

ANA LÚCIA PINHEIRO

DISTANÁSIA X DIREITO A UMA MORTE DIGNA

BACHARELADO EM DIREITO

FIC/ MINAS GERAIS

2010

ANA LÚCIA PINHEIRO

DISTANÁSIA X DIREITO A UMA MORTE DIGNA

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do professora Alessandra Dias Baião

FIC/CARATINGA

2010

Dedico este trabalho ao meu Senhor Jesus Cristo,
que me sustentou e me iluminou em todos os
momentos da minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, o que seria de mim sem a fé que eu tenho nele.

Agradeço aos meus pais, GERALDO e MARIA, que durante minha vida serviram de alicerce na construção dos pilares da minha personalidade.

Aos meus irmãos, sobrinhos, a minha prima Conceição, meu namorado Francismar e a todos os que direta ou indiretamente acreditam em mim e me incentivam a correr atrás dos meus ideais.

À professora Alessandra e ao professor Wagner pela orientação que tornou possível a conclusão desta monografia e aos demais professores que foram tão importantes na minha vida acadêmica.

Aos amigos e colegas, pelo incentivo e pelo apoio constantes.

RESUMO

O presente trabalho fará um estudo sobre a prática da Distanásia, que é o prolongamento artificial da vida de um enfermo incurável, ou seja, ato ou conjunto de ações com o propósito de impedir a morte. Representa atualmente uma questão de bioética e biodireito, pois quando se prolonga demasiadamente e inutilmente a dor e o sofrimento de um paciente terminal não se configuram na manutenção da vida propriamente dita, mas na postergação da morte inevitável. Diante da distanásia não se prolonga vida propriamente dita, mas o processo de morrer. No mundo europeu fala-se de "obstinação terapêutica", nos Estados Unidos de "futilidade médica". Em termos mais populares a questão seria colocada da seguinte forma: até que ponto se deve prolongar o processo do morrer quando não há mais esperança de reverter o quadro? Manter a pessoa "mortaviva" interessa a quem? Até que ponto pode ferir o direito de morrer inerente à pessoa? A morte faz parte do ciclo natural da vida humana, ou seja, toda pessoa vai nascer e morrer em um determinado momento, mas até a mesmo a morte deverá se dar dentro do preconizado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Assim como o direito à vida, o ser humano tem o direito de morte nos mesmos parâmetros, e nesse sentido a distanásia via a contramão dessa afirmativa, com o retardamento da morte do paciente.

Palavras- chave: Distanásia; princípio da dignidade da pessoa humana; direito de morrer.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
CAPÍTULO I-BIOÉTICA E BIODIREITO: DAS ESPÉCIES DE EUTANÁSIA	13
1.1 Eutanásia ativa e passiva.....	15
1.2 Distanásia.....	17
1.3 Ortotanásia.....	20
CAPÍTULO II-TRATAMENTO JURÍDICO PENAL.....	22
2.1 Comentários ao artigo 121, §1º do Código Penal.....	22
CAPÍTULO III- DISTANÁSIA X DIREITO DE UMA MORTE DIGNA.....	25
3.1 Geração de Direitos	25
3.2- Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o direito de morrer com dignidade.	28
3.3 Diferença entre direitos e garantias individuais	333
CONSIDERAÇÕES FINAIS	34
REFERÊNCIAS.....	36

INTRODUÇÃO

A presente monografia intitulada “Distanásia x Direito a uma morte digna” pretende demonstrar como o instituto é tratado pelo ordenamento jurídico pátrio, bem como confrontá-lo com o direito que o paciente tem em morrer dentro dos preceitos de dignidade humana.

O direito a morte de uma pessoa deve se dar dentro dos mesmos parâmetros do direito que ele tem à vida, a dignidade deverá ser preservada até o final da vida.

A Constituição da República de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como elemento fundamental que constitui o Estado Democrático de Direito.

A importância desse princípio está atrelado ao tratamento digno que deverá ser dado a todo cidadão em todas as fases de sua vida, inclusive na morte.

Desse modo pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana é imposição que recai sobre o Estado de respeitar, proteger e promover as condições que viabilizem a vida com dignidade de todos os cidadãos.

Nesse diapasão a distanásia está na contramão do preconizado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, visto que o prolongamento da vida de pacientes acometidos de enfermidades incuráveis, próximos da morte, em muitos casos, não atende às determinações

Diante disso tem-se o problema de pesquisa, qual seja, a imposição da distanásia, enquanto prolongamento artificial da vida do paciente, por parte do Estado fere o direito de morrer de indivíduos acometidos de enfermidades incuráveis?

Ora a distanásia fere o direito de morrer que toda pessoa possui. Assim como a vida é objeto de direito, a morte se encaixa nesse contexto e deverá ocorrer dentro dos mesmos ditames. Nesse sentido posiciona-se, Edison T. Namba, marco teórico deste trabalho.

Aqui prevalece o paradigma da benignidade humanitária e solidária. O ser humano é colocado como valor fundamental e central numa visão da medicina a serviço da saúde, da concepção à morte. Procura-se promover

nas suas práticas junto ao paciente terminal a morte digna e humana na hora certa. Nesta linha situa-se a medicina paliativa.¹

No Brasil, o tratamento legal dado a distanásia encontra-se no Código de Ética Médica, o qual recentemente foi alterado, mais precisamente em 13 de abril de 2010. Resolução CFM Nº 1.931, de 17 de setembro de 2009.

Apesar de trazer inovações, com relação à distanásia apenas houve a orientação ao médico para que evite o procedimento e não uma proibição propriamente dita.

É de suma importância que essa prática médica leve em consideração os preceitos de dignidade da pessoa humana a fim de dar ao paciente o tratamento adequado, respeitando o seu direito de morrer de forma digna.

Diante disso o objetivo geral dessa monografia consiste em analisar a possibilidade de garantir à pessoa (paciente) o direito de morrer, tendo como base a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade.

Ainda, pretende-se, revisar bibliografias sobre o assunto, pesquisar a legislação referente ao tema, comparar as diversas formas de tratamentos médicos na conservação da vida e analisar o princípio da dignidade da pessoa humana, relacionando-o ao direito de morrer.

O presente estudo adotará como metodologia a pesquisa teórica dogmática em que se buscará o conceito da prática das espécies de eutanásia.

A pesquisa é inter e transdisciplinar, uma vez que envolver discussões da medicina, Ética, Direito Constitucional e Direito Penal.

A monografia será dividida em três capítulos distintos: O primeiro falaremos sobre as espécies de eutanásia, distinguindo de distanásia e ortotanásia. Já no segundo abordaremos o tratamento jurídico penal dado ao instituto.

