

FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
FELIPE ANDERSON GOMES DA SILVA

**APLICABILIDADE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL Nº 54 EM FACE DA EUTANÁSIA NO BRASIL**

RUBIATABA/GO

2018

FELIPE ANDERSON GOMES DA SILVA

**APLICABILIDADE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL Nº 54 EM FACE DA EUTANÁSIA NO BRASIL**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor especialista Pedro Henrique Dutra.

RUBIATABA/GO

2018

FELIPE ANDERSON GOMES DA SILVA

**APLICABILIDADE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL Nº 54 EM FACE DA EUTANÁSIA NO BRASIL**

Monografia apresentada como requisito parcial à
conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do
professor especialista Pedro Henrique Dutra

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM 22 / 06 / 2018

**Especialista em Direito e Processo Civil Pedro Henrique Dutra
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Mestre em Ciências Ambientais Rogério Gonçalves Lima
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Mestre em Direito Márcio Lopes Rocha
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente à minha mãe Jael, que sempre me motivou e acreditou em mim mais do que todo mundo, até mesmo quando eu não acreditava. Sempre apoiou minhas decisões me dando forças e me fazendo crer que nenhuma das minhas escolhas eram inalcançáveis, que tudo que queremos fazer está a um passo da realização. Basta apenas o querer e nada mais. Igualmente, agradeço ao meu pai Eraldo Jr. pela confiança que sempre depositou em mim e que, assim como minha mãe, sempre acreditou mais em mim do que eu mesmo.

Agradeço também às minhas avós, Luzinete e Rosivalda, que sempre acreditaram em mim e tanto se orgulham dessa minha realização que é a conclusão do curso. Ambas, como segundas mães que sempre foram, sonham e vibram juntamente comigo minhas realizações. E por essa confiança e expectativa sou muito grato. Não poderia me esquecer de meu avô Eraldo, que sempre esteve junto no meu crescimento e, por conseguinte, na minha formação acadêmica.

Vale exaltar aqui também meus agradecimentos ao meu orientador e amigo Pedro Henrique Dutra, professor de vocação e paixão, que muito me motivou e inspirou na minha caminhada, sendo de importância ímpar na consolidação dessa monografia.

*Valeu a pena? Tudo vale a pena
Se a alma não é pequena.
Quem quer passar além do Bojador
Tem que passar além da dor.
Deus ao mar o perigo e o abismo deu,
Mas nele é que espelhou o céu.*

(Fernando Pessoa)

RESUMO

O objetivo desta monografia é compreender se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 pode ser precedente para a regulamentação da eutanásia no Brasil, a partir da interpretação entre as situações como sendo análogas. Para atingir este objetivo, a presente pesquisa foi desenvolvida tendo em vista o processo hipotético-dedutivo. Desse modo, partindo de lacunas do conhecimento científico jurídico, traçaram-se conjecturas por meio do método dedutivo. Isso ocorreu mediante estudos bibliográficos, doutrinários e jurisprudenciais voltados ao tema, sendo esse de relevância distinta, uma vez que trata de conflitos principiológicos entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Chegou-se à conclusão da possibilidade da interpretação de precedência, havendo, inclusive, processos instaurados nesse sentido.

Palavras-chave: Eutanásia. Anencefalia. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The goal of this work is to understand whether the Argument of Breach of Basic Precept number 54 can be precedent for the regulation of euthanasia in Brazil, from the interpretation between the situations as being analogous. In order to achieve this purpose, the author developed this research through the hypothetical-deductive process, starting from the gaps of the juridical scientific knowledge and then drawing conjectures through the deductive method through bibliographical, doctrinal and jurisprudential studies focused on the subject, being this one of distinct relevance, in view of the principle conflicts between the right to life and the dignity of the human person. Thus, it is possible to conclude about the possibility of the interpretation of precedence, in addition the existence of proceedings instituted in this sense.

Keywords: Euthanasia. Anencephaly. Dignity of human person

Traduzido por Rosana Alves Simão dos Santos, graduada em Letras-Português/Inglês, Especialista em Língua Inglesa e Mestre em Educação Básica

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
Caput	Capítulo
CF	Constituição Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
CNTS	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde
Dr.	Doutor
EC	Emenda Constitucional
Ed.	Edição
MI	Mandado de Injunção
MPBA	Ministério Público da Bahia
Nº.	Número
P	Página
STF	Supremo Tribunal Federal
V.	Volume

LISTA DE SÍMBOLOS

§ párrafo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 VIDA - ASPECTOS BIOLÓGICOS, TEÓRICOS E JURÍDICOS.....	13
2.1 TEORIAS DE ORIGEM DA VIDA NA TERRA.....	13
2.2 TEORIAS DE INÍCIO DA VIDA INTRAUTERINA	15
2.3 VIDA NA VISÃO DO DIREITO BRASILEIRO	17
2.4 VULNERABILIDADE DO CONCEITO JURÍDICO E SUA RELATIVIZAÇÃO.....	19
3 EUTANÁSIA – CONCEITUAÇÃO, HISTÓRICO LEGISLATIVO E VISÃO JURÍDICA ATUAL.....	23
3.1 CONCEITO E DISTINÇÃO ENTRE A EUTANÁSIA, DISTANÁSIA E ORTOTANÁSIA E SUICÍDIO ASSISTIDO	24
3.2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EUTANÁSIA NO MUNDO	27
3.3 A EUTANÁSIA PARA O DIREITO BRASILEIRO	30
4 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº54 – IMPACTOS, PRECEDENTES E SUA RELAÇÃO COM A EUTANÁSIA	33
4.1 SURGIMENTO DA ADPF 54	33
4.2 IMPACTOS DA ADPF 54 NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	36
4.3 PRECEDENTE E RELAÇÃO DA ADPF 54 COM A EUTANÁSIA	38
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS.....	43
ANEXOS.....	46

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico possui como escopo a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 e o conflito de princípios fundamentais presentes na dada ação, bem como sua correlação com a eutanásia no Brasil. A presente ADPF descriminalizou a interrupção da gravidez em casos de fetos anencéfalos, partindo da exegese que, nesse caso, há uma prevalência entre o princípio da dignidade da pessoa humana, na ocasião da mãe que carrega aquele feto portador de tal condição letal, em face do direito à vida do nascituro, que se encontra em estado de iminência de morte.

A mencionada ADPF, que foi julgada procedente em 2012, garantiu como efeito de sua procedência a interrupção terapêutica da gestação de feto anencéfalo. Tal entendimento relativiza o direito à vida, quando, em iminência de morte por conta da anencefalia, permite-se a brevidade da vida do feto.

Não obstante, faz-se propício estabelecer que a discussão da presente pesquisa balizar-se-á a partir dos argumentos presentes nos votos da supracitada ação constitucional. Ademais, trar-se-á também ao debate interpretações doutrinárias pertinentes, a fim de fundamentar as conclusões vindouras. Desse modo, não iremos no limitar apenas a jurisprudência de nossa corte maior.

Pode a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº54 ser precedente para a Eutanásia no Brasil, a partir do conflito de princípios vida-dignidade da pessoa humana? A partir dessa pergunta-problema será desenvolvida a pesquisa, que partirá das hipóteses a seguir delineadas. 1) Há a possibilidade da abertura de precedente, com base na interpretação que com a permissividade do aborto anencéfalos estaríamos permitindo que uma vida fosse mitigada, por conta de sua baixa expectativa de duração futura? Conforme relata o ministro Lewandowski (2012) em seu voto, que será esmiuçado no momento propício, tal entendimento seria o mesmo que permitir que a vida fosse mitigada devido à falta de expectativa

Segundo Peluso (2012), no campo constitucional o direito dá a mesma importância à vida antes e após o nascimento. Desse modo, diante da pacificação do entendimento da igual importância da vida intra e extrauterina, reiterada pelo ministro em seu voto, fica evidente que a interrupção de uma vida por essa ostentar pouca expectativa de duração ou certeza de morte, ainda que em caso de feto anencéfalo, em nada difere do conceito de eutanásia.

Outra hipótese que ficará sob o crivo da presente pesquisa é a da incongruência da situação envolvendo interrupção da gravidez de anencéfalos, com a eutanásia. De acordo com o entendimento do relator da ADPF nº54, o ministro Aurélio (2012), não há que se falar em vida sendo mitigada, pois a impossibilidade de progressão da vida no anencéfalos o retira do rol de vida propriamente dita.

A presente pesquisa monográfica possui, portanto, como objetivo primário compreender se a procedência da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais nº54 pode se tornar precedência para uma regulamentação da eutanásia no ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, fará uso do método hipotético-dedutivo de pesquisa. Partindo de lacunas do conhecimento científico jurídico e, então, traçando conjecturas por meio do método dedutivo.

Em termos de estrutura, a monografia terá quatro capítulos, sendo que no primeiro configura-se a introdução. No segundo capítulo serão analisados os conceitos, teorias e visões jurídicas de vida e sua relativização no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, para que se compreenda se há de fato no caso da ADPF nº54 um conflito entre o direito a dignidade da pessoa humana e a vida. Isso porque não se tratando de vida no caso de fetos anencéfalos (como compreende alguns doutrinadores), não há que se falar em analogia ao conflito de princípio da eutanásia, na qual atualmente o princípio à vida leva essa batalha hermenêutica.

No terceiro capítulo se abordará como é vista a eutanásia no ordenamento jurídico pátrio, tal como em jurisprudências e entendimentos doutrinários, a fim de se fazer um paralelo à situação de conflito de princípios fundamentais presentes na ação, que é o objeto de estudo da presente monografia. Por fim, no quarto capítulo trata-se da possibilidade de tal ADPF figurar como precedente para um entendimento jurídico diverso acerca da eutanásia, com base em todo o abordado nos capítulos antecedentes.

Partindo das conjecturas supracitadas, a pesquisa buscará respostas a partir da análise minuciosa dos votos dos ministros na ADPF em tela. Além disso, irá balizar-se em doutrinadores do direito constitucional, processual constitucional, bioética, biodireito e direitos humanos, a fim de revestir do mais puro método científico de resolução de problemas.

