Antonio Carlos Lopes
Carolina Alves de Souza Lima
Luciano de Freitas Santoro





Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia

Aspectos médicos e jurídicos

4ª Edição

Atheneu

Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia

Aspectos médicos e jurídicos

4ª Edição
Atualizada e Ampliada



www.atheneu.com.br

(21) 99165-6788 Facebook.com/editoraatheneu Twitter.com/editoraatheneu Youtube.com/atheneueditora



Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia

Aspectos médicos e jurídicos

4ª Edição
Atualizada e Ampliada

Autores
Antonio Carlos Lopes
Carolina Alves de Souza Lima
Luciano de Freitas Santoro

Atheneu
Rio de Janeiro • São Paulo
2024

Editora Atheneu

São Paulo — Rua Maria Paula, 123 – 13° andar
Conjuntos 133 e 134
Tel.: (11) 2858-8750
E-mail: atheneu@atheneu.com.br

Rio de Janeiro — Rua Bambina, 74
Tel.: (21) 3094-1295
E-mail: atheneu@atheneu.com.br

Capa: Paulo Verardo
Produção Editorial: MWS Design

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

L85e
4. ed.

Lopes, Antonio Carlos
Eutanásia, ortotanásia e distanásia : aspectos médicos e jurídicos / Antonio Carlos Lopes, Carolina Alves de Souza Lima, Luciano de Freitas Santoro. - 4. ed., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Atheneu, 2024.
il.

Inclui bibliografia
ISBN 978-65-5586-819-7

1. Eutanásia. 2. Distanásia. 3. Direito à morte. I. Lima, Carolina Alves de Souza. II. Santoro, Luciano de Freitas. III. Título.

24-91407

CDU: 343.2:179.7(81)

Gabriela Faray Ferreira Lopes - Bibliotecária - CRB-7/6643

19/04/2024 25/04/2024

LOPES AC, LIMA CAS, SANTORO LF.
Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia: Aspectos médicos e jurídicos – 4ª Edição

© Direitos reservados à Editora ATHENEU – Rio de Janeiro, São Paulo, 2024.

SEÇÃO 1
A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1.1. O ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO COMO SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição de 1988 foi promulgada após 21 anos de ditadura militar, período marcado pelo profundo desrespeito aos direitos humanos. Com a nova Constituição, criou-se uma nova ordem jurídica pautada em princípios democráticos e comprometida com a tutela dos direitos humanos, tanto no âmbito nacional quanto no internacional.

Os direitos humanos, assim como os fundamentais, são direitos relacionados à liberdade, à igualdade, à solidariedade e à dignidade humana, protegendo o ser humano em todas essas dimensões. Os direitos da liberdade resguardam aqueles ligados à individualidade do homem e a este como ser político. Os direitos da igualdade resguardam direitos que protegem o ser humano como ser social. Já os direitos da solidariedade garantem aqueles direitos que protegem o ser humano como espécie humana, pertencente à humanidade. Todos esses direitos estão fundamentados no respeito à dignidade da pessoa humana[1].

Charles Malik, da Comissão de Direitos Humanos da ONU, quando da elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos, definiu-os como "aquilo que pertence à essência do homem, que não é puramente acidental, que não surge e desaparece com a mudança dos tempos, da moda, do estilo ou do sistema; deve ser algo que pertence ao homem como tal"[2].

A doutrina jurídica nem sempre apresenta os termos "direitos fundamentais" e "direitos humanos" como sinônimos. Na atualidade, concebem-se os direitos fundamentais como aqueles tutelados por um ordenamento jurídico positivo, geralmente com nível constitucional, e que gozam de uma tutela reforçada. Apresentam sentido específico

1 Carolina Alves de Souza Lima. *Aborto e Anencefalia: Direitos Fundamentais em Colisão*. 2. ed. Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2015. p. 25-26.
2 Almir de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 56.

e preciso, uma vez que representam o conjunto de direitos reconhecidos e garantidos por uma ordem jurídica positiva e necessariamente democrática[3].

Os direitos humanos, por seu turno, apresentam um conceito mais amplo e abrangente. São aqueles reconhecidos tanto nos ordenamentos jurídicos nacionais, como nas declarações e nos tratados internacionais de direitos humanos, e compreendem todas aquelas exigências básicas do ser humano, relacionadas à liberdade, à igualdade, à solidariedade e à dignidade, mas que ainda não foram positivadas[4].

A Constituição Federal de 1988 é repleta de dispositivos que comprovam a importância dada pelo constituinte à tutela desses direitos. Ela é inaugurada com o preâmbulo que anuncia um novo Estado, democrático e destinado a assegurar o exercício dos direitos humanos como valores supremos da sociedade brasileira. O preâmbulo, além de sinalizar a estreita ligação entre os direitos humanos e a nova ordem democrática, apresenta como principais objetivos do Estado brasileiro a promoção e a proteção desses direitos, tanto no âmbito nacional quanto no internacional[5].

O artigo 1º da Constituição estabelece, entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, a dignidade da pessoa humana e a cidadania. É com base nesses dois fundamentos – respeito à cidadania e respeito à dignidade da pessoa humana – que se estrutura todo o ordenamento jurídico brasileiro de proteção dos direitos humanos.

Ao eleger a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos, o Estado brasileiro demonstra e reconhece expressa e categoricamente sua existência em função da pessoa humana, e não o contrário, uma vez que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da

3 Antonio Pérez Luño. *Los Derechos Fundamentales.* 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 46-47.
4 Antonio Pérez Luño. *Los Derechos Fundamentales. cit.*, p. 46-47.
5 Carolina Alves de Souza Lima. *Aborto e Anencefalia: Direitos Fundamentais em Colisão. cit,* p. 26-27.

atividade estatal[6]. Ao tratar da dignidade da pessoa humana, expõe José Afonso da Silva que:

> Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional[7].

A dignidade da pessoa humana também tem proteção internacionalmente por meio dos documentos de proteção dos direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 prescreve, em seu preâmbulo:

> (...) que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Prossegue dizendo:

> (...) que os povos das Nações Unidas reafirmaram na Carta sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.

O artigo 1º da Declaração, por sua vez, afirma que:

> (...) todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

A cidadania, também, configura-se como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro. O exercício da cidadania pressupõe o gozo dos direitos humanos. Ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança, à igualdade, ou seja, aos direitos civis. É também ter garantidos os direitos políticos, para que se possa participar da vida política do Estado. É, ainda, ter tutelados os direitos da igualdade (sociais,

6 Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 65.
7 José Afonso da Silva. *A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia*. Revista de Direito Administrativo, abr./jun. Rio de Janeiro, n. 212, 1998. p. 92.

econômicos e culturais), como o direito à educação, à saúde, à alimentação, à moradia, ao trabalho digno, entre outros, uma vez que esses direitos garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva[8].

A cidadania completa-se com a garantia dos direitos da solidariedade, ou seja, daqueles que protegem o ser humano como pertencente à humanidade, como o direito ao meio ambiente hígido, o direito à paz e o direito dos povos ao desenvolvimento. Exercer a cidadania plena é ter os direitos humanos reconhecidos e garantidos, para, por um lado, cumprir com seus deveres e obrigações e, por outro, ter garantidos os seus direitos. O alcance pleno da cidadania pressupõe a garantia de uma vida digna[9].

Importante destacar o pensamento da filósofa e cientista política alemã Hannah Arendt, na obra *As Origens do Totalitarismo*, na qual expõe que o primeiro direito humano é o direito a ser titular de direitos[10]. Para ela, essa titularidade se alcança pelo vínculo da cidadania, ou seja, pelo vínculo do indivíduo com a sociedade política e juridicamente organizada e garantidora de todos esses direitos. Celso Lafer, ao analisar o pensamento da autora, expõe que:

> O que ela afirma é que os direitos humanos pressupõem a cidadania não apenas como um fato e um meio, mas sim como um princípio, pois a privação da cidadania afeta substancialmente a condição humana, uma vez que o ser humano privado de suas qualidades acidentais – o seu estatuto político – vê-se privado de sua substância, vale dizer: tornado pura substância, perde a sua qualidade substancial, que é de ser tratado pelos outros como um semelhante[11].

8 Jaime Pinsky. *História da cidadania*. 2. ed. Organização: Jaime Pinsky e Carla Bassanizi Pinsky. São Paulo: Contexto, 2003. p. 9.

9 José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.105. Para maior aprofundamento a respeito da relação entre direitos humanos e cidadania, consultar a obra de Carolina Alves de Souza Lima. *Cidadania, Direitos Humanos e Educação: Avanços, Retrocessos e Perspectivas para o Século 21*. São Paulo: Almedina, 2019.

10 Hannah Arendt. *Origens do Totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 1989. p. 330.

11 Celso Lafer. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. p. 151.

Prossegue o autor, ao dialogar com as ideias de Hannah Arendt, que:

> (...) num mundo como o do século XX, inteiramente organizado politicamente, perder o *status civitatis* significava ser expulso da humanidade, de nada valendo os direitos humanos aos expelidos da trindade Estado-Povo-Território[12].

E é exatamente nesse contexto de massivas violações dos direitos humanos ao longo da Segunda Grande Guerra que o Direito Internacional dos Direitos Humanos se estrutura na cidadania universal. Esta pressupõe exclusivamente a condição humana como requisito para a titularidade de direitos humanos no plano internacional com reflexos no plano nacional. A garantia da cidadania universal está expressa tanto na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem quanto na Convenção Americana de Direitos Humanos[13].

