas segundo a indagação sobre quão importante é um princípio – ou qual o seu peso – numa dada situação. Não se resolvem os conflitos entre princípios tomando um como exceção ao outro. O que ocorre é um confronto de pesos entre as normas que se cotejam. Os princípios, como delineados por Dworkin, captam os valores morais da comunidade e os tornam elementos próprios do discurso jurídico. (DWORKIN, 1978 apud MENDES; BRANCO, 2018, p 111).

Desse modo, conforme adiantado no início deste capítulo, qualquer das posições a respeito da permissão ou não da terminação da vida de pacientes terminais não significa uma escolha de valorização exclusiva de um princípio ou direito em detrimento completo do outro, mas sim uma análise comparativa, voltada para determinada situação. É o chamado método de ponderação de princípios, proposto por Robert Alexy:

Os princípios, na sua visão – e que começa, aqui, a se distanciar de Dworkin –, ‘são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes’. Os princípios são, por isso mesmo, comandos de otimização. O grau de cumprimento do que o princípio prevê é determinado pelo seu cotejo com outros princípios e regras opostas (possibilidade jurídica) e pela consideração da realidade fática sobre a qual operará (possibilidade real).

[...]

A colisão de princípios, da mesma forma que o conflito entre regras, refere-se [sic] a situação em que a aplicação de duas ou mais normas ao caso concreto engendra consequências contraditórias entre si. A solução para o conflito entre regras, porém, não é a mesma para o caso de colisão entre princípios. Um conflito entre regras é solucionado tomando-se uma das regras como cláusula de exceção da outra ou declarando-se que uma delas não é válida.

Já quando os princípios se contrapõem em um caso concreto, há que se apurar o peso (nisso consistindo a ponderação) que apresentam nesse mesmo caso, tendo presente que, se apreciados em abstrato, nenhum desses princípios em choque ostenta primazia definitiva sobre o outro. Nada impede, assim, que, em caso diverso, com outras características, o princípio antes preterido venha a prevalecer” (ALEXY, 1993 apud MENDES; BRANCO, 2018, p. 112-113).

Segundo Streck (2019), sempre há pré-compreensões sobre o que se enuncia ou interpreta, mas não se pode confundi-las com opiniões pessoais ou crenças políticas e ideológicas. Para ele, o papel do juiz não é fazer uma mera escolha, mas sim tomar uma decisão com responsabilidades:

Todos os jurisdicionados possuem o direito fundamental a obter uma resposta correta, isto é, uma decisão que esteja de acordo com a Constituição. Juiz não escolhe. Juiz decide. Há uma diferença entre escolher, que está no plano da razão prática, e decisão, que está no plano da responsabilidade política e da intersubjetividade. Neste ponto fica bem clara a necessidade de separar a pessoa do juiz no seu cotidiano do juiz autoridade, que possui responsabilidade política. (STRECK, 2019, p. 47).

Para Streck (2019), uma aplicação que confunde essa pré-compreensão com

posicionamentos pessoais é um risco ao Estado Democrático de Direito, já que foge dos limites por ele colocados por meio do processo democrático e deturpa os princípios do ordenamento jurídico. O mesmo problema haveria em se buscar criá-los em decisões judiciais, pensando-se exclusivamente nas consequências para determinado caso, sem a preocupação com esse processo de legitimação do direito, bem como de sua organização como um todo.

Essa compreensão indevida dos princípios jurídicos, que tem como consequência não apenas a sua utilização indevida, mas também sua criação descontrolada e arbitrária, é o que Streck (2019) nomeia de pamprincipiologismo. Isso “[...] faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação incontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional” (STRECK, 2019, p. 28).

De fato, o pamprincipiologismo identificado por Streck é um risco considerável no debate da terminação da vida. O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos maiores exemplos desse fenômeno, não sendo incomum que posicionamentos antagônicos quanto ao tema tenham fundamento nesse mesmo princípio. Além do risco de um esvaziamento de sentido dos princípios já existentes, há um risco considerável da criação casuística de outros princípios, que reforça a perda de significado dessa categoria de normas e que tumultua a resolução das questões por meio das previsões reais do ordenamento jurídico (STRECK, 2019). Nesse sentido, afirma o autor:

Sem qualquer possibilidade taxonômica acerca da matéria, esses enunciados (com pretensão assertórica e performativa), que nomino como pamprincípios (por exemplo, afetividade, confiança no juiz da causa, razoabilidade, realidade, etc [sic]) cumprem a função de metarregras. São retóricos. Com eles, qualquer resposta pode ser correta. Aliás, sempre haverá um enunciado desse jaez aplicável ao ‘caso concreto’, que acaba sendo ‘construído’ a partir de grau zero de significado. Sua multiplicação se deve à errônea compreensão da tese de que os princípios proporcionariam uma abertura interpretativa, quando, em verdade, sua função é de fechamento interpretativo. (STRECK, 2019, p. 29)

Esse problema pode ganhar proporções ainda maiores em campos, como a bioética, que já conta com princípios próprios, elaborados por autores especializados no tema e que possuem um acúmulo suficiente para conseguirem identificar o sentido dessas diretrizes, que não necessariamente foram feitas para serem aplicadas no ordenamento jurídico de forma imediata e sem as adaptações e/ou o desenvolvimento necessários. Não é difícil imaginar, por exemplo, um uso dos princípios da beneficência e da justiça como novos princípios jurídicos, cujo sentido será difícil de identificar em razão dessa “abertura interpretativa” contestada por Streck.

No entanto, assim como destaca Streck (2019), essas conclusões tampouco podem levar

a um descarte dos princípios, que desempenha um papel essencial de “fechar a interpretação” (STRECK, 2019, p. 32), delimitando-a. Sendo assim,

Os princípios, dito de outro modo – claro que quando entendidos em sua forma autêntica –, instituem o mundo prático no Direito, oferecendo o fechamento interpretativo quando da institucionalização daquilo que lhe constitui. São, portanto, elementos argumentativo-interpretativos que permitem o controle dos sentidos que as decisões judiciais articulam. Princípios são o critério a partir do qual uma decisão será correta ou incorreta (STRECK, 2019, p. 32-33).

Essa delimitação da interpretação ganha ainda mais importância em temas, como o da terminação da vida, em que os princípios podem assumir um papel central na resolução de litígios, não apenas por se tratar de um dilema moral, mas também em virtude da escassez de normas específicas. Especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, que é a principal base de uma argumentação favorável à possibilidade de terminação da vida e, simultaneamente, o fundamento do direito à vida, elemento central para o posicionamento contrário à permissão dessas práticas. Afinal, mesmo o uso de dispositivos do Código Penal deve passar pelo filtro dos princípios, considerando que “uma regra sempre será aplicada por intermédio de um ou vários princípios. A regra é a enunciação do princípio. E um princípio não pode ser aplicado sem uma regra, caso contrário ele seria uma super-regra” (STRECK, 2019, p. 33-34).

Assim, a compreensão dos princípios como delimitadores da interpretação se diferencia de sua visão

Como mandados de otimização, circunstância que chama à colação a subjetividade do intérprete, aquela parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no Direito, ‘fechando’ a interpretação, isto é, diminuindo – ao invés de aumentar – o espaço da discricionariedade do intérprete (STRECK, 2019, p. 35).

Há também uma diferença central na forma como Streck (2019), por meio de sua Crítica Hermenêutica do Direito, entende a resolução de conflitos que envolvam princípios e sua própria caracterização como normas, em comparação com as regras. Para ele,

Os atos de interpretação e aplicação são incidíveis (com o que se supera o método) e [...] não há diferença estrutural entre casos que se resolvem mediante a mera aplicação silogística de uma regra jurídica válida e aqueles que, pela vagueza e ambiguidade de sua expressão, como os direitos fundamentais, seriam resolvidos, ao final do procedimento, pela lei da ponderação (STRECK, 2019, p. 35).

Desse modo, conforme já adiantado, sempre há um esforço interpretativo na resolução dos conflitos. Mesmo o que parece ser uma aplicação direta das normas penais para os casos da

terminação da vida é, em realidade, uma interpretação sobre o direito à vida que o torna absoluto, tal como a doutrina da santidade da vida, apresentada no primeiro capítulo com base nas reflexões de Holland (2008). Mesmo “nos casos em que deve ser aplicada a ‘literalidade’ da regra, isso só é possível porque ela vem justificada por um princípio que lhe sustenta” (STRECK, 2019, p. 42).

A função dos princípios de delimitar a hermenêutica jurídica é o que impede o pamprincipiologismo e permite um funcionamento do direito como um verdadeiro ordenamento, um conjunto de normas que dialogam e que são compatíveis entre si (STRECK, 2019). Nesse sentido, afirma o autor:

Os princípios (re)inserem a facticidade no Direito, e espelham uma determinada tradição jurídica que permitirá um diálogo constante entre a decisão particular com todo o ordenamento. Deste modo, proporcionam que a atividade jurisdicional, por intermédio da fundamentação, que é condição de possibilidade, torne público o sentido que será, assim, intersubjetivamente controlado, e tenderá a manter ileisa a coerência e integridade do Direito (STRECK, 2019, p. 37).