2 VIDA – ASPECTOS BIOLÓGICOS, TEÓRICOS E JURÍDICOS

Como capítulo inaugural desta pesquisa, temos a discussão sobre o que vem a ser o conceito de vida, as teorias e as visões históricas, religiosas e científicas acerca da temática. Além disso, consideraremos esse conceito pela ótica do Direito brasileiro, a fim de compreender se, de fato, no caso em análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº54, há ou não conflito principiológico entre vida e dignidade da pessoa humana.

Tal discussão se sustenta pela necessidade de se traçar um paralelo com a eutanásia, na qual há uma vida sendo mitigada em favor da dignidade da pessoa humana. Seria, portanto, um feto anencéfalo portador de vida? Ou a incapacidade da formação do tubo neural tira do mesmo o rótulo de ser vivo, sendo apenas um amontoado de células? Não tem ele personalidade jurídica, não é um sujeito de direitos e, portanto, não é defeso a si o princípio à vida?

Para isso, utilizar-se-á da técnica metodológica do estudo bibliográfico, fundamentado nos autores das áreas das ciências biológicas, do biodireito e da bioética, a fim de compreender quais teorias temos de início da vida, e entendermos conceitualmente onde se dá a vida, qual é o conceito de vida para o direito pátrio e por fim, situações de relativizações do direito à vida no direito brasileiro.

Passamos agora ao estudo dos conceitos e ideias inaugurais de em que momento se inicia a vida.

2.1 TEORIAS DE ORIGEM DE VIDA NA TERRA

Nessa parte do capítulo busca-se discutir o que é vida, procurando compreender conceitos e teorias de como se iniciou a vida humana, para então discutirmos as diversas acepções e princípios sobre em qual momento do processo gestacional o feto se configura uma vida. A complexidade do estudo em tela se dá principalmente pela dificuldade de delimitação do direito em estudo. Até que ponto se abrange o direito à vida? Mais do que isso, o que é a vida?

Segundo o dicionário Michaelis (s/d, s/p) vida é:

Conjunto de propriedades, atividades e funções (replicação, mutação, reprodução, entre outras) que caracterizam e distinguem um organismo vivo de um morto.

2 por ext Período de tempo compreendido entre o nascimento e a morte de um ser vivo; existência.

3 por ext Uma determinada fase desse período.

4 fig Tempo de existência ou de funcionamento de uma coisa.

5 Os seres vivos constituintes da flora e da fauna, classificados de acordo com suas espécies, com o meio em que vivem, com sua época etc.

6 Modo de viver: O religioso leva uma vida santa.

A partir desses conceitos do dicionário, podemos notar que vida possui diversas acepções e visões, tanto no sentido figurado quanto no sentido pragmático. Partindo das noções de vida como atividades e funções que diferenciam um organismo vivo e um morto e de que essa é o período de tempo compreendido entre o nascimento e a morte de um ser vivo, podemos entender a gênese. De que maneira se originou a vida na terra como conhecemos? Tal questionamento reverbera pela história da própria humanidade. É de conhecimento comum que as visões científicas e religiosas buscam, mesmo que de diferentes maneiras, responder a essa pergunta.

A primeira teoria científica acerca da origem da vida foi a teoria de geração espontânea ou abiogênese, que afirmava ser possível a formação de vida ainda que a partir de matéria sem vida. Essa hipótese foi levantada devido o aparecimento de ratos em trapos sujos e moscas em carne em decomposição. Tal visão fora derrubada após constatações de cientistas como Redi e posteriormente Louis Pasteur nos séculos XVII e XIX, respectivamente. Colocava-se fim, portanto, na ideia de que a vida poderia surgir a partir de geração espontânea (LINHARES e GEWANDSZNAJDER, 2011)

Após esse momento da história da ciência, outras teorias buscaram compreender e explicar o processo de início da vida na terra, conforme nos ensina Linhares e Gewandsznajder (2011, p.435-437):

Na década de 1930, trabalhando de forma independente, os cientistas Aleksandr I. Oparin (russo; 1894 – 1980) e John B. S. Haldane (escocês; 1892 – 1964) chegaram à mesma conclusão: nas condições da Terra primitiva, a vida poderia ter surgido da matéria sem vida ao longo de um grande período de tempo. Evidências geológicas e o estudo comparado da atmosfera de outros planetas permitem concluir que a atmosfera da Terra era composta de gases diferentes dos atuais. Oparin acha que participava da mistura gasosa o metano (CH₄), o amoníaco (NH₃), o hidrogênio (H₂) e o vapor de água (H₂O). Com esses gases teriam sido formadas as primeiras moléculas orgânicas. [...] Em 1953, o cientista americano Stanley Miller (1918 -) simulou as condições que supunha ocorrer na Terra primitiva e testou experimentalmente a hipótese de Oparin e Haldane. Ele construiu um aparelho no qual colocou hidrogênio, amoníaco e metano e submeteu essa mistura a fortes descargas elétricas, ao mesmo tempo que fornecia vapor de água. Após uma semana de funcionamento, constatou no líquido formado a presença de compostos orgânicos, até mesmo de aminoácidos. Essa experiência não chega a provar que foi

exatamente assim que ocorreu a formação dos compostos orgânicos, mas apoia, em vez de negar, a hipótese apresentada.

Desse modo, vislumbra-se desde meados do século XX um posicionamento científico quanto à origem na vida Terra, a partir da hipótese de Oparin e Haldane. Contudo, esse posicionamento quanto à origem da vida não é uno na sociedade, que se depara também com uma visão religiosa. No que diz respeito a essa concepção cristã da origem da vida, podemos nos deparar com a filosofia de Santo Agostinho, que dizia segundo Franca (1990, p.86) que:

A matéria foi, a princípio, criada por Deus, que lhe depôs no seio os germes específicos de todos os seres. Estes germes ou *rationes seminales*, mais tarde, em condições favoráveis, *acceptis opportunitatibus*, desenvolveram-se na sua plenitude específica. A criação foi, pois, instantaneamente, *Deus creavit omnia siml*. A narração mosaica dos seis dias não implica distinção ou sucessão de tempo, mas apenas exposição doutrinal das diferentes espécies de criaturas dispostas segundo seis graus de perfeição.

A ótica religiosa, mais especificamente, nesse caso, cristã, funda-se na mão de um deus todo poderoso, onipotente, onisciente e onipresente, que nos dá o dom da vida. A concepção de vida, por conseguinte, seria vista como sagrada.

Concluimos, portanto, que a visão religiosa, em especial a cristã, baseia-se na ideia de um deus criador supra-humano. Por outro lado, sob a ótica científica, ainda não se chegou a uma conclusão de como surgiu a vida terrestre, embora haja hipóteses sendo testadas e se mostrando promissoras desde o século XIX.

Passamos agora ao estudo das teorias de início da vida intrauterina.

2.2 TEORIAS DE INÍCIO DA VIDA INTRAUTERINA

Se não é pacífico o entendimento quanto à origem da vida na terra, tampouco é diferente a situação do ponto de início da vida intrauterina. A Arguição de Descumprimento Fundamental nº 54 trata de questões relacionadas à vida e ao aborto e está, dessa forma, diretamente ligada à bioética e, conseqüentemente, ao biodireito. Nesse contexto, em se tratando de biodireito, é de importância ímpar a delimitação do início da vida, tal como seu fim, para poder se traçar julgamento éticos ou legais quanto questões como manipulação de genes, células tronco e ao próprio aborto (MALUF, 2013).

Contudo, não há consenso científico no que diz respeito a que momento se dá esse início da vida humana. Temos, por exemplo, as seguintes respostas, por áreas diversas da ciência:

1. Visão genética: a vida humana começa na fertilização, quando espermatozoide e óvulo se encontram e combinam seus genes para formar um indivíduo com um conjunto genético único. Assim é criado um novo indivíduo, um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro. É também a opinião oficial da Igreja Católica.
2. Visão embriológica: a vida começa na terceira semana de gravidez, quando é estabelecida a individualidade humana. Isso porque até 12 dias após a fecundação o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas. É essa ideia que justifica o uso da pílula do dia seguinte e contraceptivos administrados nas duas primeiras semanas de gravidez.
3. Visão neurológica: o mesmo princípio da morte vale para a vida. Ou seja, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica no cérebro, ela começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual à de uma pessoa. O problema é que essa data não é consensual. Alguns cientistas dizem haver esses sinais cerebrais já na 8ª semana; outros, na 20ª.
4. Visão ecológica: a capacidade de sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser independente e determina o início da vida. Médicos consideram que um bebê prematuro só se mantém vivo se tiver pulmões prontos, o que acontece entre a 20ª e a 24ª semana de gravidez. Foi o critério adotado pela Suprema Corte dos EUA na decisão que autorizou o direito ao aborto.
5. Visão metabólica: afirma que a discussão sobre o começo da vida humana é irrelevante, uma vez que não existe um momento único no qual a vida tem início. Para essa corrente, espermatozoides e óvulos são tão vivos quanto qualquer pessoa. Além disso, o desenvolvimento de uma criança é um processo contínuo e não deve ter um marco inaugural. (BARCHIFONTAINE, 2010, p.43-44)

Frente ao exposto, podemos observar que cada área do conhecimento biológico tem sua própria visão acerca do início da vida. Essa inconsistência dentro das ciências biológicas dificulta o direito determinar seu próprio entendimento de “vida”.

No que concerne às acepções religiosas acerca do início da vida, também não se tem um consenso. Isso ocorre seja por essas visões serem, muitas vezes, frutos de sociedades e culturas diferentes, seja por situarem seu arcabouço moral em épocas diferentes da história, ou até mesmo por haverem divergências quanto à interpretação de um mesmo livro sagrado. Quanto a isso nos ensina Barchifontaine (2010, p.44-45):

1. Catolicismo: a vida começa na concepção, quando o óvulo é fertilizado, formando um ser humano. Por mais de uma vez, o papa Bento XVI reafirmou a posição da Igreja contra o aborto e a manipulação de embriões. Segundo o papa, o ato de ‘negar o dom da vida, de suprimir ou manipular a vida que nasce é contrário ao amor humano’.
2. Judaísmo: ‘A vida começa apenas no 40º dia, quando acreditamos que o feto começa a adquirir forma humana’, diz o Rabino Shamai, de São Paulo. ‘Antes disso, a interrupção da gravidez não é considerada homicídio’. Dessa forma, o judaísmo permite a pesquisa com células-tronco e o aborto quando a gravidez envolve risco de vida para a mãe ou resulta de estupro.
3. Islamismo: o início da vida acontece quando a alma é soprada por Alá no feto, cerca de 120 dias após a fecundação. Mas há estudiosos que acreditam que a vida

tem início na concepção. Os muçulmanos condenam o aborto, mas muitos aceitam a prática, principalmente quando há risco para a vida da mãe. E tendem a apoiar o estudo com células-tronco embrionárias.

