

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES

CURSO DE DIREITO

## **DIREITO À MORTE DIGNA**

Lucas Giacomolli

Lajeado, novembro de 2015

Lucas Giacomolli

## **DIREITO À MORTE DIGNA**

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II, do Curso de Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como parte da exigência para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Luciana Turatti

Lajeado, novembro de 2015

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais pelo apoio irrestrito durante esta caminhada,  
sem o qual ela não teria sido possível.

À minha querida irmã que, apesar da distância,  
em muito contribuiu para este estudo.

À minha namorada,

Marieli Fumagali,

pela paciência ao me acompanhar nesta jornada.

À orientadora, Luciana Turatti,  
pelas ótimas sugestões e pela empatia com que recebeu as minhas ideias.

*“Que tem a Morte de feia?  
Branca virgem dos amores  
Toucada de muitas flores  
Um longo sono nos traz;  
E o triste que em dor anseia  
— talvez morto de cansaço —  
vai dormir no seu regaço  
como num clausuro de paz”*

(Casimiro de Abreu)

## RESUMO

No Brasil, atualmente, a eutanásia é tratada como crime de homicídio. Este entendimento, apesar de ser coerente com o direito de proteção à vida, levanta suspeitas acerca da sua constitucionalidade, por ferir os direitos à liberdade e à dignidade. Assim, a presente monografia teve o objetivo de verificar se, perante o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a eutanásia deve ser penalizada no ordenamento jurídico pátrio. Para cumprir este objetivo, optou-se em dividir o estudo em três capítulos. No capítulo inicial, investigou-se o que é a eutanásia e a relação desta com a bioética. No segundo capítulo, discutiu-se sobre o conceito de dignidade humana e sua conexão com a morte piedosa. Por fim, no último capítulo, examinou-se a constitucionalidade do procedimento eutanásico no Brasil. Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se o método dedutivo, optando-se pelo procedimento de revisão bibliográfica. Adotou-se, devido à amplitude do tema, um recorte com foco na colisão entre o direito de proteção à vida e os direitos de liberdade e dignidade da pessoa humana. Dessa análise, chegou-se à conclusão que, após a correta ponderação entre os direitos constitucionais em choque, a proibição da eutanásia demonstra-se desproporcional e inconstitucional, ademais, constatou-se que o referido choque de direitos, diante do caso concreto da eutanásia, faz nascer um novo direito fundamental: o direito à morte digna.

**Palavras-chave:** Eutanásia. Dignidade da pessoa humana. Liberdade. Vida. Morte digna.

## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| <b>1 INTRODUÇÃO</b>  | 7  |
| <b>2 CONSIDERAÇÕES SOBRE UMA “BOA MORTE”</b>   | 10 |
| 2.1 Conceituação da eutanásia e suas espécies  | 10 |
| 2.1.1 Eutanásia propriamente dita  | 11 |
| 2.1.2 Ortotanásia e suicídio assistido   | 15 |
| 2.1.3 Condutas que se apropriam do termo eutanásia   | 17 |
| 2.1.4 Evolução da medicina e a distanásia  | 18 |
| 2.2 Breve relato histórico acerca da eutanásia   | 19 |
| 2.3 Bioética e seus princípios   | 24 |
| <b>3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA, FUNDAMENTO DA REPÚBLICA BRASILEIRA, COMO BASE DO DIREITO À MORTE DIGNA</b> | 30 |
| 3.1 Evolução histórica do conceito de dignidade humana   | 30 |
| 3.2 Princípio da dignidade da pessoa humana  | 35 |
| 3.3 Conduta eutanásica sob a ótica da dignidade humana como autonomia  | 42 |
| <b>4 A (IM)POSSIBILIDADE DO PROCEDIMENTO EUTANÁSICO NO BRASIL</b>  | 48 |
| 4.1 Atual panorama jurídico-penal da eutanásia no Brasil   | 48 |
| 4.2 A colisão de princípios à luz da Constituição Federal e a primazia da dignidade da pessoa humana             | 51 |
| 4.2.1 Regras e princípios  | 52 |
| 4.2.2 Limites dos direitos fundamentais  | 53 |
| 4.2.3 Tratamentos para colisões de princípios fundamentais   | 54 |
| 4.2.4 O nascimento de um novo direito constitucional: possibilidade ou necessidade                               | 57 |

|   |    |
|---|----|
| 4.3 Constitucionalidade da atual penalização da eutanásia | 58 |
| 4.3.1 Direito à vida                                      | 58 |
| 4.3.2 Direito à liberdade                                 | 60 |
| 4.3.3 A morte digna sob a ótica da proporcionalidade      | 62 |
| 4.3.4 Da interpretação conforme a Constituição            | 64 |
| <b>CONCLUSÃO</b>  | 66 |
| <b>REFERÊNCIAS</b>  | 69 |

## 1 INTRODUÇÃO

A morte e o morrer são considerados tabus em nossa sociedade, e a discussão de problemas relativos a esse assunto sempre é repleta de controvérsias e polêmicas. Cada ser humano tem as suas convicções pessoais e guia-se de acordo com elas, seguindo o seu ideal de vida boa. Quando é chegado o momento da morte, com todas as suas dúvidas, dores e angústias, muitos a aceitam tranquilamente, como uma velha conhecida, partindo com ela de bom grado, outros a negam e a temem, como se fosse a última inimiga a ser vencida, e se prendem à vida de toda a forma possível até, por fim, sucumbirem. Contudo, há ainda aqueles que não a desejam, mas que sofrem em suas garras de forma terrível e, assim, anseiam que ela lhes leve o quanto antes.

Para estes últimos indivíduos, a única forma de terminar a sua vida dignamente é a antecipação da morte, que pode lhes garantir um final sem dor e sofrimento, uma morte condizente com a vida e com os valores que viveram. De outro lado, no entanto, estão o Estado e a sociedade, que têm o direito e o dever de proteger a vida humana. Sobre este conflito entre direitos constitucionais é que versará o presente estudo.

A relevância do tema justifica-se pela situação fática em que se encontram os doentes terminais que desejam praticar a eutanásia, atualmente, no país. A legislação penal pátria não trata expressamente deste procedimento, contudo a doutrina o define como crime de homicídio privilegiado. Esta abordagem, sem dúvida, desestimula a morte piedosa e evita o óbito de pacientes que o desejam.



Porém, também suprime o direito do paciente de autodeterminar-se de acordo com a sua noção de vida digna.

Destarte, demonstra-se importante o estudo do tema, já que a dicotomia da Constituição deve ser deslindada para que, caso exista um direito de morrer dignamente, não seja ele negado aos doentes terminais.

Devido à complexidade da temática aqui desenvolvida, tornar-se-ia impossível tratá-la por completo em trabalho tão conciso, exigindo-se um corte delimitativo. Por isso, optou-se por realizá-lo enfocando-se o aspecto da tutela dos direitos fundamentais à vida, à autonomia e à dignidade. Nesse sentido, pretende-se com o presente trabalho responder ao seguinte questionamento: O procedimento eutanásico, perante o princípio constitucional da dignidade humana, deve ser penalmente sancionado pelo ordenamento jurídico pátrio?

