

A DESPENALIZAÇÃO DA MORTE MEDICAMENTE ASSISTIDA NO BRASIL

Hélder Fêrnandes¹

helderfbf@outlook.com

RESUMO: O estudo objetivou defender a autonomia do paciente em fim de vida para encurtar o seu já instalado processo de morte. Com abordagem qualitativa e de objetivo descritivo-explicativo, a pesquisa tem finalidade básica estratégica. Partindo do fenômeno da morte foi por meio dos métodos hermenêutico e dedutivo que buscou uma proposição razoável à garantia dos direitos individuais fundamentais daqueles pacientes que enfrentam a terminalidade. Para tanto o procedimento adotado foi bibliográfico e documental, notadamente da análise das normas constitucionais, civis e penais, além das resoluções emitidas pelo Conselho Federal de Medicina. Da ilegalidade da distanásia à promoção da ortotanásia justificou-se a despenalização das técnicas de morte medicamente assistida - eutanásia e morte assistida em sentido estrito -, afastando os crimes de homicídio e participação em suicídio.

PALAVRAS-CHAVE: Distanásia; Ortotanásia; Eutanásia.

ABSTRACT: The study aimed to defend the autonomy of patients at the end of their lives in order to shorten the process of dying. With a qualitative approach and a descriptive-explanatory objective, the research has a basic strategic purpose. Starting from the phenomenon of death, it used hermeneutic and deductive methods to seek a reasonable proposition to guarantee the fundamental individual rights of patients facing the end of life. To this end, the procedure adopted was bibliographical and documental, notably analysing constitutional, civil and criminal norms, as well as resolutions issued by the Federal Council of Medicine. From the illegality of dysthanasia to the promotion of orthothanasia, the decriminalisation of medically assisted death techniques - euthanasia and assisted death in the strict sense - was justified, ruling out the crimes of homicide and participation in suicide.

KEY WORDS: Dysthanasia; Orthothanasia; Euthanasia.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO
2. CONCEITOS OPERACIONAIS E ANALÍTICOS DE VIDA E DE MORTE
3. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A DISPOSIÇÃO RELATIVA NO FIM DE VIDA

¹ Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. <https://orcid.org/0009-0000-5696-8908>.

4. **A TERMINALIDADE HUMANA E A NATUREZA DAS TERAPIAS MÉDICAS**
 5. **DISTANÁSIA, ORTOTANÁSIA E A IDEIA DE UMA MORTE NATURAL**
 6. **A LEGALIDADE DAS TÉCNICAS DE MORTE MEDICAMENTE ASSISTIDA**
 - 6.1 A MORTE MEDICAMENTE ASSISTIDA COMO PROPULSORA DOS CUIDADOS PALIATIVOS
 7. **CONSIDERAÇÕES FINAIS**
- REFERÊNCIAS**

A DESPENALIZAÇÃO DA MORTE MEDICAMENTE ASSISTIDA NO BRASIL

1. INTRODUÇÃO

O avanço nas ciências médicas oportunizou um acréscimo importante na expectativa de vida à humanidade. Apesar disso, o progresso trazido pelo desenvolvimento biotecnológico também evidencia dilemas bioéticos dos quais o direito não deve se isentar, a exemplo daqueles que gravitam o fim de vida. Ao longo da evolução da sociedade, a morte migrou do ambiente domiciliar para o institucional. É no hospital, sob a vigilância dos profissionais de saúde e seguindo protocolos técnicos, distantes do que é familiar, onde o homem costuma morrer.

O processo de morrer assumiu outra natureza devido à diversidade de terapias associada à cultura da morte enquanto falha técnica, que “absolutizou” a dimensão biológica do paciente e relegou a sua personalidade em uma rotina em que escutá-lo é uma conduta excepcional. Não obstante a centralidade da pessoa humana no ordenamento jurídico pátrio, que conjugada ao conceito moderno de saúde não se esgota no âmbito físico e alcança às integridades psíquica e social, a tutela da saúde pode significar uma ação ou omissão em desacordo com a escolha da pessoa no pleno exercício dos seus direitos.

Assim, o Estado torna-se paternalista enquanto intervém na vida privada para garantir que a pessoa seja protegida de si. Em uma investida de visão instrumentalizada,

ela mesma esvazia o carácter normativo do próprio direito na busca daquilo que é universalizante, quando uma consideração uníssona desprivilegia o estado democrático de direito porque não reconhece o pluralismo.

É desse cenário que emerge o debate em torno da morte medicamente assistida. São homens e mulheres acometidos por doenças graves, em perfeito estado de consciência, debilitados de maneira permanente e irreversível. Questiona-se se prolongar a vida biológica com baixíssima qualidade é razoável para insistir no apoio mecânico. Nesses termos, diante da eutanásia e da morte assistida em sentido estrito, o Estado brasileiro advoga pela manutenção a qualquer custo da vida supervalorizada biologicamente. Se omite e não enfrenta a complexidade do tema, condenando tais técnicas à ilegalidade. Reprova a distanásia, todavia não implementa a ortotanásia na rede pública de saúde em número suficiente.

Este artigo pretende contribuir para o desenvolvimento dos estudos em Bioética² e Biodireito³, no particular, à tomada de decisões existenciais de fim de vida. Para tanto, analisa conceitos e princípios, legais e bioéticos, que orientam uma morte digna, e visa defender a despenalização das técnicas de morte medicamente assistida, a fim de afirmar ou negar a existência de um direito de morrer.

Com uma abordagem qualitativa e de objetivo descritivo-explicativo a sua finalidade é básica estratégica. O dedutivo e o hermenêutico são os métodos adotados, enquanto o seu procedimento é bibliográfico e documental, a partir de uma seleção normativa que envolve a Constituição Republicana de 1988, os Códigos Civil e Penal e as resoluções emitidas pelo Conselho Federal de Medicina.

Tomando a transdisciplinaridade como tônica, o estudo inicia com a investigação operacional e analítica dos conceitos de vida e de morte, depois apura a vida como um direito da personalidade e questiona a sua indisponibilidade, só então dedica-se à terminalidade e à natureza das terapias médicas. A seguir, avalia se a

²Bioética é ramo da Filosofia Moral que estuda as dimensões morais e sociais das técnicas resultantes do avanço do conhecimento nas ciências biológicas. E objetiva desenvolver argumentos racionais, que fundamentam valores e princípios envolvidos, bem como, a partir dessa argumentação, traçar recomendações para a solução de problemas (BARRETO, 2006, p. 104 e 105).

³Biodireito é o ramo do Direito que nasce da preocupação ética dos operadores das Ciências Biológicas e da Saúde. Como disciplina jurídica tem método dogmático, apesar de utilizar do conhecimento Zetético. As soluções que propõe devem partir de análise do caso concreto, porém com lastro normativo definido (SÁ; NAVES, 2018).

distanásia⁴ fere ou não as prerrogativas básicas do paciente, para apresentar a ortotanásia⁵ como essencial. Por fim, alcança as técnicas de morte medicamente assistida - a eutanásia e a morte assistida em sentido estrito - discutindo os seus conceitos e expondo as razões legais que impedem ou viabilizam a descriminalização desses institutos.

2. CONCEITOS OPERACIONAIS E ANALÍTICOS DE VIDA E DE MORTE

Do nascimento com vida⁶ tem início a pessoa natural⁷, a partir disso ocorre a apreensão da personalidade jurídica e do consequente poder para titularizar as relações jurídicas. A personalidade como instituto da doutrina cível se aperfeiçoa com a implementação da capacidade civil e se mantém indelével até o fim de vida da pessoa humana⁸. Por não se tratar de um evento instantâneo, mas de uma sequência gradativa de acontecimentos que se processam nos diversos órgãos do corpo, a morte é um fenômeno difícil de definir, apesar disso, hoje o médico pode diagnosticá-la de maneira precoce (FRANÇA, 2021).

Quando o transplante se tornou uma necessidade técnica, um novo parâmetro para a morte foi imprescindível. A tendência mundial é aceitar a morte encefálica caracterizada pela perda completa e irreversível das funções encefálicas, com a cessação das atividades corticais e de tronco encefálico (CFM, Resolução 2.173, 2017). O sistema nervoso central é composto por medula espinhal e encéfalo, que se divide em tronco cerebral e cérebro ou neocórtex. E a depender da parte atingida têm-se consequências diferentes (SCHUMACHER, 2009).

⁴ “A distanásia se dedica a prolongar ao máximo a quantidade de vida humana, combatendo a morte como grande e último inimigo.” (PESSINI, 2004, p. 218).