Por fim no terceiro e último capítulo explanaremos sobre a geração de direitos, a diferenciação entre direitos e garantia individuais, e o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito de morrer com dignidade

¹ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009, p.174.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a temática proposta, “Distanásia e Direito x Direito a uma morte digna”, faz-se necessário esclarecer alguns conceitos essenciais a elucidação da temática, quais sejam: distanásia, princípio da dignidade da pessoa humana e direito de morrer aos quais passam a abordar.

A importância do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, consagrado no artigo 1º, inciso III da Constituição da República está atrelado ao tratamento digno que deverá ser dado a todo cidadão em todas as fases de sua vida, inclusive na morte

As considerações de Rizzato Nunes são importantes no que tange à definição do princípio da dignidade da pessoa humana:

A palavra *dignidade* vem do latim *dignitas* que significa honra, virtude ou consideração, razão porque se entender que dignidade é uma qualidade moral inata e é à base do respeito que lhe é devido. “Então, a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência [...]”²

Já, Alexandre de Moraes nos fornece a seguinte conceituação do tema:

[...] a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.³

Igualmente Pedro Lenza prelaçiona:

² RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. p.49

³ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21 ed., São Paulo: Atlas, 2007. p.50

O art. 5º, *caput*, consagra serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal, (Consagrada no liberalismo clássico) mas principalmente a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.⁴

Para Edison Tetsuzo Namba, a distanásia é um processo muito doloroso. Conceituando o tema, expressa que:

Distanásia é o antônimo de eutanásia, ou seja, a morte lenta, ansiosa e como muito sofrimento. É o prolongamento artificial do processo da morte, com sofrimento [...] a distanásia é também caracterizada como escarniçamento terapêutico, obstinação terapêutica (tal como os europeus a chamam) ou medicina ou tratamento fútil e inútil (linguagem norte americana) é uma postura ligada especialmente aos paradigmas tecnocientíficos e comercial- empresarial da medicina .⁵

Para Maria Helena Diniz

Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte[...]é o comportamento médico que consiste no uso de processos terapêuticos cujo efeito é mais nocivo do que o mal a curar, ou inútil, porque a cura é impossível, e o benefício esperado é menor que os inconvenientes previsíveis.⁶

Distanásia na conceituação de Ibiapina é assim entendida: “A distanásia que também é caracterizada como o encarniçamento terapêutico ou obstinação ou futilidade terapêutica, é uma postura ligada especialmente aos paradigmas tecnocientíficos e comercial-empresarial da medicina.”⁷

Para Edison T. Namba o direito de morrer pode ser entendido como “Bem morrer”,⁸ ou seja, a morte dentro dos paradigmas de benignidade e humanidade.

Acerca do direito de morrer as considerações de Maria Augusta Menz são pertinentes:

⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p.595.

⁵ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009, p.172.

⁶ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 307.

⁷ FERREIRA, Sergio Ibiapina. OSELKA, Sergio Gabriel. *Iniciação à bioética* Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p.186.

⁸ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009, p.174.

Parece indubitável, diante do que se colocou anteriormente, que há, sim, um direito à morte digna ou à morte no tempo certo, mais especificamente um direito de receber para o prolongamento da vida tão somente tratamento médico humano e não degradante, até onde este seja, de fato útil e necessário à qualidade e ao prolongamento da vida. Este direito é intimamente relacionado ao direito à vida digna, direito fundamental constitucionalmente assegurado, sendo dele decorrente. Nesse contexto, a distanásia é claramente prática repudiada pelo nosso sistema⁹.

Ainda, Marco Antonio Oliveira Azevedo: [...] o direito de morrer é parte essencial do próprio direito à vida. Pensar o contrário é não pensar o direito à vida como um direito; é pensá-lo como sendo uma obrigação.”¹⁰

Muito embora o Código de Ética Médica, recentemente reformulado não recomende o uso da distanásia, não há no Brasil, proibição legal contrário ao procedimento. No entanto, tendo em vista o caráter normativo do qual se revestem os princípios constitucionais, dentre eles o da dignidade da pessoa humana, a distanásia não poderá ser usada por ferir os preceitos nele contidos.

⁹ MENZ, Maria Augusta. Breve estudo da distanásia via precedente jurisprudencial brasileiro. Disponível em http://www.mp.rs.gov.br/atuacaomp/not_artigos/id15016.htm. Acesso em 04 ago.2010

¹⁰ AZEVEDO, Marco Antonio Oliveira. *O direito de morrer*. Disponível em http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/leitor.pdf. Acesso em 06 dez. 2010.

CAPÍTULO I-BIOÉTICA E BIODIREITO: DAS ESPÉCIES DE EUTANÁSIA

Direito é uma ciência que busca normatizar e ajustar as condutas dos indivíduos na sociedade, desse pode ser vista como um conjunto de normas impostas pelo Estado com o intuito de fazer com que a convivência na sociedade se dê de forma harmônica entre todos.

Nesse diapasão a ética deve nortear todas as questões inerentes ao direito e suas regulamentações, incluindo nesse rol as condutas relativas aos procedimentos médicos, chamadas de bioética.

Aplicando-se este conceito no campo profissional, "ética médica" seria, por exemplo, uma relação de normas de conduta que visassem regular o comportamento dos profissionais da medicina de modo a resguardar o bem da própria profissão, através de uma conduta que se pretenda seguida, a fim de garantir a imagem da profissão perante toda sociedade, e, ao mesmo tempo, seria o estabelecimento de um rol de condutas que fossem capazes de resguardar a boa relação -pessoal e profissional- recíproca entre os profissionais da área médica. Quanto à Bioética, esta poderia ser considerada, de forma bem simplificada, como sendo a ética da vida -Bio + Ética.¹¹

Diante das considerações trazidas pelo autor acima, pode-se considerar que o biodireito está relacionado à bioética já que igualmente busca regular as questões inerentes à vida.

Nesse ponto tem-se o instituto da eutanásia, o qual é tido como antônimo da distanásia, e segundo Edison Namba, é assim definido:

Atualmente usa-se a expressão para representar uma morte provocada por sentimento de piedade, por compaixão, à pessoa que sofre. Ao invés de deixar a pessoa morrer, age-se sobre a morte, antecipando-a. A verdadeira eutanásia ocorre quando a morte é provocada em quem é vítima de forte sofrimento e doença incurável.¹²

¹¹ CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. *Noções introdutórias sobre Biodireito*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5664>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

¹² NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009, p.171..