Para responder ao problema, levantou-se a seguinte hipótese: se o ser humano tem a sua dignidade garantida durante toda sua vida, assim também deve ser no momento de sua morte. Nesta hora, em que a vida já perdeu grande parte da importância que detinha, a obrigação de viver ao enfermo, que não mais deseja estar vivo, pode ser um martírio muito maior do que a própria morte. Esta sobrevida, quando não desejada pelo paciente e a ele é imposta, fere fatalmente seus direitos à dignidade e à autonomia.

Para o desenvolvimento do assunto, faz-se uma análise em três capítulos que, em linhas gerais, versam sobre a definição do conceito de eutanásia e seu desenvolvimento, o conceito de dignidade humana e sua relação com a eutanásia e a constitucionalidade do procedimento eutanásico no Brasil.

No primeiro capítulo, são abordados aspectos do procedimento eutanásico, quais sejam, sua definição e peculiaridades, bem como a necessária diferenciação de condutas não eutanásicas. Ademais, é feita uma análise da ética que envolve as questões da vida: a bioética.

Em prosseguimento, no segundo capítulo, aborda-se o conceito de dignidade da pessoa humana, examinando seu surgimento e seu atual significado e, ainda, faz-se uma análise da preponderância desta dignidade como autonomia do indivíduo no ordenamento constitucional pátrio.

No último capítulo, realiza-se uma verificação da situação jurídico-penal da eutanásia no Brasil, a seguir examinando-se como encontrar soluções para conflitos de direitos fundamentais e, por fim, investiga-se a constitucionalidade da eutanásia com a correta ponderação dos direitos fundamentais em conflito.

Com o intuito de atingir o objetivo geral, que é analisar se, perante o princípio constitucional da dignidade humana, a eutanásia deve ser penalmente sancionada no ordenamento jurídico pátrio, o método empregado nesta pesquisa é o dedutivo, pelo qual se fez a análise partindo de argumentos gerais para argumentos particulares. Além disso, a pesquisa elaborada foi do tipo qualitativo devido à abstratividade do tema em estudo.

Para a elaboração da pesquisa, utilizam-se as técnicas bibliográficas e documentais, as quais se desenvolvem por consultas em doutrina, artigos, sítios especializados, legislação e jurisprudência de tribunais que contribuem para a composição do tema proposto.

Com o presente trabalho, espera-se poder contribuir para a compreensão do que é a eutanásia e como esse procedimento deve ser tratado pelo ordenamento jurídico pátrio, ressalvando que não se pretende esgotar o tema proposto, para o que seria necessária uma análise mais ampla e aprofundada.

## 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE UMA “BOA MORTE”

A morte piedosa ou eutanásia deve ser estudada em uma perspectiva histórico-cultural para que se entenda adequadamente o que o termo significa. Este procedimento logrou considerável evolução durante a história da humanidade, quando sua significação passou por várias modificações.

Além disso, a análise ética desta conduta também é importantíssima, porquanto a eutanásia abrange questões delicadas, já que implica na morte de seres humanos. Para esta verificação ética, deve-se ater ao campo da bioética, o qual cuida de responder às questões morais ligadas às ciências da vida.

Destarte, na sequência deste capítulo, será investigada a evolução histórica da eutanásia, sua conceituação e espécies, bem como analisada a relação entre este procedimento e a bioética.

### 2.1 Conceituação da eutanásia e suas espécies

O vocábulo “eutanásia” vem do grego (*eu* = boa, *thánatos* = morte). Foi utilizado primeiramente pelo historiador latino Suetônio no século II d.C., quando descreveu a morte suave do imperador Augusto, o qual desejava para si e para sua família uma morte sem dor (SIQUEIRA-BATISTA; SCHRAMM, 2005).

Também se atribui a criação do termo ao filósofo inglês Francis Bacon, o qual teria criado a expressão eutanásia para designar a “ação do médico que fornece ao

doente uma morte doce e pacífica, quando já não se tem mais esperança” (VILLAS-BÔAS, 2005 apud GUIMARÃES, 2011, pg. 91).

A eutanásia propriamente dita deve ser entendida “como o ato de ceifar-se a vida de outra pessoa acometida por uma doença incurável, que lhe causa insuportáveis dores e sofrimentos, por piedade e em seu interesse” (LOPES; LIMA; SANTORO, 2012, pg. 59).

No entanto, devido às mais variadas formas de se pôr fim à vida humana, não se deve tomar por simples a definição da prática eutanásica, porquanto há vários conceitos com os quais ela pode se confundir e também algumas ramificações do termo original, que devem ser definidos para que “não se cometam equívocos diante da análise de caso específico. É preciso buscar o máximo de rigor possível na conceituação e na identificação da situação em que se encontra o paciente, para que a decisão correta acerca da conduta a ser adotada no caso seja tomada” (VIEIRA, 2013, p. 41).

São múltiplas as concepções do significado e da amplitude do termo eutanásia, esses conceitos e acepções têm de ser claramente definidos, pois, de outra forma, pode-se tomar como eutanásia condutas que não se enquadram em sua definição. Essa clara conceituação é necessária devido a haver uma linha muito tênue entre a prática aqui pesquisada, condutas atípicas e crimes contra a vida.

### **2.1.1 Eutanásia propriamente dita**

A eutanásia propriamente dita está dividida em: eutanásia ativa direta, eutanásia ativa indireta e eutanásia passiva.

A eutanásia ativa direta pode ser considerada a ‘eutanásia clássica’, pois se trata do procedimento em que terceiro, impellido por compaixão, causa deliberadamente a morte do paciente acometido de doença incurável, a pedido deste, o qual deve se encontrar (não obrigatoriamente, como será visto a seguir) em estado terminal e em grande sofrimento.

Nessa senda, Guimarães destaca que são necessários alguns requisitos para que o procedimento seja considerado eutanásia ativa direta:

que a *morte* seja *provocada*, entendendo-se que seja essa provocação havida *por ação positiva de terceiro*; que a provocação da morte se dê por  *piedade ou compaixão*; que o sujeito passivo da eutanásia esteja acometido de *doença incurável* (irreversibilidade do mal com a consequente ausência de esperança de cura); que o mal incurável tenha dirigido o doente a um *estado terminal*; que este estado terminal da doença incurável faça com que o indivíduo padeça de *profundo sofrimento* (nele compreendendo-se a dor intolerável e o estado agônico em geral); e que a ação provoque *encurtamento do período natural da vida* (2011, pg. 94).

Na análise do caso concreto, portanto, não se vislumbrando algum destes requisitos, segundo o autor, não se está diante da eutanásia ativa direta, mas sim de algum outro procedimento.