Com base na ideia de que não há distinção estrutural entre regras e princípios, Streck (2019) propõe uma teoria da decisão com seis hipóteses nas quais seria possível que o Poder Judiciário deixasse de aplicar uma lei ou um de seus dispositivos. São elas: (i) quando a lei for inconstitucional, não sendo aplicada ao caso concreto, por meio do controle difuso de constitucionalidade, ou sendo declarada inconstitucional, pelo controle concentrado de constitucionalidade; (ii) quando for aplicável um dos critérios de resolução de antinomias; (iii) quando se aplicar a interpretação conforme a Constituição para sedimentar uma interpretação de determinada lei ou dispositivo que o torne compatível com o texto constitucional; (iv) quando se operar a nulidade parcial sem redução de texto; (v) quando houver declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; e (vi) quando for o caso de não mais se aplicar uma regra por conta do esvaziamento de seu fundamento principiológico (STRECK, 2019, p. 43-44).

Dentre essas opções, a última parece ser a mais expressiva para o tratamento jurídico da terminação da vida. A interpretação conforme a Constituição também pode ser utilizada para tratar do enquadramento penal da matéria, determinando, por exemplo, que é inconstitucional a leitura que inclui a eutanásia ou a ortotanásia no art. 121, §1º, do CP, ou aquela que enquadra o suicídio assistido na hipótese prevista no art. 122 do CP. Essa alternativa, no entanto, parece insuficiente.

Por mais que possa dar indícios de como o tratamento jurídico da matéria deve ocorrer, a

interpretação conforme a Constituição, por si só, apenas retiraria a terminação da vida dos pacientes terminais dos dispositivos penais acima mencionados, de forma geral e abstrata, operando uma modificação (ainda que não no texto expresso) diretamente nas normas. Entretanto, as análises dos casos de terminação da vida devem sempre levar em conta os seus elementos concretos. O paciente estava, de fato, com uma doença terminal? Havia mais tratamentos disponíveis aos quais ele não teve conhecimento, mas que lhe poderiam ter sido apresentados? O método utilizado pela equipe médica para encerrar a vida do paciente influencia na exclusão da conduta das hipóteses de homicídio ou prestação de auxílio material ao suicídio?

Resumindo: haveria um vazio referente a quando e como se deveria proceder com a terminação da vida para que efetivamente sejam afastados os tipos penais anteriormente mencionados. O que é um risco considerável em países, como o Brasil, que enfrentam sérias dificuldades na garantia do direito à saúde à população, com limitações estruturais e financeiras que poderiam levar a um uso da terminação da vida como forma de gestão de leitos hospitalares, como avisa Del Río (2014).

Além disso, a interpretação conforme a Constituição ocorre em um contexto específico. Segundo Streck:

A interpretação conforme a Constituição constitui-se em mecanismo de fundamental importância para a constitucionalização dos textos normativos infraconstitucionais. A *verfassungskonforme Auslegung*, como é denominada na Alemanha, é um princípio constitucional, justamente em face da força normativa da Constituição, no dizer de Hesse, para quem, ‘segundo esse princípio, uma lei não deve ser declarada nula quando pode ser interpretada em consonância com a Constituição. Essa consonância existe não só, então, quando a lei, sem a consideração de pontos de vista jurídicoconstitucionais, admite uma interpretação que é compatível com a Constituição. No quadro da interpretação conforme a Constituição, normas constitucionais são, portanto, não só normas de exame, mas também normas materiais para a determinação do conteúdo das leis ordinárias’.

Entendo que a interpretação conforme a Constituição é mais do que um princípio, mas um modo de interpretar a legislação à luz do texto constitucional, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela. Desse modo, em sendo um princípio (imanente), os juízes e tribunais não podem (continuar a) (so)negar a sua aplicação, sob pena de violação da própria Constituição” (STRECK, 2018, p. 406).

Tendo em vista que a interpretação conforme a Constituição depende dessa análise abstrata, que tem como uma de suas possíveis consequências a declaração de inconstitucionalidade da norma, caso se entenda que não é possível haver uma interpretação compatível com o texto constitucional, a alternativa seria realmente essa declaração de inconstitucionalidade. Parece remota a hipótese de que uma discussão com consequências tão

impactantes como uma alteração nas próprias normas dos arts. 121, §1º, e 122 do CP, ou mesmo uma declaração de sua inconstitucionalidade, seja efetivamente travada no cenário atual. Ainda mais ao se considerar que não há um crime expresso e específico para a eutanásia atualmente, o que torna o alto custo argumentativo e político desse método algo desnecessário.

Por sua vez, a não aplicação da regra por conta do esvaziamento de seu fundamento principiológico permitiria uma resolução de conflitos a partir de uma análise de cada caso em que se decide. Afinal,

é por meio da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é ‘suspensa’ em casos de ‘insignificância’) (STRECK, 2019, p. 44-45).

Essa alternativa ainda deve ser utilizada de forma cuidadosa, não pode ser ilimitada. Nas palavras de Streck:

Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão – mas exigirão mesmo – aplicação similar, graças à integridade e à coerência. Trata-se de entender os princípios em seu caráter deontológico e não meramente teleológico. Como uma regra só existe – no sentido da *applicatio* hermenêutica – a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, a regra só persiste, naquele caso concreto, se não estiver incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece vigente e válida; só deixa de ser aplicada naquele caso concreto. Se a regra é, em definitivo, inconstitucional, então se aplica a hipótese 1. Por outro lado, há que ser claro que um princípio só adquire existência hermenêutica por intermédio de uma regra. Logo, é dessa diferença ontológica [*ontologische Differenz*]³³ que se extrai o sentido para a resolução do caso concreto.) (STRECK, 2019, p. 45, itálico do autor).

A terminação da vida, no entanto, parece ser uma das hipóteses em que esse esvaziamento tem uma probabilidade razoável. Conforme já exposto na introdução e no primeiro capítulo deste trabalho, há uma relação direta entre desenvolvimento tecnológico e científico e as situações concretas em que se discute a terminação da vida. A própria figura do paciente terminal tem o seu peso derivado desses avanços, responsáveis por estender sua vida e, conseqüentemente, o dilema sobre a possibilidade ou não de encerrá-la, mesmo enquanto aparelhos e/ou medicamentos poderiam mantê-la.

A bioética, e não apenas o tema da terminação da vida, é uma área de debates dinâmica, na qual os avanços nas discussões filosóficas e médicas sobre o tema não oferecem apenas respostas, mas sempre trazem novas questões, novas perguntas, novos problemas a serem

³³ Os colchetes e a expressão neles contida constam no texto original da citação.

solucionados. Esse dinamismo, naturalmente, também afeta qualquer tratamento jurídico que se possa dar à questão.

Não se trata de se fazer um apelo ao pamprincipiologismo denunciado por Streck (2019), com a criação de novos princípios em uma tentativa desordenada e antidemocrática de se “atualizar” o ordenamento jurídico. Mas é preciso reconhecer que o aprofundamento do debate e o conhecimento que resulta desse processo impactam diretamente na hermenêutica e na forma de se aplicarem os princípios já existentes no ordenamento jurídico. Por exemplo, a compreensão do que é estar vivo é fundamental para que se saiba quando é possível falar em um direito à vida, assim como a definição do que é “pessoa” é determinante para o princípio da dignidade da *pessoa* humana.

Entretanto o dinamismo vai além da mera evolução dos conceitos. A realidade é alterada por essas inovações e o que antes parecia uma realidade distante da maior parte da população e dos legisladores torna-se um problema crescente, com mais possibilidades de se prolongar a vida de pacientes terminais, sem a garantia de cura. E, conforme já ressaltado por Streck (2019), a hermenêutica é diretamente influenciada pelo contexto histórico, social e político em que o intérprete se encontra, atualizando, também, o sentido dos princípios, sempre de acordo com a responsabilidade política que o julgador detém.

Na linha do que afirma o autor, os princípios servem como delimitadores da interpretação, sem deixá-la tão abrangente a ponto de ser imprevisível e arbitrária, mas tampouco suprimindo a hermenêutica em si. Desse modo, mesmo uma solução de conflito sobre a terminação da vida de um paciente terminal não significaria exatamente o uso de um princípio ou direito em detrimento de outro, mas sim o uso de ambos combinados, possivelmente em funções diferentes.

Ao longo deste trabalho, foi dito que a discussão a respeito desse tema, para que tenha o devido grau de seriedade e aprofundamento, deve tratar de todos os princípios envolvidos no caso, não podendo escolher ignorar um ou mais deles em razão de uma lógica consequencialista, conforme indicado por Streck (2019), que parte da resposta que se pretende dar ao problema para então construir uma fundamentação que a sustente. No entanto, o entendimento dos princípios como fundamentos das regras e limitadores da interpretação (STRECK, 2019) permitem mais do que isso: não há um afastamento de qualquer um dos princípios, já que todos atuam como fundamento principal da decisão ou como, no mínimo, limitadores hermenêuticos.

Imagine-se um caso em que um juiz, com base no ordenamento jurídico atual, decide de forma favorável à terminação da vida. Haveria os fundamentos centrais, como os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, que seriam utilizados para se sustentar

que as normas penais tiveram sua própria fundamentação principiológica esvaziada naquele caso, não sendo aplicáveis naquela situação. Mas, como também já indicado, os casos em que se pode cogitar a terminação da vida, na realidade concreta, são diversos. Como se poderia saber em quais situações e de que forma seria permitido realizar a terminação da vida? É nesse ponto que o direito à vida atua como limitador da interpretação, uma barreira abstrata que está sempre presente, que impõe um ônus argumentativo para que se indique que determinado caso é uma exceção a esse limite geral e que, portanto, se pode proceder à terminação da vida de um certo paciente terminal.