Auxiliando nosso entendimento Luiza Helena:

Com o passar do tempo, o conceito foi ganhando novos contornos e especificações, acabando por se dividir a eutanásia em algumas subespécies. Hoje se fala, portanto, em uma conduta ativa pelo meio da qual se põe fim à vida de um doente para lhe abreviar o sofrimento, por exemplo, a aplicação de injeção letal ou o desligamento de aparelho cuja importância é vital para o paciente - a eutanásia propriamente dita. Todavia, também a falta de administração de medicamentos pode levar o doente à morte, o que acabou levando ao que se costuma chamar de ortotanásia, termo inicialmente utilizado pela Igreja Católica e que, na língua grega, significa "morte apropriada", ou "morte no tempo certo".^[03] Como já se disse, eutanásia passiva.¹³

Para que a eutanásia seja caracterizada é imprescindível a presença de dois elementos constitutivos, a saber: a compaixão, já que a morte deve ser provocada por sentimento de piedade e a pessoa visada deve estar acometida de sofrimento e doença incurável.

Igualmente como ocorre com a distanásia, em se tratando de eutanásia o tema causa grande polêmica dentro da sociedade, visto representar o desejo de uma pessoa que pretende dar fim à sua própria vida.

Para aqueles que defendem sua razão de existir o fazem sob a argumentação de que irão poupar dor e sofrimento ao paciente.

Novamente Ibiapina expressa que:

A grande preocupação dos partidários da eutanásia é justamente tirar da morte o sofrimento e a dor e a grande crítica que eles fazem aos que rejeitam a eutanásia que estes são desumanos, dispostos a sacrificar seres humanos no altar de sistemas morais autoritários que valorizam mais princípios frios e restritivos que a autonomia das pessoas e a liberdade que as dignificam.¹⁴

O Código Civil traz arrolado em seu artigo 13 a proibição da eutanásia: "Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo,

¹³ TOLEDO, Luiza Helena Lellis Andrade de Sá Soderó. *Eutanásia, ortotanásia e legislação penal*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11093>>. Acesso em: 29 set. 2010.

¹⁴ FERREIRA, Sergio Ibiapina. OSELKA, Sergio Gabriel. *Iniciação à bioética* Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p.181.

quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.”

Veja que o dispositivo confirma a inviolabilidade do direito à vida, assegurada da Constituição da República. A vida é um bem jurídico indisponível e não sendo facultada a pessoa decidir sobre o momento e de sua morte.

A eutanásia pode ser classificada em decorrência das conseqüências do ato e consentimento do paciente como eutanásia voluntária, involuntária e não voluntária.

Na **eutanásia voluntária** atende-se a uma vontade expressa do doente, que seria um sinônimo de suicídio assistido. **Eutanásia involuntária** ocorre se o ato é realizado contra a vontade do enfermo. Na **eutanásia não voluntária**, a morte é levada a cabo sem que se conheça a vontade do paciente.¹⁵

Denota-se que nos tipos de eutanásia demonstrados a vontade do paciente é que faz o diferencial para a sua configuração.

1.1 Eutanásia ativa e passiva

A eutanásia possui uma divisão referente à sua modalidade considerando a relação do ato em si.

Conceituando as espécies de eutanásia Edson Namba aduz que:

Eutanásia ativa é o ato deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente por fins humanitários (em caso de injeção letal). Na **eutanásia passiva**, a morte ocorre por missão sem e iniciar uma ação médica que garantiria a perpetuação da sobrevivência (deixar de se acoplar um paciente em insuficiência respiratória ao ventilador artificial. (Grifos do autor)¹⁶

Desse modo pode-se entender a eutanásia ativa como uma atitude deliberado no sentido de ocasionar a morte sem que o paciente sofra, obtendo finalidade misericordiosa.

¹⁵NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009. p.172.

¹⁶Ibidem. p.172.

A principal diferença nesses dois modelos de eutanásia está amparada na forma de agir, já que na eutanásia passiva, o resultado será a morte do paciente, no entanto, ao invés de uma ação tem-se uma omissão em ministrar o procedimento médico adequado o que levará a morte do paciente.

Logo a principal diferença entre a eutanásia passiva e ativa está na maneira como se opera.

Na eutanásia ativa tem-se o ato deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente, por fins misericordiosos, já na passiva a morte do paciente ocorre, dentro de uma situação de terminalidade, ou porque não se inicia uma ação médica ou pela interrupção de uma medida extraordinária, com o objetivo de minorar o sofrimento.¹⁷

Ressalte-se que não existe o reconhecimento da eutanásia no Brasil, assim como na maioria dos países do mundo.

Nesse sentido Maria Rita Novaes expressa que:

O conceito de eutanásia carrega consigo o problema da distinção entre o que é ou não lícito, entre o que é liberdade para morrer e o que é o dever de salvar vidas. É aí que entra um dos pontos da discussão, pois a tradição hipocrática tem acarretado que os médicos e outros profissionais de saúde se dediquem a proteger e preservar a vida. Se a eutanásia for aceita como um ato médico, os médicos terão também a tarefa de causar a morte.

Desse modo, esse tipo de conduta é considerada como homicídio, tipificado pelo artigo 121 do Código Penal.

Novamente as considerações de Maura Roberti são importantes:

A Associação Mundial de Medicina, desde 1987, na Declaração de Madrid, considera a eutanásia como sendo um procedimento eticamente inadequado. No Direito Brasileiro, a eutanásia é vista como homicídio, portanto, ilícita e imputável, mesmo que a pedido do paciente¹¹. No Código vigente, ela é vista como assassinato e o motivo piedoso alegado não atenua a pena. A conduta de desligar equipamentos será lícita se não

¹⁷ MOTA, Indaiá. *INEXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE*, Disponível em <http://www.netlegis.com.br/indexRJ.jsp?arquivo=detalhesArtigosPublicados.jsp&cod2=1922>. Acesso em 15 out. 2010.

significar encurtamento da vida, obedecendo ao princípio de não-maleficência.¹⁸

Na mesma linha de pensamento Luiza Helena Toledo:

Diante da prática de conduta aparentemente eutanásica, entendem os doutrinadores penalistas, deve o juiz aplicar a pena prevista para o crime de homicídio simples, a princípio (Artigo 121 do Código Penal). Caso se consiga provar relevante valor moral ou social, (sentimento de compaixão diante do sofrimento da vítima, morte digna a ela proporcionada, etc) estaremos diante de verdadeira eutanásia, o que leva o magistrado a reduzir a pena expressa no caput, com base no § 1º do referido Artigo (homicídio privilegiado). Note-se: nem sempre a justificativa para o homicídio praticado contra doente terminal funda-se em valor moral ou social relevante; há situações, inclusive, em que se pode aplicar ao réu pena maior, qualificando o crime, geralmente por motivo torpe (Artigo 121, § 2º, I, CP). Neste caso, não há que se falar em "boa morte".¹⁹

Dessa feita prática da eutanásia é proibida, visto que não cabe à pessoa dispor de sua própria vida.