No entanto, quanto ao estado terminal e ao profundo sofrimento, pensa-se que estes, não necessariamente, devem estar presentes. Para exemplificar, usar-se-á a situação real da norte-americana Brittany Maynard.

Essa jovem mulher de 29 anos, após meses sentindo fortes dores de cabeça, teve diagnosticado, em janeiro de 2014, um glioblastoma multiforme, um dos cânceres de cérebro mais agressivos. Após o diagnóstico, tomou conhecimento de que, se fizesse o tratamento, teria pouco tempo de sobrevida e, em seus estágios finais, poderia passar por um enorme sofrimento, além de perder o controle sobre seu corpo. Então, decidiu não fazer o tratamento e mudar-se com sua família do Estado da Califórnia, onde morava, para o Estado de Oregon, onde o Suicídio Assistido é permitido por lei (ZURCHER, 2014).

No dia 1º de novembro de 2014, data escolhida previamente e após perceber o quanto sua situação estava se deteriorando, Brittany realizou o suicídio assistido em sua casa, ouvindo a sua música preferida, na companhia de seu marido e seus entes queridos (MORRE..., 2014).

Mesmo não se tratando da eutanásia, o suicídio assistido requer as mesmas condições desta, a diferença está em quem realiza a ação final. Nesse caso, por ainda não estar em estado terminal e não estar em agonia com dores insuportáveis, seria plausível que não se permitisse a prática do suicídio assistido para Brittany?

Acredita-se que não, pois a imposição da terminalidade e do sofrimento físico retiram do paciente a possibilidade de escolher o momento de sua morte, quando ainda tem condições para isso, além de obrigá-lo a passar por um sofrimento desnecessário. Na mesma senda, há também os casos de pacientes vegetativos permanentes que, devido a sua condição, não passam por sofrimento e, em alguns casos, nem mesmo pelo estado de terminalidade.

Ademais, não se deve levar em conta apenas o sofrimento físico, assim aponta Vieira:

Quanto ao sofrimento e à condição de terminalidade, é preciso pontuar que esse sofrimento não pode ser visto apenas sob o ponto de vista físico, admitindo-se também o sofrimento moral do tetraplégico, o sofrimento por antecipação do portador de Alzheimer ou o sofrimento presumido do indivíduo em estado vegetativo permanente (2013, p. 43).

Por conseguinte, fica evidente que as condições de sofrimento e terminalidade têm sua importância, no entanto não são determinantes para a caracterização da eutanásia.

Outra condição, também importantíssima para essa conceituação, é o consentimento do interessado. Segundo Guimarães (2011), trata-se de um requisito extrínseco ao ato eutanásico, mas de relevância enorme para os desdobramentos deste procedimento, porquanto, estando em condição mental adequada, o único que pode decidir pela eutanásia é o próprio paciente. Se o ato for contra sua vontade estar-se-ia diante de um homicídio doloso.

Por óbvio, também devem ser considerados os casos em que o doente já não mais se encontra em condições de decidir por si mesmo, como na situação de pacientes vegetativos permanentes. Nesses casos, há grande divergência quanto à possibilidade da eutanásia e, quando é consenso a permissão quanto ao procedimento, há dúvida sobre quem poderia decidir em lugar do doente. Em razão da limitação adotada no presente trabalho, deixar-se-á esta discussão para um estudo mais aprofundado.

A eutanásia ativa indireta, por sua vez, tem relevante distinção quanto à direta. Felix (2006, p. 125) expõe que “a eutanásia indireta, também denominada de eutanásia de duplo efeito ou agatanásia, consiste na aceleração do processo morte

em decorrência de medicamentos ministrados para aliviar a dor”. Ou seja, nesse caso, a intenção do terceiro é aliviar as terríveis dores sentidas pelo paciente. Para isso, a pessoa que pratica a conduta, administra analgésicos potentes no doente terminal. Assim, apesar de a ação visar ao alívio das dores, como efeito secundário, esperado ou não, os fármacos causam a morte (LOPES; LIMA; SANTORO, 2012).

Vieira destaca que a eutanásia de duplo efeito ou indireta é aquela em que:

A morte é acelerada em decorrência de ações médicas não visando ao êxito letal, mas ao alívio do sofrimento de um paciente. Note-se que, nesse caso, a ideia é tirar a dor do paciente, ainda que isso, no momento, aumente o seu risco de morte. Nesse caso, a morte não é a terapêutica em si, mas o efeito colateral da terapêutica indicada e utilizada na única dose suficiente para a obtenção de efeito desejado, que é a analgesia. O evento morte não é o que se busca nessa situação, ainda que conhecido o fato de ser consequência possível da droga em uso (2013, p. 43-44).

A eutanásia passiva, por seu turno, é o procedimento em que não está presente a conduta positiva de terceiro. O evento morte é antecipado, não por uma ação, mas por omissão ou inação. Lopes, Lima e Santoro (2011, p. 61) esclarecem que “na eutanásia passiva, omitem-se ou suspendem-se procedimentos indicados e proporcionais e que poderiam beneficiar o paciente, tais como os cuidados paliativos ordinários e proporcionais”.

Mesmo não havendo uma conduta positiva que gere diretamente a morte do paciente, há, segundo alguns autores, a possibilidade da eutanásia passiva ocorrer por uma ação, não sendo apenas por omissão. Felix leciona que:

A eutanásia passiva é aquela em que alguém decide retirar de outra pessoa, com a finalidade de acelerar sua morte, os aparelhos ou medicamentos que a mantém viva, ou negar-lhe o acesso a tratamento que poderia prolongar sua vida, restando, dessa forma, a possibilidade de um agir positivo, bem como de um agir negativo (2013, p. 25).

Portanto, pode-se observar que, na eutanásia passiva, existe a possibilidade de uma ação ou de uma omissão caracterizá-la. O que deve ficar claro é que o evento morte advém de uma conduta que não é positiva e direta para causar o óbito, mas sim de uma negativa de se prover os meios necessários para que esse indivíduo continue vivo, seja por um ato positivo, seja por um ato negativo.

Nesse caso, para poder-se chamar o ato de eutanásia, sem haver uma distorção do tema, é imprescindível estarem presentes os requisitos da eutanásia própria, sem, no entanto, a ação *direta* do terceiro.

As três modalidades de eutanásia estudadas fazem parte do que se pode chamar eutanásia propriamente dita. Passa-se então que a definição de alguns conceitos que não podem ser considerados eutanásia e que, por sua semelhança com o tema, devem ser claramente definidos.

### 2.1.2 Ortotanásia e suicídio assistido

Conforme Villas-Bôas (2009, p. 66), o vocábulo ortotanásia é derivado das expressões gregas *orthos*, que significa reto, correto, e *thanatos*, que significa morte. Para a autora:

Na ortotanásia, o médico não interfere no momento do desfecho letal, nem para antecipá-lo nem para adiá-lo. Diz-se que não há encurtamento do período vital, uma vez que já se encontra em inevitável esgotamento. Também não se recorre a medidas que, sem terem o condão de reverter o quadro terminal, apenas resultariam em prolongar o processo de sofrer e morrer para o paciente e sua família. Mantêm-se os cuidados básicos.