Até mesmo a concepção do direito à vida vem sendo atualizada por alguns autores, em razão dessas alterações das situações concretas. Vejam-se, por exemplo, as reflexões de Anderson Schreiber a respeito do assunto:

Embora possa consistir em uma opção legítima do ponto de vista moral ou filosófico, a alegada supremacia do direito à vida não encontra qualquer fundamento jurídico em nosso sistema normativo. A Constituição de 1988 não reserva tratamento privilegiado à vida em face de outros interesses pessoais. Menciona o direito à vida no art. 5º, juntamente com tantos outros direitos como a igualdade, a segurança, a propriedade e a liberdade, liberdade [...].

[...]

Pode-se afirmar, nessa direção, que não há um direito à vida digna, o que há de abranger também o encerramento da vida quando tal resultado for mais consentâneo com a dignidade humana do paciente. Em outras palavras: deve se reconhecer um direito à morte digna, sempre que tal decisão representar o exercício de outro direito fundamental (por exemplo, a liberdade religiosa) que, à luz das circunstâncias concretas e da pessoa considerada em sua individualidade, se revele capaz de prevalecer sobre a vida na ponderação entre direitos de igual hierarquia” (SCHREIBER, 2013, p. 51-52).

Com o entendimento do direito à vida como um “direito à vida digna”, é possível vislumbrar um novo papel desse princípio no debate da terminação da vida. Poderia se tornar, assim, não apenas um limitador de interpretação, mas também como um elemento central da argumentação favorável à terminação da vida, para garantir que o paciente terminal tenha condições dignas de vida.

Entretanto, há o desafio de se determinar qual o critério para a determinação da qualidade de vida, objetivo ou subjetivo. Conforme visto no primeiro capítulo, o critério objetivo acaba tendo como consequência uma fixação arbitrária. O critério subjetivo, por essa perspectiva, seria mais adequado. Contudo, mesmo esse critério não pode ser absoluto, deve ser aplicado com cuidado para que um estado temporário do paciente não o leve a tomar uma decisão irreversível para uma condição médica tratável.

A função do princípio como limitador da interpretação também sofreria uma relevante

influência dessa percepção do direito à vida. A mudança seria menor do que a anteriormente indicada, mas seria um reforço da ideia de que a garantia da vida é uma norma geral e abstrata, que limita as interpretações sobre temas aos quais seja relevante, mas que pode abrir espaço para a terminação da vida, a depender da condição concreta do paciente e de sua perspectiva de tratamento (ou ausência dela).

Com isso, parece possível afastar o enquadramento das condutas de terminação da vida nos tipos penais existentes com base no princípio da dignidade da pessoa humana em conjunto com outros princípios, como o da autonomia, e utilizando o direito à vida como limitador de interpretação. A perspectiva do direito à vida como “direito à vida digna” também permitiria um aprofundamento desse debate, ganhando novas proporções e podendo fazer desse próprio direito um fundamento para se defender a possibilidade da terminação da vida.

4 PERSPECTIVAS DE EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO JURÍDICO DA MATÉRIA

4.1 Projetos de Lei que tratem sobre a terminação da vida: espaço para eutanásia e/ou suicídio assistido ou apenas um tímido debate sobre recusa de tratamento?

Os projetos legislativos sobre a temática da terminação da vida são, em sua maioria, marcados pela perspectiva do Direito Penal anteriormente mencionada. Afinal, mesmo uma tentativa de se regulamentar a terminação da vida deve oferecer alguma resposta à forte interpretação de que a conduta seria um crime.

O Projeto de Lei nº 125 foi proposto no Senado em 1996. Nos termos de sua ementa, tinha como objetivo autorizar “a prática da morte sem dor nos casos em que especifica e dá outras providências”³⁴ (BRASIL, 1996). Assim, traria uma forma distinta de tratamento da terminação da vida pelo direito brasileiro, identificando as diferenças entre as situações em que pode ser cogitada e permitindo sua prática em algumas delas. Entretanto, o Projeto não foi aprovado no Senado, nem mesmo chegando a ser remetido à Câmara dos Deputados³⁵. Seu arquivamento ocorreu no início de 1999.

Em sentido contrário, o PL nº 236/2012 do Senado Federal³⁶, que propõe um novo Código Penal, traz a previsão específica da eutanásia como um tipo penal, em seu art. 122³⁷. A vítima deve ser imputável e maior, considerando que o paciente deve ter capacidade plena para exprimir sua vontade, para que possa se falar na eutanásia descrita por esse dispositivo e não tipificar a prática como homicídio.

Apesar de tal previsão específica como crime, esse Projeto de Lei não criminaliza toda e qualquer forma de terminação da vida. A pena do próprio tipo penal da eutanásia pode não ser aplicada pelo juiz, a depender das características particulares do caso e dos laços de parentesco ou de afeto entre o agente e a vítima, nos termos do §1º do art. 122³⁸.

³⁴ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/27928>. Acesso em: 11 de junho de 2022.

³⁵ Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pls-125-1996>. Acesso em: 11 de junho de 2022.

³⁶ Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1645029382318&disposition=inline>.

Acesso em: 8 de junho de 2022.

³⁷ “Eutanásia

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena – prisão, de dois a quatro anos” (BRASIL, 2012).

³⁸ “§ 1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima” (BRASIL, 2012).

Além disso, há uma interessante excludente de ilicitude trazida pelo §2º do mesmo art. 122 do PL nº 236/2012. Confira-se:

§2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão (BRASIL, 2012).

Desse modo, o mesmo PL que criminalizaria a eutanásia exclui a ilicitude da ortotanásia de pacientes terminais, com os requisitos do consentimento do paciente ou de quem por ele for responsável, bem como a opinião de dois médicos para caracterizar que o quadro médico é irreversível. Perceba-se que seria possível optar pela ortotanásia mesmo nos casos em que o paciente não pode exprimir vontade, que poderia ser manifestada por esses responsáveis. E, ao tornar expressa a licitude da ortotanásia, o referido dispositivo caminha no mesmo sentido que as orientações médicas anteriormente discutidas.

Essas mesmas colocações se aplicam ao suicídio assistido, possivelmente enquadrado no crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio. Afinal, assim dispõe o §2º do art. 123 do PL nº 236/2012:

Art. 123. Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao suicídio:
Pena – prisão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma, e de um a quatro anos, se da tentativa resulta lesão corporal grave, em qualquer grau.
[...]
§ 2º Aplicam-se ao auxílio a suicídio o disposto nos §§1º e 2º do artigo anterior.[...]
(BRASIL, 2012).

A redação do art. 123 do PL, ao atrair a aplicação dos dispositivos sobre eutanásia, parece também evidenciar uma intenção de incluir o suicídio assistido nesse tipo penal. No entanto, apesar da tipificação, também há a possibilidade de não ser aplicada pena ou mesmo de haver uma exclusão da ilicitude, a depender das circunstâncias do caso.

Há ainda mais um ponto relevante nesse Projeto de Lei. Ao final do capítulo anterior, foi afirmado que não haveria elementos suficientes para que se acreditasse que o Código Penal atual já tivesse efetivamente uma previsão sobre a terminação da vida de pacientes terminais que dão o consentimento para tanto, considerando que o “relevante valor moral” indicado na atenuante do homicídio presente no §1º do art. 121 do CP não indica uma finalidade voltada, de fato, para a eutanásia, para a ortotanásia ou para o suicídio assistido.

O Projeto de Lei nº 236/2012 parece confirmar justamente essa posição. Não houve, tão somente, a criação de um tipo penal específico para a eutanásia, com aplicações extensíveis ao

suicídio assistido, mas também a manutenção, com redação praticamente idêntica, do §1º do art. 121 do CP atual. Confira-se o §3º do art. 121 do PL nº 236/2012:

Art. 121. Matar alguém:

Pena – prisão, de seis a vinte anos. [...]

§3º A pena é diminuída de um sexto a um terço se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida de injusta provocação da vítima (BRASIL, 2012).

Assim, um enquadramento penal da terminação da vida de pacientes terminais demonstra ser uma situação muito particular, que não pode ser abarcada em uma categoria genérica, como a do §1º do art. 121 do CP atual. Para que se possa ter um tratamento que esteja de acordo com a complexidade das situações que circundam o tema da terminação da vida, se fazem necessárias previsões específicas. E, como se pode perceber pelos dispositivos do PL nº 236/2012, mesmo uma perspectiva que criminaliza a conduta se vê diante de casos tão sensíveis que exceções, como a permissão da ortotanásia, acabam surgindo.

Em sentido análogo, tramitam alguns Projetos de Lei, pensados, que têm como objetivo regulamentar a prática da ortotanásia. O PL nº 3.002/08, o primeiro deles, assim dispõe em seu art. 3º:

Art. 3º É permitida ao médico assistente a prática da ortotanásia, mediante solicitação expressa e por escrito do doente ou seu representante legal.