4. Budismo: a vida é um processo contínuo e ininterrupto. Não começa na união de óvulo e espermatozoide, mas está presente em tudo o que existe – nossos pais e avós, as plantas, os animais e até a água. No budismo, os seres humanos são apenas uma forma de vida que depende de várias outras. Entre as correntes budistas, não há consenso sobre aborto e pesquisas com embriões.

5. Hinduísmo: alma e matéria se encontram na fecundação e é aí que começa a vida. E como o embrião possui uma alma, deve ser tratado como humano. Na questão do aborto, hindus escolhem a ação menos prejudicial a todos os envolvidos: a mãe, o pai, o feto e a sociedade. Assim, em geral se opõem à interrupção da gravidez, menos em casos que colocam em risco a vida da mãe.

Portanto, essa inconsistência social (religiosa) e científica acerca do início da vida, reverbera de forma inata na visão jurídica da vida, o que torna, por vezes, a defesa desse direito fundamental, relativizado, conforme pretendemos tratar a seguir.

2.3 VIDA NA VISÃO DO DIREITO BRASILEIRO

A partir de todo o pesquisado até então, buscamos compreender o que entende o Direito Brasileiro sobre vida. Qual das teorias é a adotada pelo direito pátrio?

Segundo Diniz (2006, p. 24) “a vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar”. Tal trecho da autora destaca bem a relevância do direito à vida, ou da vida como direito. O artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em seu *caput*, inaugura o título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, da seguinte forma: “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”.

Os direitos fundamentais são inaugurados na Carta Magna nacional, declarando a inviolabilidade do direito à vida. Tendo em vista a relevância desse direito, Silva (2010, p. 198) afirma que: “[...] por isso é que ela (a vida) constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos”. Ou seja, nas palavras do professor, o direito à vida é imprescindível para a proteção dos demais princípios fundamentais.

Contudo, a própria dificuldade científica em determinar o momento em que se inicia a vida, reflete na interpretação do direito quanto ao que venha a ser vida, tornando essa uma

questão mais biológica do que jurídica. Como já explanado, há várias teorias no que diz respeito ao início da vida. Dentre elas, as que afetam o direito são: a teoria concepcionista (que sustenta a visão genética, ao entender que a vida surge com a concepção, ou seja, a fecundação do óvulo pelo espermatozóide), a teoria da nidificação (que compreende que a vida surge a partir do momento que há a implantação do óvulo fecundado, no útero da mulher, ou seja, a partir do momento que se estabeleceu a condição gravídica dessa), teoria da implementação do sistema nervoso (que sugere a necessidade do rudimento de um sistema nervoso central para configurar a existência de vida) e a teoria dos sinais eletroencefálicos (que defende que a vida existe após atividade elétrica cerebral, ocorrendo por volta da oitava semana) (SOUZA, 2008; TAVARES, 2012).

No que se refere a qual teoria é adotada pelo sistema jurídico nacional, esclarece Tavares (2012, p. 576-577) que:

A teoria da concepção é a adotada pela Igreja Católica. Consiste em defender a existência de vida humana desde o momento da concepção, quer dizer, o ato de conceber (no útero). É, como se verificará, a diretriz atual encampada pela sistemática do Direito brasileiro. [...] Independente dessa polêmica que envolve posições bastante firmes no sentido assinalado, nada impede que o Direito confira aos pré-embriões a mesma proteção conferida à vida humana, concedendo-lhes, assim, valor idêntico. Trata-se muito mais de uma opção política, mas opção esta que não pode ser puramente arbitrária, devendo encontrar justificativa que legitime a norma a ser editada, segundo os interesses da sociedade. O STF, no julgamento da ADI 3.510, assim se manifestou sobre o tema: O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é imprópria de uma concreta pessoa, porque nativa. Donde a distinção que passou a realizar entre indivíduo-pessoa e embrião e feto.

O próprio STF, no uso de suas atribuições como guardião da Constituição, não visualiza a delimitação do início da vida dentro da Constituição, conforme trecho da ADI 3.510, que tratava da discussão acerca do estudo de células tronco. Dessa forma, a maneira como cada instituto jurídico pátrio interpreta o início da vida fica a cargo da observação.

Quanto a isso, devemos nos atentar ao Código Civil (2002) que dita em seu art.2º “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” Observa-se, portanto, o aspecto concepcionista de proteção à vida. Na mesma linha segue o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), que assim preceitua em seu art.7º: “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.”. Protege-se aqui o

nascimento da criança, demonstrando o aspecto de indivíduo de direito, antes mesmo de seu nascimento.

Além disso, a Emenda 45/2004 passou a delimitar no art. 5º § 3º da Constituição Federal que: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Demonstra a relevância com que os tratados e pactos que versam sobre direitos humanos têm para o ordenamento jurídico nacional.

Diante disso, vale lembrar o pacto de São José que o Brasil ratificou em 1992, e assim dispõe: “Art. 4 - Direito à Vida 1. 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.”. Portanto, a interpretação do Pacto de São José da Costa Rica, na Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1992, estabeleceu a defesa da vida, em regra, desde o momento da concepção. Segundo Tavares (2012) a expressão “em regra” é a que abre brecha para a relativização desse direito quando o mesmo se encontrar em situações de conflitos com demais princípios, desde que observados critérios de proporcionalidade.

O Pacto de São José da Costa Rica, embora não possua hierarquia de Emenda Constitucional por ter sido assinado antes da promulgação da EC 45/2004, defende que a vida, então, será protegida, em regra, desde sua concepção. Essa falta de taxatividade gera situações de relativização do direito fundamental à vida, que é o que passaremos ao estudo a seguir.

2.4 VULNERABILIDADE DO CONCEITO JURÍDICO E SUA RELATIVIZAÇÃO

A ADPF nº 54 trata de um, ao que tudo indica, aparente conflito entre vida (segundo a teoria concepcionista, desde a concepção um feto anencéfalo é vida) e a dignidade da mãe, que teria em tese um sofrimento por carregar no seu ventre uma vida potencial que não prosperará ao tempo. Portanto, buscar-se-á no âmbito jurídico brasileiro, outras situações em que o direito à vida tem sua inviolabilidade elencada no art.5º da Constituição, relativizada.

Como bem visto o direito à vida e sua inviolabilidade é previsto no *caput* do art.5º da Constituição Federal, inaugurando os direitos fundamentais de um cidadão que se encontra em território nacional. Dessa forma, tal proteção jurídica da vida possui caráter de cláusula

pétrea, não podendo ser essa abolida mediante emenda. Nesse contexto, alguns juristas entendem, inclusive, que a mesma seria absolutamente indisponível e indiscutível. Nas palavras de Diniz (2006, p. 25):

Garantido está o direito à vida pela norma constitucional em cláusula pétrea (art. 5º), que é intangível, pois contra ela nem mesmo há o poder de emendar. Daí conter uma força paralisante total de toda legislação que, explícita ou implicitamente, vier contrariá-la, por força do art.60º, §4º, da Constituição Federal. [...] O direito à vida deverá ser respeitado ante a prescrição constitucional de sua inviolabilidade absoluta, sob pena de destruir ou suprimir a própria Constituição Federal, acarretando a ruptura do sistema jurídico. Seria inadmissível qualquer pressão no sentido de uma emenda constitucional relativa à vida humana, como, por exemplo, a referente à legalização do aborto, pois o art. 5º é cláusula pétrea. [...] A vida é um bem jurídico de tal grandeza que se deve protegê-lo contra a insânia coletiva, que preconiza a legalização do aborto, a pena de morte e a guerra, criando-se normas impeditivas da prática de crueldade inúteis e degradantes.

Diniz (2006) é enfática na defesa do direito à vida, colocando-o no plano de direito absolutamente insuscetível de relativização, tampouco de disposição por parte do vivo. Contudo, o que se vislumbra no plano fático, vai além da doutrina da douta professora, pois são observadas no ordenamento jurídico situações especiais, em que a disposição do direito à vida ocorre em nome de alguns outros princípios.

Esse conflito principiológico pode ser solucionado por meio de fundamentos hermenêuticos da constituição, nesse caso, o princípio da concordância a prática ou princípio da harmonização. Nesse contexto, Lenza (2012, p. 157) esclarece que:

Partindo da ideia de unidade da Constituição, os bens jurídicos constitucionalizados deverão coexistir de forma harmônica na hipótese de eventual conflito ou concorrência entre eles, buscando, assim, evitar o sacrifício (total) de um princípio em relação a outro em choque. O fundamento da ideia de concordância decorre da inexistência de hierarquia entre os princípios. Nas palavras de Canotilho, ‘o campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens’.

Portanto, a opção, no caso da ADPF 54, pela supremacia da dignidade da pessoa humana, se deu em primeiro plano pelo reconhecimento de igualdade entre os princípios, e por fim, pela aplicação da máxima efetividade das normas constitucionais, conforme fora no caso prático, entendido pela eficácia máxima do direito à dignidade da mãe. Quanto ao princípio da máxima efetividade, nos ensina Canotilho (1993, p.227):

Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a ‘atualização’ normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência

Conclui-se que o STF após a interpretação dos preceitos fundamentais em conflito, analisando os fundamentos da república, as dimensões dos direitos chocantes e a atual posição da constituição em defesa dos direitos humanos, interpretou que no caso concreto em tela deveria optar pela primazia do direito à dignidade da pessoa humana.