A ortotanásia é o procedimento em que o médico, observando o natural processo de morte se instalando no paciente, não mais alonga artificialmente a sua vida e deixa que a doença siga seu rumo normal. Segundo Guimarães,

A ortotanásia é praticada, em princípio, por médico, entendendo-se que o natural processo de morte já está instalado e a única contribuição do médico para o desfecho letal é deixar que o estado do paciente se desenvolva no seu curso natural, não estando o profissional da medicina obrigado a alongar, por meios artificiais, a senda do doente até o advento da morte, mormente sem que este tenha solicitado ao médico que assim aja, e com mais razão quando a vontade do paciente é de que não ocorra tal prolongamento (2011, p. 129).

Pode se observar uma grande semelhança entre este procedimento e a eutanásia passiva, inclusive os dois termos são considerados por alguns autores como sinônimos. Entretanto, há uma tênue, mas significativa, diferença entre ambos.



Enquanto na ortotanásia, as medidas omitidas ou suspensas assim o são, pois perderam a sua indicação, e o paciente, independentemente do tratamento adotado, não irá ter uma sobrevivência de qualidade, porque o processo de morte já começou, na eutanásia passiva a omissão ou suspensão é sobre medidas proporcionais, que seriam indicadas para o caso, e que poderiam aumentar o tempo de vida do paciente com qualidade e não apenas quantidade. Nessa senda, a diferença se encontra entre provocar a morte deliberadamente por omissão e, por outro lado, deixar de oferecer um tratamento inútil ao doente (VIEIRA, 2013).

A abordagem destes termos como sinônimos não é, contudo, descartável, já que as referidas distinções são sutis e, portanto, discernir entre um ou outro, por vezes, pode ser impraticável.

Outro conceito que se assemelha à eutanásia é o suicídio assistido. Lopes, Lima e Santoro esclarecem que:

O suicídio assistido, também conhecido como autoeutanásia ou suicídio eutanásico, é o comportamento em que o próprio indivíduo dá fim a sua vida sem a intervenção direta de terceiro na conduta que o levará à morte, embora essa outra pessoa, por motivos humanitários, venha a participar prestando assistência moral ou material para a realização do ato (2012, p.65).

Ademais, Guimarães assevera que se deve distinguir a figura do suicídio assistido da assistência ao suicídio com aceitação eutanásica, pois o suicídio assistido

pode ou não ter essa conotação eutanásica, de acordo com a presença dos requisitos da eutanásia propriamente dita. De qualquer maneira, ainda que presentes tais requisitos, para se afigurar essa hipótese, deveria mesmo, reiterar-se, haver pedido precedente por parte do interessado, eis que, caso contrário, haveria, antes do auxílio, uma instigação ou um induzimento ao suicídio, o que parece incompatível com a conotação eutanásica, ainda que o interessado estivesse em 'situação' eutanásica (enfermidade grave, estado terminal e com sofrimento) (2011 p. 177-178, grifo do autor).

Portanto, segundo o autor, o auxílio ao suicídio, em um sentido amplo, trata-se de qualquer ajuda prestada a alguém que queira, por um motivo qualquer, dar cabo de sua própria existência, já, noutra senda, esta mesma ajuda, mas com uma conotação eutanásica, se assemelha em muito à eutanásia propriamente dita,

diferenciando-se apenas na pessoa que pratica o ato cabal causador da morte. No primeiro, será um terceiro; no segundo, o próprio doente terminal, assistido por outrem.

### 2.1.3 Condutas que se apropriam do termo eutanásia

Tem-se, ainda, de definir algumas práticas que se apropriam do termo eutanásia. Esses expedientes, apesar de definidos como 'eutanásia', quase nada têm em comum com o procedimento aqui estudado, visto que violam os mais básicos direitos do ser humano.

Nesse sentido, segundo Guimarães (2012), a *eutanásia eugênica* escapa completamente ao conceito da eutanásia propriamente dita, pois se trata de prática voltada a supostamente melhorar a raça humana, obtendo tal resultado por meio da morte de pessoas que não se encaixam em um ideal de perfeição (deficientes físicos e mentais, grupos étnicos, etc.) de tal forma que não deixem descendentes.

Um exemplo dessa prática (e do uso inapropriado do termo), na história recente da humanidade, está na 'eutanásia eugênica' promovida por Hitler na Alemanha nazista, em que campos de extermínio mataram milhões de pessoas na busca por um suposto melhoramento da raça. Tratou-se de um terrível genocídio que não pode ser comparado ao procedimento objeto deste estudo, o qual visa à proteção de direitos fundamentais do ser humano.

Já, na *eutanásia economicista*:

se antecipa o desfecho letal de forma a promover a morte de quem represente fardo social, ou seja, uma carga inútil para a sociedade, que consome com o indivíduo, desnecessariamente e sem benefícios, pois não se antevê retorno socioeconômico, recursos humanos e materiais compreendidos como desperdiçados (GUIMARÃES, 2011, p.115).

Logo, pode-se notar que, nesse expediente, o objetivo é eliminar da sociedade as pessoas que geram custos e não têm mais perspectiva de trabalho e produção de riqueza. Assemelha-se à eutanásia eugênica, mas aqui os fins são

estritamente econômicos, visando ao custo-benefício de manter vivos ou não indivíduos que não têm mais condições de contribuir financeiramente com a sociedade. Diante disso, fica evidente que a conduta em nada se coaduna com a eutanásia, conduta voltada a manter a dignidade do paciente terminal.

Há ainda a *eutanásia social*, também chamada de *mistanásia*. Esta versa sobre a morte do miserável que não tem sequer a chance de ser amparado na sua condição de debilidade, ou, caso exista a chance, por erro profissional ou alguma outra situação, sobrevém a sua morte. Leonard Martin descreve três situações que designam a mistanásia:

Primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chega a ser paciente, que não consegue ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que conseguem ser pacientes para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico; e, terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos (2004 apud LOPES; LIMA; SANTORO, 2011, p. 66).

Deve-se observar que a terceira colocação se aproxima mais da eutanásia eugênica e da economicista.

No entanto, o mais importante é saber que essas condutas não se aproximam do que significa a verdadeira eutanásia, a morte voluntária e piedosa do doente terminal. Elas violam direitos fundamentais de todo o ser humano, como a vida e a dignidade, e não devem ser confundidas com a prática aqui estudada.

Por fim, passa-se a análise da distanásia, uma conduta muito comum e que também viola direitos fundamentais.