I – a solicitação deve ser feita em formulário próprio, datado e assinado pelo paciente ou seu representante legal na presença de duas testemunhas;

II – o médico assistente e outros profissionais que trabalhem nos serviços de saúde onde se interna o paciente não podem atuar como testemunha;

III – a decisão quanto à solicitação de que trata o *caput* deverá ser proferida por junta médica especializada (BRASIL, 2008).

Nesses termos, os requisitos para a prática da ortotanásia alcançariam os casos em que o paciente não pode exprimir vontade, assim como o PL nº 236/2012. Essa possibilidade não significa que não há qualquer cuidado na preservação da vontade do paciente ou na adequação da terminação da vida a seu caso particular. O inciso II do art. 3º do PL nº 3.002/08 impede que o médico e toda a equipe de saúde responsáveis pelo acompanhamento atuem como testemunhas da manifestação de vontade do paciente, para evitar uma atuação imparcial. No mesmo sentido, o art. 12³⁹ proíbe que o médico receba pagamento adicional.

A decisão definitiva para permitir a realização da ortotanásia seria proferida por uma junta

³⁹ “Art. 12. É expressamente vedada a percepção de honorários adicionais ou específicos em razão do acompanhamento de ortotanásia, além daqueles normalmente contratados” (BRASIL, 2008).

médica especializada, e não pelo paciente ou pelo médico que o acompanha. Mesmo assim, este último possui uma série de responsabilidades para tornar possível essa prática. Estão resumidas no art. 4º do PL, com os seguintes pontos principais:

Art. 4º O médico assistente tem o dever de:

- I – verificar a existência de doença terminal;
 - II – assegurar que o paciente ou seu representante legal tome uma decisão plenamente informada, fornecendo-lhe informações completas sobre o seu caso, que incluam:
 - a) diagnóstico;
 - b) prognóstico;
 - c) todas as modalidades terapêuticas existentes para o caso específico;
 - d) alternativas para alívio ou controle da dor.
 - III – referir o paciente para junta médica especializada, após atendidas todas as exigências previstas em lei, para ratificação diagnóstica e decisão quanto à solicitação da prática de ortotanásia;
 - IV – aconselhar o paciente ou seu representante legal sobre a importância de sempre considerar a possibilidade de desistência da solicitação, a qualquer tempo, de qualquer maneira, sem necessidade de justificação;
 - V – anular prontamente a solicitação assinada pelo paciente ou seu representante legal, sempre que ele assim o desejar;
 - [...]
 - VII – assegurar que a interrupção dos procedimentos ou tratamentos extraordinários siga as exigências legais vigentes;
 - VIII – providenciar, quando for o caso, condições para que o paciente possa proceder ao desligamento de aparelhos, se esta for sua decisão;
 - X – assegurar que o paciente continue a receber todos os cuidados ordinários necessários para seu caso específico, independentemente de sua decisão quanto à ortotanásia;
 - XI – assegurar o direito a alta hospitalar ao paciente cuja solicitação de ortotanásia seja aceita;
- Parágrafo único. O médico assistente não poderá participar de junta médica especializada de paciente seu (BRASIL, 2008).

Assim, em primeiro lugar, deve o médico identificar que há uma doença terminal, o que justificaria a aplicação dessas normas, e garantir que o paciente e sua família estejam devidamente informados sobre essa condição médica, para que possam tomar uma decisão consciente e livre. Além disso, é o médico que acompanha o paciente em questão quem o encaminha à junta médica especializada, da qual esse mesmo médico não poderá fazer parte, para que seja feito um segundo exame e apenas então se decidirá se o pedido será acolhido ou não.

O PL também garante a possibilidade de desistência do paciente a qualquer momento, desde que o processo ainda possa ser impedido ou revertido. O paciente também possui direito à alta hospitalar, caso sua solicitação de ortotanásia seja aceita, e, independentemente de ser aceita ou não, deve ser assegurada a manutenção dos cuidados para sua enfermidade, não sendo possível abandonar os cuidados paliativos em razão dessa escolha, por exemplo.

A solicitação de terminação da vida realizada pelo paciente, diretamente ou por meio de

seu representante legal, deve ser submetida à apreciação do Ministério Público, após a análise da junta médica, para que seja avaliada a regularidade e a legalidade do procedimento. A decisão favorável do Ministério Público é requisito essencial para a prática da ortotanásia, devendo haver atuação do Judiciário em casos de dúvida⁴⁰.

Também é afastada a responsabilidade civil e penal da equipe médica responsável pela ortotanásia, ressalvados os seus excessos, nos termos do art. 8º⁴¹. Afinal, para que a prática seja viável, os profissionais da saúde também precisam agir livremente.

O Projeto de Lei de nº 6.715/09, que fora apensado ao PL nº 3.002/08 enquanto ambos tramitam no Congresso Nacional, tem o mesmo o objetivo de legalizar a ortotanásia. Suas alterações propostas, por sua vez, são mais simples, adicionando tão somente o art. 136-A ao Código Penal, com a seguinte redação:

Art. 136-A. Não constitui crime, no âmbito dos cuidados paliativos aplicados a paciente terminal, deixar de fazer uso de meios desproporcionais e extraordinários, em situação de morte iminente e inevitável, desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

§ 1º A situação de morte iminente e inevitável deve ser previamente atestada por 2 (dois) médicos.

§ 2º A exclusão de ilicitude prevista neste artigo não se aplica em caso de omissão de uso dos meios terapêuticos ordinários e proporcionais devidos a paciente terminal (BRASIL, 2009).

O PL, assim como aquele discutido anteriormente, reforça a importância não apenas do consentimento do paciente, expresso por ele diretamente ou por quem for seu responsável, mas também a necessidade de uma análise médica da enfermidade, por dois profissionais distintos, para que se tenha certeza de que se trata de doença terminal. O §2º desse artigo ressalta que a opção pela ortotanásia não dispensa a equipe médica de garantir os demais tratamentos que não sejam aquele recusado pelo paciente.

Também mais recente, o Projeto de Lei do Senado nº 7/2018 também tem como objetivo legalizar a eutanásia passiva e a ortotanásia ao fazer uma adição no art. 13 do CP⁴², que trata da

⁴⁰ “Art. 6º A solicitação formulada pelo paciente ou seu representante legal e endossada pela junta médica especializada deve ser submetida à apreciação de membro do Ministério Público, para avaliação da regularidade e da legalidade do procedimento de solicitação da ortotanásia.

§ 1º A prática de ortotanásia somente poderá ser efetuada após decisão favorável do Ministério Público.

§ 2º Em caso de dúvida, o membro do Ministério Público deverá provocar o Poder Judiciário, para que este se manifeste sobre a solicitação” (BRASIL, 2008).

⁴¹ “Art. 8º Os médicos, auxiliares de saúde e demais profissionais que participarem da prática da ortotanásia, estritamente na forma prescrita por esta lei, não serão responsabilizados, civil ou penalmente, por seus atos, ressalvados os excessos comprovadamente cometidos” (BRASIL, 2008).

⁴² “Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (BRASIL, 1940).

relação de causalidade para que seja possível imputar o crime a alguém. Assim, adicionaria o seguinte parágrafo:

§ 3º Não se considera omissão penalmente relevante a falta de instituição de suporte de vida ou a não realização de tratamento ou procedimento médico ou odontológico recusados expressamente pelo paciente ou, nos casos em que o paciente não possa expressar sua vontade, por seu representante legal (BRASIL, 2018).

Com isso, a excludente de ilicitude estaria na parte geral do Código Penal, e não nos dispositivos que tratem especificamente sobre homicídio ou auxílio ao suicídio. Ao contrário dos Projetos de Lei anteriores, no entanto, este indica uma ordem de preferência para aqueles que podem manifestar a vontade do paciente, caso ele se encontre incapacitado. Essa ordem é a seguinte:

Art. 3º Quando o paciente não puder expressar validamente a própria vontade, ainda que circunstancialmente, ele será representado, no exercício dos direitos previstos nesta Lei, por ordem de prioridade:

- I – pelo mandatário constituído no documento previsto no parágrafo único;
- II – por seu cônjuge ou companheiro, salvo se houver separação, mesmo que de fato;
- III – pelo responsável legal ou constituído judicialmente;
- IV – pelos parentes, em linha reta ou colateral, até o segundo grau, dando-se preferência aos mais próximos na linha de parentesco.

Parágrafo único. O paciente capaz poderá, antecipando futura ausência de discernimento ou incapacidade de expressão da própria vontade, atribuir a representação de que trata o *caput* a mandatário de sua livre escolha, por meio de instrumento público, sendo vedada a atribuição a qualquer membro da equipe de assistência à saúde que o acompanha (BRASIL, 2018).

Percebe-se que esse Projeto de Lei dá uma preferência ao mandatário escolhido diretamente pelo paciente, colocando-o na frente de todas as outras pessoas que podem representar o enfermo. Afinal, sendo essa pessoa por ele próprio livremente escolhida, é possível presumir que seria aquela quem melhor representaria sua vontade.

O Projeto de Lei nº 352/2019, ainda mais recente, também foi apensado ao PL nº 3.002/08. Esse PL destaca, em seu art. 2º, o conjunto de princípios que rege suas disposições, nos seguintes termos:

Art. 2º. São fundamentos da presente Lei, o respeito à dignidade da pessoa em seu processo de grave enfermidade, a garantia de sua autonomia, intimidade, confidencialidade de seus dados de saúde sob todas as formas e liberdade na expressão de sua vontade, em acordo aos seus valores, crenças e desejos.