Além disso, a situação de relativização do caráter absoluto do direito à vida está prevista no Código Penal, em seu art. 128:

Art. 128- Não se pune o aborto praticado por médico:
 Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
 Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Desse modo, o legislador penal entendeu que a prática do aborto em casos de risco da vida da mãe ou quando a gravidez for resultado de estupro, é uma ofensa menor aos direitos fundamentais (atingindo assim o direito à vida do feto em oposição à vida ou a dignidade humana da mãe) do que seria a manutenção da gravidez.

No caso do inciso I, o art. 128 do código penal, observamos que o conflito é entre vida da mãe e a vida do feto. Nesse caso o legislador ao sopesar as vidas, entendeu que a vida já nascida teria mais direito de manutenção do que a vida intrauterina do feto. No que tange à situação do inciso II, Martinelli (2013, p. 190) afirma que:

A outra modalidade de aborto permitido por lei tem por finalidade eliminar gravidez resultante de estupro. É facultado à mãe retirar ou não o feto, por isso é necessário seu consentimento. Essa espécie é também denominada aborto sentimental, pois é uma forma, apesar de dolorida, de interromper uma gravidez não desejada e resultante de uma violência sexual. Entendemos que tal hipótese está amparada pelo exercício regular de um direito, pois há o permissivo legal de uma faculdade para a prática abortiva. Por ser uma faculdade da gestante, essa modalidade de permissão exige o seu consentimento.

Temos então, nesse outro caso a permissividade do aborto, que difere da situação prevista na ADPF nº54. Há, portanto, uma relativização da inviolabilidade da vida do feto em detrimento da mulher, que não será obrigada a gerar um filho resultado de um estupro. Outra

situação na qual a vida não possui proteção irrestrita, se trata de quando essa é atingida sob a tutela do art.23 do Código Penal, em seus incisos I e II: “Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa”. Segundo Tavares (2012, p. 581-582):

O estado de necessidade e a legítima defesa são situações excludentes da proteção plena e irrestrita à vida pelo Direito; conseqüentemente, não há punição em sua violação. Na realidade, trata-se de legitimar que cada pessoa possa defender-se e assegurar, em situações nas quais o Poder Público não se pode interceder, o direito à vida própria.

São essas as situações em que a própria vida também pode imperar sobre a vida alheia, a fim de proteção da própria subsistência.

Portanto, podemos concluir que embora o art. 5º da Constituição pregue a inviolabilidade do direito à vida, diante de situações fáticas o Direito brasileiro entende que em determinadas situações tal direito pode ser relativizado. Desse modo, coloca-se à disposição diante de casos específicos de conflitos entre o direito à vida e outros direitos fundamentais, como é o caso da própria Arguição de Descumprimento Fundamental nº 54, que será esmiuçada em outro momento no presente trabalho monográfico.

3 EUTANÁSIA - CONCEITUAÇÃO, HISTÓRICO LEGISLATIVO E VISÃO JURÍDICA ATUAL

Este capítulo buscará tratar acerca do que é a eutanásia, aspectos legislativos, como fora vista ao longo da história e, por fim, como é contemplada pelo sistema jurídico pátrio, bem como pelas discussões existentes. Tal compreensão faz-se deveras relevante para o foco principal da presente monografia e na solução da problemática em voga.

Para a compreensão se o conflito principiológico gerado pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 entre vida/dignidade da pessoa humana pode ser aplicado em casos concretos envolvendo a eutanásia faz necessário entender do que se trata a eutanásia, diferenciá-la de outras formas eufemísticas de se dar termo à vida humana. Além disso, vale-se observá-la pela ótica histórica, ou seja, como essa fora percebida ao longo dos anos, para então, se ter a devida compreensão da delicadeza com que a temática é tratada e vista por nossa sociedade e, por conseguinte, pelos reflexos na ótica jurídica.

Para isso, utilizar-se-á de técnica metodológica de estudo bibliográfico, fundamentado em autores das áreas do biodireito, bioética, além de uma análise histórica da eutanásia. Como se observará nos subtítulos a seguir, pretendemos entender ainda qual conceituação correta utilizar em situações em que um terceiro retira a vida, seja impelido por forte sentimento moral e compelido pela dor alheia, ou por não suportar mais o peso da existência devido quadro de doença grave e irreversível. Muitas vezes, tais fatos acabam gerando angústia, e fazendo, assim, que o indivíduo retire uma vida para dar cabo a dor. Discutirá posteriormente, também, como foram vistas tais situações ao longo da história, se sempre fora tido um direito indisponível sua própria vida, ou já vivemos tempos diversos. Por fim, remeteremos tal caso à ótica do Direito Brasileiro, conjuntamente com as discussões contemporâneas acerca de tal temática.

Inicialmente, traçaremos discussões acerca da conceituação e diferenciação entre Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia.

3.1 CONCEITO E DISTINÇÃO ENTRE A EUTANÁSIA, DISTANÁSIA E ORTOTANÁSIA

Passaremos de início à conceituação do que venha a ser a eutanásia, e diferenciá-la de termos correlatos que podem como corriqueiramente ocorre confundir as pessoas quanto à sua utilização. Tal definição é imprescindível para a presente discussão, tendo em vista que um dos objetos dessa pesquisa é a própria eutanásia. Para tanto, a conceituação e o afastamento de dúvidas e divergências são de importância ímpar para iluminação do caminho percorrido por essa pesquisa científica.

A presente pesquisa foi feita com base em estudos principalmente de conteúdos bibliográficos, incluindo livros de bioética, biodireito, revistas jurídicas do meio e artigos científicos, tantos adquiridos fisicamente quanto por meios digitais. Passemos, portanto, às definições.

O termo eutanásia deriva do grego, que etimologicamente significa “boa morte” ou “morte serena” (NAMBA, 2009). É utilizado genericamente como a retirada da vida de um terceiro em nome da piedade, compaixão ou compelido por forte sentimento de dó para com o sofrimento do outro, evitando que o sofrimento vivido por aquela pessoa se prolongue, antecipando, portanto, a morte iminente que está por vir.

Segundo Namba (2009) a eutanásia pode se caracterizar por dois elementos, sendo o primeiro a morte provocada por sentimento de piedade e compaixão, e o segundo o direcionamento dessa morte a pessoa acometida de sofrimento ou doença incurável. Contudo, para o supracitado juiz e doutrinador, quando a morte for provocada por interesses egoísticos ou qualquer outro sentimento que não seja da envergadura moral da piedade e da compaixão, não estamos mais tratando de eutanásia, mas sim de puro e simples homicídio. Não obstante, o segundo critério também é imperioso para que a morte seja definida como eutanásia, ou seja, faz necessário que a pessoa morta esteja acometida de sofrimento ou doença incurável, de modo que se a mesma estiver em pleno gozo de sua saúde e bem-estar, ou até mesmo de doença curável ou sofrimento passageiro, também estaremos diante de um quadro de homicídio.

Nesse contexto, a eutanásia reverbera grandes debates e discussões sobre sua aceitação, legitimidade, moralidade e (como haveria de se esperar) legalidade. Essas questões serão esmiuçadas em momento oportuno ainda no presente capítulo.

Ainda segundo Namba (2009, p. 172) podemos classificar a eutanásia entre eutanásia ativa, passiva ou de duplo efeito. Assim nos ensina:

A eutanásia ativa é o ato deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente, por fins humanitários (em caso de utilização de uma injeção letal).

Na eutanásia passiva, a morte ocorre por omissão em se iniciar uma ação médica que garantiria a perpetuação da sobrevivência (deixar de se acoplar um paciente em insuficiência respiratória ao ventilador artificial).

Quanto à eutanásia de duplo efeito, a morte é acelerada como consequência de ações médicas não visando ao êxito letal, mas ao alívio do sofrimento de um paciente (emprego de uma dose de benzodiazepínico para minimizar a ansiedade e a angústia, gerando, secundariamente, depressão respiratória e óbito).

Diante do exposto, podemos delimitar a eutanásia ativa como sendo aquela, fruto de uma ação em direção à morte do moribundo, enquanto a eutanásia passiva, por sua vez, resiste na omissão médica em garantir a manutenção da vida. Quanto as consequências do ato ou do consentimento do paciente, Namba (2009) também divide em voluntária, quando a morte ocorre após pedido expresso do paciente para a retirada da vida, e involuntária quando se retira a vida sem conhecimento da vontade do paciente.

Por sua vez, a distanásia conforme expõe Namba (2009, p. 172) é “o antônimo de eutanásia, ou seja, a morte lenta, ansiosa e com muito sofrimento. É o prolongamento artificial do processo da morte com sofrimento”. Desse modo, sendo a eutanásia a abreviação da vida devido à iminência da morte, a distanásia pode ser interpretada como um prolongamento da vida por meios artificiais de modo que pode, inclusive, prorrogar o sofrimento do paciente.

Quanto à distanásia, nos ensina Vieira (2009, s/p) que:

O prefixo dys, em grego, tem o sentido de “ato defeituoso”, de modo que a palavra distanásia designa “uma ação, intervenção ou um procedimento médico que não atinge o objetivo de beneficiar a pessoa em fase terminal e que prolonga útil e sofridamente o processo do morrer, procurando distanciar a morte.[...] Discorrendo sobre o problema da distanásia, Pessini alerta que os notáveis avanços tecnológicos, verificados especialmente nas últimas décadas, permitiram aos médicos prolongar a vida humana de forma antes impensável, muitas vezes quase indefinidamente, praticando-se, assim, a distanásia, que, no dizer do autor, “nega a mortalidade humana, tratando a morte como se fosse uma doença para a qual tivéssemos que encontrar a cura a todo e qualquer custo”. Mas, muitas vezes, essa tentativa inútil de manter a vida a qualquer custo recebe respaldo da própria sociedade, pois a “tecnologização generalizada própria do nosso tempo vai ao encontro do anseio de imortalidade que habita a humanidade desde sempre”

Como é possível observar, a grande polêmica envolvendo a distanásia é sua aparente contradição com o princípio da dignidade da pessoa humana, que seria uma colocação em âmbito legal de um questionamento moral maior. Sobre estas questões, Maluf (2013, p.438) lança algumas provocações ao questionar:

Seria admissível o culto à vida a tal ponto que submete o paciente a uma parafernália tecnológica sem fim? Deve o médico empregar toda a tecnologia disponível para acrescentar uns dias, semanas ou meses a um paciente irrecuperável? Tem a obrigação de manter de modo indefinido uma vida sem qualidade por meio de respiração artificial?