#### **2.1.4 Evolução da medicina e a distanásia**

As ciências médicas lograram grande avanço tecnológico no último século, desenvolvendo novas tecnologias em muitas áreas, como diagnóstico, farmacologia, biotecnologia, entre outras. Esse avanço possibilitou uma melhora geral na qualidade de vida de toda a população humana, mormente nos países mais ricos. A

expectativa de vida também aumentou muito: nos países desenvolvidos, ela ultrapassa os 80 anos; no Japão, por exemplo, em 2014, a expectativa para o homem e a mulher era de 80 e 86 anos de vida, respectivamente (EXPECTATIVA..., 2014).

Nessa senda, são indiscutíveis as vantagens trazidas ao ser humano pelo desenvolvimento da medicina, todavia, no que concerne ao fim da vida, esta evolução também trouxe um problema: a distanásia.

Essa prática se encontra no extremo oposto da eutanásia e pode ser caracterizada como a conduta dos profissionais da saúde que, com intuito de manter a vida do paciente, usam de todos os meios possíveis para prolongá-la, ainda que a morte seja inevitável e que esta ação médica provoque um fim lento e doloroso (KOVÁCS, 2003).

Lopes, Lima e Santoro (2012, p. 64) discorrem que não há uma definição plena para a distanásia, mas que ela pode se caracterizar como a

adoção de medidas terapêuticas excessivas e que não direcionam para a cura, mas para o sofrimento do paciente. Trata-se de o médico adotar medidas fúteis e desproporcionais que configuram tratamento desumano e degradante, por permitir o prolongamento da vida exclusivamente em termos quantitativos e não qualitativos. Cuida-se de procedimento que ofende a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Diante do exposto, nota-se que, devido à grande evolução tecnológica da medicina, a vida pode ser indefinidamente prolongada, ainda que de forma precária.

Esse prolongamento, quando vai contra a vontade do enfermo, gera a distanásia, uma obstinação terapêutica sem sentido, que proporciona ao doente a máxima quantidade de tempo de vida possível, sem, no entanto, propiciar qualidade de vida nesse tempo adicional, pelo contrário, a prática acaba por tornar o processo de morrer lento e cruel.

## **2.2 Breve relato histórico acerca da eutanásia**

A eutanásia, apesar de ser tema moderno, constantemente discutido por parlamentos pelo mundo, há muito está presente na história do ser humano. Guimarães (2012, p. 29) aduz que "a partir do momento em que o homem conscientizou-se de sua finitude, a ideia de abreviar a morte do doente incurável, ou de torná-la menos dolorosa e sofrida, sempre esteve posta em debate".

O procedimento de encurtar a vida humana esteve muito presente durante a história do homem e sofreu várias modificações em seu conceito e finalidade. Nesse sentido, Guimarães define que

Ao longo do tempo, a eutanásia veio sofrendo alteração em suas interpretações ético-moral, filosófico-religiosa, sócio cultural e jurídica. Há exemplos históricos de que, em determinadas épocas e em certas sociedades, era recomendada pelo regramento social, para eliminar ou abreviar o sofrimento do doente terminal, ou para evitar que o declínio físico final atingisse a dignidade da pessoa, mormente nos casos em que o indivíduo em padecimento fosse o chefe ou um dos líderes da comunidade.

De outro lado, por vezes a regra social dirigida à eutanásia se confundia com políticas economicistas, que tinham como objetivo não o ato de findar a vida do indivíduo para eliminar sua dor ou sofrimento, mas sim atingir o ápice na relação custo (manter o indivíduo vivo com dispêndios à comunidade) e benefício (vantagens auferidas com o fim da vida custosa, que já não oferecia contraprestação à sociedade), em face do aparato social (2011, p. 129).

A antecipação da morte, como se pode notar, acontecia muitas vezes com fins econômicos e sociais, na contramão do significado hodierno do termo eutanásia. A concepção atual dessa expressão foi construída ao longo do tempo, após passar por muitas modificações.

Desde a Antiguidade, era comum que o ser humano que padecesse de extremo sofrimento, agonizando, desejasse a sua morte perante seus semelhantes, o que tornava a eutanásia algo corriqueiro e um sinal de respeito com os doentes. O homem primitivo, que tinha contra si todas as forças da natureza, valia-se de uma moral utilitarista<sup>1</sup>, garantindo a velhos e doentes uma morte sem dor, assim, assegurando, não só o alívio para o doente, mas também a subsistência de todo o grupo, já que os moribundos seriam um fardo a carregar (GUIMARÃES, 2011).

---

<sup>1</sup> Para a filosofia utilitarista, "o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor". Para essa teoria moral, o correto a se fazer é o que trará mais *utilidade*, a qual é entendida como *felicidade*. (2014, p. 48).

Na Índia antiga, os enfermos que não tinham mais cura, e, durante as crises de fome, os considerados inúteis, eram jogados ao rio Ganges com suas narinas e bocas tampadas por lama. Em outra situação, mortes também aconteciam visando à eugenia, como morte de bebês por terem uma aparente má índole (FELIX, 2006).

Muitos povos da Antiguidade tinham a eutanásia como algo comum e até, algumas vezes, como uma obrigação em relação a um parente. Deve-se observar, no entanto, que o procedimento nesses tempos de outrora tinha frequentemente viés economicista ou eugênico.

Segundo Felix (2006), em muitos dos povos antigos, os filhos tinham o dever sagrado de oferecer ao seu pai, doente e idoso, uma morte sem dor, costume esse que algumas tribos conservam até hoje.

Os gregos, segundo o autor, eram hostis ao suicídio, que era visto como uma ofensa ao Estado, existindo castigos para o corpo do suicida e para sua família. No entanto, na mesma Grécia, era aceita a eutanásia, com base em princípios de bem estar, tanto físico como mental. Os espartanos, por seu turno, por darem valor apenas aos que poderiam se tornar guerreiros, jogavam os nascidos disformes e, inclusive, anciões do monte Taijeto para a morte.

Nesse sentido, ainda leciona que, na Antiguidade, a eutanásia (ainda que em um sentido muito amplo e diferente em muitos aspectos do que o termo significa hoje) era relativamente bem aceita na maioria das sociedades, fato que mudou com o passar do tempo, principalmente com a progressiva influência do cristianismo, o qual pregava que a vida pertencia a Deus e que somente ele poderia dá-la ou tirá-la.

Aduz ainda que, somente a partir do renascentismo na Europa, com o avanço da ciência e a perda de poder da igreja católica, tanto a eutanásia como o suicídio começaram a ser novamente discutidos. Durante os séculos XIX e XX, em vários países foram feitas tentativas de oficializar a eutanásia, bem como o suicídio assistido, foram, todavia, praticamente todas em vão.

O termo, com o passar do tempo, teve seu sentido modificado e, no século XX, já detinha o seu significado atual, a morte indolor e por compaixão do doente terminal.

Entretanto, Felix (2006) relata que, antes do período nazista, por volta de 1920, na Alemanha, floresceu a ideia de que o Estado tinha o direito de eliminar as vidas 'carentes de valor vital'. Assim, amadureceu-se o juízo de que os débeis não tinham o direito de permanecer vivos, gerando custos à sociedade. A germinação desse pensamento desenvolveu-se no programa eutanásico nazista, que culminou com o Holocausto, uma das maiores tragédias da história da humanidade.