Parágrafo único. A manifestação da vontade do paciente pode ser expressa durante o processo de enfermidade terminal ou de forma antecipada, na forma desta Lei, tanto para aceitar como para recusar tratamentos, interrompê-los, mediante informação adequada dos profissionais de saúde (BRASIL, 2019).

Por mais que os demais projetos de lei que têm como objetivo a legalização da ortotanásia também tenham princípios no mínimo muito semelhantes como fundamentos, não realizam uma listagem como essa para guiar o intérprete e aplicador do diploma normativo. Nesse projeto, então, percebe-se que não é preciso que a manifestação da vontade do paciente seja prévia, podendo também ser efetuada durante a evolução de sua enfermidade, conforme também indicado pelo art. 8º:

Art. 8º. O direito de concordar ou negar-se a receber uma intervenção ou tratamento, ou a decisão de interrompê-lo, poderá ser feito durante o processo da enfermidade, por si ou por representante livremente escolhido ou familiares, na forma desta lei.
Parágrafo único. O consentimento informado ou a negativa esclarecida do paciente, livremente revogável a qualquer tempo, deve ser feito de modo documentado, assinado por si ou por seu representante, devendo essa manifestação do paciente ser anotada em seu prontuário clínico para compor a sua história clínica (BRASIL, 2019).

O paciente, inclusive, teria direito a ser informado sobre essa possibilidade de deixar registrada a sua vontade quanto à recusa ou não de tratamentos, devendo também ser informado sobre seu quadro de saúde de forma completa, para que possa tomar uma decisão consciente. É o que dizem os arts. 4º, caput e §1º, 7º, 10º, 14 e 24 do PL nº 352/2019:

Art. 4º. A pessoa em seu processo de enfermidade terminal tem o direito de receber toda a informação necessária sobre seu diagnóstico e prognóstico, adaptada às suas condições cognitivas e sensoriais, que deve guardar consonância com a sua história clínica como paciente, em acordo às anotações em seu prontuário clínico de saúde.

§ 1º. A pessoa com diagnóstico de enfermidade irreversível e progressiva com possibilidade de perda progressiva da autonomia ou de vir a falecer em consequência do mal que a acomete, tem o direito de ser informada prontamente sobre a possibilidade de formular instruções prévias de vontade sobre a sua saúde, a fim de lhe garantir tempo para tomada de decisão refletida, de forma antecipada.

§ 2º. O direito à informação prevista no “caput” deste artigo pode ficar limitada nos casos de grave risco à integridade física ou psíquica da pessoa, devendo o médico responsável anotar em seu prontuário clínico de saúde tal fato, comunicando às pessoas com vínculo de parentesco, de representação, de amizade ou de afeto com o paciente.

§ 3º. A pessoa tem o direito de receber a informação por escrito sobre o diagnóstico, prognóstico e tratamento relacionado ao seu estado de saúde para obter uma segunda opinião.

Art. 7º. A pessoa tem o direito de conhecer toda a informação disponível sobre a sua saúde, durante enfermidade terminal para, em acordo à sua vontade, concordar ou recusar intervenções e tratamentos propostos pelos profissionais de saúde que visem tão somente prolongar sua vida em razão da existência de determinadas tecnologias ou medicamentos paliativos, sem possibilidade de recuperação de sua saúde.

Art. 10. É garantido a toda pessoa capaz, nos termos desta lei, o direito de planejar, de modo antecipado, suas decisões ante possíveis hipóteses do que pode lhe ocorrer no decurso de uma enfermidade, mediante instruções prévias a respeito de condutas terapêuticas no momento de privação da manifestação da vontade, deixando expressa suas escolhas sobre consentimento ou recusa em relação a testes diagnósticos, terapias, procedimentos, medicamentos, tratamentos e outras condutas terapêuticas.
Parágrafo único. Poderá ser indicado pela pessoa, nas suas instruções prévias de vontade, um seu representante, pessoa capaz na forma da legislação civil, para a

tomada de decisão nas ocasiões em que não lhe for possível fazê-lo autonomamente.
 Art. 14. Será garantida aos pacientes em fase terminal informação sobre seu estado de saúde e sobre os objetivos dos cuidados paliativos que receberem durante o processo e de acordo às suas necessidades e preferências.

Art. 24. Para uma avaliação segura da incapacidade do exercício do direito de tomada de decisão de modo autônomo, o profissional de saúde deverá contar com a opinião de outros profissionais implicados diretamente na atenção do paciente, bem como consultar a família para tomar conhecimento de sua opinião (BRASIL, 2019).

A informação sobre o quadro do paciente pode ser limitada, no entanto, se houver um risco grave à integridade física ou psíquica do paciente. Além disso, também seria preciso adequar a comunicação a pessoas menores de idade, que possuem uma série de normas específicas como proteção, no art. 5º do PL nº 352/2019, inclusive impedindo que seus responsáveis tomem decisões prejudiciais à saúde ou à vida desse paciente sem a notificação prévia das autoridades competentes. Confira-se:

Art. 5º. As pessoas menores de idade, na forma da lei, em seu processo de enfermidade terminal, têm o direito de:

I – receber informações adaptada à sua idade, maturidade, desenvolvimento intelectual e psicológico, sobre o conjunto de tratamento médico e cuidados paliativos e as perspectivas positivas que estes lhes oferecem;

II – ser atendidas de maneira individualizada, e sempre que possível, pela mesma equipe de saúde;

III – estar acompanhada o máximo de tempo possível durante sua internação hospitalar pelos pais e mães ou pessoas que as substituam, salvo quando isso puder prejudicar o seu tratamento;

IV – manter contato com os pais e mães, ou com as pessoas que os substituam, em momentos de tensão e dificuldades;

V – ser hospitalizadas junto com outros menores, evitando-se por todos os meios o compartilhamento com habitação de adultos;

VI – a pessoa adulta que representar a menor de idade, somente dará a sua opinião depois de haver escutado a opinião da criança, devendo ser respeitada a pessoa que foi emancipada, na forma da lei, a qual deverá representar a si mesma, desde que o possa fazê-lo;

VII - decisões dos representantes das pessoas menores de idade devem ser tomadas a favor de sua vida e saúde e quando pairar qualquer dúvida ao contrário, deverá ser dado conhecimento à autoridade competente (BRASIL, 2019).

A abordagem específica para pacientes menores de idade demonstra uma inovação com relação aos demais Projetos de Lei. Percebe-se que a vontade do paciente deve sempre ser ouvida primeiro, ainda que seja menor de idade, conforme demonstra o inciso VI do art. 5º.

Esse Projeto de Lei também traz uma ordem de preferência para a representação do paciente incapaz de expressar sua vontade. Essa listagem é mais ampla do que a prevista no Projeto de Lei do Senado nº 7/2018, incluindo os seguintes sujeitos:

Art. 9º. Quando, a critério do médico responsável, a pessoa em tratamento não for capaz de tomar decisões ou o seu estado físico ou psíquico não lhe permita conhecer toda a situação e compreender as informações para dar o seu consentimento de modo

esclarecido, sem haver instruções prévias mencionadas no artigo 10 desta Lei, deverá ser observada a seguinte ordem de representação, em acordo aos ditames do Código Civil quanto à capacidade civil:

- I – a pessoa designada como representante no documento sobre instruções prévias devontade;
- II – cônjuge ou companheiro ou companheira;
- III – os parentes de grau mais próximo, desde que de maior idade;
- IV – a pessoa que mantém ligação de amizade e afeto com o paciente, de modo reconhecido;
- V – a pessoa a cargo de sua assistência ou cuidado com a saúde;
- VI – na ausência de todos os mencionados acima, o médico responsável pelo cuidado do paciente.

§ 1º. As situações de incapacidade não suprimem o direito de o paciente ser esclarecido e participar do processo de tomada de decisão, conforme for o seu grau de discernimento, tampouco o de deixar de garantir ao seu representante todas as informações necessárias.

§ 2º - Para apoio à interpretação da vontade do paciente deve ser levado em conta seus desejos prévios formulados no dia a dia de sua vida, em acordo aos seus valores de vida (BRASIL, 2019).

Esse PL traz um capítulo exclusivo para os cuidados paliativos, do art. 13 ao 16, incluindo a previsão do dever do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como do serviço privado de saúde, de os fornecer:

Art. 13. Todas as pessoas com enfermidade terminal têm o direito de receber, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) ou de serviço privado de saúde, respeitada a sua dignidade e vontade livremente manifestada, cuidados integrais paliativos de qualidade, incluída sedação paliativa da dor ou de qualquer outro sintoma que produza sofrimento.

Parágrafo único. Os cuidados paliativos integrais podem ser ministrados de modo domiciliar ou em instituição indicada pela família ou representante legal, desde que esta opção não seja contraindicada tanto por critério médico como pela ausência, no cuidado domiciliar, de pessoas capazes de promover o cuidado do paciente (BRASIL, 2019).