⁵ “A ortotanásia se concretiza na abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento fútil, extraordinário ou desproporcional diante da iminência da morte do paciente. Uma morte que não se busca e nem se provoca.” (DADALTO, 2015, p. 52).

⁶ É inconteste para as ciências médicas que a comprovação do nascimento com vida é a presença de ar nos pulmões, ou seja, a partir da respiração, examinada com exatidão técnica por procedimento chamado de docimasia pulmonar (Farias; Rosenthal, 2016, p. 304).

⁷ A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. (CCB, art. 2º, 2002).

⁸ Art. 6º. A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva (CCB, 2002).

Aqui, são dois os critérios operacionais discutidos: o *whole brain death*⁹, quando a morte acontece com o fim das funções de todo o encéfalo; já com o *neo-cortical death*¹⁰ o paciente é normalmente classificado em estado vegetativo. Essa primeira leitura posiciona a matéria em campos distintos; de um lado, estão “[os] partidários de uma definição da morte ‘biológica’, e [do outro, alocados os] defensores de uma definição da morte da ‘pessoa.’” (SCHUMACHER, 2009, p. 34-35).

É resultante da corrente reflexão tanatológica¹¹ uma concepção de morte pessoal que repousa na peculiaridade entre o ser humano e a pessoa – uma distinção antropológica que ajuda a entender e solucionar os dilemas éticos produzidos pela morte medicamente assistida. À medida que aquele se define pela estrutura biológica da espécie, a pessoa se determina por variadas propriedades. É própria dessa observação uma discussão filosófica, da qual emerge a análise daquilo que se torna ético, porque, mesmo resultante de pesquisas biológicas, precede aos critérios operacionais o plano conceitual (SCHUMACHER, 2009).

Apesar de escapar aos modelos científicos as singularidades da vida, ainda assim eles são importantes, por construírem significados partilháveis, passíveis de explicar e de propor intervenções. Se a definição científica de vida e de morte, que carregam os conceitos de saúde e de doença, não se restringem às ciências biológicas, também foi graças a elas que a humanidade durante muito tempo encontrou uma maneira para se conduzir (CZERESNIA; MACIEL; OVIEDO, 2013).

Mas para fugir do reducionismo que é tomar o fenômeno da morte exclusivamente em um ou outro plano, a proposta pela imbricação desses dois níveis de cognoscibilidade, guiados pela qualidade de vida - um critério que pressupõe a personalidade -, é realocar a morte pessoal e o plano biológico (SCHUMACHER, 2009). Pois não é razoável dois conceitos distintos, necessário apenas um conceito de morte humana, o que não implica na proibição de técnicas diferentes para morrer, assim como

⁹ A morte de todo o encéfalo (tradução livre).

¹⁰ A morte do neocórtex (tradução livre).

¹¹ A palavra tanatologia é de origem grega. Thanatus é o nome dado ao Deus da morte na mitologia grega. Já o sufixo logia vem de estudo. Portanto, etimologicamente, significa o estudo científico da morte (Houaiss, 2004).

é diversificada a *causa mortis*¹².

Indica o Conselho Federal de Medicina que para a determinação da morte encefálica é obrigatória a realização mínima de dois exames clínicos que confirmem o coma não perceptivo e a ausência de função do tronco encefálico; de teste de apneia para confirmar a ausência de movimentos respiratórios; e de exame complementar que comprove a ausência de atividade encefálica (Resolução 2.173, 2017).

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 ao final de cada etapa no prontuário do paciente. O médico assistente ou seu substituto deverá esclarecer os familiares acerca desse processo diagnóstico, bem como sobre os resultados de cada etapa (CFM, Resolução 2.173, arts. 7º, 8º e 9º, 2017).

Já para o universo jurídico, além das disposições elencadas que não fogem ao direito, o reconhecimento da morte exige a declaração médica supracitada e com ela a lavratura da Certidão de Óbito - um documento público que evidencia a morte da pessoa humana, atestando o momento, a causa, o lugar do óbito e demais informações relevantes (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

Por isso dizer que o discurso na socialização humana é imprescindível, e como protagonistas na vida moderna estão as linguagens médica e jurídica. A socialização humana carrega tais exposições e, em consequência disso, todos se encontram medicalizados e judicializados; daí se depreende que a transformação técnica é acompanhada de uma transmutação de atitude em relação à morte e o morrer (SÁ; NAVES, 2018).

Foi com o século XX que surgiram os primeiros indícios do conceito de morte vigente, caracterizado pela cientificação e tecnicização, propondo uma explicação globalizante. E de acordo com essa racionalidade, a morte humana tornou-se unicamente um fenômeno biológico. Essa proposição destaca apenas a tanatologia biológica como capaz de perceber racionalmente a morte. Porém, mesmo que essa visão consiga explicar alguns de seus processos constitutivos, não responde às questões que insistem em perturbar o espírito humano.

¹²“Causa mortis” é uma expressão em latim que, em português, significa “a causa da morte”. Esse termo é utilizado para se dizer a causa definitiva da morte de uma pessoa (EBRADI, 2019).

Se o conceito de morte biológica pretende ser totalizante é porque exprime uma rejeição da morte, desumanizada por essa idealização, quando, na verdade, revela dimensões variadas. O homem - ainda que só possa viver em um contexto biológico - na sua condição humana, dentro da qual se vive cultural, histórica e livremente, se define pela superação de seu contexto natural (SCHUMACHER, 2009).

Com efeito, se o ser humano se distingue pela consciência moral e cultural, uma análise universalizante da morte não pode por entre parênteses esta realidade intrínseca. A pessoa transcende à biologia e por isso é possível percebê-la além das lentes das ciências naturais. É indispensável contar com as ciências humanas e sociais, que se baseiam também em discursos racionais (SCHUMACHER, 2009).

O importante é perceber que a morte pode ser um mal menor comparada à manutenção de determinadas condições. Essa disposição subjetiva, em circunstâncias excepcionais, entre uma morte agora e uma morte futura, é o que pode libertar a pessoa de uma situação intolerável ou encarar a sobrevivência em um estado de sofrimento intenso; escolhendo não entre a vida e a morte, mas entre formas diferentes de morrer.

É essencial, para tanto, a compreensão do homem além do seu organismo. Não se tem uma identidade como se possui um coração ou qualquer outro órgão, que são independentes de auto interpretações. Necessário ter em mente que o paciente tem uma história de vida com características que são particularmente suas (TAYLOR, 2013).

Assim, munido de subjetividade, o ser humano não se reduz a uma dimensão biológica, que é comum a todos, há de ser considerado em sua dimensão mais própria, a biográfica. Apreendendo a personalidade pelo exercício de ser livre, com o outro e contra o outro, pressupondo uma sociedade plural que não determina ou impõe o que seja uma vida boa, senão, para efetivar o projeto democrático, na possibilidade de múltiplas personalidades e diversos projetos de vidas boas (SÁ; MOREIRA, 2015).

Por essa ótica, na presença de valores contrapostos, construídos na intersubjetividade de uma sociedade democrática, os novos valores não podem ser censurados em face dos interesses de uma maioria (SÁ; MOREIRA, 2015). Então, investiga-se a possibilidade de um direito à autonomia que alcance as decisões de fim de vida, mesmo que envolvam a síntese do processo de morrer.

3. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A DISPOSIÇÃO RELATIVA NO FIM DE VIDA

À personalidade estão integrados os atributos referentes à pessoa humana, que compreendem os aspectos constitutivos da sua identidade, como o nome; a honra; as integridades, física e psíquica; os dados sensíveis, a exemplo das informações genéticas e daquelas que constam de prontuários médicos. A civilística brasileira reconhece a imunidade e a denomina direitos da personalidade, quase uníssona a sua apreensão como direitos subjetivos (SÁ; NAVES, 2017).

Com a alteração contínua do espaço privado emergem novas controvérsias que demandam a releitura dos direitos da personalidade, agora como produto do tempo, experiências e necessidades (SÁ; NAVES, 2017). E em razão dessa dinamicidade tornam-se indetermináveis por elementos pré-fixados, por isso não se limitam a subjetivos para alcançar variadas situações jurídicas (CANTALI, 2009).

O legislador constituinte reconheceu um direito geral de personalidade quando sancionou a dignidade da pessoa humana - um fundamento que guarda os atributos da personalidade. Essa disposição combinada à redação constitucional do artigo 5º defende a multiplicidade desses direitos, ao indicar no § 2º¹³ um rol exemplificativo, assim não precisam estar todos prescritos (CANTALI, 2009).