O artigo 2º da Constituição Federal, por sua vez, estabelece a independência e a harmonia dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o que representa um dos alicerces do Estado Democrático de Direito brasileiro. Na sequência, o artigo 3º preceitua que constituem objetivos fundamentais do Estado brasileiro construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Já o artigo 4º, ao tratar das relações internacionais do Estado brasileiro, estabelece que a República Federativa do Brasil se rege, entre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. Em relação à orientação internacionalista, o artigo 7º, do Ato das Disposições Constitucionais

12 Celso Lafer. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. p. 147.

13 BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 28. fev. 2024; ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948) Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em: 28 de fev. 2024.

Transitórias, também sinaliza nesse sentido, ao estabelecer que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos. A título de ilustração, o Estado brasileiro é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos que instituiu a Corte Americana de Direitos Humanos. O Brasil se submete a essa corte no âmbito internacional. O mesmo ocorre em relação ao Tratado de Roma, também incorporado pelo Estado brasileiro e que instituiu o Tribunal Penal Internacional[14].

O artigo 5º da Constituição, por seu turno, prescreve extenso rol de direitos e de garantias fundamentais. Inova substancialmente no campo da tutela desses direitos, ao ampliar sua proteção, assim como ao resguardar novos direitos fundamentais.

Diante dessa ampla gama de direitos fundamentais, verifica-se que a Constituição de 1988 protege todas as dimensões dos referidos direitos, ao tutelar os direitos da liberdade, da igualdade e da solidariedade. Os direitos da liberdade (direitos civis e políticos) estão relacionados à proteção da liberdade do ser humano em todos os seus aspectos. O exercício da liberdade pelo ser humano pressupõe a garantia dos seus direitos individuais. No entanto, a liberdade é exercida na vida em sociedade, e viver em sociedade pressupõe respeito aos seus pares, ao pluralismo de ideias, às várias formas de viver, de pensar, de ser e de crer. Ademais, somente o regime democrático possibilita a tutela efetiva dos direitos humanos e do respeito à dignidade da pessoa humana[15].

Em relação aos direitos da igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais), a Carta Magna também traz muitas inovações. Garante a igualdade formal em seu artigo 5º, ao estabelecer que todos são iguais perante a lei. Busca, além disso, ainda que de forma programática, atingir a igualdade material, segundo demonstra o artigo 3º da Constituição, ao tratar dos objetivos da República Federativa do Brasil.

14 BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 28 de fev. 2024.

15 Carolina Alves de Souza Lima. *Aborto e Anencefalia: Direitos Fundamentais em Colisão*. *cit,* p. 27-28.

A preocupação com a justiça social está presente tanto na ordem econômica quanto na social (Títulos VII e VIII da Constituição de 1988). Trata-se da primeira Constituição brasileira a dedicar um capítulo exclusivo aos direitos sociais (Capítulo II do Título II) e a ter um título específico sobre a ordem social, no qual esta tem como base o primado do trabalho e, como objetivos, o bem-estar e a justiça social[16].

A Constituição Federal apresenta também o Título VII, dedicado à ordem econômica e financeira. Conforme esse título, a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa e tem por fim assegurar, a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social. Todos esses dispositivos constituem reais promessas de busca da igualdade material, por meio da concretização dos direitos sociais e econômicos[17].

Em relação aos direitos da solidariedade, a Constituição traz muitos avanços. O final do século XX e o início do XXI colocam o ser humano diante da realidade global. A preservação da espécie humana e do planeta exige que o ser humano se compreenda como humanidade. As relações humanas, até então individuais ou coletivas, passam a ser também difusas[18]. De acordo com Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

> Depois de preocupações em torno da liberdade e das necessidades humanas, surge uma nova convergência de direitos, volvidos à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, pensando o ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada. A essência desses direitos se encontra em sentimentos como a solidariedade e a fraternidade, constituindo mais uma conquista da humanidade no sentido de ampliar os horizontes de proteção e emancipação dos cidadãos. Enfoca-se o ser humano relacional, em conjunto com o próximo, sem fronteiras físicas ou econômicas[19].

16 Carolina Alves de Souza Lima. *Aborto e Anencefalia: Direitos Fundamentais em Colisão*. *cit*., p. 30-31.
17 Carolina Alves de Souza Lima. *Aborto e Anencefalia: Direitos Fundamentais em Colisão*. *cit*., p. 31.
18 Walber de Moura Agra. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 111.
19 Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 117-118.

A nova sistemática introduzida pela Constituição de 1988 sinaliza para a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. Essa mesma abordagem está presente nos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos. A Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, elaborada na II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, a qual envolveu 171 países, incluindo o Brasil, estabelece em seu artigo 5º que:

> (...) todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

Outro trecho da declaração aponta que:

> A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o compromisso solene de todos os Estados de promover o respeito universal e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais a todas as pessoas, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, outros instrumentos relacionados aos direitos humanos e o direito internacional. A natureza universal desses direitos e liberdades está fora de questão.

Essas características dos direitos humanos comprovam a impossibilidade prática de compartimentá-los, uma vez que só é possível materializar os Direitos da Liberdade se os da Igualdade e da Fraternidade também forem materializados e vice-versa. Por isso, esses direitos devem ser compreendidos de forma integral. Para que o ser humano tenha uma vida digna, faz-se necessária a tutela concomitante desses direitos[20].

No entanto, se, por um lado, os direitos fundamentais devem ser tutelados concomitantemente pelo ordenamento jurídico, por outro, faz-se necessário restringi-los quando em situação de colisão com outros direitos

20 Carolina Alves de Souza Lima. *Aborto e Anencefalia: Direitos Fundamentais em Colisão*. *cit*., p. 32.

igualmente fundamentais. Uma das situações que enseja a colisão de direitos fundamentais é a referente ao direito à morte digna.

Indaga-se o seguinte: na situação de colisão do direito à vida (quando se busca sua preservação a qualquer custo, diante de morte iminente e inevitável) e do direito à liberdade de escolha por uma morte digna (quando se visa ao direito a não ser submetido a tratamento desumano, como a tortura médica), qual direito deve prevalecer? O presente trabalho pretende discutir essa questão com base na nova sistemática de tutela dos direitos fundamentais inaugurada pela Constituição de 1988.

1.2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CONCEITO E PERSPECTIVA FILOSÓFICA

A dignidade, em si, é uma qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano, pois pertence à sua condição humana. É irrenunciável e inalienável, sendo um atributo inerente a todo ser humano. Dada exclusivamente sua condição humana, cada indivíduo é dotado de dignidade e, independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e protegidos pelo Estado, assim como respeitados pela sociedade[21].

Kant foi o primeiro filósofo a formular, de modo moderno, a dignidade da pessoa humana como uma obrigação moral incondicional[22]. Segundo o filósofo, o princípio primordial de toda ética reside no fato de que o ser humano existe como um fim em si mesmo e não como um meio para atender aos desejos ou interesses de outrem[23]. Ele afirma que "seres racionais estão, pois, todos submetidos a esta lei que manda que cada um

21 Ingo Wolfagang Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. cit, p. 38, 59 e 60.
22 Jean Rivera e Hugues Moutouh. *Liberdades Públicas*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 343.
23 Fábio Konder Comparato. *Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. São Paulo: Companhia da Letras, 2006. p. 458.

deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si"[24].

Com base nessa ideia, Kant formula o imperativo categórico, que estabelece: "Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio"[25]. Para o autor, todo ser humano deve seguir esse princípio em virtude de sua qualidade de ser racional e, como ele mesmo expõe, "em virtude da ideia da dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá"[26].

Kant faz uma distinção entre coisas e pessoas. As coisas são irracionais e têm valor relativo como meios, enquanto as pessoas são seres racionais marcados por sua própria natureza como fins em si mesmos e dotados de dignidade[27].

Segundo o filósofo, o fundamento da dignidade da pessoa humana está na autonomia. Para ele, "autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional"[28]. Se o ser humano é absolutamente singular em razão do seu potencial humano racional e, por essa condição, é o único ser dotado de liberdade, também é o único capaz de estabelecer normas para si mesmo. Essas normas devem seguir o imperativo categórico, segundo o qual o ser humano deve agir "segundo a máxima que possa simultaneamente fazer-se a si mesma lei universal[29]".

---

24 Immanuel Kant. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Textos selecionados. Seleção de Marilena de Souza Chauí. Tradução de Tânia Maria Bernkopf, Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p.139.
25 Immanuel Kant. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Textos selecionados. Seleção de Marilena de Souza Chauí. Tradução de Tânia Maria Bernkopf, Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 135.
26 Immanuel Kant. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Textos selecionados. Seleção de Marilena de Souza Chauí. Tradução de Tânia Maria Bernkopf, Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 140.
27 Fábio Konder Comparato. *Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. *cit*., p. 458.
28 Immanuel Kant. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. *cit*., p.141.
29 Immanuel Kant. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. cit., p. 141.

1.3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: FUNDAMENTO E LIMITE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

A dignidade da pessoa humana é não só um dos fundamentos da República brasileira, como também o seu limite mais essencial[30]. Por ser um valor supremo, todos os Poderes da República, seja o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, no exercício de suas funções, estão vinculados ao respeito à dignidade da pessoa humana.

O respeito à dignidade da pessoa humana é um dos parâmetros para aferir a legitimidade de determinada ordem jurídica. No Estado Democrático de Direito, o respeito e a proteção à dignidade da pessoa humana são metas permanentes. Referido valor constitucional protege o ser humano, para que ele seja sempre concebido e tratado como um fim em si mesmo[31].