O programa nazista tinha o objetivo de supostamente melhorar a raça, matando os que não se enquadravam em seu ideal de perfeição, além de também ter um viés economicista, liberando leitos em hospitais e evitando custos considerados desnecessários. O Holocausto contra os Judeus foi uma política tanto eugênica quanto econômica, pois, antes de serem mortos em campos de extermínio, os judeus tinham seus bens expropriados pelos nazistas.

Isso posto, fica evidente que, não obstante o programa alemão ter no nome a expressão 'eutanásico', em quase nada este se assemelha à prática que aqui se examina, pois a eutanásia propriamente dita, em sua conotação atual, tem o objetivo de proteger o paciente terminal de uma morte indigna, por sua vez, o programa nazista visava à simples eliminação de indivíduos que não se encaixavam em um ideal de 'pureza da raça', além de ser uma forma de capitalização do Estado Alemão.

Durante o século XX, principalmente na sua segunda metade, vários países inseriram em suas legislações práticas como o suicídio assistido e a eutanásia.

O Uruguai foi a primeira nação a regulamentar a eutanásia, não a despenalizando, mas sim facultando ao juiz de direito essa possibilidade. Esta regra<sup>2</sup> está no Código Penal do Uruguai, de 1934, e vige até hoje (URUGUAI, 1934).

Já na Colômbia, a eutanásia é descriminalizada desde 1997, quando a Corte Constitucional, em ação pública de inconstitucionalidade, decidiu que, nos casos em que o doente terminal livremente pedir pelo procedimento, não haverá responsabilização do médico que o praticar; no entanto, somente foi normatizada

---

<sup>2</sup>**Artículo 37.** (Del homicidio piadoso)

Los Jueces tiene la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima (URUGUAI, 1934).

pelo Parlamento colombiano este ano. Isso aconteceu após nova sentença da Corte, em que exortou o parlamento a legislar sobre o tema e ordenou que o Ministério da Saúde local regulamentasse o procedimento eutanásico (COLÔMBIA, 2014).

O primeiro paciente a praticar a eutanásia legal na Colômbia morreu nesse ano, no dia três de julho. Ovidio González Correa, de 79 anos, sofria de câncer de boca e teve garantido seu direito a uma morte digna (COLÔMBIA..., 2015).

Na Europa, vários países legislaram sobre o tema e alguns deles têm as mais avançadas regras sobre eutanásia no mundo.

A Holanda, já em 2002, autorizou a eutanásia ativa direta. Nesse país, para o paciente ter a autorização, deve fazer o pedido em estado de 'total consciência', sofrer dores insuportáveis, ser portador de uma doença incurável, entre outros (DIAS, 2012).

A Bélgica seguiu os mesmos passos e, em setembro de 2002, aprovou a legislação permitindo a eutanásia. Sua lei é, no entanto, menos restritiva que a holandesa, sendo que mesmo pessoas que não estejam em estado terminal podem realizar o procedimento. Além disso, em fevereiro de 2014, com a atualização da legislação, passou a ser permitida a eutanásia em crianças, ficando os pais responsáveis pela decisão (AO MENOS..., 2014).

Há ainda, no bloco europeu, Luxemburgo que permite a eutanásia. Em março de 2009, este país legislou no sentido de que: "Não é sancionado penalmente e não pode conduzir a uma acção civil por danos o facto de um médico responder a um pedido de eutanásia ou de suicídio assistido" (LUXEMBURGO..., 2009).

Na Alemanha e na Suécia, a eutanásia direta é proibida, no entanto o suicídio assistido é permitido. Os alemães têm uma legislação mais rígida, enquanto os suecos permitem que associações orientem e prestem auxílio a quem deseja morrer (AO MENOS..., 2014).

Verificou-se, até o momento, a grande amplitude do termo eutanásia e como este procedimento se desenvolveu na história, passando por constantes modificações até chegar a sua conotação atual. Contudo, não basta defini-lo e demonstrar seu desenvolvimento. Devido aos objetivos deste estudo, deve-se



analisar também a eticidade de tal conduta. Assim, passa-se agora ao estudo da bioética e como este ramo da filosofia relaciona-se com a eutanásia.

### 2.3 Bioética e seus princípios

A palavra ‘bioética’ foi criada em 1971, pelo oncologista americano Van Rensselaer Potter e apareceu pela primeira vez no título do seu livro *Bioethics, Bridge to the future*. Essa expressão foi usada por seu autor em um sentido diferente do atual, como um novo campo de estudo com o objetivo de melhorar a qualidade da vida humana. No entanto, logo teve sua aceção alterada e expandida, passando a indicar os problemas éticos trazidos pelo desenvolvimento científico na área médica (VIEIRA, 2012).

Segre e Cohen (2002, p. 27) lecionam que a “Bioética é a parte da Ética, ramo da filosofia, que enfoca as questões referentes à vida humana (e, portanto, à saúde). A bioética, tendo a *vida* como objeto de estudo, trata também da *morte* (inerente à vida)”.

Aduzem ainda a existência da divisão em

Macrobioética, abordando matérias como a ecologia, visando à preservação da espécie humana no planeta, ou Medicina Sanitária, dirigida para a saúde de determinadas comunidades ou populações, e a Microbioética, voltada basicamente para o relacionamento entre profissionais da saúde e os pacientes, e entre as instituições (governamentais ou privadas), os próprios pacientes e, ainda no interesse deles, destas com relação aos profissionais de saúde.

Pessini e Barchifontaine (2014) relatam que a concepção atual da bioética foi construída nas últimas cinco décadas. Nesse tempo, com a crescente expansão tecnológica no campo médico, surgiram dilemas éticos que precisavam de respostas.

Segundo os autores, alguns desses dilemas foram:

O surgimento de novas tecnologias, como as máquinas de diálise, e com elas o questionamento: qual o critério para escolher entre os pacientes que seriam tratados e os que teriam de esperar e talvez morrer no caminho?

As terríveis descobertas sobre abusos, chamados experimentos médicos, cometidos pelos médicos nazistas, em prisioneiros de campos de concentração, o que se desdobrou, logicamente, em dúvidas a respeito da ética nas pesquisas médicas; e o advento dos transplantes de órgãos, especialmente quando do primeiro transplante de coração, o qual gerou questionamentos quanto ao desejo do doador e sobre a definição de morte.

Diante desses novos dilemas e de outros que poderiam surgir e da interferência cada vez mais acentuada da tecnologia no tratamento do ser humano, desenvolveu-se um campo fértil para a bioética, a qual não busca ser um novo tipo de ética, mas encontrar na ética tradicional novas respostas, diante da realidade complexa que se apresenta (LOPES; LIMA; SANTORO, 2011).