Ao encontro dessa racionalidade está o enunciado nº 274 da IV Jornada de Direito Civil, cuja redação privilegia a tipicidade aberta ao estabelecer que a regulação desses direitos não pode ocorrer de maneira exaustiva pelo Código Civil brasileiro, conformando-se à tese da cláusula geral de tutela da pessoa. Sendo assim, é impossível negar proteção aos aspectos da vida humana sob a justificativa da ausência de previsão certa porque a existência do homem tem amparo normativo (CANTALI, 2009).

O *leitmotiv* da constituição de 1988 é a dignidade da pessoa humana e, em vista disso, o direito à vida é qualificado; desse ponto, o Estado brasileiro é obrigado a concretizar uma vida digna a todos em território nacional. Como objetivos fundamentais

¹³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988).

da república figuram a liberdade, a igualdade e a solidariedade; integrada a esses princípios está a promoção do bem-estar e o embargo a qualquer discriminação. Entre os direitos e as garantias fundamentais se destaca a vida, que ao lado das normas supracitadas encerra uma pluralidade razoável; e, nesses termos, é livre a manifestação de pensamento e crença, vedada a privação de direitos com lastro na fé religiosa ou convicção filosófica (BRASIL, arts. 3º e 5º, 1988).

Além disso, não há dúvidas quanto à interdição do tratamento desumano ou degradante pelo constituinte. Uma disposição que espelha o direito à saúde, retratado manifestamente pelos artigos 6º e 196 do texto constitucional, que sob a tônica da autonomia privada assume, além do caráter prestacional, um aceno individual e dinâmico, razoável a sua intersecção com a teoria dos direitos da personalidade (FÊRNANDES, 2023).

A intimidade e a privacidade também são direitos personalíssimos e compõem os direitos e as garantias fundamentais; espécies do gênero vida privada que retratam as nuances da existência humana. A cisão entre uma e outra está no plano da abrangência porque a intimidade é mais particular enquanto a privacidade retrata a vida pública, familiar ou social, permitindo o controle de coleta e a utilização de dados sensíveis (SÁ; NAVES, 2017).

Dessa hermenêutica o direito à vida é qualificado pela dignidade, o que remete ao princípio da autonomia privada com a aptidão para manifestação livre de vontade; evidenciando um ser humano capaz de construir os seus projetos de vida na consecução de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, desde que as suas orientações particulares não interfiram na esfera de direitos de seus pares. À tona o direito à vida como um direito da personalidade, ele é absoluto, necessário, vitalício, indisponível, extrapatrimonial, intransmissível, imprescritível e impenhorável; e a sua inviolabilidade é defendida em sede constitucional.

Entre tais características figura a indisponibilidade, dessa forma o titular não poderá renunciá-lo o que implicaria a negativa da própria dignidade. Um dos seus atributos de maior destaque, tanto que da irrenunciabilidade emerge o direito à integridade física. Mas, atualmente, o seu conteúdo (integridade física) não se conforma apenas à intangibilidade do corpo, conservando-o de quaisquer intervenções. Convém

admitir que a realização da vida hoje não é universalizada e tampouco deve ser uma imposição, porque o direito em uma conjuntura plural e democrática deve garantir o desenvolvimento livre da personalidade, nos planos individual e de reconhecimento da coletividade (SÁ; NAVES, 2017).

Como a tutela desses direitos não tem eficácia apenas absenteísta, mas promocional, o seu titular conta com uma faculdade para exercitá-lo e isso envolve a sua disposição, mesmo com a observação cuidadosa da dignidade (CANTALI, 2009). Assim, a limitação voluntária está relacionada a liberdade, a compor a tutela da personalidade, vez que na base do ato de dispor se encontra a esfera de liberdade da pessoa humana. Para Cantali (2009), essa disposição deve advir de um ato voluntário, consciente, com respeito à sociabilidade na medida em que não lesiona os direitos de terceiros e obedecendo à dignidade da pessoa humana.

Escreve Sá e Naves (2017), estão elencadas três hipóteses de livre disposição do corpo: a primeira, em benefício próprio com o intuito de cooperar ou melhorar a saúde ou equilíbrio psicofísico; a segunda, em benefício de terceiros determinados por meio de transplantes; e a terceira, em benefício da própria pessoa ou de terceiros indeterminados, no caso de experimentação científica. Alternativas que devem ser tomadas como ponto de partida para a apreensão de outras hipóteses.

O Código Civil nacional aponta para a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, exceto os casos com previsão legal (Art. 11, 2002). Partindo de uma interpretação literal, é proibido limitar voluntariamente o exercício dos direitos da personalidade, em consequência disso o titular sequer poderá restringi-los sem a permissão da lei. Em outras palavras, a autorrealização humana dependerá da premonição do legislador, que ao submeter a personalidade à subsunção da norma cria um protótipo de vida boa. Essa mesma imunidade que preenche o fundamento da dignidade da pessoa humana também estabelece um modelo a ser replicado, afastando a pluralidade razoável que é inerente às sociedades democráticas ocidentais (GODINHO, 2015).

O protecionismo revelado pelo artigo 11 da lei civil substitui a autonomia privada por um regime excessivamente paternalista e não promove a defesa da

dignidade da pessoa humana, pelo contrário, ele restringe as liberdades individuais a uma visão apriorística da lei, que atenta à dignidade porque suprime da pessoa humana a prerrogativa de realizar-se (GODINHO, 2015).

O legislador proíbe o ato de disposição do próprio corpo quando importar a diminuição permanente da integridade física (CÓDIGO CIVIL, art.13, 2002), no entanto, a saúde pode ser encarada como um estado de equilíbrio entre o bem-estar físico, mental e social, não se resumindo, pois, à ausência de doenças (OMS, 1946). Dessa afirmação, o que era visto como um atentado ao corpo ou à própria existência transmuta-se na ideia que o sujeito faz de si, porque na vida das pessoas essa imunidade depende das idiosincrasias da existência e não ocupa o mesmo lugar, nem possui as mesmas proporções. Na inteligência de Cantali (2009), negar tais atos de disposição é o mesmo que vilipendiar o fundamento da dignidade humana porque dispor das questões afetas à privacidade é exercer positivamente o livre desenvolvimento da personalidade.

O avanço biotecnológico promoveu no âmbito médico-hospitalar grande salto no desenvolvimento de aparelhagens, fármacos e demais técnicas que acabaram prolongando a vida humana, o que é benéfico. Contudo, para os pacientes fora de possibilidade terapêutica curativa também significou estender o processo de morte, adiando ao máximo o óbito. Nessas circunstâncias, as terapias são encaradas como um fim, mas aquele fora de possibilidade terapêutica atual não pode ser instrumentalizado para a consecução de um fim coletivo, por mais bem-intencionado que pareça.

Conforme a doutrina de Cantali (2009), é elementar à teoria do direito a inexistência de um caráter absoluto que venha defender uma certa imunidade contra qualquer tipo de restrição porque essa possibilidade estará sujeita a limites que asseguram o seu núcleo essencial. A dignidade da pessoa humana é pressuposto e fundamento da república e, via de consequência, dos direitos personalíssimos e fundamentais, empregada a um só tempo como limite desses direitos e limite de tais limites, isto é, estará sujeita à dignidade tanto a disposição pelo sujeito quanto a restrição pelo Estado. Segundo a autora, essa é a última fronteira a coibir os atos restritivos, pois não há como dispor da própria dignidade.

Apesar do fenômeno da vida necessitar do desempenho regular das suas funções orgânicas, sendo imprescindível uma estrutura biofísico-química, quando

questionado pelo eu, o homem extrapola esse âmbito; a pessoa não se restringe ao corpo, é a sua personalidade que o representa, está aí um importante reflexo da noção de dignidade. Então, quando o titular do direito à vida reclamar pela assistência médica para morrer, estará exercendo o direito à vida de maneira qualificada, assumindo a morte como o único evento capaz de livrá-lo de um estado desumano ou degradante (FÉRNANDES, 2023).

Em última análise, requisitar a morte digna em condições específicas trata-se do exercício do direito a uma vida digna. Cantali (2009) não tem dúvidas de que o exercício do direito à vida recepciona certa disponibilidade da análise de quadros clínicos que revelam dor e/ou sofrimento atroz; nesses casos, é legítimo o ato dispositivo de abreviar o processo de morte do paciente que enfrenta a terminalidade humana atendendo a sua autodeterminação.