Consequentemente, todo Estado que respeita os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana se insurge contra todas as formas de aniquilação do ser humano e violadoras da sua dignidade, como, por exemplo, a prática da tortura e das penas e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes; a aplicação da prisão perpétua e da pena de morte; a prática da escravidão, da servidão e dos trabalhos forçados; o tráfico de seres humanos; as práticas eugênicas de seleção de pessoas; a venda de órgãos; a alteração da identidade genética do ser humano, por meio da clonagem reprodutiva do ser humano; a prática do genocídio e do terrorismo, assim como toda e qualquer prática que venha a desrespeitar as normas protetoras dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana[32].

Em razão de a dignidade da pessoa humana ter proteção nos âmbitos nacional e internacional, sua tutela opera-se tanto para a proteção do

30 J.J. Gomes Canotilho; Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada. Artigos 1º a 107.* 1ª ed. brasileira e 4ª ed. portuguesa revista. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007. Vol.1, p. 198.

31 Edilsom Pereira de Farias. *Colisão de Direitos: a Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 63-64.

32 J.J. Gomes Canotilho; Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Artigos 1º a 107. cit., p. 198 a 200.

ser humano individualmente, quanto para a proteção das entidades coletivas, como as etnias, os povos e a própria humanidade. Diante dessa ampla proteção, os estrangeiros, os apátridas, os refugiados e os asilados devem ter protegida sua dignidade como tem o cidadão nacional[33].

A dignidade da pessoa humana apresenta três vertentes de proteção jurídica. A primeira diz respeito à proteção do ser humano na sua dimensão intrínseca. Visa a proteger essencialmente os direitos da personalidade, no sentido de resguardar o indivíduo na sua individualidade ou singularidade. Segundo J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira:

> A dimensão intrínseca e autônoma da dignidade da pessoa humana articula-se com a liberdade de conformação e de orientação da vida segundo o projecto espiritual de cada pessoa, o que aponta para a necessidade de, não obstante a existência de uma constante antropológica, haver uma abertura às novas exigências da própria pessoa humana[34].

Assim, o respeito à dignidade da pessoa humana está diretamente ligado ao reconhecimento da autonomia pessoal, ou seja, à liberdade que o ser humano tem, ao menos potencialmente, de conduzir sua própria existência e ser respeitado como sujeito de direitos. Por isso, o direito de decidir de forma autônoma sobre sua vida, seus projetos existenciais, seus anseios e seus caminhos representa o respeito à dignidade da pessoa humana.

A segunda vertente da dignidade da pessoa humana representa a proteção dos direitos que exigem não apenas respeito do Estado e da sociedade, mas também atuação na prestação de serviços, seja no âmbito público ou no privado. Materializa-se por meio de condutas positivas que efetivem os direitos sociais, econômicos e culturais para proporcionar as condições dignas de existência[35].

---

33 J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Artigos 1º a 107. cit.. p. 198 a 200.
34 J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada. Artigos 1º a 107. cit.*, p. 199.
35 J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada. Artigos 1º a 107. cit.*, p. 199.

A terceira vertente da dignidade da pessoa humana configura a sua proteção nas relações entre as pessoas no convívio social e, por isso, nas suas relações intersubjetivas, o que possibilita a solidariedade, a fraternidade e o respeito às diferenças[36].

Diante dessas três vertentes da dignidade da pessoa humana, verifica-se que o respeito a ela está diretamente relacionado à tutela dos direitos humanos e, consequentemente, ao exercício da cidadania. Se os direitos humanos não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não há real respeito à dignidade da pessoa humana, podendo a pessoa deixar de ser sujeito de direitos e passar a ser mero objeto de arbítrio e injustiças[37].

A concretização dos direitos humanos, assim como dos direitos fundamentais, é a concretização da própria dignidade da pessoa humana. Em cada um desses direitos faz-se presente um conteúdo ou, ao menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. O não reconhecimento dos direitos humanos representa a negação da própria dignidade. Por isso, o ser humano, dada exclusivamente sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular dos direitos humanos. Estes devem ser reconhecidos e tutelados pelo Estado, assim como respeitados pela sociedade, em razão da dignidade da pessoa humana[38].

1.4. O DIREITO À LIBERDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

A fundamentação dos direitos fundamentais, sua relevância e sua preservação estão diretamente ligadas aos regimes democráticos. Estados totalitários não contemplam direitos fundamentais, pois estes não são compatíveis com aqueles. De acordo com Jorge Miranda:

36 J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Artigos 1º a 107. cit., p. 199.
37 Ingo Wolfagang Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. cit.,* p. 59.
38 Ingo Wolfagang Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. cit., p. 84 e 38.

> Não há direitos fundamentais sem reconhecimento duma esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, frente ao poder político; não há direitos fundamentais em Estado totalitário ou, pelo menos, em totalitarismo integral. Em contrapartida, não há verdadeiros direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o poder, beneficiando de um estatuto comum e não separadas em razão dos grupos ou das condições a que pertençam; não há direitos fundamentais sem estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada. A observação histórica comprova-o[39].

O regime democrático é a única forma de organização política que tem possibilidade de resguardar direitos fundamentais e, consequentemente, a dignidade da pessoa humana. De acordo com Norberto Bobbio: "Para um regime democrático, o estar em transformação é seu estado natural: a democracia é dinâmica, o despotismo é estático e sempre igual a si mesmo"[40].

A liberdade-matriz ou a liberdade-base é a liberdade de ação ou de atuação em geral, prevista no artigo 5º, inciso II, da Constituição de 1988. De acordo com tal dispositivo, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Tal dispositivo cuida do princípio da legalidade, segundo o qual, se a conduta não for obrigatória ou proibida pelo ordenamento jurídico, necessariamente é permitida para os particulares.

Todos têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entender, salvo quando a ordem jurídica determinar o contrário. No entanto, o ato normativo que obriga ou proíbe há de ser legítimo e, por isso, deve respeitar os princípios traçados na Constituição, referentes aos fundamentos do Estado Democrático de Direito[41].

O Estado Democrático de Direito brasileiro é comprometido com o respeito ao direito à liberdade, pois a liberdade não vive sem a democracia, nem a democracia sobrevive sem a liberdade[42]. Somente em regimes de-

39 Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional.* 3. ed. Coimbra Ed., 2000, v. 4. p. 8.
40 Norberto Bobbio. *O Futuro da Democracia*. 8. ed. Tradução brasileira de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2000. p. 19.
41 Carolina Alves de Souza Lima. *Aborto e Anencefalia: Direitos Fundamentais em Colisão. cit.*, p. 129.
42 Adauto Novaes. *O Risco da Ilusão*. In: O Avesso da Liberdade. Organizador Adauto Novaes. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 11.

mocráticos, o ser humano encontra campo para desenvolver amplamente sua personalidade e gozar de sua liberdade. Essa é a conquista constante do ser humano.

Segundo José Afonso da Silva, é na liberdade "que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal. Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constrangem, mais liberdade conquista"[43].

A Constituição tutela também a liberdade de pensamento e de opinião em suas duas dimensões, seja por meio da proteção do pensamento íntimo, quando prevê a liberdade de consciência e de crença – no artigo 5º, inciso VI, primeira parte –, ao estabelecer que "é inviolável a liberdade de consciência e de crença (...)", seja por meio da sua exteriorização, quando preceitua, no mesmo inciso, que é "(...) assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias".

A liberdade de pensamento é o direito de pensar, refletir e crer no que quiser sobre qualquer assunto. Trata-se de liberdade de conteúdo intelectual. Enquanto não é exteriorizada, pertence somente ao íntimo de cada um e, por isso, encontra-se afastada do poder social. O ser humano, todavia, vive em sociedade e tem a necessidade de exprimir seus pensamentos, sentimentos, ideias, desejos e opiniões[44]. E é da exteriorização dos pensamentos que surgem os conflitos no âmbito dos direitos fundamentais.

Tanto a liberdade de crença quanto a liberdade de consciência são tuteladas pela atual Constituição. As duas estão diretamente ligadas; todavia, não se confundem. A liberdade de consciência é mais abrangente que a liberdade de crença, porque engloba a liberdade de o indivíduo ter ou não religião, e, optando por ter, escolher qualquer religião. Engloba, ainda, a liberdade de convicção de natureza não religiosa, como a filosófica e a política. Segundo

43 José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. *cit.*, p. 234.
44 José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. *cit.*, p. 241.

Celso Ribeiro Bastos: "Uma consciência livre pode determinar-se no sentido de não ter crença alguma. Deflui, pois, da liberdade de consciência uma proteção jurídica que inclui os próprios ateus e os agnósticos"[45].

A liberdade de crença, por seu turno, consiste na plena liberdade de opção e manifestação religiosa, por meio dos cultos, do ensino ou de qualquer outra forma de manifestação[46]. Diante da proteção constitucional dessas liberdades, o Estado não pode, com base em qualquer fundamento religioso, ter a pretensão de influenciar na educação e na cultura da sua sociedade, sob pena de violar o pluralismo de ideias. Não cabe ao Estado estabelecer valores religiosos, uma vez que esses pertencem à esfera privada e não à pública.

Assim, o respeito ao pluralismo de ideias, de crenças e de opiniões representa o respeito ao pluralismo cultural e à liberdade de consciência e de crença, resguardados pelo Estado Democrático de Direito brasileiro.

Além da ampla tutela das liberdades, a Constituição de 1988 estabelece que o Estado brasileiro é laico, uma vez que há total separação entre os fundamentos do Estado e das religiões. A teoria do Estado laico é fundada na concepção de que o poder político é autônomo em relação às questões religiosas[47].