Como se depreende do artigo acima citado, o Projeto de Lei visa à garantia da dignidade do paciente, ao prever que tais cuidados paliativos podem se realizar em domicílio, para permitir que tenha um maior conforto, desde que essa opção esteja de acordo com as indicações médicas. Afinal, o cumprimento da vontade do paciente exclui as responsabilidades dos médicos, desde que não haja excessos, devendo haver um cuidado especial para garantir que o enfermo esteja em boas condições. A exclusão da responsabilidade é garantida pelo art. 22:

Art. 22. O cumprimento da vontade manifestada de modo informado pelo paciente, na forma prevista nesta lei, excluirá qualquer responsabilidade das atuações dos profissionais dedicadas a dar cumprimento à vontade do paciente, excetuadas as possíveis más práticas por parte do profissional de saúde (BRASIL, 2019).

O tema também teve suas discussões renovadas a partir da recente movimentação do Projeto de Lei nº 5.559/2016, que busca instituir o que ficou conhecido como Estatuto dos Direitos dos Pacientes. Após ser aprovado na Câmara dos Deputados, no final de 2021, sua redação também foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, em 10/05/2022. O PL foi remetido ao Senado Federal em 17/05/2022 e, atualmente, aguarda a sua análise.

O Projeto de Lei tem normas semelhantes às de outros anteriormente apontados, garantindo que o paciente tenha direito de estar informado sobre suas condições de saúde e sobre os possíveis tratamentos, devendo participar da escolha destes. Inclusive, em seu art. 14, o PL dispõe que “o paciente tem direito ao consentimento informado sem coerção ou influência indevida, salvo em situações de risco de morte em que esteja inconsciente” (BRASIL, 2016), podendo, ainda, retirar esse consentimento a qualquer tempo, nos termos do parágrafo único desse mesmo artigo.

No entanto, dois artigos trazem previsões essenciais para um aprofundamento do tratamento legislativo da matéria. Confira-se a redação do art. 20 e do art. 21 desse mesmo PL:

Art. 20. O paciente tem o direito de ter suas diretivas antecipadas de vontade respeitadas pela família e pelos profissionais de saúde.

Art. 21. O paciente tem o direito de morrer com dignidade, livre de dor e de escolher o local de sua morte.

§ 1º O paciente tem direito a cuidados paliativos, que serão fornecidos nos termos dos regimentos do Sistema Único de Saúde ou dos planos de assistência à saúde, conforme o caso.

§ 2º Os familiares do paciente têm o direito de serem apoiados para lidar com a sua doença (BRASIL, 2016).

O Projeto de Lei, desse modo, traz não apenas o direito ao respeito das diretivas antecipadas de vontade do paciente, mas também um “direito de morrer com dignidade” mais amplo. Esse direito inclui a escolha do local da morte, para garantir o conforto do enfermo em seus momentos finais. Outro ponto interessante é a previsão de fornecimento de cuidados paliativos a esses pacientes pelo Sistema Único de Saúde ou pelos planos de saúde, para garantir o respeito à dignidade do paciente independentemente de sua escolha sobre “morrer com dignidade”.

É evidente a ênfase no respeito à vontade do paciente nas principais disposições do Projeto de Lei nº 5.559/2016. Desse modo, um paciente que tenha uma enfermidade que o incapacite de exprimir vontade necessitaria ter uma diretiva antecipada, elaborada em momento que ainda pudesse declarar essa vontade.

De modo geral, portanto, percebem-se duas tendências principais nos Projetos de Lei: um

reforço da proibição da eutanásia, pelo menos em sua forma ativa, e mesmo do suicídio assistido; e, por outro lado, um movimento de legalização da ortotanásia e de recusas de tratamento no geral. Naturalmente, existem exceções a essa tendência mais geral, muito marcada pelos contextos políticos e sociais do país. Um exemplo de exceção é o Projeto de Lei nº 5.559/2016, pendente de análise pelo Senado Federal, que tornaria expresso o direito à morte digna, também prevendo a necessidade de se respeitar as diretrizes antecipadas do paciente.

Mas a análise legislativa do tema parece ter obstáculos de cunho político e social relevantes. Afinal, são vários os Projetos de Lei que estão tramitando há anos, após o arquivamento de outros. Também parece significativo o fato de que a maior parte desses projetos trata exclusivamente da terminação da vida ou, pelo menos, de um de seus aspectos, revelando particular interesse que a matéria desperta, seja no sentido de trazer inovações, seja no sentido de afirmar uma visão criminalizadora.

4.2 O STF e a terminação da vida: o que o julgamento do AgRg no MI nº 6.825 revela sobre a tendência do Tribunal?

Apesar de ser um tema há muito debatido na sociedade e até nos próprios ambientes jurídicos, há uma real limitação de julgados relevantes sobre o tema. Nesse contexto, o AgRg no MI nº 6.825 assume importância não apenas por ser uma manifestação recente acerca da questão, mas também por demonstrar a forma como o Tribunal entende sua lacuna normativa, ou, nesse caso, a ausência dela.

O agravo regimental no mandado de injunção aqui mencionado trata justamente de um pedido de terminação da vida, fazendo até mesmo uma alusão ao julgamento da ADPF nº 54, em que o STF permitiu o aborto de fetos anencéfalos, para defender que também não haveria mais um verdadeiro potencial de vida no paciente terminal agravante, o que lhe daria o direito de ter uma “morte digna”. Menciona, ainda, uma entrevista do Ministro Luís Roberto Barroso ao jornal *Folha de São Paulo*, no qual afirmou o seguinte:

Não há nenhuma dúvida, nem ética nem jurídica, à luz dos valores sociais e dos princípios constitucionais, de que a ortotanásia é legítima. A resolução é uma interpretação adequada da Constituição.

Suicídio assistido e eutanásia envolvem riscos importantes, portanto devem ser cercados de uma cautela muito particular. Porém, como disse, ética e juridicamente elas podem realizar adequadamente valores constitucionais, pelas mesmas razões, de respeitar a vontade do paciente, quando ela possa ser manifestada, e o sofrimento seja insuportável.

Sou a favor da eutanásia e do suicídio assistido, se tomadas certas cautelas. FOLHA - A Constituição brasileira permite a eutanásia e o suicídio assistido?

BARROSO - Eu acho. Mas essa é uma matéria sobre a qual o legislador ordinário

deveria pronunciar-se. Não creio que haja impedimento constitucional⁴³.

Perceba-se, antes de seguir com a análise do caso propriamente dito, que a posição exposta pelo ministro Luís Roberto Barroso nessa entrevista se aproxima das conclusões a que chegamos no capítulo anterior, que contou, inclusive, com a contribuição de outras reflexões do ministro. A terminação da vida seria possível a partir de uma interpretação das normas constitucionais que leve em consideração o conjunto do texto constitucional e os princípios nele dispostos.

Quanto à menção da ADPF nº 54, uma explicação também é devida. A comparação da terminação da vida com o aborto, por mais que seja possível em alguma medida, foi propositalmente evitada neste trabalho. A razão para tanto é o fato de que discussão sobre aborto envolve o questionamento acerca do momento em que se inicia a vida, o que sai do tema da presente pesquisa. Desse modo, apesar de ser um relevante ponto da argumentação do agravante, o exame do julgado se aterá aos outros pontos levantados.

O agravo regimental, no entanto, foi julgado improcedente. Um dos principais argumentos foi a restrição do cabimento do mandado de injunção à hipótese de regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada *stricto sensu* que tratem de direitos fundamentais. Afirmou-se que, “conforme assentado tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, a via estreita do mandado de injunção não permite que se extraia do texto constitucional lacuna técnica decorrente de interpretação reflexa dos princípios constitucionais” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 6.825 – DF. Agravante: George Salomão Leite. Agravados: Câmara dos Deputados, Senado Federal e Presidente da República. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 11 de abril de 2019, p. 6).

Desse modo, a conclusão obtida foi a de que não haveria uma obrigação imposta pela Constituição de haver uma norma que discipline o direito à morte digna e a forma de seu exercício. Ademais, foi indicado que a necessidade de se realizar o que o impetrante denominou de um “labor hermenêutico” reforçaria a ausência de uma obrigação constitucionalmente imposta de se elaborar normas que disciplinem o direito à morte digna.

O relator, o Min. Edson Fachin, indicou que o fato de haver iniciativa legislativa no Congresso Nacional, representada pelo Projeto de Lei nº 5.559/2016, tratando sobre o tema não permite, por si só, presumir o dever de legislar. Essa iniciativa estaria dentro da liberdade e das

⁴³ Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0412200613.htm#:~:text=N%C3%A3o%20h%C3%A1%20nenhu ma%20d%C3%BAvida%2C%20nem,de%20uma%20cautela%20muito%20particular.> Acessada em: 20 jun. 2022.

prerrogativas do Poder Legislativo, não configurando um dever imposto pela Constituição.

Entretanto, é necessário fazer uma ressalva fundamental para a devida análise do julgamento. O paciente em questão não estava em estado terminal, mas somente vislumbrava uma possibilidade futura de se encontrar nessa situação. Desse modo, um dos requisitos para que se garantisse um direito à morte digna não estaria cumprido. Com base nisso, chegou-se à seguinte conclusão:

Frise, por oportuno, que o mandado de injunção não se presta a preencher lacuna decorrente de direito eventual e incerto, mas tão somente alberga as hipóteses em que se demonstra um efetivo nexo de causalidade entre a omissão normativa do Poder Público e a inviabilidade do exercício do direito, não sendo o caso dos autos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 6.825 – DF. Agravante: George Salomão Leite. Agravados: Câmara dos Deputados, Senado Federal e Presidente da República. Relator: Min. Edson Fachin, 11 de abril de 2019, p. 12).