4. A TERMINALIDADE HUMANA E A NATUREZA DAS TERAPIAS MÉDICAS

Definir a terminalidade é complexo e envolve a análise de coordenadas objetivas e subjetivas, a exemplo dos exames, da ausência de resposta ordinária a uma terapêutica e das experiências pessoais de pacientes, familiares e equipe médica. É comum os seguintes elementos para caracterizar a terminalidade humana: doença avançada, progressiva e incurável, com ausência de respostas ordinárias que sejam razoáveis à determinada terapêutica; sintomas intensos, múltiplos e multifatoriais; um grande impacto emocional e um prognóstico de até seis meses de sobrevida (DADALTO, 2020).

Gutierrez (2001), em uma perspectiva personalista, parece sintetizar os planos objetivo e o subjetivo que envolvem a terminalidade, para quem o conceito deve ser definido caso a caso, avaliando dialogicamente as possibilidades reais e pessoais entre equipe médica, paciente e família porque a níveis epidemiológicos os marcadores temporais funcionam bem, mas relegam a pessoa que está em fim de vida à invisibilidade; exatamente o que se vê considerada e atendida na razoabilidade de uma sociedade secular e democrática, como são as comunidades ocidentais contemporâneas.

Esse parece ter sido o entendimento da justiça colombiana quando deferiu o pedido eutanásico de Martha Liria Sepúlveda, diagnosticada com esclerose lateral amiotrófica (ELA), uma doença neurodegenerativa, progressiva e incapacitante, ainda sem cura; pois, mesmo que não conseguisse andar e convivesse com diversos sintomas, não se conformava ao conceito clássico de terminalidade; apesar de possuir doença incurável e do seu quadro clínico que tendia a progredir rapidamente para a morte. E mesmo que existissem cuidados eles seriam incapazes de reverter a sua condição de saúde a ponto de proporcionar um ganho substancial em qualidade de vida, o que não diz da supressão dos direitos e obrigações relacionados à prestação de cuidados, vez que autodeterminar-se não deve potencializar a dor e/ou sofrimento.

Assim como Sepúlveda, o também colombiano Víctor Escobar reivindicou o seu direito à morte digna. Na Colômbia, a prática da eutanásia é permitida, não por lei específica, mas através do poder judiciário desde 1997. Ambos os casos de grande repercussão por representarem a ampliação do direito à morte digna nesse país, porque, até então, a sua Corte Constitucional assumia o entendimento tradicional de terminalidade, considerando como parâmetro um prognóstico limite, para alcançar agora as pessoas acometidas por lesões e/ou doenças graves e incuráveis, com dores e/ou sofrimento intensos (GODINHO; KOVÁCS, 2018).

Em razão desse paradigma, as manchetes dos meios de comunicação passaram a estampar em seus periódicos que tanto Sepúlveda quanto Escobar eram pacientes que não enfrentavam a terminalidade, vendendo a falsa ideia de que naquele país a eutanásia, agora, seria realizada também em pacientes com possibilidades terapêuticas. O que causou grande polêmica na opinião pública; uma controvérsia que interveio na realização de tais procedimentos, muito embora já contassem com a chancela da justiça.

Escobar sofreu acidente vascular cerebral (AVC), por duas vezes, e a sua condição de saúde foi prejudicada após um acidente automobilístico que imprimiu graves restrições de mobilidade. Convivendo com doença pulmonar obstrutiva crônica, fibrose pulmonar, diabetes, hipertensão, trombose e problemas cardíacos, expelia sangue dos pulmões e não tinha mais o controle da excreção. Essa condição de saúde, no todo, gerou danos irremediáveis em sua qualidade de vida. E embora o seu pleito tivesse sido indeferido em junho de 2021, após a mudança de entendimento legal o seu

advogado voltou a acionar o poder judiciário e reiterar o pedido, deferido posteriormente. O procedimento de Escobar foi realizado em 07 de janeiro de 2022, em Cali, na Colômbia. Martha Sepúlveda foi eutanasiada um dia depois, na cidade de Medelim.

Ante a ampliação dos critérios, com a utilização da expressão paciente fora de possibilidade terapêutica curativa, se defende uma condição independente do tempo restante de vida, mas que investiga o quadro clínico incurável e irreversível, presente a dor intensa e/ou sofrimento agudo. Portanto, o estágio terminal encerra um conceito definido de forma casuística, avaliando possibilidades reais e pessoais de maneira dialogada entre os sujeitos envolvidos, competindo dizer, está inserido cultural e subjetivamente (GUTIERREZ, 2001).

Essa investigação alcança a natureza das intervenções nosocomiais, ou seja: quando uma terapia médico-hospitalar se torna (in)adequada. De acordo com Pessini (2007), o conceito de tratamento extraordinário depende da análise de um quadro clínico particular, que inclui examinar os objetivos da intervenção, disso fica claro que os tratamentos não são extraordinários *per se*, mas com relação a alguma coisa. Segundo esse autor, as terapias são assim qualificadas quando não alcançam os objetivos de melhorar, manter ou restaurar a qualidade de vida; não recompõem o prognóstico; não restauram a consciência; não previnem e nem curam a doença; falham em aliviar o sofrimento e outros sintomas; enfim, as terapêuticas são extraordinárias quando não beneficiam a saúde do paciente em uma percepção holística.

A ideia de tratamento extraordinário existe desde o início da história da prática médica, assumido por inúmeras sociedades de especialistas; e, embora ainda não exista uma definição precisa, alguns tratamentos não atingem os seus objetivos, de forma que os profissionais da saúde não estarão obrigados a prescrevê-los. Como já foi dito, a priori nenhuma terapêutica é extraordinária, porém não é digno e nem atende à prudência que seja empreendida mesmo quando já não há probabilidade segura de que haverá promoção do quadro clínico de maneira substancial, aliando à temporalidade uma observação qualitativa (PESSINI, 2007).

O bioeticista Pessini (2007) apura que o dever de prolongar a vida a qualquer custo não tem origem na escola hipocrática ou em outros documentos antigos da

medicina clássica, pois o único dever comum aos médicos greco-romanos era provavelmente o de ajudar ou pelo menos o de não causar dano; uma concepção que se afigura hoje à conjugação dos princípios bioéticos da beneficência e da não maleficência¹⁴. Para o autor, prolongar a vida de um paciente confrontado com a sua terminalidade é considerado um ato danoso a ele próprio, e, por isso, antiético a todos ou quase todos os médicos clássicos.

Santos (2015) *apud* Carrick (1995) conclui não existir uma única perspectiva sobre o sentido da morte nesse período histórico, havendo sobre o assunto múltiplas concepções. O médico da antiguidade não estava vinculado a um paradigma único de dever moral, atendendo a diversas perspectivas éticas existentes, resultado de uma atmosfera filosófica pluralista. Na inteligência da escritora, um médico típico na antiguidade clássica pode nunca ter ouvido falar de Hipócrates; para quem a partir do momento em que os valores cristãos passaram a dominar, nos últimos anos do Império Romano, tornou-se importante porque era o código que mais se adequava a essa filosofia. Com isso é possível hermenêuticas diversificadas para um mesmo valor partilhado, a exemplo da inviolabilidade da vida humana.

Pessini (2007) aponta ainda uma relevante questão político-pedagógica que envolve a finitude do homem: *“a não consideração da morte como uma dimensão da existência humana e do conseqüente desafio de lidar com ela como um dos objetivos da medicina faz com que se introduzam tratamentos agressivos que somente prolongarão o processo do morrer.”* (p. 65); favorecendo a realização de condutas médicas obstinadas.

5. DISTANÁSIA, ORTOTANÁSIA E A IDEIA DE UMA MORTE NATURAL

A etimologia da palavra distanásia indica o afastamento do óbito por meio de tratamentos médicos extraordinários, arrastando no tempo o processo de morte sem

¹⁴“[...] a beneficência, como a etimologia indica (ben-facere), refere-se à ação a ser feita. Ela comporta dois fatores: não fazer o mal ao próximo, ou melhor, positivamente, fazer-lhe o bem. Assim, por exemplo, no campo da saúde, esses dois aspectos podem ser traduzidos do seguinte modo: não usar a arte médica para causar males, injustiças ou para prejudicar; aplicar os tratamentos exigidos para aliviar o doente, melhorar seu bem-estar e, se possível, fazê-lo recobrar a saúde. [Já o] princípio [da não-maleficência] determina a obrigação de não infligir danos a quem quer que seja de maneira intencional. Na ética médica, ele esteve intimamente associado a máxima ‘acima de tudo, não causar dano’” (MAIA, 2017).

atender a vida humana propriamente dita, observados os valores biológicos e biográficos (PESSINI, 2007).

Prevê o código de ética que o profissional da medicina deva oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis, sem empreender terapias obstinadas, considerando a vontade expressa do paciente ou na impossibilidade a do seu representante legal (Parágrafo único, art. 41, 2018).