Nesse sentido, o artigo 19, inciso I, da Constituição de 1988, ao tratar da organização político-administrativa do Estado brasileiro, estabelece a absoluta separação entre Estado e religião. Entretanto, todo Estado, seja laico, confessional ou teocrático, é estruturado com base em determinados valores. O Estado laico é desvinculado dos valores religiosos; todavia, quando democrático, é vinculado a determinados valores éticos, como a liberdade, a igualdade, a justiça, a dignidade da pessoa humana[48]. Tais valores são transformados em princípios constitucionais e sinalizam os

45 Celso Ribeiro Bastos. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 198.
46 Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. cit., p. 409.
47 Maria Helena Diniz. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 3. p. 54.
48 João Baptista Villela. *Estado laico, Estado amoral? Premissas de um Debate*. Revista Del Rey Jurídica. Ano 7. n. 15. 2º semestre de 2005. p. 9.

caminhos que devem ser percorridos para a constante construção e aprimoramento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

1.5. O DIREITO À VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O bem jurídico dos seres humanos por excelência é a vida. Somente com a existência da vida o ser humano passa a ser titular dos direitos fundamentais, uma vez que a vida é a fonte primária para a titularidade de direitos[49]. A Constituição tutela a vida como direito fundamental no *caput* do seu artigo 5º, ao estabelecer que: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida (...)".

A República Federativa do Brasil é signatária de tratados internacionais de proteção dos direitos humanos que tutelam o direito à vida. Entre eles, a Declaração Universal dos Direitos do Homem preceitua, em seu artigo 3º, que "toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal". A Convenção Americana de Direitos Humanos, por seu turno, protege a vida desde a concepção. Segundo seu artigo 4º, inciso I, "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".

A proteção constitucional da vida humana não se restringe à vida biológica, pois abrange a proteção à vida digna no seu sentido mais amplo. O respeito à vida digna pressupõe a garantia dos direitos fundamentais relacionados a ela, o que engloba não só os direitos básicos de sobrevivência do ser humano, como também os direitos vinculados ao bem-estar psíquico e social.

O ordenamento jurídico constitucional brasileiro protege a vida como um direito fundamental. Entretanto, cabe à legislação infraconstitucional regulamentar essa proteção, sempre respeitando a própria Cons-

49 José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. *cit.*, p. 197-198.

tituição, uma vez que não é dela o papel de regulamentar o exercício de direitos. A título de ilustração, a legislação penal tipifica os crimes contra a vida e, concomitantemente, permite a incidência das causas de exclusão da ilicitude. A regulamentação infraconstitucional comprova que os direitos fundamentais, quando em situação real de colisão, podem ser restringidos, como se verifica com o próprio direito à vida nas situações que configuram causa excludente da ilicitude, como a legítima defesa e o estado de necessidade[50].

É o que se depreende do princípio da convivência das liberdades públicas. O bem jurídico vida humana nem sempre prevalece quando em colisão com outros bens também constitucionalmente protegidos. São situações específicas e excepcionais; no entanto, acolhidas pela ordem jurídica constitucional. A própria Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado internacional ratificado pelo Brasil em 1992, aponta para as hipóteses de exceção, ao preceituar que o direito à vida deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Se a vida deve ser preservada desde a concepção, significa que essa é a regra; no entanto, há exceções[51].

No âmbito criminal, a legislação penal cuida dos crimes contra a vida e de todos aqueles que indiretamente atentam contra ela. A inviolabilidade do direito à vida, no âmbito punitivo, está prevista em várias figuras penais. O Código Penal, por exemplo, tipifica os crimes dolosos contra a vida: o homicídio, o induzimento, a instigação ou o auxílio ao suicídio, o infanticídio e o aborto. A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXVIII, reconhece à instituição do júri a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida.

A proteção à vida também está em inúmeras outras figuras da legislação penal, nas quais são protegidos outros bens jurídicos além da vida. São os casos da lesão corporal com resultado morte; da extorsão mediante

50 Carolina Alves de Souza Lima. *Aborto e Anencefalia: Direitos Fundamentais em Colisão. cit.*, p.44-45.
51 Carolina Alves de Souza Lima. *Aborto e Anencefalia: Direitos Fundamentais em Colisão. cit.*, p. 45.

sequestro com resultado morte; do latrocínio e de todos os outros crimes que igualmente resultam na morte. Há, outrossim, o crime de genocídio, que, apesar de atentar contra a vida, tem proteção jurídica mais ampla, por configurar crime contra a humanidade.

A legislação penal também estabelece as causas de exclusão da ilicitude, ao prever, por exemplo, o aborto permitido ou legal, nas hipóteses de aborto necessário e humanitário, ambos previstos no artigo 128 do Estatuto Penal. Segundo esse dispositivo, não se pune o aborto praticado por médico se não houver outro meio de salvar a vida da gestante e se a gravidez resultar de estupro. Neste último, o aborto somente pode ser realizado com o consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. Essas são as duas únicas permissões expressas de aborto na legislação[52].

Por isso, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, a realização do aborto intencional é conduta ilícita, e configura um dos crimes dolosos contra a vida. A ausência de configuração do crime ocorre nos casos previstos de exclusão de ilicitude do artigo 128, do Código Penal, ou em outras hipóteses excludentes da ilicitude ou da culpabilidade, a serem verificadas diante de situações fáticas concretas.

A título de ilustração, a legalidade do aborto nos casos de anencefalia, quando há o consentimento da gestante, configura uma dessas outras hipóteses de causa de exclusão da ilicitude. A vida, em situações excepcionais, cede em relação a outros bens jurídicos. Assim, apesar de a vida intrauterina estar protegida pela ordem jurídica, há situações em que prevalecem os direitos à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher. Por isso, os casos de gestação de anencéfalo, desde que haja o consentimento da gestante, enquadram-se em causa de exclusão da ilicitude[53].

Cabe informar que o Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, julgada em 2012, entendeu que

52 Guilherme de Souza Nucci. *Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 573.
53 Carolina Alves de Souza Lima. *Aborto e Anencefalia: Direitos Fundamentais em Colisão*. *cit.*, 2015.

a antecipação terapêutica do parto, nos casos de gestação de fetos anencéfalos, não configura crime de aborto. Segundo a maioria dos ministros, trata-se de fato atípico, uma vez que não é possível o feto viver fora do útero materno. Não obstante não compartilharmos do mesmo posicionamento do Supremo em relação aos fundamentos jurídicos, porquanto sustentamos outros argumentos para a autorização do aborto nos casos de anencefalia, reconhecemos o caráter pioneiro da referida ação, assim como as consequências inovadoras na questão do respeito aos direitos da mulher[54].

54 Segundo informativo do Supremo Tribunal Federal, na ADPF n. 54: "O Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, a fim de declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do CP. Prevaleceu o voto do Min. Marco Aurélio, relator. De início, reputou imprescindível delimitar o objeto sob exame. Realçou que o pleito da requerente seria o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se a antecipação terapêutica de parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado, sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado. Destacou a alusão realizada pela própria arguente ao fato de não se postular a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais em comento, o que os retiraria do sistema jurídico. Assim, o pleito colimaria tão somente que os referidos enunciados fossem interpretados conforme a Constituição. Dessa maneira, exprimiu que se mostraria despropositado veicular que o Supremo examinaria a descriminalização do aborto, especialmente porque existiria distinção entre aborto e antecipação terapêutica de parto. Nesse contexto, afastou as expressões 'aborto eugênico', 'eugenésico' ou 'antecipação eugênica da gestação', em razão do indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia. Na espécie, aduziu inescapável o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os de parte da sociedade que desejasse proteger todos os que a integrariam, independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. Sublinhou que o tema envolveria a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. No ponto, relembrou que não haveria colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente. Versou que o Supremo fora instado a se manifestar sobre o tema no HC 84025/RJ (DJU de 25/6/2004), entretanto, a Corte decidira pela prejudicialidade do writ em virtude de o parto e o falecimento do anencéfalo terem ocorrido antes do julgamento. Ressurtiu que a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo não se coadunaria com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantiriam o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde". ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12/4/2012. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm#ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo – 1. Acesso em: 26 de fevereiro de 2024. Para acesso à integra da decisão, vide: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334. Acesso em: 28 de fevereiro de 2024.

Voltando ao tema central desta obra, compreendemos que nos casos de ortotanásia há também conduta lícita e resguardada pelo ordenamento jurídico brasileiro, como será demonstrado ao longo deste estudo. Quando a morte é compreendida como um processo natural e final da vida e não como um fracasso, a ortotanásia é concebida como um procedimento pautado no respeito à morte digna, o que possibilita dignificar o processo de morte. Se todo o processo da vida deve ser pautado pelo respeito à dignidade, não há dúvida que o processo de morte deve ser guiado do mesmo modo. E a finalidade da intervenção médica na ortotanásia é preservar a dignidade humana, para que o paciente tenha garantido o direito à morte boa, ao seu tempo e com respeito aos seus valores.

Foi com respaldo constitucional que o antigo anteprojeto de 1999, da Parte Especial do Código Penal, apresentou alterações significativas quanto ao tratamento do aborto, da eutanásia e da ortotanásia. Faremos uma breve análise do anteprojeto de 1999, não obstante ele não ter sido aprovado. Segundo seu artigo 128:

> Art. 128. Não constitui crime o aborto praticado por médico se: I – não há outro meio de salvar a vida ou preservar a saúde da gestante; II – a gravidez resulta de violação da liberdade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; III – há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais. § 1º. Nos casos dos incisos II e III, e da segunda parte do inciso I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro; § 2º. No caso do inciso III, o aborto depende, também, da não oposição justificada do cônjuge ou companheiro[55].