Hodiernamente, na maioria dos países, a bioética está baseada em uma ética normativa principialista, em que quatro princípios preponderantes balizam as decisões que necessitam ser discutidas sob a sua ótica. Guimarães (2011) aduz que foi necessária, diante de distintas teorias biomédicas, a conjugação de princípios chamados “critérios cardeais da bioética”, que servem de guia diante dos dilemas éticos ligados à vida: beneficência, não maleficência, autonomia e justiça.

O princípio da *beneficência*, conforme Lopes, Lima e Santoro (2012), impõe ao profissional da saúde que sempre promova o bem do paciente. Quando da aplicação da terapêutica, o profissional deve visar sempre ao bem-estar do doente, tentando na medida do possível evitar danos. Trata-se de maximizar as condutas que gerem resultados positivos e evitar, sempre que possível, condutas que causem riscos.

Já, continuam os autores, o princípio da *não maleficência* pode ser considerado uma ramificação da beneficência. Ele determina ao profissional da saúde a obrigação de não causar mal intencional ao paciente.

Esse princípio, conforme Felix (2009), pode ser pensado da forma que, quando não for mais possível ao médico fazer o bem ao paciente, que ele não aja de maneira a causar o mal.

Assim, tem-se que a beneficência pressupõe um agir comissivo para causar o bem ao paciente, enquanto que a não maleficência pressupõe um agir omissivo para que não se cause malefício ao doente, quando não há mais condições de lhe causar o bem.

Segundo Guimarães (2011), esses dois princípios correspondem à tradição hipocrática de fazer o bem e não causar o mal ao paciente e são, em suma, desdobramentos da dignidade humana na medicina.

O princípio da *justiça*, por seu turno, trata da distribuição justa e equitativa dos serviços de saúde. Segre e Cohen lecionam que o princípio da justiça

decorre muito mais da *moral social* e, em última análise da Lei, do que emana da individualidade. [...] Colhendo-se o exemplo clássico da aplicação do *princípio da justiça* na situação de socorro a dois pacientes em estado de parada cardiorrespiratória numa UTI em que só exista um equipamento de “ressuscitação” – tratando-se de um ancião oncológico terminal e de um jovem traumatizado de crânio com um hematoma extradural - a *justiça*, em nosso meio, nos levará a atender, independentemente de nossas propensões individuais, o jovem, que se supõe ter mais probabilidades de retorno à consciência, com uma expectativa de vida de maior duração e, supostamente, de melhor qualidade. São critérios sociais, aos quais existindo ou não legislação específica, terminamos por obedecer (2002, p. 40, grifo do autor).

Assim, pode-se concluir que o princípio da justiça indica como devem ser alocados os recursos disponíveis para a Medicina, de modo que se garanta a equidade e a justiça social.

Por fim, o princípio da *autonomia* preconiza que se deve respeitar a individualidade do homem como ser racional, que este deve ser considerado um sujeito na relação médico-paciente e não apenas um objeto, suscetível ao paternalismo médico (GUIMARÃES, 2011).

Lopes, Lima e Santoro trazem à baila que o princípio da autonomia

estabelece o respeito à liberdade de escolha do paciente. Determina o respeito à capacidade de gerir e conduzir a própria vida corporal e mental,

por meio de suas escolhas e opções. Cada ser humano deve ser respeitado no comando e na autoridade sobre a própria vida. Todos devem ter resguardada a capacidade de gerenciar sua própria vida, tomar suas próprias decisões, fazer suas opções terapêuticas e escolher as mais adequadas aos seus valores pessoais, assim como em relação aos custos e benefícios (2011, p. 79).

Este princípio tem suma importância quando da discussão ética acerca da eutanásia, pois o indivíduo que padece do mal incurável nos parece o único titular do direito de decidir sobre o final de sua existência. É dele, sujeito informado e capaz, a decisão de

(1) tanto não permanecer em um martírio que não o conduzirá a lugar algum, a não ser à própria morte, (2) quanto continuar padecendo, não por uma decisão tomada por outrem, mas, sim, por uma opção pessoal, que pode até ser a de se submeter, por boas razões, à imposição de um outro (SIQUEIRA-BATISTA E SCHRAMM, 2008, P. 2010).

Ou seja, somente o titular da vida que há de ser ceifada, pode decidir sobre seu destino. Por certo tal decisão, para que o ato seja realmente autônomo, tem de ser precedida de um total discernimento do doente acerca da consequência de sua conduta.

Nesse sentido, Siqueira-Batista e Schramm aduzem que

é mister que seja respeitada a liberdade de escolha do homem que padece, isto é, sua competência em decidir, autonomamente, aquilo que considera importante para viver sua vida, incluindo nesta vivência o processo de morrer, de acordo com seus valores e interesses legítimos. Deste modo, [...], o respeito à autonomia pressupõe que cada indivíduo tem o direito de dispor de sua vida da maneira que melhor lhe aprouver, optando pela eutanásia no exaurir de suas forças, quando sua própria existência se tornar subjetivamente insuportável:

***Em tal sentido, pode-se dizer que, em caso de conflito de interesses e de direitos, o direito da autodeterminação tem uma prioridade léxica sobre os demais direitos no contexto de decisões referentes à vida e à morte de seu titular, quer dizer, a pessoa em princípio é mais qualificada para avaliar e decidir o rumo de sua vida*** (2007, p. 210, grifo do autor).

Portanto, observa-se que, para a discussão acerca do direito de morrer com dignidade, deve-se priorizar a vontade soberana do indivíduo, que, como titular de sua própria existência, deve ser o único a decidir acerca de seu destino.

Ainda, nesse diapasão, é possível haver um conflito entre o princípio da autonomia e o da beneficência (não maleficência), porquanto surge o questionamento de quem pode dizer o que é fazer o ‘bem’ para o paciente. Seguindo o conceito de autonomia do indivíduo, este é o único que pode responder a essa questão, expressando qual conduta que lhe traz proveito, bem como qual que lhe causa malefício. Assim,

ao confrontarmos os princípios de beneficência com os de autonomia, eles se opõem diametralmente, sob o ponto de vista ideológico. De um lado – é o caso da beneficência – estabelece-se um consenso sobre o que é bom para a pessoa, estrutura-se um padrão quanto à forma em que ele deve pensar e agir, cria-se a noção de doença (conceito estatístico) em contraposição à de normalidade e aceita-se a ideia de que é lícito, à sociedade, intervir sobre o ‘anormal’, mesmo contrariamente à sua vontade (SEGRE E COHEN, 2002, p. 39).

Destarte, observa-se que os princípios bioéticos têm ampla relevância no trato das questões da saúde, especialmente nas ligadas ao fim da vida. E, nessa senda, a autonomia, enquanto expressão da dignidade humana, destaca-se como respeito ao pensar e sentir do sujeito, que se encontra em estado terminal, investindo-o da competência, na qualidade de ser racional, de decidir sobre sua vida. Nesse sentido, pensa-se que a eutanásia é conduta ética, já que, em última análise, seu primaz objetivo é proteger o doente de uma morte indigna.