É lícito limitar ou suspender os procedimentos e tratamentos que prolongam o processo de morte; ao encontro das normas deontológicas quando tratam da responsabilidade do médico ao proibir a prática e a prescrição de atos desnecessários (Resolução nº 1.805, 2006; CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA, art. 14¹⁵, 2018).

A autoridade administrativa defende que o profissional da medicina evitará os procedimentos extraordinários, proporcionando ao paciente os cuidados paliativos compatíveis, sempre que estiver diante de um quadro clínico irreversível (CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA, cap. I, inc. XXII¹⁶, 2018).

E apesar do verbo evitar conferir parcialidade, em uma interpretação combinada com o parágrafo único do artigo 41¹⁷, é razoável tomar a distanásia como uma prática não autorizada aos médicos, aos pacientes e aos seus representantes legais (ARAÚJO; MAGALHÃES, 2021).

É importante salientar que a vedação à distanásia não se confunde com a desassistência no fim de vida, pois o conselho é a fonte dessa proscricção e impede o médico de abandonar aquele sob os seus cuidados, incentivando a prescrição da medicina paliativa (CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA, art. 36, 2018).

Pela logística das resoluções editadas, o Conselho Federal de Medicina aloca em sentidos opostos os institutos em comento, porque a garantia da ortotanásia impedirá a materialização da distanásia. Uma vez vedada a obstinação terapêutica, o paciente

¹⁵ Art. 14. Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País.

¹⁶ 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.

¹⁷ Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

continuará a receber todos os cuidados paliativos necessários, na perspectiva de uma assistência médica integral (Resolução nº 1.805, art. 2º¹⁸, 2006).

Isso porque o postergar do óbito nessas circunstâncias pode minimizar o conforto e potencializar a dor e/ou o sofrimento; quando a personalidade do paciente merece precedência, a contar pela não administração de terapias incongruentes com o fim de vida (Resolução nº 1.805, 2006). Nesses termos, a manutenção obsessiva da vida biológica pode conduzir o profissional da medicina à obstinação terapêutica, quando é inevitável o fim. E acentua a autarquia, a missão médica de garantir um processo de morte com o menor sofrimento possível (LOPES; LIMA; SANTORO, 2018).

No enfrentamento de uma doença grave, ameaçadora da vida humana e de prognóstico desanimador, é comum exigir tudo que for possível em tratamentos médicos, inclusive os extraordinários, haja vista a incerteza própria das ciências médicas (ARAÚJO; MAGALHÃES, 2021). Mas há de se considerar a medicina de evidência como a disciplina que aponta a previsibilidade das terapias médicas, livrando o corpo humano, ainda que diante da morte, de manipulações irrazoáveis. É importante minimizar os malefícios que as intervenções nosocomiais possam provocar, impedindo que um ato potencialmente danoso à saúde desse paciente de fato ocorra (SÁ; NAVES, 2018).

O fenômeno da morte se desenvolve de maneira orgânica (NUCCI; MAHUAD, 2018), e no campo dessa discussão está a ortotanásia como o ideal de morte natural. Esse entendimento assume uma morte humana livre de ingerências e que se implementa na hora certa; engendrada por uma valoração social positiva em comparação a outras técnicas de morte medicalizada. Contudo, a ortotanásia é o resultado de intervenções externas porque o processo de morrer não é somente biológico e se sujeita às impressões culturais e aos conhecimentos biotecnológicos; para encerrar uma possibilidade de morte reumanizada e que não se confunde à morte natural, mesmo livre de condutas obstinadas.

¹⁸ Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social, espiritual, inclusive assegurando a ele o direito da alta hospitalar Parágrafo único A decisão mencionada no caput deve ser precedida de comunicação e esclarecimento sobre a morte encefálica ao representante legal do doente.

Embora os bons cuidados paliativos tratem a dor e abrandem o sofrimento, os sintomas da doença continuarão a se manifestar. Ademais, o sofrimento é individual, e algumas das perdas advindas com a progressão da doença podem ser inapeláveis ao juízo do indivíduo, para que a ortotanásia ofereça um conforto genuíno em todos ou quase todos os casos (SANTOS, 2015).

Se o sofrimento for mesmo impossível de ser aplacado de forma considerável, conferindo qualidade à temporalidade da vida humana, com respeito à dignidade, há de se repensar as leis para permitir outras técnicas de morrer. Senão é de se assumir que alguns pacientes devam aceitar um processo de morte doloroso e/ou sofrido. Portanto, restringir a morte digna aos cuidados paliativos é violar a própria dignidade humana sob o pretexto da promoção de uma ideia de morte natural, a dizer de um evento sem intervenções, em momento transcendental, por estar além do alcance do homem, um termo certo e previamente marcado, o que é intangível à realidade médico-hospitalar (FÊRNANDES, 2023).

6. A LEGALIDADE DAS TÉCNICAS DE MORTE MEDICAMENTE ASSISTIDA

É predominante nas sociedades ocidentais a morte que se implementa nos hospitais e clínicas, onde o processo de morrer é acompanhado por equipe com diferentes profissionais da saúde. A biotecnologia é parceira na assistência dos pacientes em fim de vida e nessa conjuntura “se torna quase impossível morrer sem a anuência do médico.” (Resolução nº 1.805, 2006). O Conselho Federal de Medicina, por essas palavras, deixa transparecer uma morte que é resultante da intervenção humana, ainda que a sua consecução seja garantida pelas práticas ortotanásicas, integrando também uma concepção de morte medicalizada.

Instalado o processo de morrer, os procedimentos médicos alteram o termo final para menos ou para mais. Proibida a distanásia, é possível encurtar esse processo ou manter alguma progressividade clínica, nessa hipótese tem-se a ortotanásia e naquela a morte medicamente assistida. O artigo trabalha esses institutos a partir da relação de gênero e espécie; assim, a morte medicalizada é gênero das espécies ortotanásia e morte medicamente assistida. E tanto uma quanto a outra interferem no curso do processo de

morrer, conservando alguma progressividade ou encurtando-o. Já a morte medicamente assistida envolve a síntese voluntária do processo de morrer nos quadros de saúde extremamente graves e/ou irreversíveis, a se perfazer pelas vias heteroadministrada ou autoadministrada, materializadas, respectivamente, pela eutanásia e pela morte assistida em sentido estrito (SANTOS, 2015).

Barroso e Martel (2010) dizem da eutanásia como ação médica intencional que abrevia o processo de morrer de um paciente em situação clínica irreversível e incurável, conforme a disciplina da medicina de evidência, que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos. Enquanto para Sá e Moreira (2015) se trata de ação ou omissão médica que aplica ou deixa de aplicar deliberadamente um meio eficiente para encurtar o processo de morte do paciente incurável e com sofrimento agudo. Da intelecção desses pesquisadores tem-se uma distinção importante: Sá e Moreira defendem a conduta eutanásica como o agir e o omitir do médico, Barroso e Martel têm uma percepção na qual se admite apenas a comissão.

A doutrina tradicional classifica a eutanásia em passiva (um não agir) e ativa (um agir). Essa modalidade se ramifica em direta (presente o intuito de encurtar o processo de morte) e indireta (ausente a motivação de encurtar o processo de morte). Para os primeiros autores, há apenas a variante ativa e direta, porquanto a eutanásia diz de abreviar o processo de morrer, estando estreitamente relacionado a uma atuação consciente do médico.

Deixar de empreender a distanásia é uma recomendação do conselho de classe; assim, quando o médico deixa de implementar uma terapia incapaz de agregar quantidade e qualidade de vida em paciente fora de possibilidade terapêutica curativa estará atuando conforme a resolução nº 1.805/2006. O que não se conforma à omissão desse profissional, porque essa inatividade se relaciona às terapias ordinárias, presente a possibilidade de trazer higidez ao paciente; nesse cenário, o profissional da medicina pode ter atuado de maneira negligente¹⁹ e se aproximado do crime de omissão

¹⁹ A negligência pode ser entendida como a falta de cuidado somada a omissão em razão da inobservância dos regramentos que determinam a atuação técnico-profissional do médico (Meneguini; Nicodemo; Ferreira, 2020).

imprópria²⁰, diante do descumprimento de um dever jurídico (CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, § 2º, art. 13, 1940).

O médico estará passível de responsabilidade administrativa, cível e de imputação penal quando abreviar a vida do paciente e não sintetizar o seu processo de morrer, que são condutas operacionais diferentes. Nesse particular, ao condensar a vida do paciente sob os seus cuidados, o autor conjuga o verbo matar, núcleo do tipo expresso pelo artigo 121 do código penal²¹. Esse legislador parte de uma abordagem na qual o homicídio poderá acontecer, em regra, por meio da comissão ou, em casos excepcionais, pela omissão imprópria, a suprimir a existência do sujeito passivo de forma intencional ou culposa (CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA, art. 41, 2018; CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, art. 121, 1940).