A inovação proposta pelo já antigo anteprojeto de 1999, ao ampliar as hipóteses de aborto permitido, buscava atender aos fundamentos do

55 Anteprojeto de lei do Código Penal. 1999. Disponível em: https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/procuradoria_geral/nicceap/legis_armas/Legislacao_completa/Anteprojeto_Codigo_Penal.pdf. Acesso em: 28 de fevereiro de 2024.

Estado Democrático de Direito brasileiro, que tem como um de seus propósitos basilares a tutela dos direitos fundamentais.

A proposta do anteprojeto mostrava-se coerente com o sistema constitucional nacional, ao estender a possibilidade de aborto para preservar a mulher de dano à sua saúde. Demonstrava avanço no âmbito legislativo, uma vez que há situações narradas pela medicina, nas quais se torna imprescindível preservar a saúde da mulher, sob pena de danos irreversíveis a ela.

O anteprojeto de 1999 ampliava as hipóteses de permissão do aborto nos crimes contra a liberdade sexual. O atual Código Penal autoriza o aborto somente quando a gravidez resulta de estupro. No entanto, falta a permissão do aborto nos casos, por exemplo, de gravidez resultante de inseminação artificial não consentida. O anteprojeto apresentava uma proposta mais abrangente, uma vez que permitia o aborto quando a gravidez resultasse da prática de crime contra a liberdade sexual, o que abrange a gravidez resultante de estupro e também de fecundação artificial não consentida[56].

Mostrava-se, por isso, atualizado com os avanços científicos advindos da biomedicina e da engenharia genética, ao permitir o aborto quando a gravidez resultasse de violação da liberdade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida.

O referido anteprojeto, sem dúvida, atualizaria o Código de 1940, em face da nova realidade da fecundação artificial. Como é cediço, o Direito há de acompanhar o desenvolvimento científico nas várias áreas do conhecimento, sob pena de tornar-se obsoleto. O progresso da humanida-

56 A Lei n. 12.015/2009 alterou dispositivos do Código Penal. O Título VI passou a intitular-se "Dos Crimes contra a Dignidade Sexual" e não mais "Dos Crimes contra os Costumes". O artigo 213 recebeu nova redação, segundo a qual o crime de estupro passou a abranger também o de atentado violento ao pudor. A nova redação do referido artigo, segundo a qual: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso", configura o crime de estupro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 de fevereiro de 2024.

de, entretanto, pressupõe que os avanços científicos sejam utilizados com respeito aos direitos fundamentais, o que acontecia com o disposto no anteprojeto em análise.

Em relação ao aborto eugênico, o inciso III do artigo 128 do anteprojeto de 1999 estabelecia que só seria autorizado no caso de fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais[57].

Quanto à eutanásia e à ortotanásia, estabelecia a primeira como causa privilegiadora do homicídio e a segunda como causa de exclusão da ilicitude. A eutanásia, de acordo com o anteprojeto, vinha regulamentada em seu artigo 121, §3º, segundo o qual:

> Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave: pena – reclusão, de três a seis anos.

A ortotanásia, por seu turno, estava prevista como causa de exclusão de ilicitude no §4º, do artigo 121, do anteprojeto de 1999. Prescrevia que: "Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestado por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão". Infelizmente, o referido anteprojeto não foi aprovado, o que representa atraso da legislação infraconstitucional brasileira no trato dessas questões tão importantes e atuais[58].

Em 18 de junho de 2012, uma comissão de juristas apresentou um novo anteprojeto de Código Penal. Em relação às definições, tanto da eutanásia quanto da ortotanásia, nos parece, com a devida vênia, que a redação não foi bem elaborada. Segundo dispõe seu artigo 122, o crime de eutanásia consiste em: "Matar, por piedade ou compaixão, paciente

57 Anteprojeto de lei do Código Penal. 1999. Disponível em: https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/procuradoria_geral/nicceap/legis_armas/Legislacao_completa/Anteprojeto_Codigo_Penal.pdf. Acesso em: 28 de fev. 2024.
58 *Anteprojeto de lei do Código Penal*. 1999. *cit*.

em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave". A pena será de prisão de dois a quatro anos. O referido anteprojeto de 2012, ao tratar da eutanásia, estabelece que o paciente deve estar em estado terminal. No entanto, em situações como, por exemplo, o estado vegetativo persistente, no qual não há necessariamente o estado de terminalidade, dadas as circunstâncias, pode-se configurar a eutanásia[59].

O que verificamos de positivo nesse novo anteprojeto em relação à eutanásia foi a diminuição da pena, que passa a ser de dois a quatro anos de prisão, enquanto no anteprojeto de 1999 a pena proposta era de três a seis anos. Verifica-se, também, de forma bastante inovadora e controversa, a possibilidade de concessão de perdão judicial, causa extintiva de punibilidade. Prescreve o §1° do artigo 122 do anteprojeto de 2012 que:

> 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.

O parágrafo 2° do artigo 122, por seu turno, previu causa excludente da ilicitude, nas seguintes circunstâncias:

> 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[60].

Não se trata, no nosso entender, da definição da ortotanásia. Isso porque esta pressupõe como requisito a morte iminente e inevitável. Assim, se os redatores do Anteprojeto de 2012 pretendiam tratar da ortotanásia, o projeto não a acolheu. Todavia, como a ortotanásia é considerada conduta lícita pela Constituição Federal, entendemos que sua previsão na legislação penal seria importante, com a finalidade de re-

59 Anteprojeto do Código Penal de 2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf. Acesso em: 28 de fevereiro de 2024.
60 *Anteprojeto do Código Penal de 2012. cit.*

forçar a interpretação constitucional e deixar sua previsão ainda mais clara e precisa. Observa-se que o §2° do artigo 122 do Anteprojeto de 2012 trata de situação diversa da ortotanásia, que inclusive poderia ser caracterizada como eutanásia, nas hipóteses em que a situação for grave e irreversível, mas a vida puder ser mantida por aparelhos (considerada a *longa manus* do médico).

No nosso entender, a legislação penal brasileira ainda não se adequou aos mandamentos constitucionais quanto à licitude da ortotanásia e também não enfrentou todas as tensões da eutanásia e da sua responsabilização penal.

Com efeito, não obstante o atual Código Penal ainda não ter disposto sobre a licitude da ortotanásia, compreendemos que, na situação de colisão do direito à vida (*quando se busca sua preservação a qualquer custo, diante de uma morte iminente e inevitável)* e do direito à liberdade de escolha por uma morte digna (*quando se visa ao direito a não ser submetido a tratamento desumano, como a tortura médica)*, deve prevalecer o segundo direito. Isso, porque a tutela à dignidade da pessoa humana configura limite para a atuação do Estado Democrático de Direito brasileiro.

O respeito à dignidade da pessoa humana configura valor supremo do Estado Democrático de Direito brasileiro e o fundamento maior da bioética. Cuida-se de realidade na qual o direito e a medicina pautam-se nos mesmos princípios bioéticos.

1.6. O INÍCIO E O FIM DA VIDA HUMANA E A SUA PROTEÇÃO JURÍDICA

O conceito de vida humana e o momento em que esta se inicia são temas que pertencem às ciências médicas e biológicas. À ciência jurídica cabe, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, ao estabelecer quando se inicia e quando termina a proteção jurídica do bem da vida e com qual abrangência.

A determinação do início da vida é controversa nas ciências médicas e biológicas e existem várias teorias a esse respeito. Vem prevalecendo o entendimento que a concepção inaugura o início da vida humana. Segundo Dernival da Silva Brandão:

> A embriologia humana demonstra que a nova vida tem início com a fusão dos gametas – espermatozoide e óvulo – duas células germinativas extraordinariamente especializadas e teleologicamente programadas, ordenadas uma à outra. Dois sistemas separados interagem e dão origem a um novo sistema; e este, por sua vez, dá início a uma série de atividades concatenadas, obedecendo a um princípio único, em um encadeamento de mecanismos de extraordinária precisão. Já não são dois sistemas operando independentemente um do outro, mas um único sistema que existe e opera em unidade: é o zigoto, embrião unicelular, que compartilha não apenas o ácido desoxirribonucléico (ADN), mas todos os cromossomos de sua espécie, a espécie humana, cujo desenvolvimento, então iniciado, não mais se detém até a sua morte. (...) É, portanto, um ser vivo humano e completo. Humano em virtude de sua constituição genética específica e de ser gerado por um casal humano, uma vez que cada espécie só é capaz de gerar seres da sua própria espécie. Do ponto de vista biológico não existe processo de humanização. Ou é humano desde o início de sua vida ou não será jamais: não há momento algum que marque a passagem do não humano ao humano. Completo, no sentido de que nada mais de essencial à sua constituição lhe é acrescentado após a concepção[61].

A partir do momento da fecundação, há um novo ser, com individualidade própria e com carga genética definida. O concepto é um ser humano, uma vez que traz em si o germe de todas as características do ser racional[62]. Expõe Rodolfo Carlos Barra, ao tratar do *status* jurídico do embrião, que: "se é um ser e pertence à espécie humana, é um ser humano. Morfologicamente, não é um ser humano igual a um outro já nascido. Nem mesmo organicamente. Mas geneticamente o é"[63].

---

61 Dernival da Silva Brandão. O Embrião e os Direitos Humanos. *O Aborto Terapêutico*. In: A Vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 22-23.

62 Silmara J. A. Chinelato e Almeida. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 160.

63 Ronaldo Carlos Barra. *Status Jurídico do Embrião Humano*. In: Lexicon: Termos Ambíguos e Discutidos sobre Família, Vida e Questões Éticas / Pontifício Conselho para a Família. 1.ed. Brasília: Edições CNBB, 2007. p. 891.