1.2 Distanásia

Apesar de polêmico esse tema ainda tem sido não foi alvo de grandes discussões dentro da sociedade comum, ficando mais preso a comunidade terapêutica e à bioética.

Assuntos como a clonagem terapêutica, tratamento com células-tronco e a eutanásia tendem a despertar maiores interesse.

Trata-se de verdadeiro contra senso, visto que a distanásia ocorre com mais amplitude graças aos constantes progressos tecnológicos na área de saúde, os quais possibilitam que pessoas em estado crítico sejam sustentadas artificialmente.

A primeira vista, poderíamos ingenuamente pensar que a morte nas mãos da moderna tecnologia médica seria um evento menos sofrido, mais benigno, enfim mais digno do que o foi na antiguidade. [...]jeste

¹⁸ ROBERTI, Maura, . *A morte e o morrer: considerações bioéticas sobre a eutanásia e a finitude da vida no contexto da relação médico-paciente..* Disponível em http://www.fepecs.edu.br/revista/Vol18_1art08.pdf. Acesso em 27 set. 2010.

¹⁹ TOLEDO, Luiza Helena Lellis Andrade de Sá Sodero. Eutanásia, ortotanásia e legislação penal . Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11093>>. Acesso em:29 set. 2010.

conhecimento não tornou a morte um evento digno. O conhecimento biológico e as destrezas tecnológicas serviram para tornar nosso morrer mais problemático; difícil de prever, mais difícil ainda de lidar, fonte de complicados dilemas éticos e escolhas difíceis, geradoras de angústia, ambivalência e incertezas.²⁰

A distanásia é conhecida como o prolongamento artificial do processo de morte, com consternação do doente. É um período em que se prolonga a dor, de forma artificial, ainda que sob cuidados médicos, no momento, não conjeturem nenhuma probabilidade de cura ou de melhora.

É expressão da obstinação terapêutica pelo tratamento e pela tecnologia, sem a devida atenção em relação ao ser humano. Ao invés de se permitir ao paciente uma morte natural, prolonga-se sua agonia, sem que nem o paciente nem a equipe médica tenham reais expectativas de sucesso ou de uma qualidade de vida melhor para o paciente.²¹

Da interpretação das assertivas da autora citada, vê-se que a distanásia pode ser caracterizada como uma obstinação terapêutica.

O importante é prolongar ao máximo a duração da vida humana, a qualidade desta vida, tecnológica e cientificamente falando passa para segundo plano.

A questão técnica, nesta ótica é como prolongar os sinais de vida de uma pessoa em fase avançada de sua doença e cuja terminalidade se constata a partir de critérios, objetivos como por exemplo, a falência progressiva e múltipla dos órgãos . a questão ética é: até quando se deve intervir nesse empreendimento? Que sentido este investimento tem?²²

Os questionamentos da distanásia ultrapassam os limites da bioética e atingem à nossa ordem normativa. O ordenamento jurídico brasileiro combate qualquer espécie de prática de tratamento bárbaro conforme dispõe no artigo 5º, III,

²⁰ Léo Pessini, *Distanásia: até quando investir sem agredir?* Disponível em <http://www.portalmédico.org.br/revista/bio1v4/distanasia.html>, Acesso em 24 set. 2010.

²¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7571>>. Acesso em 28 set.2010.

²² NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009, p.187.

da Constituição da República que assim estabelece: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”

Conforme visto, a dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, o que nos faz entender que todos os cidadãos têm direito à efetividade desta garantia constitucional.

Assim sendo, a distanásia fere o contido nesse princípio ao gerar o que alguns apelidam de futilidade médica, através da aplicação de tratamentos invasivos, na tentativa de manter uma vida sem preocupação com a sua qualidade, mas exclusivamente com a quantidade de vida que o paciente apresentará.

O Código de Ética Médica também protege valores humanitários e combate a criação de sofrimento ao paciente por parte do médico. Senão vejamos:

Art. 6º - O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano, ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.²³

De igual maneira o artigo 2º do mesmo diploma legal expressa: “Art. 2º - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.”²⁴

Nesse sentido Sergio Ibiapina Ferreira expressa que:

No atual código de Ética Médica notamos uma importante mudança de ênfase. O objetivo da medicina não é apenas prolongar ao máximo o tempo de vida da pessoa. O alvo da atenção do médico é a saúde da pessoa e o critério para avaliar se o procedimentos e se eles vão beneficiar-la ou não (Art. 2º).²⁵

É possível perceber que o nosso ordenamento jurídico encontra-se respaldado por princípios humanitários. A proteção à dignidade da pessoa humana, não consente que o ser humano seja afrontado nesta garantia fundamental.

²³ CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Disponível em http://www.crpmi.com.br/pdf/codigo_etica_medica.pdf. Acesso em 23 set. 2010.

²⁴ Ibidem. Acesso em 23 set. 2010.

²⁵ FERREIRA, Sergio Ibiapina. OSELKA, Sergio Gabriel. *Iniciação à bioética* Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p.187

Desse modo o aproveitamento de tratamentos mortificantes, invasivos e vão fazer como que o resultado seja um sofrimento injustificado.

Novamente tem-se as considerações de Passini:

A medicina não pode afastar a morte indefinidamente. A morte finalmente acaba chegando e vencendo. Quando a terapia médica não consegue mais atingir os objetivos de preservar a saúde ou aliviar o sofrimento, novos tratamentos tornam-se uma futilidade ou peso. Surge então a obrigação moral de parar o que é medicamente inútil e intensificar os esforços no sentido de amenizar o desconforto do morrer.²⁶

Os médicos ao desempenharem procedimentos distanásicos apartam-se da ideia de que a morte é parte do ciclo natural da vida, e acompanham a corrente de uma construção ideológica que apregoa a expansão da vida sob qualquer condição.

A partir de 13 de abril do presente ano, passou a vigorar em nosso país o novo Código de Ética Médica, o qual trouxe uma série de inovações para essa categoria de profissionais, no entanto, no que diz respeito à distanásia apresentou apenas a orientação para que o procedimento seja evitado, assim dispendo:

XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.²⁷

Ora veja que o dispositivo citado fala apenas em evitar a conduta, e não um proibição legal fazendo com que a distanásia continue sendo praticada.

1.3 Ortotanásia

A ortotanásia é outra conduta que difere da eutanásia e da distanásia. Logo, “ Na ortotanásia não se abrevia o processo de morrer (eutanásia) e tampouco, existem tratamentos desproporcionais (distanásia).”²⁸

Edison Namba prossegue afirmando:

²⁶ Léo Pessini, *Distanásia: até quando investir sem agredir?* Disponível em <http://www.portalmédico.org.br/revista/bio1v4/distanasia.html>, Acesso em 24 set. 2010

²⁷ CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Disponível em http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=8822. Acesso em 27 set. 2010.