As provocações apresentadas evidenciam a contradição da distanásia com a proteção da dignidade da pessoa humana e o sentido mais amplo de direito à vida que, como já explorado no capítulo antecedente, está intrinsecamente ligado a uma vida com qualidade, que não se comporta por si só, em uma manutenção desvairada, até mesmo, irresponsável. Inclusive, põe termo a essa discussão Cabral, Muniz e Carvalho (2016, p.54) ao afirmar que:

No aspecto jurídico, a distanásia não é permitida no Brasil, de acordo com o art.5º, III, da CF: ‘Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante’. [...] Assim como o aspecto médico de acordo com o Código de Ética Médica afirma, no art.6º do Código de 1988, ser antiético para o médico utilizar ‘seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral’. Continua a enfatizar a não concordância com a prática da distanásia também no art. 61, §2º, que incentiva o médico a não abandonar seu paciente ‘por ser este portador de moléstia crônica ou incurável e a ‘continuar a assisti-lo ainda, que apenas para mitigar o sofrimento físico ou psíquico’

Podemos, então, evidenciar a diferença entre eutanásia e a distanásia no que tange à ótica moral com que ambas são vistas. Enquanto a eutanásia é defendida por muitos por seu caráter benevolente e defesa da dignidade e honra dos pacientes com iminência de morte, a distanásia, por sua vez, é vista como imoral por outros tantos, por estender o sofrimento de forma desnecessária, ofendendo princípios constitucionais e princípios morais da sociedade.

Por outro lado, a ortotanásia não é nem abreviação da vida por conta da iminência da morte (eutanásia), tampouco a prolongação da vida de forma artificial de modo a aumentar o sofrimento (distanásia), mas sim a ortotanásia busca amainar o processo de morte, de modo que torne o fim do ciclo vital menos horrendo para o paciente.

Namba (2009, p.173) define ortotanásia como sendo o “não prolongamento do processo da morte além do que seria natural [...] Aqui prevalece o paradigma da benignidade humanitária e a solidária”.

Tal eticidade fundamenta a aprovação da resolução nº1.805/06 do Conselho Federal de Medicina que vem para normatizar a ortotanásia, pois assim dispõe:

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

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

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

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

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

Concluimos, portanto, a diferenciação entre os termos, sendo a eutanásia a chamada “boa morte”, que é a retirada da vida de um paciente terminal motivado por piedade e compaixão do estado grave que se encontra tal moribundo. A distanásia, por sua vez, não se pode confundir com a primeira, sendo esta a prolongação da vida por meio artificiais e que aumentam o sofrimento do morredição, enquanto a ortotanásia é a defesa do direito a uma morte digna sem sofrimentos.

Afastada as questões conceituais vale ressaltar que a presente pesquisa monográfica, valer-se-á de buscar uma possível correlação entre a Arguição de Descumprimento Fundamental nº54 e a eutanásia, no que tange ao conflito principiológico vida/dignidade da pessoa humana, não ensejando como núcleo de discussão conflitos referentes à distanásia ou a ortotanásia.

Sendo assim, passamos adiante a discussão acerca da historicidade da eutanásia e como tal prática fora vista através das épocas.

3.2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EUTANÁSIA NO MUNDO

Discorreremos nessa subseção, de forma breve, sem intuito de esgotar o assunto, a evolução histórica e dos principais marcos na luta pela descriminalização da eutanásia no mundo e no Brasil, para que seja possível compreender em que pé estamos atualmente, e quais fatores externos e históricos nos conduziram ao presente paradigma.

Esse estudo, quanto à historicidade, balizar-se-á principalmente na pesquisa bibliográfica, tendo em vista a obra “Eutanásia – Humanizando a Visão Jurídica” da juíza de Direito, Mônica Silveira Vieira (2009). A autora destrincha no mencionado livro os principais pontos acerca dos avanços históricos da eutanásia.

De início vale ressaltar que diversos doutrinadores compreendem que a eutanásia já se fazia presente nas relações sociais desde tempos imêmorens. Contudo, tais entendimentos divergem do que entendemos atualmente do termo, já que para esses enquadraram-se nesse

rol, por exemplo, a eliminação de ineptos para auxiliar na guerra, como ocorria em Esparta, uma das polis da Grécia antiga. Entretanto, é notório no meio que o termo “eutanasia” foi inaugurado somente no século XVII, por Francis Bacon (VIEIRA, 2009).

Podemos traçar outros recortes históricos acerca da evolução do entendimento de eutanásia. Conforme esclarece Vieira (2009, s/p):

em ambas as civilizações (a grega e a romana), a eutanásia não era compreendida como um direito individual, mas, sim, como um “direito-dever da comunidade de eliminar de seu seio os indivíduos inúteis e prejudiciais para o funcionamento correto da mesma”.

Xavier Hurtado Oliver afirma serem abundantes na história os casos célebres de eutanásia, destacando o relato da Bíblia, do episódio em que Saul, alcançado pelos filisteus, pede a seu escudeiro que o leve à morte, dizendo implorar por tal ato em defesa de sua dignidade, para evitar uma vida futura desonrosa e indigna, caso caísse nas mãos do inimigo.

Visualizamos, nesse contexto, que a questão vida-dignidade é um conflito principiológico antigo, seja a vida mitigada em prol da sua própria dignidade (como honra subjetiva, no caso do exemplo bíblico) ou da “dignidade” da sociedade (como honra objetiva da comunidade em eliminar os mais fracos).

Trazendo a discussão para dentro da ótica do Estado democrático de direito, temos que em 1906, segundo Vieira (2009), houve a rejeição de uma proposta legislativa para regularização da eutanásia, no sentido da palavra que conhecemos hoje. No estado americano de Ohio, em 1920, um americano foi condenado à prisão perpétua por ter envenenado sua esposa sob influência do pedido da mesma, já que ela sofria de esclerose múltipla.

Em contraposição a tal fato, iniciou-se uma tentativa de descriminalização da eutanásia. A vanguarda desse movimento surgiu no Uruguai, que liberou de ameaça de prisão aquele que comete “homicídio piedoso” (VIEIRA, 2009). Além disso, o furor que foi a segunda guerra mundial (1939-1945) teve impacto direto no prosseguimento desse movimento uruguaio, fazendo com que muitos países o adotassem. A adoção da descriminalização ocorreu muito devido ao estigma que se imperou acerca das experiências que ocorreram na Alemanha nazista durante o período, como destaca Vieira (2009, s/p):

Em 1939, a Alemanha instituiu o Aktion 4, plano de eutanásia direcionado a todos aqueles que, no entender do governo, tivesse “uma vida que não merecia ser vivida”, atingindo-se, particularmente, crianças deficientes físicas e mentais. Já em 1940, o plano alemão de eutanásia não-voluntária se estendeu para adultos deficientes e depois para negros, judeus, ciganos e homossexuais

Tais acontecimentos prévios à Declaração Universal dos Direitos Humanos causaram repulsa ao termo eutanásia, de modo que a expressão passou a ser associada diretamente, dentro do imaginário coletivo, a um desapego à vida, conforme ratifica Diniz e Costa (2004, p.125):

Durante um longo período na história da medicina, referir-se à eutanásia era tocar em um dos temas proibidos da ética biomédica. A sombra deixada pela experiência nefasta e totalitária do estado nazista aboliu toda e qualquer possibilidade de resgate do direito de morrer com a devida dignidade. A experiência eugênica conduzida por Hitler confundiu o senso comum: ainda hoje se usa indiscriminadamente o termo eutanásia, seja como sinônimo de homicídio ou de morte digna. Infelizmente, para muitos profissionais da área de saúde, e não somente para os médicos, eutanásia é ainda sinônimo de homicídio premeditado.

E concluem ainda:

É fundamental, portanto, que se resgate a diferença entre eutanásia, distanásia e homicídio. Assim como os profissionais de saúde que reconhecem a soberania da autonomia e da dignidade permitindo que doentes terminais deliberem sobre sua própria morte não são monstros, a fronteira entre o direito de morrer e a eutanásia involuntária, entendida como homicídio, deve ser bem estabelecida. Não há nada em comum entre as duas práticas. A suposta confusão entre as duas categorias é fruto de um período da história que a humanidade se envergonha e teme qualquer possibilidade de retorno. Felizmente, não vivemos sob o regime de um estado totalitário que estabelece regras perversas sobre quem pode ou não viver. O debate sobre a eutanásia, em tempos de direitos humanos, está relacionado à liberdade de cada indivíduo reger sua própria vida, e não a uma herança tardia da medicina nazista. (DINIZ e COSTA, 2004, p.132-133)

Vemos, então, nos retrocessos humanitários ocorridos durante a segunda guerra também um freio ao movimento internacional pró-eutanásia, que tem como mais antigo movimento o “EXIT”, na Inglaterra, datado de 1935, que alcançou os Estados Unidos da América em 1938 e na década de 1970 a Austrália, Holanda e Suécia (VIEIRA, 2009). Como marco na luta pró-eutanásia, descreve Vieira (2009, s/p) que:

Em julho de 1974, quarenta personalidades ilustres assinaram o “Manifesto sobre a eutanásia”, publicado no *The Humanist*, incluindo-se entre tais pessoas Monod, Pauling e Thompson, ganhadores dos prêmios Nobel. No texto, afirmava-se ser imoral impor o sofrimento às pessoas que desejavam morrer, violando-se, assim, tanto o valor quanto a dignidade do indivíduo, ao qual se deveria permitir decidir livre e racionalmente o que fazer de sua vida.

Via-se, portanto, uma movimentação mundial no sentido da permissividade da eutanásia, em prol sempre da defesa da dignidade da pessoa humana, tanto que em 1993 a Holanda aprovou uma lei que impedia que médicos que praticassem a eutanásia fossem

processados. Ademais, em 1997, 4 anos após, o estado de Oregon passou a também aceitar tal prática, sendo o primeiro estado-membro dos Estados Unidos a admitir o suicídio assistido. Já no ano de 2002 a Bélgica, seguindo o mesmo caminho, legalizou a eutanásia (VIEIRA, 2009).