A promoção da morte vai se orientar em sentido diametralmente oposto a vida, mas a vida não está restrita à biologia, senão arrematada pelo *self* (pessoalidade) a compor o que a doutrina especializada chama de biografia. E, por conseguinte, o paciente fora de possibilidade terapêutica curativa quando busca a morte digna, seja pela eutanásia ou pela morte assistida em sentido estrito, vista a ortotanásia como incontroversa, não aperfeiçoa essa dualidade. Ele não elege entre a vida e a morte porque o seu quadro clínico de terminalidade imprime uma concepção de sobrevivência, em que o prefixo sobre- modifica substancialmente o sentido do seu radical, a dizer do prolongamento do decurso que indubitavelmente culmina na morte; e o dever de suportar os seus efeitos mais nefastos pode conferir um pesado ônus à existência humana.

Com o processo de morte ativado, esse paciente postula pelo controle do seu corpo, um reflexo do princípio da liberdade a compor a natureza jurídica contemporânea

²⁰ Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). Busato e Cesto (2021), citando Feuerbach (2004), explica o crime de omissão imprópria, também chamado de comissivo por omissão, como aquele que pressupõe um fundamento jurídico especial a dar base à obrigação de agir. Segundo os mesmos autores, para incriminar alguém em omissão imprópria, além de produzir o resultado e de estar na posição de garantidor, ao agente é indispensável que o *não fazer* seja parte essencial de um tipo penal. Para esta pesquisa, a possibilidade de admitir que o agente tenha conjugado o verbo matar, para o homicídio; ou que tenha induzido, instigado ou prestado auxílio, no caso do crime de participação em suicídio.

²¹ Crime de homicídio: matar alguém (CPB, art. 121, caput, 1940).

do direito à saúde. A questão gira, então, em torno da legitimidade para decidir a forma da morte. Impende dizer que não há crime de eutanásia no ordenamento jurídico nacional, pois o seu procedimento técnico é conduzido por um profissional médico e não por qualquer pessoa; em razão desse argumento, afirma-se que a conduta eutanásica não se amolda à ideia de homicídio, ainda que privilegiado, sendo esse tipo penal classificado como um crime comum²².

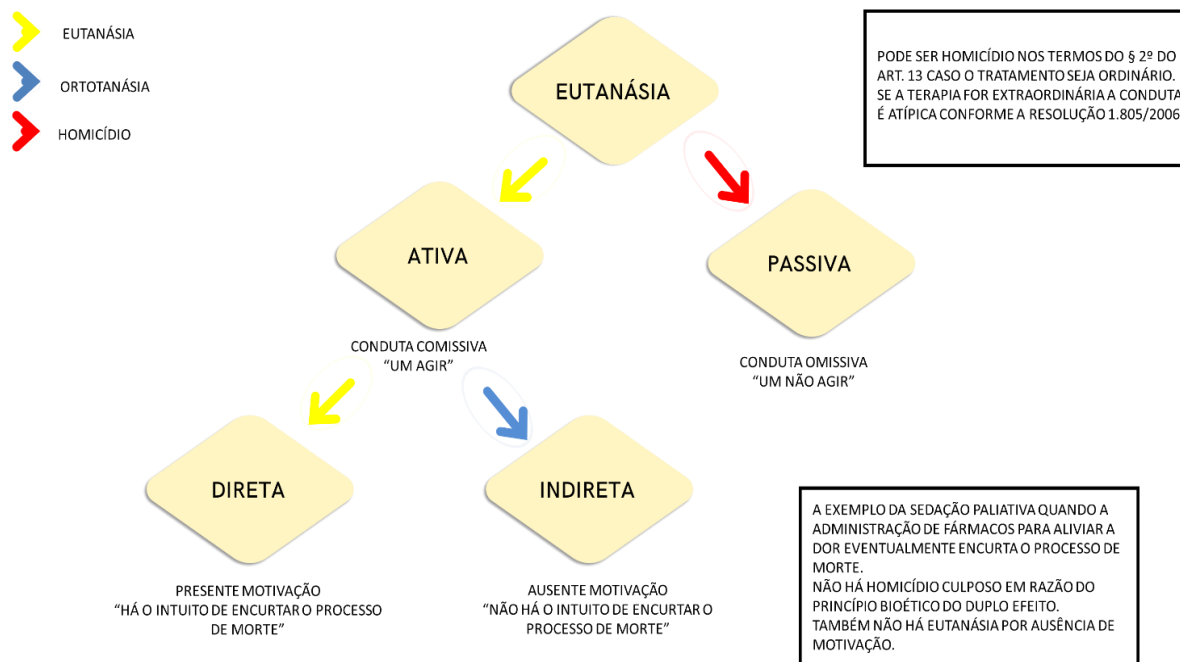
Já a variedade ativa e indireta seria factível se o médico não pretendesse encurtar o processo de morte do paciente e, apesar disso, a sua ação causasse o óbito. Nesses termos, ausente a motivação do médico, não há que se falar em conduta eutanásica em razão do princípio bioético do *duplo efeito* - quando de um ato médico com indicação adequada resulta em uma repercussão variada, podendo parte dela ser prejudicial à saúde. É isso que acontece quando o paciente submetido à sedação paliativa não retorna.

Em síntese, esta pesquisa defende a eutanásia como o ato consciente do médico de encurtar o processo de morrer do paciente fora de possibilidade terapêutica curativa, a seu pedido, ainda que empreendidos os cuidados paliativos. Importando em uma conduta comissiva e direta, na qual o médico desinteressado é quem dá origem ao risco que vai encurtar o processo de morte - administrando a substância indicada -, após avaliações clínicas realizadas por profissionais diferentes. Está-se diante de uma conduta própria, cujo médico é o agente; e da avaliação conjunta dos valores biológicos e biográficos, é o processo de morte que será por ele encurtado. Para tanto, o paciente deve possuir a capacidade natural²³ para a tomada de decisões existenciais, somada a um quadro clínico incurável e/ou irreversível.

²² “Crime comum é aquele que pode ser praticado por qualquer pessoa” (BITENCOURT, 2016. p. 283)

²³ A capacidade de desenvolver um raciocínio formal, representando a abstração necessária para antecipar acontecimentos futuros, isso é, as suas consequências; o discernimento, capacidade de tomar decisões consciente dos riscos e possíveis resultados; a maturidade, com o poder de controlar os impulsos e a aptidão para controlar dores, frustrações e sofrimentos; e a assunção de responsabilidade, estar apto a encarar as consequências do ato praticado, positivas e negativas (SILMANN, 2019).

Fluxograma 1 – Crítica à representação clássica da eutanásia



Fonte: De autoria própria

A técnica autoadministrada de morte medicamente assistida, apresentada como morte assistida em sentido estrito, é inconfundível à definição de eutanásia porque a consecução do óbito, resultante da síntese do processo de morrer, não depende diretamente da ação profissional do médico, mas da atuação do próprio paciente, orientado e observado por esse profissional (RIBEIRO, 1999, *apud* SÁ; NAVES, 2015). Sendo o agente aquele próprio a morrer, e o médico um terceiro desinteressado que prescreve a medicação e acompanha o protocolo.

É importante destacar o suicídio convencional da noção de morte assistida em sentido estrito, porque uma conduta não se confunde com a outra. O paciente que deseja se submeter ao protocolo de morte medicamente assistida encara um processo criterioso que avalia o estado clínico da sua saúde para atestar a terminalidade, apreciada a dor e o sofrimento, com fulcro na personalidade do candidato. Da análise de pareceres médicos especializados a entrevistas com o paciente e seu núcleo familiar é possível concluir pela dialogicidade, que se afasta do silêncio típico do suicídio convencional.

Segundo Busato e Cesto, os direitos mesmo que irrenunciáveis não podem ser objetos de imposição, desse ponto questionam qual o interesse do Estado em arrastar o processo de morrer contra a vontade do paciente fora de possibilidade terapêutica curativa (2021). Esses autores partem da integração entre os bens jurídicos vida e liberdade para concluir que somente uma temporalidade desejável pelo titular poderá ser objeto de incriminação. Dizem ainda que ao assegurar o direito à vida o ordenamento jurídico nacional não está vinculando a um dever de viver, porquanto a liberdade individual seja um direito humano fundamental. E defendem não haver razão para a intervenção impeditiva do Estado nos casos de auto/hetero lesão consentida.