²⁸ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009, p.171..

Aqui prevalece o paradigma da benignidade humanitária e solidária. O ser humano é colocado como valor fundamental e central numa visão da medicina a serviço da saúde, da concepção à morte. Procura-se promover nas suas praticas junto ao paciente terminal a morte digna e humana na hora certa. Nesta linha, situa-se a medicina paliativa.²⁹

A ortotanásia permite ao paciente que já entrou em fase terminal de sua doença e àqueles que o cercam.

Enfrentar seu destino com certa tranqüilidade porque, nesta perspectiva a morte não é uma doença a curar e sim mais um ciclo da vida.

Nesses casos a figura do médico tem papel preponderante já que será ele quem praticará a ortotanásia, ou seja, deixará de proporcionar o tratamento adequado ao paciente.

A principal diferença entre a ortotanásia e eutanásia encontra respaldo na afirmativa de que não há uma aceleração para a morte, mas sim a não-interferência nesse processo.

²⁹ Ibidem. p.174

CAPÍTULO II-TRATAMENTO JURÍDICO PENAL

Em sede de direito penal, não existe nenhuma tipificação concernente à distanásia. Quanto a eutanásia, conforme demonstrado anteriormente, a conduta se assemelha ao homicídio privilegiado, o qual se explanará no tópico a seguir.

2.1 Comentários ao artigo 121, §1º do Código Penal.

O artigo 121, §1º do Código Penal dispõe sobre o chamado homicídio privilegiado:

Art. 121. Matar alguém.

[...]

§ 1º - Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.³⁰

Na definição de Mirabete o homicídio privilegiado pode ser assim entendido: [...] é definido como crime de homicídio privilegiado, não delito autônomo, mas um caso de diminuição de pena, em virtude de circunstâncias especiais que se ajuntam ao fato típico fundamental.³¹

O dispositivo em comento, estabelece as condutas a serem observadas para que a pena possa ser reduzida, quais sejam: Ter o agente cometido o crime impellido por motivo de grande relevância moral ou social, ou se estiver sob o domínio de violenta emoção.

O motivo de relevante valor social pode ser entendido como aquele em que a motivação e interesse sejam coletivos, ou seja, que seja ressaltante a cidadãos conviventes naquela sociedade.

Na concepção de Rogério Greco, relevante valor social é:

Aquele motivo que atende aos interesses da coletividade. Não interessa tão somente ao agente,mas sim ao corpo social. A morte de um traidor da

³⁰ Vadem Mecum acadêmico de direito/ Anne Joyce Angher or. 4.ed. São Paulo: Riedeel, 2007. p.448.

³¹ Ibidem. p.67.

pátria, no exemplo clássico da doutrina, atenderia a coletividade, encaixando-se no conceito de valor social. Podemos traçar um paralelo coma morte de um político corrupto, por um agente revoltado com a situação de impunidade no país, em que o Direito Penal, de acordo com a sua característica de seletividade, escolhe somente a classe mais baixa, miserável, a fim de fazer valer a sua força.³²

Salienta-se que o relevante valor social, no homicídio privilegiado, procede da motivação popular, é um fato ou ato, em que toda coletividade fica abalada e diante disto, o agente pratica o crime.

Já o motivo de relevância moral, é aquele que envolve sentimentos de piedade e compaixão.

Novamente Rogério Greco estabelece suas considerações sobre a relevância moral: “Aquele que, embora importante, é considerado levando-se em conta os interesses do agente. Seria, por assim dizer, um motivo egoisticamente considerado, a exemplo do pai que mata o estuprador de sua filha”.³³

A eutanásia se encaixa nesse delito, considerando a compaixão e piedade que revestem o instituto. Nesse ponto, Luiz Regis Prado ensina:

A Exposição de Motivos entende por "motivo de relevante valor social ou moral" aquele que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (v.g., homicídio eutanásico). O motivo portador de destacado valor social é o consentâneo aos interesses coletivos. Já o motivo de relevante valor moral é aquele cujo conteúdo revela-se em conformidade com os princípios éticos dominantes em determinada sociedade. Tal aferição deve ser balizada por critérios de natureza objetiva, de acordo com aquilo que a moral média reputa digno de condescendência.

Igualmente Fernando Capez, expressa “[...] a eutanásia ser motivo de relevante valor moral, pois acredita estar o agente que causa a morte do paciente já em estado terminal, que não suporta mais as dores impostas pela doença, impelido pelo sentimento de compaixão.”³⁴

O Código Penal Brasileiro reconhece a impossibilidade do homicídio eutanásico, ainda que se tenha o consentimento do ofendido, todavia tem sido

³² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 78.

³³ *Ibidem*. p.79.

³⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal-Parte Especial*. 8 ed., São Paulo: Saraiva. 2005, p. 42.

reconhecida como causa de homicídio privilegiado e conseqüente diminuição na pena. “Em consideração ao relevante valor moral, permite a minoração da pena.”³⁵

Urge ressaltar que a lei fala da eutanásia, no que tange a distanásia a lei é silente, igualmente não há que se falar em homicídio, pois o paciente que tem a vida prolongada está próximo à morte, o que não necessariamente existe na eutanásia.

Quando o homicídio é praticado sob violenta emoção, é preciso salientar que não se trata de qualquer emoção para que se tenha a qualificadora no tipo penal em questão, é necessário que se trate de intensa emoção e que o tenha dominado, retirando seu auto controle.

Desse modo, “deve a emoção ser violenta, intensa, absorvente, atuando o homicida em verdadeiro choque emocional, pois quem reage quase com frieza, não pode invocar o privilegio.”³⁶

Ainda, o dispositivo penal estabelece que para que o sujeito faça jus à qualificadora deverá se dar imediatamente após a provocação da vítima.

Para Edison Namba “não há norma que discipline a matéria, de forma permissiva ou proibitiva expressamente, porém, não se tem admitido sua prática, por se atentar contra a vida de alguém, mesmo doente e agonizante.”³⁷

Ante o exposto, percebe-se que não existe, de forma expressa, norma permissiva ou proibitiva da conduta eutanásica. Entretanto, a prática não é admitida, diante do fato de ser atentatória contra a vida de um ser humano, ainda que doente e agonizante.

³⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal- Parte Geral*. 18 ed., São Paulo: Atlas.2002. p.42

³⁶ Ibidem. p.68.

³⁷ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009, p.176.

CAPÍTULO III- DISTANÁSIA X DIREITO DE UMA MORTE DIGNA

3.1 Geração de Direitos

Uma coisa é certa afirmar várias são as preocupações do homem com o futuro da humanidade, ou seja, do próprio homem, assuntos que giram em torno do aumento populacional incontrolado, degradação do meio ambiente e armamento, dentre outros.