Assim, o fato de o paciente não estar em condição terminal parece ter sido determinante para a condução da decisão no sentido em que ela se deu. Essa influência também fica evidente no voto do Min. Luís Roberto Barroso, que introduziu a questão da seguinte forma:

Fixada a premissa de que a dignidade humana é um princípio constitucional, a consequência lógica é de que também dela poderão emanar direitos não expressamente delimitados no texto constitucional. Nesse contexto, surge a dúvida sobre a existência, em alguma hipótese, de um direito fundamental não escrito de interrupção da própria vida e se a dignidade, que acompanha a pessoa ao longo de toda sua vida, também pode ser determinante da hora de sua morte. O reconhecimento da dignidade como heteronomia não significa que ela obstará em todo e em qualquer caso a liberdade individual. Ela não pode ser utilizada, por exemplo, para a defesa de um suposto direito da comunidade ou do Estado que se oponha à liberdade existencial do indivíduo. Assim é que se diz que o Estado não deve ter o direito de impor suas concepções moralistas ou paternalistas sobre alguém que é vítima de um sofrimento desesperançado e está próximo do fim de sua vida. Ainda que exista o dever do Estado em resguardar a vida humana, esse dever não é absoluto e não pode representar um dever de prolongar a vida daquele que padece intensamente de sofrimentos físicos e psíquicos contra sua vontade. Em suma, a dignidade como heteronomia não impede que se reconheça que os indivíduos que são vítimas de doenças terminais e passam por grande sofrimento, bem como aqueles que se encontram em estado vegetativo irreversível ou prolongado, possuem o direito fundamental a morrer de forma digna. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 6.825 – DF. Agravante: George Salomão Leite. Agravados: Câmara dos Deputados, Senado Federal e Presidente da República. Relator: Min. Edson Fachin, 11 de abril de 2019, p. 20-22).

Desse modo, nos mesmos termos do posicionamento que apresentou na entrevista mencionada pelo impetrante do mandado de injunção, o ministro manteve sua visão de que seria possível garantir a morte digna no ordenamento jurídico brasileiro atual. No entanto, como não se estava diante de um paciente terminal, seria um caso de ausência de legitimidade ativa,

o único óbice real que Barroso colocou à pretensão em debate. Confirmam-se suas conclusões:

Há uma intrincada questão, neste caso, acerca do cabimento ou não do mandado de injunção, isto é, sobre a existência ou não de um dever constitucional de legislar acerca do tema. Todavia, diante da ilegitimidade inequívoca do impetrante, não é o caso de se enfrentar o tema nesta instância. Como se sabe, a legitimidade ativa para impetração do mandado de injunção recai sobre o titular do direito cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência da norma infraconstitucional regulamentadora (MI 356, Rel. Min. Carlos Velloso). No caso concreto, não há a mínima demonstração concreta do direito invocado. O impetrante simplesmente afirmou que existe a possibilidade de encontrar-se em situação de terminalidade vital no futuro. Ou seja, o que há, verdadeiramente, é a mera possibilidade de existência do direito em data futura e incerta. Assim sendo, considerando que o status do impetrante não se enquadra nas hipóteses de exercício do direito invocado, deve ser reconhecida sua ilegitimidade ativa e, portanto, o mandado de injunção não merece seguimento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 6.825 – DF. Agravante: George Salomão Leite. Agravados: Câmara dos Deputados, Senado Federal e Presidente da República. Relator: Min. Edson Fachin, 11 de abril de 2019, p. 26).

Assim, o julgado demonstra alguns pontos relevantes da visão do Supremo Tribunal Federal a respeito da terminação da vida, por mais que parte considerável da discussão envolvessem os requisitos processuais do mandado de injunção analisado. Afinal, o próprio exame desses requisitos revela uma percepção de como o ordenamento jurídico disciplina o tema.

Parece ser um consenso a necessidade de que o paciente esteja acometido de uma doença que o deixe em condição terminal, sem perspectiva de cura e com a morte iminente. Esse entendimento está em conformidade com os Projetos de Lei que propõem a legalização da ortotanásia ou mesmo da eutanásia e do suicídio assistido.

No entanto, há uma divergência de opiniões com relação a outro elemento analisado pelo Supremo. O Ministro Edson Fachin sustenta que não há um direito constitucional à morte digna que necessariamente precise ser disciplinado. Por outro lado, o Ministro Luís Roberto Barroso defende a necessidade de produção de normas específicas sobre esse tema, mas que, de todo modo, o ordenamento jurídico atual já possibilitaria a terminação da vida dos pacientes terminais, desde que feita de forma cautelosa e responsável.

As posições não são, necessariamente, antagônicas, já que, ao indicar que o ordenamento jurídico atual apresenta uma resposta para a questão, o Ministro Barroso acaba por indicar que um tratamento legislativo expresso seria dispensável. No entanto, como o enquadramento da questão costuma se dar no Direito Penal, conforme visto no capítulo anterior e na análise dos projetos de lei, afirmar que a terminação da vida já está disciplinada no ordenamento jurídico atual pode representar a defesa da criminalização do tema, o que diferenciaria as duas posições.

Seria preciso, então, que os outros membros da Corte se manifestassem, para que se pudesse conhecer qual seria o entendimento dominante.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terminação da vida dos pacientes terminais representa um verdadeiro dilema ético, com bens jurídicos cuja proteção aparenta ser antagônica, o que dificulta a elaboração de uma resposta definitiva para esse problema. Esse fato é acentuado pelo dinamismo do debate, marcado pelas inovações tecnológicas que reconfiguram os elementos concretos do debate e, com isso, adicionam a ele novas preocupações.

De um ponto de vista mais teórico, após serem feitas as definições pertinentes para o desenvolvimento do tema, abordou-se, com base nas reflexões de Stephen Holland (2008), um problema central para a corrente da qualidade de vida: a forma como seria possível adotar esse critério de qualidade. Um critério objetivo, como visto, permite arbitrariedades na limitação do cumprimento da vontade do paciente, além de haver uma dificuldade na própria fixação dessa objetividade (HOLLAND, 2008). Um critério subjetivo, por sua vez, seria o que melhor atende às vontades do paciente e à sua dignidade, ainda segundo o autor, apesar de ser preciso ter o cuidado de se garantir que não se tome uma decisão definitiva com base em um estado mental temporário e em razão de uma enfermidade tratável. Esse caminho está em conformidade com uma visão do direito à vida como “direito à vida digna”, que acarreta o reconhecimento de um “direito a morrer com dignidade” (SCHREIBER, 2013).

Assim como as inovações tecnológicas, outros fatores podem inovar a discussão da terminação da vida no Brasil. Existem projetos de lei que tramitam há anos, com uma tendência geral de criminalizar a eutanásia e o suicídio medicamente assistido, legalizando expressamente, por sua vez, a ortotanásia. Entretanto, mesmo alguns desses projetos de lei que buscam criminalizar a eutanásia e o suicídio assistido abrem exceções que dependem dos elementos fáticos de cada caso. Além disso, há ainda projetos de lei que buscam regulamentar a prática e garantir o direito a morrer com dignidade, tal como o PL nº 5.559/2016, que foi aprovado na Câmara dos Deputados e está aguardando análise pelo Senado Federal.

O entendimento do STF sobre a matéria parece não ter sido firmado ainda. Entretanto, o AgRg no MI nº 6.825 revelou alguns elementos importantes sobre a visão do Tribunal, a partir dos votos dos ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. Em primeiro lugar, a afirmação de um direito à morte digna parte do pressuposto de que o paciente está acometido por uma doença terminal, sem perspectiva de cura, mas apenas sujeito a um deterioramento gradual que o levará ao falecimento. Em segundo lugar, a ideia de que não haveria, propriamente, uma lacuna com relação a esse tema, seja pela visão de que a Constituição não criou um dever de previsão normativa do direito à morte digna, seja por conta da compreensão de que o

ordenamento jurídico atual já possibilita o atendimento a esse direito. Neste caso, a elaboração de normas que tratem desse tema seria apenas uma medida para dar maior especificidade à forma como esse direito pode ser atendido e para reforçar a legitimidade do uso dos meios de terminação da vida.

O ordenamento jurídico brasileiro atual não traz previsões expressas sobre a terminação da vida por meio da eutanásia, da ortotanásia e do suicídio assistido. Em razão disso, as condutas costumam ser enquadradas nos tipos penais de homicídio, do art. 121 do CP, ou de auxílio ao suicídio, do art. 122 do CP.

Também as normas do direito internacional aplicáveis no Brasil não tratam especificamente da terminação da vida de pacientes terminais, limitando-se a reafirmar a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, proibindo que qualquer pessoa seja morta de forma arbitrária. Naturalmente, essas normas são marcadas pela época em que foram elaboradas, o que parece reforçar que sua aplicação não se daria propriamente aos casos de terminação da vida dos pacientes terminais, ou, no mínimo, não seriam pensadas necessariamente para tratar desses casos com o devido cuidado.