Para Von Hirsch (2016) quando ausente o dano a terceiro a teoria do bem jurídico não legitima a criminalização de uma conduta já que o fundamento mais importante para isso tem assento no dano. Ao encontro do *princípio da alteridade* concebido por Claus Roxin, para quem as condutas relevantes transcendem a pessoa do autor; pressupondo que o direito penal deva interferir apenas em situações que ofendam o bem jurídico de terceiro (*apud* BUSATO; CESTO, 2021; NUCCI, 2011). Essa ideia de bilateralidade no direito conta com pelo menos dois sujeitos, destacando a conduta essencialmente interna e/ou individual da lesividade necessária para legitimar a intervenção do Estado (BATISTA, 2002).

De acordo com Mill, em *Sobre a liberdade* (1942), o exercício do poder contra a vontade do seu titular será legítimo apenas se for para evitar danos a terceiros, afastando-se do abuso do direito (*apud* BUSATO; CESTO, 2021). Além desse argumento, ao encontro da lei penal está a vedação do abandono - quando o legislador ordinário, no artigo 133, diz da proibição de desassistir a pessoa que está sob os seus cuidados -, que nas circunstâncias discutidas trata-se de uma proscrição a combinar com o caráter impreterível dos cuidados paliativos. E nessa mesma linha de raciocínio encontra-se também a proibição da distanásia, pois se conforma a tratamento desumano ou degradante.

É importante a busca de critérios que norteiam a intervenção estatal na liberdade de cada um para afastar as pretensões de certa moralidade sobre a criminalização das condutas. Entretanto, é censurável a posição do Estado quando se eleva à qualidade de titular do bem jurídico na sistemática do código penal a ponto de

considerar ilícita a morte medicamente assistida em todos os casos. Quando o legislador penal superestima o sentido de utilidade social do bem jurídico vida traça diretamente um liame entre titularidade e Estado, de modo que o verbo “auxiliar”, presente no artigo 122²⁴ da lei penal, se torna uma figura aviltante da liberdade individual, porque a vida merece ser entendida longe de uma relação puramente instrumental, que serve à comunidade antes de atender ao indivíduo. O fundamento para incriminar a conduta expressa pelo artigo supracitado deve residir na importância à própria pessoa, precípua a sua existência e não ao interesse comunitário (BUSATO; CESTO, 2021).

6.1 A MORTE MEDICAMENTE ASSISTIDA COMO PROPULSORA DOS CUIDADOS PALIATIVOS

Na literatura especializada, as técnicas da ortotanásia e da morte medicamente assistida aparecem comumente dissociadas e até diametralmente opostas, porém não é descabido entendê-las como espécies que se complementam para garantir uma morte digna.

A medicina paliativa é uma estratégia médico-hospitalar tomada perante a dor e o sofrimento de pacientes sem possibilidade de cura, administrada desde o diagnóstico de uma doença que lhe ameace a vida. Essa metodologia é encarada como tratamento médico por objetivar tratar a sintomatologia apresentada em quadros clínicos de doenças irreversíveis, de irrecusável aplicabilidade. Contudo, há de se considerar que existam condições de saúde que mesmo os bons cuidados paliativos não conseguirão contornar, em que se torna muito difícil o gerenciamento satisfatório dos sintomas (FÊRNANDES, 2023).

Importante a consciência de que a desenvolvimento da medicina é insuficiente para realizar a imortalidade; embora a revolução técnico-científica tenha imprimido nas ciências médicas incontáveis avanços, impedir que as doenças potencialmente ameaçadoras da vida progridam a culminar na morte do corpo ainda é improvável. Isso indica a existência de situações clínicas que careçam de terapias com o potencial de

²⁴ Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça (BRASIL, 1940).

promover a dignidade do paciente em fim de vida, que padece pela persistência da dor e/ou do sofrimento atroz. Nesses casos, é razoável cogitar a viabilidade da eutanásia ou da morte assistida em sentido estrito, porque abreviar o processo de morrer nessas circunstâncias pode ser tolerado em virtude da ausência de outros meios eficazes.

A medicina paliativa no Brasil iniciou-se nos anos de 1980, mas foi somente a partir de 2012 que se implementou a nível nacional. Por trinta anos a sua disponibilidade foi extremamente limitada, o que conduziu a um cenário degradante. E sem embargo dos avanços da última década, o Brasil continua em defasagem (SANTOS; FERREIRA; GUIRRO, 2020). Esse é o argumento mais utilizado para deslegitimar a implantação da eutanásia e da morte assistida em sentido estrito no país, pois, quando nem todos os cidadãos brasileiros têm acesso aos bons cuidados paliativos, implementar tais técnicas seria o mesmo que institucionalizar a mistanásia²⁵. Essa avaliação prejudica a autonomia do paciente fora de possibilidade terapêutica porque o Sistema Único de Saúde tem deficiências estruturais, e os cuidados paliativos não contam com a mesma disponibilidade em relação aos grandes países do mundo; a desconsiderar a existência de critérios de acessibilidade além de menosprezar a própria técnica médica nacional.

A dignidade do paciente em fim de vida conduz a um projeto que viabiliza as três técnicas de morte medicalizada - ortotanásia, eutanásia e morte assistida em sentido estrito. Há quem recuse a morte medicamente assistida quando sujeito aos bons cuidados paliativos, mas existirão aqueles cuja opção será a eutanásia ou a morte assistida em sentido estrito, mesmo amparados por cuidados paliativos de qualidade. É fundamental manter tais cuidados em respeito à vedação do abandono, uma conduta adversária da ética médica, ainda que o paciente escolha a síntese do seu processo de morte.

Incontroverso que no Brasil os serviços públicos de saúde precisam melhorar e os cuidados paliativos devam ser amplificados, mas essas necessidades não justificam *per se* um obstáculo intransponível a proposição de políticas públicas que discutam a

²⁵A falta de estrutura e de condições mínimas, investimentos insuficientes e uma alocação nem sempre responsável remete ao conceito de mistanásia. Essa, na concepção dos autores Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moreira é “[...]é a morte miserável, fora e antes da hora.” (2015, p. 88). Isso é, aquela provocada pela falta de acompanhamento especializado, remédios, de uma dieta específica; enfim, de todo o arcabouço imprescindível ao desenvolvimento digno da vida humana.

qualidade de morte no país e a viabilidade segura de outras técnicas médicas. Pouco provável que o Estado brasileiro invista ostensivamente em ortotanásia para depois oferecer a assistência médica para morrer aos pacientes que enfrentam a terminalidade. Dessa racionalidade se extrai a razoabilidade da descriminalização das técnicas de morte medicamente assistida como propulsora dos cuidados paliativos, porque são institutos indissociáveis.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exigibilidade de um direito se complementa com o dever de cumprir determinados encargos, desse modo é permitido ao titular o poder para reivindicar a sua tutela em face de outrem. Daí um direito de morrer corresponderia a um dever de matar, mas matar alguém é crime. O importante é distinguir essa atuação da síntese do processo de morte, quando o paciente já está confrontado com a terminalidade da sua vida. Por isso o profissional da medicina ao aplacar a dor e/ou sofrimento de um paciente fora de possibilidade terapêutica curativa, encurtando esse processo a seu pedido, não conjuga o verbo matar, vez que abreviar a vida é ação compatível a uma temporalidade desejável, com manifesto dano.

Concretizando a autonomia privada da pessoa do paciente, com supedâneo nos princípios constitucionais da liberdade e da igualdade, compreensível em face da dignidade da pessoa humana, sendo cláusula geral constitucional da personalidade e cuja densidade o fim de vida não dissolve. À vista disso, se defende não um direito de morrer, mas a autonomia para sintetizar o processo do óbito nos casos clínicos incuráveis e/ou irreversíveis, em que a sintomatologia é de gerenciamento extremamente difícil. A pretensão é que o paciente fora de possibilidade terapêutica curativa assuma o protagonismo desse momento, habilitado a redigir as últimas linhas do livro da vida, porque o evento morte não está além da existência, e a dignidade encontra-se impressa com tinta indelével em todas as suas fases.

A autonomia para morrer se transmuta em uma discussão relevante quando a forma da morte passa do juízo individual para o controle coletivo, no qual o desejo de encurtar o já instalado processo de morte do titular do direito à vida não é o único a

repercutir. Encerrando a dignidade um recurso que assevera as integridades da pessoa humana, no intuito de que possa ela mesma engendrar a sua vida de maneira autônoma, livre para definir a sua biografia, concretizando desejos e assumindo consequências.