Nesse sentido o direito se alia a tais preocupações buscando englobar as questões de cunho social.

Denota-se que Norberto Bobbio, busca demonstrar que o problema não é recente e que desde o início da década moderna, tem-se a preocupação com os direitos inerentes ao homem voltados as questões sociais.

O problema, bem entendido, não nasceu hoje. Pelo menos desde o início da era moderna, através da difusão das doutrinas jusnaturalistas, primeiro, e das Declarações dos Direitos do Homem, incluídas nas Constituições dos Estados liberais [...] Mas também é verdade que somente depois da segunda guerra mundial é que o problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo pela- pela primeira vez na história- todos os povos.³⁸

Não se pode negar os progressos técnicos e científicos pelos quais a sociedade passou nas últimas décadas, outra questão a ser observada diz respeito ao progresso moral, no qual encontra dificuldade de enfrentamento de acordo com o autor.

Ainda que todos estivéssemos de acordo sobre o modo de entender a moral, ninguém até agora encontrou indicadores para medir o progresso da moral de uma nação, ou mesmo de toda a humanidade, tão claros quanto o são os indicadores que servem para medir o progresso científico e técnico. [...] O ser humano devido sua consciência moral, é aviado ao caminho do “bem (ou, pelo menos, para a correção limitação e superação do mal), que são uma característica essencial do mundo humano”³⁹

³⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.49.

³⁹ *Ibidem*. p.51

Tendo em vista a necessidade de regras de conduta para a convivência em sociedade, vê-se o liame entre as mesmas e a moral. Dessa forma, o individuo se porta com imposições pessoais que posteriormente influenciarão toda a sociedade. Logo, a atitude do ser humano se perfaz “ [...] impondo a si mesmo regras de conduta, passando posteriormente influenciar a sociedade, dando-se então, a passagem do código dos deveres para o código dos direitos” ⁴⁰

Ao analisar toda a história é possível perceber que a moral é entendida como um conjunto de regras de conduta, influenciado as leis existentes. Dessa feita, diretos e deveres encontram-se intimamente relacionados do ponto de vista moral, sendo considerado com mais profundidade do ponto de vista social.

Surge desse modo, por meio de pensamentos filosóficos, diversas concepções de Estados e, sobretudo busca-se fundamentos sobre as origens deste. Com as idéias de Locke é possível obter uma profunda concepção individualista, o mesmo que dizer “que primeiro vem o individuo [...] que tem valor em si mesmo, e depois o Estado [...] já que o Estado é feito pelo individuo” protege neste, somente os direitos individuais, ou seja, privados, tais como, direito a liberdade de locomoção, de expressão, de propriedade, de igualdade , etc.”⁴¹

O Estado democrático de direito o individuo passa a obter não apenas direitos privados, mas também públicos [...], ou seja, tantos os individuais como os sociais, sendo estes “mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade” ⁴²

Dessa forma, na atualidade o direito deve abarcar toda a sociedade como um todo, protegendo tanto os direitos individuais, quanto os sociais, considerando as questões morais e éticas.

A Constituição da República de 1988, em seu Título II direitos e garantias fundamentais. Atualmente, a doutrina os subdivide baseados na ordem cronológica em que passaram a ser reconhecidos como de primeira, segunda e terceira geração.

Para Alexandre de Moraes pode ser assim entendido:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.55.

⁴¹ Ibidem. p.59.

⁴² Ibidem. p.61.

atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.⁴³

Tal distinção é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direito surgem. Sobressalte-se que quando se fala em sucessão de gerações, não implica na afirmativa de que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados em outro surgidos posteriormente.

Para Gilmar Mendes:

Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. Assim, um antigo direito pode ter o seu sentido adaptado às novidades constitucionais. Entende-se, pois, que tantos direitos a liberdade não guardam hoje, o mesmo conteúdo que apresentavam antes de surgirem os direitos segunda geração, com as suas reivindicações de justiça social[...].⁴⁴

Logo, os direitos fundamentais de primeira geração são aqueles que abarcam os direitos e garantias individuais e políticos clássicos, como as liberdades públicas.

Já os de segunda geração, referem-se aos direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século. Por fim, os de terceira geração, igualmente protegidos pela Constituição da República, são que se relacionam à solidariedade ou fraternidade.

Alexandre de Moraes sobre os direitos de terceira geração preleciona: "[...] englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, [...]"⁴⁵

O direito à vida, encontra-se inserido no contexto dos direitos da primeira geração, intimamente relacionado à dignidade da pessoa humana e a liberdade, amplamente difundida nesse ponto.

⁴³ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.26

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4 ed., rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.268.

⁴⁵ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.26 p.27.

3.2- Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o direito de morrer com dignidade.

Ao fazer uma análise acerca da história recente da humanidade, percebe-se a ocorrência de diversos eventos dos qual o ser humano foi tratado de forma degenerada. Diante disso pode-se verificar a existência de um movimento intenso de valorização da pessoa humana, direcionado exatamente para fortificar a proteção a todos os seres humanos.

Nesse intento a dignidade da pessoa humana passou a ser valorizada dentro de sua plenitude a fim de dar a todos os seres condições de vida digna em todos os âmbitos.

Conforme dito a dignidade da pessoa humana objetiva a proteção dos cidadãos em todas as esferas, daí denota-se sua amplitude.

Nesse ponto as considerações de Gláucio Ribeiro Junior são importantes: “A tarefa de definir o conteúdo do princípio da dignidade humana não é fácil; muito ao revés, as dificuldades são patentes. Isso se deve ao fato de serem inúmeras e complexas as manifestações possíveis da personalidade humana”.⁴⁶

No Brasil a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República, encontra disposição legal no artigo 1º, III da Constituição da República.

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;⁴⁷

A dignidade da pessoa humana é fonte de outros direitos fundamentais. Daí verifica-se o porquê o legislador constitucional tê-lo elevado à condição de fundamento da república. Logo, “A dignidade do ser humano foi erigida a fundamento do Estado Democrático de Direito: o seu principal destinatário é o homem em todas as suas dimensões”⁴⁸

⁴⁶ RIBEIRO JUNIOR, Glauco Vasconcelos. *Contornos históricos e conceituais do princípio da dignidade da pessoa humana*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14392>>. Acesso em 15 ago. 2010.

⁴⁷ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Edição Eletrônica. Disponível em http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf001a004.htm. Acesso em 20 ago. 2010.

⁴⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 23 ed., São Paulo: Saraiva, 2002. p. 107.

Cabe ao Estado oferecer condições mínimas de existência digna conforme os ditames da justiça social com o fim de manter ordem econômica.

O princípio da dignidade da pessoa humana estabelece um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana, de modo a fazer com que toda a sociedade seja protegida.