No âmbito jurídico, a proteção à vida humana dá-se desde a concepção, em decorrência de o Estado brasileiro ser signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, que tutela a vida a partir daquele momento. Por isso, o ordenamento jurídico brasileiro acolheu o momento da concepção como marco de proteção legal. No entanto, cabe ressaltar que há situações, legitimadas pelo ordenamento jurídico, nas quais prevalecem outros direitos fundamentais, em detrimento do direito à vida, diante da colisão de direitos fundamentais[64].

A tutela da vida humana abrange todo o ciclo da vida. Inicia-se com a fecundação, marco inicial do desenvolvimento humano, e continua com a implantação, o período embrionário, o período fetal, o nascimento, a infância, a puberdade, a idade adulta e a velhice, até a morte. A proteção constitucional dá-se em todas essas fases.

A proteção constitucional da vida humana não se limita à vida biológica. A proteção assegurada é ampla e importa o direito à existência digna. O direito à vida digna compreende a tutela de todos os direitos compatíveis com essa realidade. Pressupõe a garantia dos direitos fundamentais relacionados à vida digna, o que abrange não só os direitos básicos de sobrevivência do ser humano, como também os direitos vinculados ao bem-estar psíquico e social[65].

A tutela da vida digna depreende-se do artigo 1º, inciso III, da Lei Maior, segundo o qual o Estado brasileiro tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Esse dispositivo, reforçado pelo *caput* do artigo 170 da Constituição, estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos os indivíduos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

64 Carolina Alves de Souza Lima. *Aborto e Anencefalia: Direitos Fundamentais em Colisão*. *cit.*, p. 48.
65 Carolina Alves de Souza Lima. *Aborto e Anencefalia: Direitos Fundamentais em Colisão*. *cit.*, p. 49.

Diante da proteção jurídica da vida humana pelo ordenamento jurídico brasileiro, várias questões são colocadas em discussão. Inicia-se com a discussão da proteção jurídica dos embriões fecundados e ainda não implantados no útero materno[66], passa pela discussão do aborto e chega até a discussão da eutanásia, da ortotanásia e da distanásia.

Em relação ao direito de estar vivo, ou seja, o direito à existência, este pressupõe o direito de não se ter o processo vital interrompido senão pela morte natural. Em decorrência desse direito, a legislação penal tipifica os crimes que atentam contra a vida. É também em razão do direito à vida que a legislação penal considera lícito, por exemplo, proteger a vida, valendo-se da legítima defesa e do estado de necessidade.

As atuais técnicas de reprodução humana assistida, entretanto, trazem a nova realidade que demanda atuação específica do Direito quanto à proteção da vida humana. Trata-se da tutela civil e penal do embrião pré-implantatório, enquanto *in vitro* ou congelado[67], a ser definida expressamente pela legislação infraconstitucional, e com fundamento na Constituição Federal.

66 Sobre o assunto: Silmara J. A. Chinelato e Almeida. Tutela Civil do Nascituro. cit.; Silmara J. A. Chinelato e Almeida. *Bioética e Dano Pré-Natal*. Revista do Advogado. Associação dos Advogados de São Paulo, n. 58, março/2000; Mara Regina Trippo Kimura. As Técnicas Biomédicas – A Vida Embrionária e o Patrimônio Genético Humano – à Luz da Regra da Proporcionalidade Penal. Tese Doutorado. PUC/SP. 2006.

67 Silmara J. A. Chinelato e Almeida. *Tutela Civil do Nascituro*. *cit*, p. 13. Segundo a autora: "O termo pré-embrião – empregado por alguns como Mac Laren, membro do Comitê inglês Warnock – não é científico e é discriminatório. Quanto a não ser científico, manifestou-se René Frydman no IV Congresso Latino-Americano de Esterilidade e Fertilidade, realizado em São Paulo, de 26 a 30 de junho de 1993, na Mesa de Discussões 'Reprodução Assistida – Aspectos legais, éticos e morais' da qual participamos. Enfatizou o renomado especialista francês em reprodução assistida que de embrião já se trata. O termo técnico correto é embrião pré-implantatório" (Silmara J. A. Chinelato e Almeida. *Bioética e Dano Pré-Natal. cit*., p. 64). O Parlamento europeu, em 16 de março de 1989, ao adotar a solução sobre os problemas éticos e jurídicos da manipulação genética, manifestou seu desejo por uma definição do estatuto jurídico do embrião humano para garantir a devida proteção da identidade genética do ser humano (Mara Regina Trippo Kimura. *As Técnicas Biomédicas – A Vida Embrionária e o Patrimônio Genético Humano – à Luz da Regra da Proporcionalidade Penal. cit.*, p. 236).

Diante dessa nova realidade apresentada pelas modernas técnicas de reprodução humana assistida, a vida humana precisa de proteção específica nas hipóteses de fecundação *in vitro*. Quando a fecundação ocorre fora do útero materno, o produto da concepção (zigoto ou embrião) fica exposto a inúmeras condutas que podem violar sua integridade. Cabe destacar que os avanços no campo da reprodução assistida possibilitam que óvulos, espermatozoides e embriões humanos sejam manipulados em laboratórios.

A título de exemplo, verifica-se que a Lei nº 11.105/2005, conhecida como lei da biossegurança, permite, no seu artigo 5º, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, desde que atendidas as seguintes condições: a) os embriões sejam inviáveis, ou estejam congelados há três anos ou mais, na data da publicação da lei, ou que já estivessem congelados na data da publicação dessa lei, depois de completados três anos, contados a partir da data de congelamento; b) haja o consentimento dos genitores; e c) a pesquisa tenha sido aprovada pelo comitê de ética da instituição[68].

Os parâmetros escolhidos pelo Direito para tutelar a vida humana na fecundação natural não são os mesmos para a fecundação *in vitro*, antes da implantação do embrião no útero da mulher. São situações consideradas distintas pelo legislador, devido às suas peculiaridades. No entanto, o legislador precisa definir expressamente o *status* jurídico do embrião pré-implantatório. A falta de regulamentação desse *status* jurídico vem gerando importante polêmica doutrinária quanto à constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei nº 11.105/2005. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade do artigo 5º

68 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: 28 de fevereiro de 2024.

da referida lei[69]. No entanto, ainda cabe ao legislador infraconstitucional definir o *status* jurídico do embrião pré-implantatório tanto no âmbito civil quanto no criminal.

A proteção à vida compreende, outrossim, a proteção ao patrimônio genético de cada indivíduo e de toda a humanidade. A Constituição de

69 O Procurador-Geral da República ingressou com a ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510, perante o Supremo Tribunal Federal, alegando a inconstitucionalidade do artigo 5º e seus parágrafos, da Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Alegou que os dispositivos impugnados contrariam "a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana", segundo a petição inicial (fls. 11). O Chefe do Parquet fundamentou-se no direito absoluto à vida. O Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido da referida ação direta de inconstitucionalidade. Prevaleceu o voto do Ministro Carlos Britto, relator do processo. Segundo os informativos 497 e 508 do STF: "Nos termos do seu voto, salientou, inicialmente, que o artigo impugnado seria um bem concatenado bloco normativo que, sob condições de incidência explícitas, cumulativas e razoáveis, contribuiria para o desenvolvimento de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas de embrião humano in vitro. Esclareceu que as células-tronco embrionárias, pluripotentes, ou seja, capazes de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto, constituiriam, por isso, tipologia celular que ofereceria melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos. Asseverou que as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à 'dignidade da pessoa humana' (art. 1º, III), aos 'direitos da pessoa humana' (art. 34, VII, b), ao 'livre exercício dos direitos... individuais' (art. 85, III) e aos 'direitos e garantias individuais' (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado. ADI 3510/DF, rel. Min. Carlos Britto, 28 e 29.5.2008. (ADI-3510)". Disponível em: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo 508. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo508.htm. Acesso em: 28 de fevereiro de 2024 e SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo 497. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo497.htm. Acesso em: 28 de fevereiro de 2024. Sobre o assunto, ver Gisele Mendes Carvalho. Quando Deve Ter Início a Proteção da Vida Humana? (A Verdadeira Questão Inerente ao Julgamento da ADIN 3.510 pelo STF). IBCCRIM. São Paulo, ano 15, n. 176, julho/2007. p. 15. Integra da decisão, vide: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df/inteiro-teor-103108892. Acesso em: 28 de fevereiro de 2024. Vide também: MAIA, Alba Regina Maia; MORAIS, Lourene; PARK, Yery; SOBRAL, Meiga Quintanilha; TIOZZO, Jessica Sacramento; VALÉRIO, Julianna Carolina. Direitos dos nascituros x Direitos dos embriões congelados: Um ensaio em face da ADI 3.510 do STF. Disponível em: https://jcvalerio.jusbrasil.com.br/artigos/235041204/direitos-dos-nascituros-x-direitos-dos-embrioes-congelados. Acesso em: 28 de fevereiro de 2024.

1988 tutelou o patrimônio genético. Seu artigo 225, ao tratar do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito das presentes e futuras gerações, estabelece que, para assegurar a efetividade desse direito, cabe ao Poder Público preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético, além do dever de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (CF, art. 225, §1°, incisos II e V).