Nesse contexto, tivemos no Brasil uma proposta de lei nesse sentido, permitindo a prática da eutanásia, desde que uma junta de cinco médicos atestasse a inutilidade do sofrimento do doente. Contudo, tal projeto não prosperou em lei, de modo que ainda não há regulamentação para tal situação no ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, podemos concluir que a luta histórica em prol do direito à eutanásia sempre esteve atrelada ao direito de autodeterminação do indivíduo de poder dispor de seu corpo e também à defesa da dignidade da pessoa humana, enfatizando que o sujeito não precisa passar por sofrimento desnecessário tendo em vista a iminência fatal de morte.

Posto isso, passaremos agora a dispor sobre a visão jurídica do direito pátrio acerca da eutanásia e as principais discussões contemporâneas relacionadas ao tema.

3.3 A EUTANÁSIA PARA O DIREITO BRASILEIRO

Compreendidos os aspectos históricos que nos trouxeram até o atual paradigma jurídico, trataremos agora da compreensão da visão jurídica acerca das situações envolvendo eutanásia, tal como doutrina, legislação e julgados referentes. Para tanto, traçaremos essas reflexões a fim de que possamos no capítulo subsequente discutir sobre o atual paradigma jurídico em contraposição com a Arguição de Descumprimento Fundamental nº54.

Em primeiro plano faz-se necessário observar que não há previsões na lei penal pátria acerca da eutanásia, nem de forma proibitiva, tampouco de forma permissiva. Porém, para a maioria dos doutrinadores, sua posição na sistemática normativa atual se encontra no privilégio do homicídio por motivo moral que assim é disposto no Código Penal vigente:

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

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

Quanto a esse privilégio do homicídio, nos ensina Gonçalves (2018, p. 89):

Motivo de relevante valor moral: Diz respeito a sentimentos pessoais do agente aprovados pela moral média, como piedade, compaixão, etc. No dizer de Heleno

Cláudio Fragoso, são os motivos tidos como nobre ou altruístas. A própria exposição de motivos do Código Penal cita a eutanásia como exemplo de homicídio cometido por motivos de relevante valor moral.

Embora o texto legal não cite a eutanásia, segundo o supracitado doutrinador, a motivação expressa do legislador tinha em mente a diminuição da pena daquele que cometer o crime sob tal pretexto ético, a defesa da dignidade humana de uma pessoa em iminência de morte, ou em estado irreversível de moléstia. Apesar da nobreza que o ato possa se revestir, atualmente isso não basta para sua permissividade, que ainda se vê estagnada no direito pátrio. Essa é, inclusive, matéria de julgados em cima dessa lacuna de manifestação do legislador sobre a possibilidade da eutanásia, cabendo assim, ao judiciário fazer a interpretação do caso fático, que se entende atualmente ilegal, conforme expõe Namba (2009, p. 177):

Em julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, aliás, mencionou-se que ela seria vedada em lei, logicamente por se subsumir a hipótese como homicídio, extrai do corpo do V. Acórdão: “A Circunstância de ser a vítima esposa do réu não é motivo lógico de agravamento, em se tratando de eutanásia. Ninguém mais perto da pessoa que sofre do que o cônjuge. Se a eutanásia, embora proibida em lei, não soa tão criminosa quanto o homicídio verdadeiro, o fato de ter sido praticada contra cônjuge não pode ser logicamente tida como agravante. O crime por piedade é tanto menos grave quanto mais ligada ao réu a pessoa do vitimado. A eutanásia é um crime movido pelo sentimento de piedade e tal sentimento é tanto mais puro quanto mais próximo do agente a pessoa que está sofrendo” (Apelação criminal nº 19.701/2 – 1ª Câmara Criminal – Relator Desembargador Gudesteu Biber – Julg. 22.3.1994). Em outros arestos, ela foi lembrada como forma de privilegiar o homicídio, por se tratar de “motivos de relevante valor moral”, porque nobre, aprovado pela moralidade média.

Aferimos, portanto, a interpretação da ilicitude da eutanásia na ótica jurídica contemporânea. Contudo, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº54, levantou a dúvida novamente sobre o apreço do direito pela vida em casos de iminência de morte, de modo a justificar a presente monografia.

Diante disso, podemos concluir que as discussões acerca da eutanásia estiveram por muito tempo no campo da ética, sendo transpassado para campo jurídico principalmente por influência de movimentos humanitários durante o século XX. Essa influência ainda assim sofreu uma mistificação devido às experiências nazistas que levaram a eutanásia a um outro nível, suprimindo o caráter piedoso e estigmatizando o rótulo de desvalorização para com a vida humano. Transpassados a historicidade do tema, temos a atual interpretação da ilicitude da eutanásia, tendo em sua defesa apenas uma causa de diminuição de pena, por ser

enquadrada no supracitado art.121, §1º do Código Penal e se tratar de situação de relevante valor moral.

Compreendido os conceitos, interpretações e discussões éticas sobre a eutanásia, podemos superar tal fase, prosseguindo no capítulo subsequente a discussão sobre a possibilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 poder ser um precedente a uma reinterpretação sobre a (i)licitude da eutanásia.

4 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº54 – IMPACTOS, PRECEDENTES E SUA RELAÇÃO COM A EUTANÁSIA

Neste capítulo final, pretendemos tratar acerca da ADPF 54 propriamente dita, analisando seu surgimento, aplicação, impactos, precedentes e sua relação com a eutanásia, inclusive sua utilização como fundamento do mandado de injunção 6825, que será, no momento devido, trago à tona na discussão. Buscar-se-á compreender ainda se o conflito principiológico presente na ADPF 54, que fora provida, pode ser utilizado e interpretado de forma análoga à questão da eutanásia. Tem-se como fundamento o entendimento reinante da Constituição Federal e as interpretações dos ministros, inclusive com vistas voltadas aos votos dos ministros.

Para o desenvolvimento desse capítulo, foi feita uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, analisando as doutrinas relevantes ao tema, compreendendo o teor da ADPF 54. Além das análises bibliográficas e jurisprudenciais, traremos também nesse capítulo documentos concedidos pelo advogado George Salomão Leite, que foi o responsável pela impetração do mandado de injunção 6825 que tramita na Corte Suprema, discutindo a necessidade de regulamentação da eutanásia, com fundamentos, entre outros, na ADPF 54.

Para o estudo estruturado das consequências da ação, a qual se faz objeto desse estudo, iniciaremos com a análise do surgimento e da aplicabilidade da ADPF 54. Para tanto, serão pesquisadas as razões de existência de tal ação e qual seus efeitos práticos, já que fora julgado procedente. Em seguida, serão avaliados os impactos da ADPF 54 no sistema jurídico pátrio, e, por fim, analisaremos os precedentes por ela gerados, bem como sua relação direta com a ADPF.

4.1 SURGIMENTO DA ADPF 54

Inicialmente passaremos à pesquisa das razões que levaram à propositura da ADPF 54 e quais suas intenções de aplicabilidade. A pesquisa das razões da ação é de suma importância para o desenvolvimento desse estudo, tendo em vista que a não compreensão integral e satisfatória do objeto, obsta a devida produção científica. Para o estudo aprofundado da ação, utilizaremos como fonte de pesquisa as peças da própria ação, tanto sua inicial, quanto a íntegra do acórdão da decisão do órgão colegiado, ambos disponibilizados no site do Supremo

Tribunal Federal, tribunal constitucionalmente competente para julgar tal ação do controle constitucional concentrado.

A ADPF 54 foi uma ação proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) em 2004, com intuito, nos termos da própria inicial disponível no site do STF, de que passasse a ser interpretado desde seu deferimento a não interpretação de que antecipação terapêutica do parto fosse tipificado como aborto. Vale lembrar, que tal tese foi julgada procedente pela Suprema Corte em 2012.

A CTNS vislumbrou sua legitimidade de acordo com o art. 2º, inciso I, da Lei 9.882/99 que dita: “Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade”. Enquanto a legitimidade exposta no inciso retro mencionado, consubstanciase no art. 103, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
VI - o Procurador-Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Sendo, portanto, a CTNS uma confederação sindical, sustentou-se no inciso IX da norma constitucional citada que um dos legitimados especiais para propositura da ação, o requer de sua parte a comprovação da pertinência temática aos preceitos fundamentais em voga. Quanto à pertinência, expõe Barroso (2004, p.7) no corpo da peça:

A pertinência temática é igualmente inequívoca. A CTNS tem, dentre suas finalidades, a de substituir e/ou representar, perante as autoridades judiciárias e administrativas, os interesses individuais e coletivos da categoria profissional dos trabalhadores da saúde (Estatuto art.3º, h). Ora bem: os trabalhadores na saúde, aí incluindo médicos, enfermeiros e outras categorias que atuem no procedimento de antecipação terapêutica do parto, sujeitam-se a ação penal pública por violação dos dispositivos do Código Penal já mencionados, caso venham a ser indevidamente interpretados e aplicados por juízes e tribunais. Como se percebe intuitivamente, a questão ora submetida a apreciação dessa Corte afeta não apenas o direito da gestante, mas também a liberdade pessoal e profissional dos trabalhadores da saúde.

Observa-se, então, o caráter protetivo da Confederação, ao buscar a interpretação conforme o Supremo Tribunal Federal, acerca da atipicidade da antecipação terapêutica do parto, de modo a produzir os efeitos vinculantes das decisões de controle concentrado, para resguardar os profissionais de saúde que se virem na linha de frente de casos concretos de gestantes com fetos anencéfalos.

Quanto aos objetivos da ação, destaca de forma imperativa Barroso (2004, p.10) que:

O que se visa, em última análise, é a interpretação conforme a Constituição da disciplina legal dada ao aborto pela legislação penal infraconstitucional, para explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado.

Portanto, a ADPF 54 possuía desde sua propositura a busca pela interpretação da atipicidade de tal conduta vista outrora como aborto, o que na visão de Barroso (2004) ofende a liberdade profissional dos trabalhadores da área. Tal pedido foi acolhido, nos termos do acórdão proferido pelo relator da ação, pelo ministro Marco Aurélio (2012, p. 69), que assim dispõe no acórdão, em seu inteiro teor, disponibilizado pelo site do STF:

Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto. Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal Brasileiro.