A palavra *dignidade* vem do latim *dignitas* que significa honra, virtude ou consideração, razão porque se entender que dignidade é uma qualidade moral inata e é a base do respeito que lhe é devido. “Então, a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência [...]”⁴⁹

Uadi Lammêgo Bulos conceitua a dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

A dignidade humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem. Seu conteúdo jurídico interliga às liberdades públicas, em sentido amplo, abarcando aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), dos direitos econômicos, dos direitos educacionais, dos direitos culturais, etc. Abarca uma variedade de bens, sem os quais o homem não subsistiria.⁵⁰

Novamente Gláucio Ribeiro Junior expressa a necessidade do respeito à dignidade da pessoa humana aos seres.

Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁵¹

⁴⁹. RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. p.49

⁵⁰ BULOS, Uadi Lammêgo *Curso de Direito Constitucional*. 2ed., São Paulo: Saraiva. 2008. p.392.

⁵¹ RIBEIRO JUNIOR, Gláucio Vasconcelos. *Contornos históricos e conceituais do princípio da dignidade da pessoa humana*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14392>>. Acesso em 15 ago. 2010.

De igual maneira Alexandre de Moraes explicita a importância da dignidade da pessoa humana para o convívio dentro da sociedade harmonizada.

[...] a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia (sic) de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.⁵²

É sabido que para que se tenha uma convivência harmônica é necessário que o indivíduo respeite a si próprios e seus semelhantes de forma digna, ou seja, o homem vive para si e para a coletividade.

O legislador constitucional ao incluir a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, fez com que se conclua que o Estado existe em função de todas as pessoas e não o contrário. Além do mais, quis o legislador constituinte, avigorar essa ideia, colocando a dignidade da pessoa humana num capítulo anterior ao da organização do Estado.

Assim, toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, considerando se cada pessoa é tomada como fim em si mesmo ou como instrumento, como meio para outros objetivos. Ela é, assim, paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro.⁵³

Dessa maneira vida humana deverá ser preservada, cabendo ao Estado estabelecer condições para que os cidadãos a tenham de forma digna em todos os aspectos.

⁵² MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.50

⁵³ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p.51

Como define Alexandre de Moraes: “[...] o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui-se em pré-requisito a existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina.”⁵⁴

Confirmando a determinação constitucional José Afonso da Silva:

A vida como objeto do direito: a vida humana, que é o objeto do direito assegurado no art. 5º, integra-se de elementos materiais e imateriais; a vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo; por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos.⁵⁵

Quando se fala em direito à vida logo relaciona-se diretamente ao direito de nascer vivo. Todavia, tal possui uma abrangência maior. Dessa maneira a legislação preocupa-se não apenas em preservar a vida do nascituro e fazer com que venha a nascer vivo, mas também, em proporcionar condições para que sobreviva em plenitude.

Tal pode ser traduzido no direito à existência que vai além de simplesmente nascer vivo.

Direito à existência: consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender à própria vida, de permanecer vivo; é o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável; tentou-se incluir na Constituição o direito a uma existência digna.⁵⁶

Diante disso tem-se a relação entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, já que a plenitude de vida deverá ser preservada.

Assim, o direito à vida, possui uma íntima ligação com a dignidade, ou poderia dizer, ainda, a plenitude da vida. Isto significa que o direito à vida não é apenas o direito de sobreviver, mas de viver dignamente. Nessa esteira, a Constituição Federal refere-se ao direito à vida, não somente no caput do Art. 5º, mas também em artigos esparsos, como por exemplo o Art. 22725 e o Art. 230.⁵⁷

⁵⁴ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.61

⁵⁵ SILVA, José Afonso, *Do Direito Constitucional e a Constituição*. Edição Eletrônica. pg. 16.

⁵⁶ *Ibidem*. p.16

⁵⁷ ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *O direito à vida*. Disponível em http://www2.uel.br/cesa/direito/doc/estado/artigos/constitucional/Artigo_Direito_%C3%A0_Vida.pdf. Acesso em 24 ago. 2010.

Frise-se que todo o ordenamento jurídico proporciona ao indivíduo não apenas o direito à vida, mas também o direito de viver dignamente.

Seguindo essa linha de raciocínio pode-se afirmar que o direito à morte encontra-se diretamente ligado ao direito à vida, pois quando se fala em plenitude de vida, inserida nesse contexto está a morte.

Você não morre por estar doente, mas você morre porque está vivo. Dessa maneira indagar sobre o significado da morte envolve a busca do sentido da vida. Pensar o morrer implica encarar uma questão de vida, mesmo se é para determinar o modo pelo qual ela irá, poderá ou deverá realizar-se.⁵⁸

Ora que valia terá para a pessoa viver dentro dos preceitos da dignidade da pessoa humana e morrer fora dele.

Apreciar o direito à vida sem considerar a morte é refutar algo que é inevitável, todos morreremos e diante disso as considerações feitas pelos juristas concernentes ao direito à vida devem ser estendidas ao direito de morrer dentro da mesma dignidade por eles preceituadas.

Diante dessas afirmativas, o direito de morrer do paciente deve se enquadrar aos preceitos de uma vida digna, exercendo, igualmente seu direito à liberdade de escolha e dignidade.

Governador do Estado de São Paulo Mario Covas faleceu em 2001 vítima das complicações de um câncer. Em março de 1999 o então governador sancionou a Lei Estadual 10.241 a qual dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências.

No artigo 2º, XXIII do dispositivo, a lei faculta ao pacientes a recusa em receber tratamentos dolorosos ou extraordinários que visem o prolongamento da

⁵⁸ ZUBEN, Rubens Aquiles Von. *Questões de Bioética: Morte e direito de morrer*. Disponível em <http://www.fae.unicamp.br/vonzuben/morte.html>. Acesso em 25 ago. 2010.

vida, assim dispondo: “XXIII recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida; e”⁵⁹

Logo após o próprio governador usufruiu dessa lei, já que vítima de câncer, passou seus últimos dias, por opção própria, em um quarto no Hospital das Clínicas de São Paulo e não em uma Unidade de Terapia Intensiva, visando manter sua dignidade e fazendo se valer do seu direito à liberdade.

3.3 Diferença entre direitos e garantias individuais

Embora possa parecer semelhantes os direitos e garantias individuais não se confundem, conforme expõe Alexandre de Moraes:

A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito.⁶⁰

Fazendo a análise da citação supra, pode-se entender que as garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a requerer dos poderes públicos a proteção dos seus direitos.

Desse modo, Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias, ou seja, os direitos são disposições declaratórias de poder sobre determinados bens e pessoas. Em alguns casos concebem abertamente os bens e objetivam a realização das pessoas, como, por exemplo, o direito à vida.