As orientações médicas emitidas por entidades da área, por sua vez, apresentam uma ênfase evidente no respeito à dignidade da pessoa humana, prezando pelo consentimento e bem-estar do paciente. As menções à dignidade da pessoa humana conseguem ser mais recorrentes do que aquelas referentes ao direito à vida em alguns desses documentos, embora se possa interpretar que isso se dá pelo fato de que a proteção da vida pelos profissionais da saúde é presumida, e, em geral, esses mesmos documentos impedem que o médico deixe o paciente se levar à morte por suas próprias escolhas. No entanto, mesmo dentro tais limites, o direito do paciente à recusa terapêutica pode ser uma forma de permitir a ortotanásia, desde que o paciente possa exprimir sua própria vontade.

No entanto, apesar desse relativo ambiente de indefinição, é possível vislumbrar um caminho hermenêutico para esse tema, que costuma ser visto como um embate entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, aliada ao princípio da autonomia privada. Acerca disso, é preciso dizer que, em primeiro lugar, a Constituição não estabelece uma hierarquização entre seus princípios e direitos fundamentais (SCHREIBER, 2013). E, por mais que o direito à vida seja um pressuposto para o exercício dos demais direitos fundamentais (MENDES; BRANCO, 2018), a dignidade da pessoa humana compõe o próprio fundamento de todos esses direitos, sendo a própria razão pela qual se pode falar de uma especial proteção da vida humana (BARROSO, 2018).

Além disso, a partir das reflexões de Lenio Streck (2019), é possível dar uma nova

configuração ao enfrentamento dessa matéria, que foge da caracterização usual de “escolha” de um princípio em detrimento do outro, ainda que essa seleção fosse especificamente para um caso. Os princípios funcionam não apenas como diretrizes para os legisladores, mas também como guia da hermenêutica, limitadores da interpretação que se pode dar aos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais (STRECK, 2019). Desse modo, além do enquadramento penal que costuma ser dado à questão, seria possível seguir um caminho que entenda ser possível a terminação da vida dos pacientes terminais, sem deixar de lado o direito à vida, utilizando-o como um limitador hermenêutico, tornando necessário adequar essa permissão às condições concretas de cada caso, selecionar com cuidado a abrangência dessa possibilidade e garantir que o método de terminação da vida eventualmente escolhido, bem como o procedimento do qual faz parte, efetivamente respeite a dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho buscou uma sistematização do estado atual do tratamento normativo da terminação da vida dos pacientes terminais no Brasil, aliada à compreensão de aspectos filosóficos do tema, bem como ensaiou uma projeção de caminhos futuros, a partir dos elementos levantados. O conjunto de questões aqui expostas se relacionam com um debate que não só ainda está em curso, como está sujeito a diversas influências e alterações, tanto em razão dos avanços tecnológicos, quanto em razão do contexto político e social do país.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ DEL RÍO, Asunción. **Práctica y ética de la eutanásia**. Cidade do México: Fondo de Cultura Economica, 2014.

ARAÚJO, L.; RODRIGUES, J.M.B. Eutanásia e deficiência: to be or not to be, that is (not) the question. In: SOUSA, Alessandra M. de. [et.al]. **Pessoa com deficiência: estudos interdisciplinares**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ª ed. São Paulo, SP: Saraiva Educação, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Coleção Tratado de direito penal volume 2**. 20ª ed. São Paulo, SP: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Congresso Nacional, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 3 jun. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 6 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 6 jun. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 125, de 5 de junho de 1996.** AUTORIZA A PRÁTICA A MORTE SEM DOR NOS CASOS EM QUE ESPECIFICA E DA OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Brasília, DF: Senado Federal, [1996]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/27928>. Acesso em: 11 de jun. de 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.002, de 13 de março de 2008.** Regulamenta a prática da ortotanásia no território nacional brasileiro. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2008]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01bnrttr3e9b2oh5uxte0odfhj24563152.node0?codteor=544137&filename=PL+3002/2008. Acesso em: 12 de jun. de 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.715, de 23 de dezembro de 2009.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para excluir de ilicitude a ortotanásia. Brasília, DF: Senado Federal, [2009]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=728243&filename=PL+6715/2009. Acesso em: 12 de jun. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 - DF.** ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Interpelado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 236, de 10 de julho de 2012.** Anteprojeto de Código Penal. Brasília, DF: Senado Federal, 2012. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1959871. Acesso em: 11 de jun. de 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.559, de 14 de junho de 2016**. Dispõe sobre os direitos dos pacientes e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1467788&filename=PL+5559/2016. Acesso em: 12 de jun. de 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 7, de 30 de janeiro de 2018**. Dispõe sobre os direitos dos pacientes em serviços de saúde; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para isentar do crime de omissão penalmente relevante a falta de instituição de suporte de vida ou a não realização de tratamento ou procedimento médico recusados; e altera a Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, que configura infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências, para proibir a reutilização de produtos para a saúde descartáveis. Brasília, DF: Senado Federal, 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7601464&ts=1630414348212&disposition=inline>. Acesso em: 12 de jun. de 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 352, de 4 de fevereiro de 2019**. Dispõe sobre o consentimento informado e instruções prévias de vontade sobre tratamento de enfermidade em fase terminal de vida. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1707265&filename=PL+352/2019. Acesso em: 12 de jun. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 6.825 – DF**. Agravo regimental no mandado de injunção. Direito à morte digna. Inadequação da via eleita. Ausência de lacuna técnica. Inexistência de efetivo impedimento do exercício do direito alegado. Inadmissibilidade do writ. Desprovimento do agravo. Agravante: George Salomão Leite. Agravados: Câmara dos Deputados, Senado Federal e Presidente da República. Relator: Min. Edson Fachin, 11 de abril de 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768176802/agreg-no-mandado-de-injuncao-agr-mi-6825-df-distrito-federal-0014429-8720171000000>. Acesso em: 14 de jun. de 2022.

CÓDIGO DE NUREMBERG. Adotado pelo Tribunal Penal Internacional. **Nuremberg, Alemanha**, v. 1995, 1947. Disponível em:

<https://www.ghc.com.br/files/CODIGO%20DE%20NEURENBERG.pdf>. Acesso em: 9 de junho de 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM – Brasil). **Resolução CFM nº 1.805/2006**.

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2006. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 14 jun. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM – Brasil). **Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2010. Disponível em:

<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM – Brasil). **Resolução CFM nº 2.232/2019**.

Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2019. Disponível: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>. Acesso em: 14 jun. 2022.

CONSTITUCIONALISTA diz que lei ampara ortotanásia no país. **Folha de São Paulo**. São Paulo, SP: Ano 86, nº 28.369, 4 dez. 2006. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0412200613.htm#:~:text=N%C3%A3o%20h%C3%A1%20nenhuma%20d%C3%BAvida%2C%20nem,de%20uma%20cautela%20muito%20particular>. Acessada em: 20 jun. 2022.

DECLARAÇÃO DE GENEBRA. Adotada pela 2ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial. **Genebra, Suíça**, v. 2017, 1948. Disponível em: <https://amb.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Declarac%C3%A7%C3%A3o-de-Genebra-2017-Tradu%C3%A7%C3%A3o-Dr-Miguel.pdf>. Acesso em: 10 de jun. de 2022.

DECLARAÇÃO DE HELSINQUE. Adotado pela 18ª Assembleia Médica Mundial. **Helsinque, Finlândia**, v. 2000, 1964. Disponível em: https://www.fcm.unicamp.br/fcm/sites/default/files/declaracao_de_helsinque.pdf. Acesso em: 10 de jun. de 2022.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III). **Paris, França**, v. 1948, 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 9 de jun. de 2022.

DEJEANNE, Solange. Os fundamentos da bioética e a teoria principialista, p. 32-45. In: **Thaumazein: Revista Online de Filosofia**. Santa Maria, RS, Ano IV, n. 7. Jul. 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufn.edu.br/index.php/thaumazein/article/view/153/pdf>. Acesso em: 30 mai. 2022.

FÉLIX, Zirleide Carlos et. al. **Eutanásia, distanásia e ortotanásia: revisão integrativa de literatura**. Ciência e Saúde Coletiva. João Pessoa, PB, nº 18, 2013, p.2733 a 2746.

HOLLAND, Stephen. **Bioética: enfoque filosófico**. São Paulo, SP: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo, SP: Saraiva Educação, 2018.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica**. Rio de Janeiro, RJ: Letra Legal, 2004, p. 137-167.

RODRIGUES, João Marcos Brasil; "No limite entre a vida e a morte: o princípio da dignidade humana como fundamento ético-jurídico do direito a morrer sem sofrimento dos pacientes terminais", p. 66-79. In: **Anais do I Encontro Nacional de Biodireito: biotecnologia e relações familiares**. São Paulo, SP: Blucher, 2020. Disponível em: <https://www.proceedings.blucher.com.br/article-details/no-limite-entre-a-vida-e-a-morte-o-principio-da-dignidade-humana-como-fundamento-tico-jurdico-do-direito-a-morrer-sem-sofrimento-dos-pacientes-terminais-34972>. Acesso em: 23 abr. 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2ª ed. São Paulo, SP: Atlas, 2013.

STRECK, Lenio Luís. **Jurisdição constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luís. **Compreender direito - hermenêutica**. 1ª ed. São Paulo, SP: Tirant lo Blanch, 2019.

VILLARROEL, Raúl. **Interesarse por la vida: ensayos bioéticos y biopolíticos**. Santiago: Editorial Universitaria, 2014.