Na preservação da dignidade da pessoa humana está o direito à saúde, sustentada a sua natureza jurídica *sui generis*, qualificado também como personalíssimo porque associado à liberdade. Dessa imunidade emerge uma construção subjetiva, encarada como o controle e o autogoverno do corpo; um conceito de maior dinamicidade ao acrescentar à defesa da integridade física a importante observação psíquica e social.

Em última análise, esta pesquisa não se ocupa de um direito de morrer porquanto o processo do óbito não está além da existência humana, mas integra o direito à vida; diz do viver e de enfrentar o último estágio do ciclo vital respeitada a dignidade do *eu-sujeito*. Em razão disso, a interpretação da norma merece toda a atenção e o cuidado, tomado o interesse público para regular as condutas que compõem a esfera existencial, ajustando o acesso às imunidades e não para impedir direitos individuais fundamentais.

Para tanto, a ética médica deve se orientar pela moralidade da pessoa do paciente, sem prejuízo da objeção de consciência, nos moldes já estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina. Um movimento que dispensa o abuso, sinalizado pela proibição da completa suspensão dos cuidados paliativos, em função da proscrição legal e administrativa do abandono; desautorizada a opção pela distanásia, uma tomada de decisão que agrava o mal ao estender a temporalidade da vida sem atenção à qualidade; além da vedação de pôr em risco a vida de terceiros em defesa da saúde coletiva. Em um expediente que ajusta o princípio da liberdade ao postulado da responsabilidade.

Abordado o quem, o quê e o porquê, é razoável pensar na morte medicamente assistida como uma possibilidade técnica a serviço dos pacientes fora de possibilidade terapêutica curativa, pois na impossibilidade de aplacar a dor e o sofrimento, ainda que administrados os cuidados paliativos de qualidade, há de se rever o entendimento legal que confere a eutanásia o *status* do crime de homicídio, e a morte assistida em sentido estrito às circunstâncias do crime de participação em suicídio, porquanto descartado o dano ao próprio paciente e a terceiros.

Isso posto, advém a necessidade de enfrentar as questões de fim de vida nos mais diversos níveis, porque, independente de quaisquer fatores, o homem está confrontado com a mortalidade e talvez essa seja a sua característica mais própria, localizada no cerne daquilo que faz dele humano.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, C. P.; MAGALHÃES, S. M. **Obstinação terapêutica: um não direito**. In: Cuidados paliativos: aspectos jurídicos. Idaiatuba: Foco, 2021.

AMORIM, B. A. L. **Vulnerabilidade médica no ambiente hospitalar**. In: SÁ; NAVES e SOUZA. Direito e Medicina: autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar. Indaiatuba, SP: Foco, 2018.

BARROSO, L. R.; MARTEL, L. C. V. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. Os Constitucionalistas. 01 de mar. de 2010. Disponível em: http://osconstitucionalistas.com.br/Artigos/A_Morte_Como_Ela_E-Barroso_Martel.pdf. Acessado em: 18 de jan. de 2022.

BARRETO, V. P. **Bioética**. In: BARRETO, Vicente de Paulo. Dicionário de Filosofia do Direito. São Leopoldo: UNISSINOS/Renovar, 2006. p. 104 e 105.

BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 8ª ed., 2002.

BUSATO, P. C.; CESTO, M. **A eutanásia, a eugenia e o bem jurídico vida frente a interrupção de cuidados paliativos: implicações penais**. 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Diário Oficial da União. Brasília, 11 de jan. de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 21 de jan. de 2022.

BRASIL. Decreto - lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 31 de dez. de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 de jan. de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 de jan. de 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasília). 27 de setembro de 2018. **Resolução nº 2.217**, Brasília: Diário Oficial da União, 1 nov. 2018. Disponível em:

<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 02 de jan. de 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasília). 09 de novembro de 2006. **Resolução nº 1.805**, Brasília: Diário Oficial da União, 28 nov. 2006. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 02 de jan. de 2022.

Causa Mortis, Causamortis ou Causa Motis? EBRADI. 13 de set. de 2019. Disponível em: <https://www.ebradi.com.br/coluna-ebradi/causa-mortis>. Acessado em: 11 de fev. de 2022.

DADALTO, L. **Minha visita à Dignitas**. Testamento Vital. 27 de jan. de 2021. Disponível em: <https://www.testamentovital.com.br/post/time-is-money>. Acessado em: 14 de dez. de 2021.

DADALTO, L. **Testamento Vital**. 5. ed. São Paulo: Editora Foco, 2020.

'Deus não quer me ver sofrer': Colômbia autoriza eutanásia de mulher sem estado terminal. G1. 05 de dez. de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/10/05/deus-nao-quer-me-ver-sofrer-diz-colombiana-que-teve-eutanasia>. Acesso em: 08 de dez. de 2021.

FRANÇA, G. V. **Direito médico**. 17. ed. Rio Janeiro: Forense, 2021.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil**. 14ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

FÊRNANDES, H. O PACIENTE FORA DE POSSIBILIDADE TERAPÊUTICA CURATIVA E A RECUSA DE TRATAMENTOS MÉDICOS. **Revista Conversas Civilísticas**, Salvador, v. 3, n. 1, p. 141–157, 2023. DOI: 10.9771/rcc.v3i0.53081. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/conversascivilisticas/article/view/53081>. Acesso em: 9 ago. 2023.

GUTIERREZ, Pilar L. **O que é o paciente terminal?** Revista da Associação Médica Brasileira. 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ramb/a/Lc5MYWZHrMb8vGpRWWdx3qF/?lang=pt#ModalArticles>. Acesso em: 08 de dez. de 2021.

GODINHO, A. M. **Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária**. Curitiba: Juruá, 2014.

GODINHO, A. M.; KOVÁCS, M. J. Morte Digna na Colômbia. In: SÁ e DADALTO. **Direito e Medicina: a morte digna nos tribunais**. Indaiatuba, SP: Foco, 2018.

TAIROVA, O.; ALMEIDA, F. A. S. Entenda tudo sobre o estado vegetativo. Vitallogy. 03 de out. de 2019. Disponível em: <https://vitallogy.com/feed/Entenda+tudo+sobre+o+estado+vegetativo/606>. Acesso em: 13 de fev. de 2022.

LOPES, A. C.; LIMA, C. A. S.; SANTORO, L. F. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos**. 3.ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Atheneu, 2018.

MENEGUINI, C. C. B; NICODEMO, D.; FERREIRA, L. M. **Manual sobre responsabilidade jurídica do cirurgião plástico**. Curitiba: CRV, 2020.

MAIA, L. D. L. **Os princípios da bioética**. Âmbito Jurídico. 01 de mar. de 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-158/os-principios-dabioetica/#:~:text=N%C3%A3o%20malefic%C3%Aancia%20%C3%A9%20princ%C3%ADpio%20que,primeiro%20e%20evitar%20o%20segundo>. Acesso em: 25 de fev. de 2022.

MONTEIRO, M. C. **A morte e o morrer em UTI: família e equipe médica em cena**. 1ª ed. Curitiba: Appris, 2017.

NUCCI, C. L.; MAHUAD, E. **Morte Digna? Direito à vida e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

Homem de 60 anos é a primeira pessoa sem doença terminal a morrer por eutanásia na Colômbia. G1, 08 de jan. de 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/01/08/homem-de-60-anos-e-primeira-pessoa-nao-terminal-a-morrer-por-eutanasia-na-colombia.ghtml>. Acesso em: 12 de fev. de 2022.

PESSINI, L. **Distanásia: até quando prolongar a vida?** 2. ed. São Paulo: Ed. Loyola, 2007.

SÁ, M. F. F.; MOREIRA, D. L. **A incapacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SÁ, M. F. F.; LIMA, T. M. M. **Ensaio sobre a velhice**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

SÁ, M. F. F.; MOREIRA, D. L. **A incapacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SANTOS, L. F. **A Morte Assistida e outras questões de fim de vida**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2015.

SANTOS, A. F. J.; FERREIRA, E. A. L.; GUIRRO, U. B. P. **Atlas dos cuidados paliativos no Brasil de 2019**. São Paulo: ANCP, 2020.

SÁ, M. F. F.; NAVES, B. T. O. **Bioética e Biodireito**. 4. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2018.

SILMANN, M. C. M. **Competência e recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: um necessário diálogo entre o biodireito e o direito infante juvenil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

SCHUMACHER, B. **Confrontos com a morte: A filosofia contemporânea e a questão da morte**. 1. ed. São Paulo: Loyola, 2009.

TAYLOR, C. **As fontes do self: a construção da identidade moderna**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2013.