Desse modo, o pedido elencado na inicial da CNTS, pela inconstitucionalidade da tipificação da interrupção da gravidez em casos de anencefalia como crime de aborto, foi julgado procedente.

Concluimos, então, com a compreensão de que a propositura de tal ação, baliza-se primordialmente na defesa do direito de autodeterminação da gestante e na proteção de seu direito à dignidade da pessoa, que sofreria com a condução forçada de uma gestação fadada à morte do feto. Não obstante, levando em consideração o caráter sindical da Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde, a defesa dos profissionais do meio também é interesse fundamental da confederação, a fim de escusá-los de possíveis responsabilidades criminais no

âmbito de situações factuais onde seja necessária a antecipação do parto por conta da iminente morte do feto.

Delinearemos agora discussões quanto aos impactos da ADPF no ordenamento jurídico pátrio.

4.2 IMPACTOS DA ADPF 54 NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Considerando a relevância da temática em estudo e a polêmica que tal assunto gera, faz necessário compreender quais impactos tiveram a procedência da ADPF 54 no ordenamento jurídico pátrio. Para tal, utilizar-se-á ensinamentos doutrinários sobre os efeitos da ação de controle constitucional em discussão, além de casos onde a ADPF 54 serviu como tom de argumentação.

Insta esclarecer inicialmente, os efeitos próprios de qualquer Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. No que concerne a isso, nos ensina Lenza (2012, p.360) que:

julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

A decisão é imediatamente autoaplicável, na medida em que o presidente do STF determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

De acordo com o art. 10, § 2.º, da Lei n. 9.882/99, dentro do prazo de 10 dias, contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

A decisão terá eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, além de efeitos retroativos (*ex tunc*).

Portanto, conforme nos ensina o eminente professor, a decisão que dá fim a ação de uma ADPF possui efeito vinculante, ou seja, vincula as demais decisões do poder judiciário, tem, assim, força normativa, balizando o entendimento nacional sobre o assunto em discussão. Diante disso, em nome do princípio da unicidade das decisões judiciais, após a sentença da ADPF 54, todo o judiciário passou a ter a obrigação de seguir aquele entendimento, para todos os casos, com base no efeito *erga omnes*.

Analisando noticiários do momento, podemos nos deparar com decisões de juízes de primeiro grau não tipificando casos de aborto, com fundamento de analogia do caso julgado pela ADPF 54, conforme o caso discorrido por Pádua (2018, s/p):

O juiz José Brandão Netto, da Vara Criminal de Esplanada, na Bahia, entendeu ser legal o aborto de um feto que não possui chances de sobrevivência fora do útero. A ação havia sido proposta pelo Ministério Público do Estado da Bahia (MPBA). A gestante realizou uma série de exames que constataram que o feto possuía a síndrome de patau com cariótipo fetal, o que impossibilitaria a vida da criança após o parto. ‘Nesse contexto, negar a possibilidade de interrupção da gravidez representaria extrema crueldade com a gestante, com alto risco de vida na manutenção da gestação e com grave comprometimento psicológico, na medida em que, além dos riscos da gravidez, no presente caso haveria violação ao princípio constitucional da dignidade humana (art.1º da CF)’, escreveu o magistrado na decisão. Segundo Netto, com o diagnóstico médico atestando a inviabilidade de vida após o parto, a sua indução antecipada ‘não tipificaria o crime de aborto, uma vez que a morte do feto é inevitável, em decorrência da própria patologia’. Para o juiz, o artigo 128 do Código Penal serve como fundamento para o pedido do MPBA. Além disso, há duas outras hipóteses possibilitadas por decisões do Supremo Tribunal Federal: a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, e a interrupção da gravidez no primeiro trimestre da gestação, segundo entendimento da Primeira Turma no HC 124306, que descriminalizou o aborto até o 3º mês de gestação. [...] ‘A interrupção da gravidez em apreço, assim a autorizada pela decisão do STF, no julgamento da ADPF nº 54, para feto anencéfalo, como hipótese de aborto, pode ser definida como causa de excludente de ilicitude, já prevista no Código Penal, por ser comprovado que a gestação de feto com síndrome de patau com cariótipo fetal é perigosa à saúde da gestante e incompatível com sobrevida extrauterina’, observa o documento.

Nota-se que mesmo a decisão da ADPF 54 tendo sido publicada em 2012, o alcance dos seus precedentes e impactos ainda não estão pacificados, tendo em vista a supracitada matéria ter sido publicada no dia 07 de março de 2018, ou seja, passados aproximadamente 6 anos, ainda não possuímos certezas quanto ao alcance de sua interpretação jurisprudencial.

Outro relevante exemplo do impacto da ADPF 54 é a propositura do Mandado de Injunção 6825, impetrado pelo Dr. George Salomão Leite, que gentilmente nos cedeu via correio eletrônico a íntegra da inicial, na qual ele utiliza a ADPF 54 como fundamental para questionamento mediante a ação mandamental, da inexistência de norma integradora que regule o direito à eutanásia. Tal ação será discutida no tópico subsequente.

Com isso, observamos que a ADPF 54 gerou impactos relevantes na interpretação penal do sistema jurídico pátrio, seja produzindo efeitos vinculantes, seja abrindo lacunas para interpretações diversas por parte de magistrados, daquelas expressamente pedidas na propositura da ação de controle constitucional. Além disso, foi, inclusive, utilizada como fundamentação de regulamentação do direito à morte digna, a eutanásia

Diante da situação jurídica nova gerada pela precedência de tal Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, resta-nos agora, discutirmos em prol da compreensão de um novo paradigma jurídico, que é a aplicabilidade da ADPF 54 em face da eutanásia no Brasil.

4.3 PRECEDENTE E RELAÇÃO DA ADPF 54 COM A EUTANÁSIA

Nessa parte final do último capítulo, buscar-se-á um fechamento à problemática ora em discussão, na qual traremos argumentos e pesquisas finais que consolidem o questionamento do problema em voga, estabelecendo se há ou não uma precedência da ADPF 54 que justifique uma regulamentação da eutanásia no Brasil. Para tal, retomaremos alguns esclarecimentos dos capítulos antecedentes, de modo a contextualizar conclusões. Ademais, analisaremos também argumentos da própria ADPF em foco, tal como trechos do Mandado de Injunção 6825, e moções de apoio que a acompanham. Como fora explicado anteriormente, cedidos pelo advogado impetrante via e-mail, diretamente para a produção da pesquisa em tela.

De plano, cumpre ressaltar que a problemática dessa monografia se pauta na possibilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 ser precedente para a regulamentação da eutanásia dentro do ordenamento jurídico pátrio. Para tal, se faz necessário o estabelecimento de situação análoga em ambos os casos. De início é relevante lembrar que a ADPF 54 trata da possibilidade da descriminalização da interrupção de feto Anencéfalo, de modo que não se interprete tal conduta com os tipos penais dos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal.

Para a devida interpretação da possibilidade de estarmos tratando de situações análogas, é necessário inicialmente verificarmos se estamos abordando cenários de conflitos principiológicos equivalentes, pois a matéria da ADPF em voga é a supremacia do direito à dignidade da pessoa humana, no caso da mãe, sobre o direito à vida do feto. Dessa forma, tal conflito de princípios fundamentais vida/dignidade da pessoa humana é o mesmo conflito nos casos da eutanásia, sendo que, no caso desse último, o legislador optou pela defesa da vida e até então não possuímos interpretação diversa por parte da Suprema Corte.

A anencefalia, segundo Namba (2009, p.45) “é o resultado da falha de fechamento do tubo neural, decorrente de fatores genéticos e ambientais, durante o primeiro mês de embriogênese”. Diante de tal conhecimento, o Ministro Marco Aurélio (2012, p. 23-24), relator da ADPF à época, assim argumentou:

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no Habeas Corpus nº 84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal.

Postula ainda que:

Aliás, no julgamento da referida e paradigmática Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, acerca da pesquisa com células-tronco embrionárias, um dos temas espinhosos enfrentados pelo Plenário foi o do que pode vir a ser considerado vida e quando esta tem início. Ao pronunciar-me quanto à questão do princípio da vida, mencionei a possibilidade de adotar diversos enfoques, entre os quais: o da concepção, o da ligação do feto à parede do útero (nidação), o da formação das características individuais do feto, o da percepção pela mãe dos primeiros movimentos, o da viabilidade em termos de persistência da gravidez e o do nascimento. Aludi ainda ao fato de, sob o ângulo biológico, o início da vida pressupor não só a fecundação do óvulo pelo espermatozóide como também a viabilidade, elemento inexistente quando se trata de feto anencéfalo, considerado pela medicina como natimorto cerebral, consoante opinião majoritária.” (AURÉLIO, 2012, p. 56-57)

Diante disso, podemos visualizar que a interpretação do eminente ministro era de que a falta de perspectiva de continuidade da “vida” do feto anencéfalo, retira de si o direito à proteção jurídico-penal, e nas palavras do mesmo, ainda que possua “vida biológica”.

Quanto a isso, na mesma ação, contrapõe Lewandoski (2012, p.246) ao afirmar que “uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos teria, em tese, o condão de tornar lícita a interrupção da gestação de qualquer embrião que ostente pouca ou nenhuma expectativa de vida extrauterina.”. Além disso, o ministro Cezar Peluso reitera em seu voto no mesmo julgado a passividade da igual importância que o direito dá a vida intra e extrauterina. Peluso (2012, p. 387) esclarece que: “ambas as formas de vida (intrauterina e extrauterina) guardam idêntico nível de dignidade sob o prisma tuitivo da Constituição, verificando-se, entre elas, mera diferença temporal ou, em termos mais precisos ‘idade’” Nesse viés, fica evidente que a interrupção de uma vida por essa ostentar pouca expectativa ou certeza de morte, ainda que em caso de feto anencéfalo, em nada difere do conceito de eutanásia.

Portanto, diante de todo o abordado no primeiro capítulo, concluímos que o Brasil, sendo signatário do Pacto de São José, compactua com o artigo 4, que assim dispõe: “Art. 4- Direito à Vida 1. 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.”.