No âmbito internacional, foi adotada pela Unesco, em 1997, a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos. Já em 2003, foi adotada, também pela Unesco, a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos[70]. É a consolidação internacional de parâmetros jurídicos aos avanços trazidos pela Revolução Genética[71]. Com a proclamação do genoma humano e da informação nele contida como patrimônio comum da humanidade, esta passa a ser sujeito de direitos. Trata-se de efetivo avanço no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A humanidade, incorporada nas gerações presentes e futuras, é sujeito de direitos, com relação ao seu patrimônio genético e, assim, titular do direito ao respeito a sua integridade genética. O genoma, constituição genética total de um indivíduo, passa a ser tutelado pelo Direito Internacional.

Segundo o artigo 1° da referida Declaração:

> (...) o genoma subjaz à unidade fundamental de todos os membros da família humana e também ao reconhecimento de sua dignidade e diversidade inerentes. Num sentido simbólico, é a herança da humanidade.

70 Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/decl-genomadh.pdf. Acesso em: 28 de fevereiro de 2024. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf. Acesso em: 28 de fevereiro de 2024.

71 Maria Garcia. *Limites da Ciência: A Dignidade da Pessoa Humana: A Ética da Responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 102.

O artigo 2º, por seu turno, reza que:

> (...) todos têm direito ao respeito por sua dignidade e seus direitos humanos, independentemente de suas características genéticas. Essa dignidade faz com que seja imperativo não reduzir os indivíduos a suas características genéticas e respeitar a sua singularidade e diversidade".

Em decorrência da individualidade de cada ser humano, o genoma humano demanda instrumentos específicosde proteção legal[72]. Como observa Maria Garcia: "Não existe pessoa senão a partir do pré-embrião, do embrião e seu código genético – o genoma"[73].

Quanto à eutanásia, à ortotanásia e à distanásia, temas centrais deste trabalho, debate-se, tanto no campo jurídico quanto no da bioética, se há um último direito do ser humano, a saber, o direito à morte digna. Entende-se, como será demonstrado ao longo do trabalho, pela existência do direito à morte digna, conforme interpretação penal-constitucional.

1.7. CONCEITO DE MORTE E OS CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA A SUA DETECÇÃO

A compreensão da morte, seu significado e sua constatação são partes de um universo tenso, muitas vezes doloroso, que envolve crenças, concepção de mundo e também as ciências, especialmente as ciências médicas e biológicas. Para determinar o momento da morte, é necessário primeiro defini-la. Mesmo no âmbito das ciências médicas, não é fácil definir a morte. A realidade empírica demonstra, e as ciências médicas confirmam, que a morte não é geralmente um fenômeno instantâneo, mas um processo que se estende ao longo do tempo. Ela ocorre em etapas e, portanto, em um espaço determinado de tempo. Geralmente não é uma parada total e instantânea da vida, mas um fenômeno lento e progressivo[74].

72 Maria Garcia. *Limites da Ciência: A Dignidade da Pessoa Humana: A Ética da Responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 109-110.
73 Maria Garcia. *Limites da Ciência: A Dignidade da Pessoa Humana: A Ética da Responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p.150.
74 José Maria Marlet. *Conceitos Médico-Legal e Jurídico de Morte*. Justitia. São Paulo. 49. vol. 138, abr./jun. 1987. p. 44.

Nas palavras de Genival Veloso de França:

> É difícil precisar o exato momento da morte porque ela não é um fato instantâneo, e sim uma sequência de fenômenos gradativamente processados nos vários órgãos e sistemas de manutenção da vida. Hoje, com os novos meios semiológicos e instrumentais disponíveis, pode-se determiná-la mais precocemente. Assim, passados os instantes de dúvidas e expectativa, cobra-se maior reflexão sobre um novo conceito de morte, quando as cirurgias de transplantes se tornam uma realidade técnica e quando as condições atuais permitem prolongar por muito tempo uma vida através de meios artificiais. Por outro lado não é justo que se tenham dois conceitos de morte: um, de caráter utilitarista e pragmático, para satisfazer os interesses da transplantação; outro, de caráter protocolar, para proveitos de ordem estatística e sanitária. É necessário, pois, que se tenha, para qualquer interesse, um só conceito de morte, de tal forma que as coisas sejam colocadas em seus justos limites: em benefício da sociedade e no respeito incondicional da dignidade humana[75].

Sempre houve divergência nas ciências médicas em relação aos critérios para constatar a morte. Até a metade do século passado, o critério predominante para o diagnóstico da morte humana era a parada cardiorrespiratória[76]. A cessação das atividades pulmonares e da circulação sanguínea representava a morte humana. No entanto, os avanços nas ciências médicas, por meio das técnicas de reanimação e o desenvolvimento dos aparelhos capazes de substituir as funções cardíacas e respiratórias, demonstraram a necessidade de encontrar novos critérios para o diagnóstico da morte, uma vez que os antigos não eram mais considerados seguros.

A partir de novos estudos e pesquisas na área, as ciências médicas passaram a adotar o critério da morte encefálica. Os primeiros estudos datam de 1959 e foram realizados pelos médicos Mollaret e Goulon, que introduziram o termo *coma dépassé*, ou seja, o coma irreversível. Eles des-

75 Um conceito ético de morte. Trecho do livro Direito Médico, 7ª ed., São Paulo: Fundo Editorial Byk, 2001. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/Regional/crmpb/artigos/conc_etic_morte.htm. Acesso em: 28 de fevereiro de 2024.

76 P. Martinez-Lage Alvarez y J. M. Martinez-Lage. *El Diagnóstico Neurológico de la Muerte*. In: Manual de Bioética General. 4. ed. Madrid. RIALP, 2000. p. 407.

creveram a situação de vários pacientes em coma, cujas funções cardiorrespiratórias eram mantidas artificialmente, mas sem nenhuma evidência de função cerebral[77].

Nas décadas seguintes, houve importantes avanços na detecção da morte encefálica. Os protocolos atualmente empregados para diagnosticá-la originaram-se de duas grandes vertentes. A primeira delas é a americana. Em 1968, uma publicação do *Harvard Report*[78] estabeleceu os critérios para detectar o coma irreversível. Em 1981, a P*resident's Comission on the study of ethical problems in medicine and biomedical and behavioral research* estabeleceu os termos para a definição de morte encefálica. Definiu-se a morte encefálica como *a cessação irreversível de todas as funções do encéfalo, incluindo as do tronco encefálico*. Estabeleceu-se, ainda, que a cessação dessas funções poderia ser avaliada por todos os métodos disponíveis, tanto clínicos quanto laboratoriais. A referida comissão também reconheceu que a atividade celular elétrica, mesmo presente em um grupo restrito de células, somente seria considerada em funcionamento se fosse de forma organizada e direcionada[79].

Na segunda vertente, de origem britânica, destacaram-se os trabalhos publicados pela *Conference of Royal Colleges and Faculties of the United Kingdon*, na Inglaterra, entre os anos de 1976 e 1979, nos quais se defendeu que bastava o diagnóstico clínico de morte irreversível do tronco encefálico para inferir a morte encefálica. A realização de exames

77 P. Martinez-Lage Alvarez y J. M. Martinez-Lage. *El Diagnóstico Neurológico de la Muerte*. In: Manual de Bioética General. 4. ed. Madrid. RIALP, 2000. p. 407-408.

78 Segundo P. Martinez-Lage Alvarez e J. M. Martinez-Lage: "*En 1968, aparece el primer protocolo diagnóstico elaborado por el Comité de la Universidad de Harvard designado a tal efecto. (...) Según el Ad hoc Committee de Harvard, los cuatro requisitos que debía cumplirse para calificar el coma irreversible habían de ser: ausencia de respuesta cerebral a cualquier estímulo, ausencia de movimientos espontáneos o inducidos, ausencia de respiración espontánea y ausencia de reflejos tendinosos profundos y del tronco cerebral. Recomendaban, así mismo, la presencia de un electroencefalograma plano y la exclusión de condiciones de hipotermia y de intoxicación por fármacos*" (Idem, ibidem, p. 408).

79 Getúlio Daré Rabello. *Coma e Estados Alterados de Consciência*. Capítulo 7. In: A Neurologia Que Todo Médico Deve Saber. Capítulo 7. Org: Ricardo Nitrini e Luiz Alberto Bacheschi. 2. ed. São Paulo: Atheneu. 2003. p. 167.

subsidiários não era necessária, nem tampouco obrigatória[80]. Assim, definiu-se a morte como a perda completa e irreversível das funções do tronco cerebral.

Observa-se que as ciências médicas caminham em busca de avanços e aprimoramentos no cuidado com a saúde e bem-estar, e nas décadas seguintes a procura por maior segurança no diagnóstico da morte encefálica foi sendo cada vez mais implementada em vários países da comunidade internacional. De acordo com dados apresentados na Exposição de Motivos da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.173/2017, que define os critérios para o diagnóstico de morte encefálica no Brasil, o pesquisador Wijdicks realizou, em 2002, um levantamento dos critérios para determinar a morte encefálica em 80 países.

Verificou que, entre eles, 70 possuíam diretrizes clínicas definidas para o diagnóstico, com a presença de coma e a ausência de reflexos do tronco encefálico e de resposta motora. Constatou-se que em apenas 55 países havia legislação específica para o diagnóstico da morte encefálica e que a participação de dois médicos no diagnóstico era exigida em 34% dos países analisados. Além disso, foi observado que em apenas 59% desses países era exigido o teste de apneia com nível de hipercapnia definido[81].

Ainda segundo apresentado na citada Exposição de Motivos, em 2015 um grupo de pesquisadores, entre eles Wahlster, realizou a atualização desses dados, com a inclusão de 91 países. Constatou-se que em 70% dos locais pesquisados existia legislação específica para determinação da morte encefálica e também que em dois terços havia exigência de um médico com treinamento em neurologia, neurocirurgia ou terapia intensiva para realizar a determinação da morte encefálica. Examinou-se que em 56% dos países havia critério específico para o diagnóstico em crianças.