Os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos. Pode-se afirmar que os direitos declaram e as garantias estabelecem.

⁵⁹ LEI 10.241/99. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saudelei10241.htm>. Acesso em 28 out. 2010.

⁶⁰ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.28.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do momento que o homem se tornou um ser social o Direito passou a ter uma conotação especial, visando regular a relação existente entre os seres.

Indo nessa linha de pensamento tem-se o biodireito e a bioética que diz respeito à ética das relações entre a vida e a ética, principalmente sobre os procedimentos ligados à medicina e biomedicina.

A eutanásia é amplamente discutida pela bioética, pois suas implicações têm reflexos no campo jurídico e da ética. As condutas de eutanásia são consideradas no ramo do direito como homicídio e muito questionável pela bioética.

Buscando provocar a morte por compaixão ou piedade de um doente tem-se concretizada a eutanásia. Por sua vez, se divide em eutanásia ativa e passiva. Na primeira conduta não se tem o sofrimento do paciente no momento da morte, conquanto que na segunda o agente deixa de ter uma ação que garantiria a sobrevivência do paciente.

Diferente do que ocorre com a eutanásia, na distanásia tem-se o prolongamento da vida por meios artificiais e na ortotanásia o médico deixa de ministrar no paciente o tratamento adequado para a cura da moléstia, buscando apenas amenizar o sofrimento permitindo que o paciente tenha uma morte natural.

A dignidade da pessoa humana norteia todas as esferas de sua vida. No Brasil a garantia a essa dignidade está amparada no artigo 1º, III da Constituição da República.

Dentro dos preceitos de dignidade humana estão relacionados o direito A autonomia da vontade e autodeterminação. Ter uma vida digna implica na afirmativa de ser livre e poder decidir, dentro dos limites legais, aquilo que pretende ou não fazer durante sua vivência.

Portanto, o direito a morte está relacionado ao direito a vida, tendo em vista que se é garantido ao indivíduo uma vida digna, a morte deverá ser igualmente garantida dentro dos mesmos ditames e o prolongamento artificial da vida, por meio da distanásia, nem sempre alcança essa determinação.

Seguindo essa linha de raciocínio o Código de Ética Médica reconhece a possibilidade de existência do testamento vital, no qual o paciente irá escolher o

tratamento que deverá receber em casos de ser acometido por alguma moléstia grave.

Em conformidade com as considerações de Edison. T. Namba, marco teórico da monografia em epigrafe, o ser humano é o valor fundamental de todo ordenamento jurídico e da medicina, cabendo permitir que sua morte se dê em conformidade o preconizado pela dignidade humana.

Note-se que mesmo sem a existência desse testamento vital a vontade do paciente deverá ser respeitada amplamente, tendo em vista a imprescindibilidade do exercício da autonomia da vontade.

Mesmo tendo sido objeto de reforma recente o Código de Ética Médica se limitou a não recomendar a ocorrência da distanásia, visando a proteção da vida e da morte em condições dignas.

A morte deverá se adequar aos preceitos de dignidade humana, visto que muitas vezes é essa a vontade do paciente, conforme verificado na análise do caso do ex-governador de São Paulo, Mario Covas, o qual decidiu morrer naturalmente, fazendo valer seu direito à liberdade de escolhas.

Assim sendo a distanásia não deverá ocorrer no ambiente hospitalar, pois não basta simplesmente prolongar a vida do paciente sem atentar aos direitos a ele intrínsecos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Marco Antonio Oliveira. *O direito de morrer*. Disponível em http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/leitor.pdf. Acesso em 06 dez. 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES, Roxana Cardoso Ribeiro. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia*. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7571/eutanasia-ortotanasia-e-distanasia>. Acesso em 27 out. 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo *Curso de Direito Constitucional*. 2ed., São Paulo: Saraiva. 2008

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal-Parte Especial*. 8 ed., São Paulo: Saraiva. 2005.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. *Noções introdutórias sobre Biodireito*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5664>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Disponível em http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=882. Acesso em 27 out. 2010.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Edição Eletrônica. Disponível em http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf001a004.htm. Acesso em 22 ago. 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 23 ed., São Paulo: Saraiva.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA, Sergio Ibiapina. OSELKA, Sergio Gabriel. *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002

LEI 10.241/99. Disponível em

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saudelei10241.htm>. Acesso em 28 out. 2010

LENZA, Pedro. ***Direito Constitucional Esquematizado***. 12 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

Léo Pessini, *Distanásia: até quando investir sem agredir?* Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v4/distanasia.html>, Acesso em 24 set. 2010

MENDES, Gilmar Ferreira. ***Curso de Direito Constitucional***. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4 ed., rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENZ, Maria Augusta. Breve estudo da distanásia via precedente jurisprudencial brasileiro. Disponível em http://www.mp.rs.gov.br/atuacaomp/not_artigos/id15016.htm. Acesso em 04 ago.2010

MIRABETE, Julio Fabbrini. ***Manual de Direito Penal- Parte Geral***. 18 ed.,. São Paulo: Atlas.2002.

MORAES, Alexandre. ***Direito Constitucional***. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOTA, Indaiá. *INEXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE*, disponível em <http://www.netlegis.com.br/indexRJ.jsp?arquivo=detalhesArtigosPublicados.jsp&cod2=1922>. Acesso em 15 out. 2010.

NAMBA, Edison Tetsuzo. ***Manual de bioética e biodireito***. São Paulo: Atlas, 2009

RIBEIRO JUNIOR, Glaucio Vasconcelos. *Contornos históricos e conceituais do princípio da dignidade da pessoa humana* . Disponível em<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14392>>. Acesso em 15 ago. 2010.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. ***Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana***. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

ROBERTI, Maura, . *A morte e o morrer: considerações bioéticas sobre a eutanásia e a finitude da vida no contexto da relação médico-paciente.* Disponível em http://www.fepecs.edu.br/revista/Vol18_1art08.pdf. Acesso em 27 set. 2010.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *O direito à vida.* Disponível em http://www2.uel.br/cesa/direito/doc/estado/artigos/constitucional/Artigo_Direito_%C3%A0_Vida.pdf. Acesso em 24 ago. 2010.

SILVA, José Afonso, ***Do Direito Constitucional e a Constituição.*** Edição Eletrônica

TOLEDO, Luiza Helena Lellis Andrade de Sá Soderó. *Eutanásia, ortotanásia e legislação penal.* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11093>>. Acesso em 29 set. 2010.

ZUBEN, Rubens Aquiles Von. *Questões de Bioética: Morte e direito de morrer.* Disponível em <http://www.fae.unicamp.br/vonzuben/morte.html>. Acesso em 25 ago. 2010.