Ao concluir o primeiro capítulo, chegamos às vias de que embora o art. 5º da Constituição pregue a inviolabilidade do direito à vida, diante de situações fáticas o Direito Brasileiro, entende-se que em determinadas situações tal direito pode ser relativizado e colocado à disposição diante de casos específicos de conflitos desses com outros direitos fundamentais, como é o caso da própria Arguição de Descumprimento Fundamental nº 54. Evidencia-se que se há vida de um feto anencéfalo, há então situação análoga.

O outro ponto da dualidade de conflitos principiológico vida/dignidade da pessoa humana é a relação do princípio da dignidade da pessoa humana com o debate ético/jurídico voltado à eutanásia, que como pudemos observar no segundo capítulo, sempre teve sua discussão, em âmbito internacional, ligada ao direito de autodeterminação e dignidade no momento da morte, que está atrelado à dignidade da pessoa humana.

Evidenciado tais relações de analogia, podemos afirmar que há um paralelo lógico, de modo que pode a ADPF 54 ser parâmetro de precedente para uma regulamentação da eutanásia. Prova disso, fora ingressado junto ao STF, no dia 24 novembro de 2017, o Mandado de Injunção 6.825 por conta da omissão do poder legislativo na regulamentação do exercício do direito à morte digna.

A íntegra da inicial da ação mandamental, assim como demais documentos que a acompanharam, foram cedidos para essa monografia, gentilmente via correio eletrônico (Anexo A), pelo Dr. George Salomão Leite, advogado e proponente de tal ação que se encontra em anexo na presente pesquisa.

Conforme pode ser conferido no Anexo B, afirma Leite (2017, p.20):

Na ADPF n° 54, o excelentíssimo Senhor Ministro Marco Aurélio aduziu que “o anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura.” Ora, se analisarmos a situação de alguém que está padecendo de uma enfermidade grave ou incurável, cujo prognóstico é de que o paciente possui uns poucos dias mais de vida indigna, ou sobrevida, qual a potencialidade em termos vitais para este cidadão? Neste caso, podemos nos apropriar dos dizeres do Min. Marco Aurélio: “não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura”. A presente ação, d. julgadores, cuida de morte segura, portanto, de morte com dignidade. É segura por ter a certeza de que a mesma ocorrerá em conformidade aos ditames emanados do titular do direito fundamental à vida; e digna, em atenção a não permitir que a continuidade do processo vital conduza o titular do direito em apreço a situações degradantes e dolorosas, contrárias à própria noção de dignidade. Portanto, se não há mais vida em potencial, porque não permitir ao indivíduo uma morte segura, já certa, tal qual preconizado pelo Min. Marco Aurélio? Ontologicamente, não vislumbramos razões para se permitir um (aborto de fetos anencefálos) e proibir outro (morte com dignidade)

Podemos, desse modo, observar que argumentação fundante do aludido remédio constitucional se assenta diretamente em tudo que fora levantado até então. Sendo um caso de um enfermo grave que não possui mais nenhuma possibilidade de sobrevida por muito tempo, sendo sua morte questão de tempo, o que difere do caso de um anencéfalo que assim também possui sua morte iminente.

A interpretação de que a ADPF n°54 pode ser precedente para a regulamentação da eutanásia é uma visão que também é aceita por eminentes juristas, que deram parecer e moções de apoio à propositura do MI 6.825. Tais pareceres também foram disponibilizados

pelo Dr. George Salomão e encontram-se no anexo C, anexo D, anexo E, anexo F, anexo G e anexo H

Dentre as moções de apoio temos a do ilustre professor Fábio Konder Comparato (2017, p. 1) (Anexo C), que afirma: “Com fundamento nessa distinção suprema, parece-me pertinente, **tal como sustentado no referido Mandado de Injunção** (negrito nosso), a tese de que toda pessoa tem o direito humano a uma morte digna, e que tal direito deveria ser expresso em nosso ordenamento constitucional.”

Há também moções de apoio do jurista, advogado e escritor argentino Roberto Gargarella (Anexo D) e do filósofo e professor australiano, Peter Singer (Anexo E). Todos demonstrando apoio ao pedido de regulamentação da eutanásia, nos termos da inicial. Também expõe seu apoio à ação mandamental o juiz de direito Alexandre Morais da Rosa (Anexo F) e o professor e advogado Carlos Roberto Siqueira Castro (Anexo G). Por fim, fora também colhida manifestação do eminente professor e constitucionalista Paulo Bonavides (Anexo H).

Diante disso, todos esses eminentes professores e juristas, bem como o douto Dr. George Salomão Leite, compactuam das conjecturas da presente pesquisa no sentido da ADPF 54 ser precedente para a regulamentação da eutanásia. Nesse sentido, resta-nos aguardo das ações do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que o Mandado de Injunção 6825 ainda não teve seu mérito avaliado pelos ministros. Preliminarmente fora julgado formalmente equivocado por ter havido entendimento do ministro Relator, Edson Fachin, que não seria o Mandado de Injunção o meio cabível para discussão da problemática. Contudo, a ação anda em fase recursal, não tendo sido concluída tal discussão no âmbito da Suprema Corte, muito embora diante de tudo aqui suscitado não restem dúvidas de ser a ADPF 54 um prelúdio à regulamentação da eutanásia no Brasil

Esgotada a pesquisa passemos agora às considerações finais da presente pesquisa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos a presente monografia com os objetivos atingidos, ao expor a visão jurídica acerca da vida evidenciamos o caráter relativístico do ordenamento pátrio, pautado pela teoria concepcionista, elucidada pelo Pacto de São José da Costa Rica. Assim, como a dualidade vida/dignidade da pessoa humana, presente na discussão ética jurídica da eutanásia.

Tais conclusões iniciais foram suporte para a compreensão da ADPF 54 como uma jurisprudência passível de ser precedente para a eutanásia. Tanto é que no curso da pesquisa monográfica, fora impetrado o Mandado de Injunção 6.825 (em novembro de 2017), que ainda não foi julgado, mas busca a regulamentação da eutanásia com fundamentação, dentre outros, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

Muita da dificuldade ligada à produção acadêmica dessa monografia se dá pelo exercício de “futurologia” que ele possa parecer ser. Contudo, com as devidas fundamentações e contextualizações históricas pertinentes – como, por exemplo, as ligadas à luta histórica dos direitos humanos em prol da eutanásia – é possível observar os caminhos que vêm sendo traçados e o crescente valor às liberdades individuais e autodeterminação do indivíduo.

Essas interpretações da realidade evidenciam-se pelas moções de apoio de eminentes professores, como, por exemplo, o filósofo australiano Peter Singer, que entende ser o momento de regulamentação da eutanásia.

Sendo o Estado brasileiro um defensor das garantias e liberdade individuais, sobretudo após a Constituição Federal de 1988, é de fundamental importância tal discussão ser feita dentro do Congresso Nacional, que é a própria exteriorização do poder legislativo na esfera nacional. O direito à morte digna já é consolidado, resta apenas regulamentar a amplitude dessa dignidade, para saber se o valor da dignidade da pessoa humana pode suprimir a defesa irrestrita do direito à vida, ainda que, em alguns casos a própria condição de estar vivo já ofende a dignidade, isso em se tratando de enfermos terminais.

Sendo, portanto, extensas as motivações que sustentam o direito à eutanásia, sobretudo ligado à ADPF 54, não seria de se espantar a postulação de uma outra Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Esta, contudo, em busca de não interpretar a eutanásia como sendo tipo penal do art. 121 §1º, aos moldes da própria ADPF 54, que buscou uma interpretação conforme à constituição, do caso de interrupção da gravidez de feto anencéfalos.

REFERÊNCIAS

AURÉLIO, Marco. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamentos: abril/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em: 05 dez 2017.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. Bioética no início da vida. **Revista Pistis Prax.**, Curitiba, v.2, n.1, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Inicial. In BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Intimado: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Distribuído em: 17/06/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091&prcID=2226954#>> Acesso em: 05 mai 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. 168 p. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 06 dez. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 06 dez 2017.

_____. **Emenda constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1> Acesso em: 06 dez 2017.

_____. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 06 dez. 2017.

_____. **Lei nº 9.882**, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm> Acesso em 05 mai 2017.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 06 Dez 2017.

_____. **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 06 dez 2017.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; MUNIZ, Manuela Soares de Freitas; CARVALHO, Viviam Boechat Cabral. Distanásia: lesão à dignidade do enfermo terminal. **Revista Brasileira de Direitos Humanos**, Porto Alegre, v.1, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.805/2006**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm> Acesso em 24 Abr. 2018.

DINIZ, Débora; COSTA, Sérgio. Morrer com Dignidade: um Direito Fundamental. In: CAMARANO, A. A. **Os Novos Idosos Brasileiros: Muito Além dos 60**. Rio de Janeiro: IPEA, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRANCA, Leonel. **Noções de história da filosofia**. Rio de Janeiro: Neiro, 1990.

GONÇALVES, Eduardo Rios. **Direito Penal Especial**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LEITE, George Salomão. **Acadêmico de direito**. [Mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <felipeand_96@hotmail.com> em 30 abr. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Intimado: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamentos: abril/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em: 05 dez. 2017.

LINHARES, Sérgio; GEWANDSZNAJDER, Fernando. **Biologia**. São Paulo: Ática, 2011.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINELLI, João Paulo. **Código Penal Interpretado**. Barueri: Manole, 2013.

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

PÁDUA, Luciano. **Justiça baiana permite aborto de feto sem chance de sobrevivência**. Publicado em 07 mar. 2009. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/justica-baiana-permite-aborto-de-feto-sem-chance-de-sobrevivencia-07032018>> Acesso em: 05 maio. 2018.

PELUSO, Cesar. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Intimado: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio.

Acórdão em 12/04/2012. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em:
05 dez. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SOUZA, Priscila Boim de. Teoria do início da vida e lei de biossegurança. **ETIC**, v. 4, n. 4, 2008. Disponível em:
<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1863/1773>> Acesso em: 05 dez. 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIDA. **Dicionário online Michaelis**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/Vida/>>. Acesso em 05 dez. 2017.

VIEIRA, Mônica Silveira. **Eutanásia – Humanizando a Visão Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2009.