80 Idem, ibidem, p. 167, e P. Martinez-Lage Alvarez e J. M. Martinez-Lage. *El Diagnóstico Neurológico de la Muerte*. In: Manual de Bioética General. cit., p. 408.
81 Conselho Federal de Medicina. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2173. Acesso em: 28 de fevereiro de 2024.

Também foram constatadas diferenças importantes no tempo de observação entre os exames, no teste de apneia e nos exames complementares.

Já nos Estados Unidos da América, o pesquisador Shappel e equipe revisaram a determinação da morte encefálica em 226 doadores de órgãos de 68 hospitais do país. Os profissionais reponsáveis pelos procedimentos foram intensivistas (37%), neurologistas (28%), neurocirurgiões (15%) e de outras especialidades (20%)[82].

No âmbito nacional, a Lei nº 9.434 entrou em vigor em 1997, estabelecendo disposições sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, além de abordar outras providências. Essa lei define a morte encefálica como o marco final da vida humana, conforme estipulado pelo *caput* do seu artigo 3º:

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

Segundo a lei em foco, é atribuição do Conselho Federal de Medicina definir, por meio de resolução, os critérios clínicos e tecnológicos para o diagnóstico da morte encefálica. Inicialmente, o Conselho Federal de Medicina promulgou a Resolução nº 1.480/97, a qual permaneceu em vigor por 20 anos, até a implementação da Resolução nº 2.173/2017, que revogou a anterior com o propósito de atualizar e aprimorar o diagnóstico da morte encefálica no Brasil[83].

A Resolução do CFM nº 2.173/2017 define a morte encefálica como a: "perda completa e irreversível das funções encefálicas, definida pela cessação das atividades corticais e de tronco encefálico". Conforme estipulado em seu artigo 1º, os procedimentos para a identificação da morte encefálica devem ser conduzidos em todos os pacientes que apre-

82 Conselho Federal de Medicina. *cit*.
83 Conselho Federal de Medicina. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2173. Acesso em: 28 de fevereiro de 2024.

sentem coma não perceptível, ausência de reatividade supraespinhal e apneia persistente, desde que atendam a todos os pré-requisitos seguintes:

> a) presença de lesão encefálica de causa conhecida, irreversível e capaz de causar morte encefálica; b) ausência de fatores tratáveis que possam confundir o diagnóstico de morte encefálica; c) tratamento e observação em hospital pelo período mínimo de seis horas. Quando a causa primária do quadro for encefalopatia hipóxico-isquêmica, esse período de tratamento e observação deverá ser de, no mínimo, 24 horas; d) temperatura corporal (esofagiana, vesical ou retal) superior a 35°C, saturação arterial de oxigênio acima de 94% e pressão arterial sistólica maior ou igual a 100 mmHg ou pressão arterial média maior ou igual a 65 mmHg para adultos[84].

A alínea d da referida resolução apresenta uma tabela específica para o diagnóstico da morte encefálica em menores de 16 anos. O artigo 2°, por sua vez, estabelece como obrigatória a realização mínima dos seguintes procedimentos para determinar a morte encefálica: "a) dois exames clínicos que confirmem coma não perceptivo e ausência de função do tronco encefálico; b) teste de apneia que confirme ausência de movimentos respiratórios após estimulação máxima dos centros respiratórios; c) exame complementar que comprove ausência de atividade encefálica".

O artigo 3°, em seu *caput*, prescreve que: "O exame clínico deve demonstrar de forma inequívoca a existência das seguintes condições: a) coma não perceptivo; b) ausência de reatividade supraespinhal manifestada pela ausência dos reflexos fotomotor, córneo-palpebral, oculocefálico, vestíbulo-calórico e de tosse". Seu parágrafo 1° determina que: "Serão realizados dois exames clínicos, cada um deles por um médico diferente, especificamente capacitado a realizar esses procedimentos para a determinação de morte encefálica".

O parágrafo 3° do artigo 3° determina que: "um dos médicos especificamente capacitados deverá ser especialista em uma das seguintes especialidades: medicina intensiva, medicina intensiva pediátrica, neurologia, neurologia pediátrica, neurocirurgia ou medicina de emergência".

84 Conselho Federal de Medicina. *cit*.

Caso não estejam disponíveis especialistas nessas áreas, outro médico outro médico especificamente capacitado deverá conduzir o procedimento. O artigo 7º estabelece que: "As conclusões do exame clínico e o resultado do exame complementar deverão ser registrados pelos médicos examinadores no Termo de Declaração de Morte Encefálica e no prontuário do paciente ao final de cada etapa"[85].

É relevante destacar que, conforme apresentado na Exposição de Motivos, o objetivo é aprimorar a constatação da morte encefálica, apesar da segurança já proporcionada pela anterior Resolução nº 1.480/1997. Esta, embora baseada em procedimentos internacionais, estava desatualizada em alguns aspectos em razão dos avanços das últimas décadas. Durante o período de 2001 a 2016, foram realizadas 104.268 determinações de morte encefálica no Brasil com base na Resolução CFM nº 1.480/1997 e na Lei nº 9.434/1997, indicando a segurança das normas e a aceitação pela sociedade.

No entanto, visando aprimorar e atualizar as normas nacionais, foram realizadas amplas discussões tanto das sociedades médicas quanto no Conselho Federal de Medicina. Quatro pontos foram estabelecidos como relevantes para aprimoramento pela Resolução nº 2.173/2017: 1) diagnóstico de morte encefálica em todos os pacientes com coma não perceptivo e apneia persistente,não apenas nos potenciais doadores de órgãos, como previsto na resolução anterior; 2) esclarecimentos sobre a execução e interpretação dos procedimentos de morte encefálica prescritos na Resolução nº 1.480/1997, como temperatura corporal mínima, segurança do teste de apneia, hipernatremia, uso de drogas depressoras do sistema nervoso central, lesões congênitas ou adquiridas que prejudiquem parte do exame clínico (como agenesia de globo ocular, traumatismo grave de face e coluna cervical e otorragias), motivaram melhores definições na Resolução nº 2.173/2017; 3) a Exposição de Motivos expõe que: "A experiência internacional e nacional, baseada num melhor entendimento

85 Conselho Federal de Medicina. *cit*.

da fisiopatologia da ME e na inclusão de novas tecnologias no diagnóstico e cuidado dos pacientes, indica que o intervalo mínimo de tempo para a determinação da ME pode ser reduzido, mantendo-se a segurança e acurácia do procedimento"[86]; e 4) estabelecimento de critérios para capacitar os médicos responsáveis dos procedimentos visando aprimorar a precisão e padronização dos mesmos pela realização dos testes clínicos e dos exames complementares. A resolução reitera que a morte encefálica é a forma mais atual de reconhecer a morte do ser humano, buscando um diagnóstico seguro da morte para tornar esse momento seja o menos doloroso possível para os familiares[87].

Cabe mencionar também a Resolução do CFM nº 1.826/2007, que aborda a legalidade e o caráter ético da suspensão dos procedimentos de suporte terapêutico quando há determinação de morte encefálica em indivíduos não doadores. Conforme estabelecido pelo seu artigo 1º, é considerada legal e ética a suspensão dos procedimentos de suporte terapêutico quando determinada a morte encefálica em não doadores de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante, conforme previsto na legislação vigente[88].

As palavras de Rubens Alves na obra "O Médico", citadas na fundamentação da Resolução nº 1.826/07, são sábias e relevantes:

> "Houve um tempo em que nosso poder perante a Morte era muito pequeno. E, por isso, os homens e as mulheres dedicavam-se a ouvir a sua voz e podiam tornar-se sábios na arte de viver. Hoje, nosso poder aumentou, a Morte foi definida como inimiga a ser derrotada, fomos possuídos pela fantasia onipotente de nos livrarmos de seu toque. Com isso, nós nos tornamos surdos às lições que ela pode

86 Conselho Federal de Medicina. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2173. Acesso em: 28 de fevereiro de 2024.
87 Conselho Federal de Medicina. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2173. Acesso em: 28 de fevereiro de 2024. Para maiores detalhes a respeito dos avanços trazidos pela Resolução do CFM n. 2173/2017, consultar: Glauco Adrieno Westphal, Viviane Cordeiro Veiga e Cristiano Augusto Franke. Determinação da morte encefálica no Brasil. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rbti/v31n3/0103-507X-rbti-31-03-0403.pdf. Acesso em: 28 de fevereiro de 2024.
88 Resolução do CFM n. 1.826/2007. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/1826_2007.htm. Acesso em: 28 de fevereiro de 2024.

> nos ensinar. E nos encontramos diante do perigo de que, quanto mais poderosos formos perante ela (inutilmente, porque só podemos adiar...), mais tolos nos tornaremos na arte de viver[89]."

A fundamentação da Resolução destaca que a morte encefálica equivale à morte clínica, e, portanto, do ponto de vista ético e legal, é dever do médico retirar os procedimentos de suporte que mantinham artificialmente o funcionamento dos órgãos vitais até o momento da sua determinação. A resolução enfatiza que a suspensão desses procedimentos não constitui eutanásia ou qualquer delito contra a vida, uma vez que o paciente está clinicamente morto[90].

Diante do exposto, fica evidente que o Brasil tem acompanhado os avanços da medicina em relação ao diagnóstico da morte encefálica, utilizando critérios mais seguros e respaldados pela comunidade médica internacional para sua detecção.

89 Resolução do CFM n. 1.826/2007. *cit*.
90 Resolução do CFM n. 1.826/2007. *cit*.