Por fim, observa-se a significância dos princípios bioéticos, especialmente a autonomia, com a promulgação pela UNESCO<sup>3</sup>, em 2005, da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Nesse documento, foram reforçados os princípios cardeais da bioética, com especial atenção ao princípio da autonomia. Em seu artigo 3º, a Declaração expõe que “Os interesses e o bem-estar do indivíduo devem prevalecer sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade”, já no seu artigo 5º aduz que

a autonomia das pessoas no que respeita a tomada de decisões, desde que assumam a respectiva responsabilidade e respeitem a autonomia dos outros, deve ser respeitada. No caso das pessoas incapazes de exercer a sua autonomia, devem ser tomadas medidas especiais para proteger os seus direitos e interesses.

---

<sup>3</sup>Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura.

Nesse sentido, observa-se que o respeito à autodeterminação do indivíduo tem grande relevância na bioética, sobressaindo-se em algumas situações. Uma delas é a eutanásia, a qual é conduta ética, já que, em última análise, seu primaz objetivo é proteger o doente de uma morte indigna, respeitando sua autonomia<sup>4</sup>. Ademais, não parece plausível uma argumentação de que esta conduta contrarie outros princípios bioéticos, pois se entende que o único indivíduo que deve decidir o que é bom, ruim ou justo para si é o doente que há de ter sua morte antecipada ou não.

Após esta análise conceitual da eutanásia e de sua eticidade, passa-se agora ao estudo da dignidade da pessoa humana e de como esse conceito relaciona-se com a morte piedosa.

---

<sup>4</sup> Deve-se observar que nem sempre o paciente estará em condições de exercer a sua autonomia, assim o testamento vital é um importante instrumento a ser usado para que seja respeitada a escolha do paciente, quando este se encontra incapaz de manifestar a sua vontade. Trata-se de documento, lavrado pela pessoa, quando ainda em plena consciência, que dispõe sobre condutas que devem ser adotadas em caso de doença que leve a perda da consciência ou da capacidade de decidir autonomamente.

### **3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA, FUNDAMENTO DA REPÚBLICA BRASILEIRA, COMO BASE DO DIREITO À MORTE DIGNA**

O procedimento eutanásico, conforme já descrito, é a conduta pela qual um terceiro causa a morte do paciente incurável por compaixão e a seu pedido. Tal procedimento, quando realizado observando-se todos os seus requisitos, apesar de levar à morte, é conduta ética que visa a assegurar um fim digno ao doente terminal.

Isso posto, o capítulo em sequência terá a finalidade de analisar o conceito de dignidade da pessoa humana, verificando seu surgimento e definição, bem como definir qual a dimensão desta dignidade que mais se acentua na Constituição e como esta aceção se relaciona com o conceito aqui estudado.

#### **3.1 Evolução histórica do conceito de dignidade humana**

Apesar de o conceito de dignidade da pessoa humana ser de difícil definição, variando em épocas e sociedades distintas, imperioso se faz que, ao menos de forma concisa, seja ele em parte elucidado, com o intuito de fundamentar a visão exarada no presente estudo.

Primeiro, far-se-á uma pequena análise histórica desse princípio, para entender-se como ele se desenvolveu e foi interpretado nas diferentes culturas e

fases históricas da humanidade, tornando-se a base atual e secular da maioria das democracias ocidentais.

Pereira (2006), em sua análise histórica da dignidade humana, destaca que o primeiro momento em que o homem é considerado como ser dotado de liberdade e razão acontece no período Axial (800 a.C. a 200 a.C.). Essa compreensão inicial de sua liberdade e racionalidade foi o alicerce para a futura aceção de direitos universais decorrentes do conceito de pessoa humana.

Na *Antiguidade Clássica*, segundo Millon (2007), surgiram as primeiras preocupações com a dignidade humana, que se baseava, nessa época, no status social que o indivíduo ocupava. Sua posição na sociedade determinava o quanto digno era, não havendo a ideia de inerência desse valor a todo o ser humano. Nesse sentido, descreve Sarlet (2012, p.34, grifo do autor):

No pensamento filosófico e político da Antiguidade Clássica, verificou-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas.

Na Grécia antiga, houve uma grande contribuição para o desenvolvimento do conceito de dignidade, baseada em uma nova visão, que abandonou as explicações sobrenaturais sobre os fenômenos da natureza e buscou explicar a realidade nas premissas racionais e filosóficas. (PEREIRA, 2006)

O autor também relata que a doutrina do estoicismo<sup>5</sup>, com o fim da democracia e das cidades-estado gregas, desenvolveu o pensamento de que todos os homens participam do mundo como iguais. Tal filosofia fez avançar o conceito de dignidade, desagregando-a da ideia de dignidade quantificável, para um sentido de dignidade universal. Em Roma, influenciado pelo estoicismo, Cícero<sup>6</sup> também contribuiu com este desenvolvimento, fundando a dignidade na natureza humana e a

---

<sup>5</sup>O estoicismo foi uma corrente filosófica que predominou na Antiguidade clássica durante mais de cinco séculos (300 a.C. - 200 d.C.). Esta doutrina “retém do cinismo a ideia de que a felicidade reside na independência com relação a qualquer circunstância exterior, é uma criação coletiva”. O estoicismo teve origem com Zenão de Citium (325 - 264 a.C.) (DUROZOI; ROUSSEL, 2005, p.168).

<sup>6</sup> Importante filósofo na Roma antiga.



desvinculando das diferenças mundanas entre os homens, sendo todos iguais por natureza.

Segundo Peduzzi (2009), o ideário desenvolvido na Antiguidade Clássica, é retomado no Iluminismo, quando o homem passa a ser o centro do mundo. No entanto, antes disso o pensamento de dignidade estava centrado em um ideal heterônomo, em que a dignidade vinha de algo externo ao homem, em alguns momentos de sua situação social e financeira, e em outros da sacralidade de sua criação à imagem de Deus.

O cristianismo, conforme lição de Pereira (2006), teve grande importância no desenvolvimento da dignidade humana. Sua doutrina de salvação eterna para todos, devido à criação do homem à imagem e semelhança de Deus, de certa forma, dava-lhes um valor de igualdade, já que todos os seres humanos teriam se originado da mesma divindade. Diferente da Antiguidade, quando a dignidade estava ligada a fatores econômicos e sociais, no cristianismo o homem passa a ter valor em si mesmo (apesar de ainda depender de um fator externo), pois é a imagem do próprio Deus.

No entanto, o autor ressalva que essa 'dignidade' cristã medieval somente se aplicava a todos no plano espiritual, não tendo um significado expressivo no mundo material. Isso fica claro quando observadas as atrocidades cometidas pela Igreja Católica durante toda a Idade Média, em que se pode destacar a perseguição promovida pela Santa Inquisição, talvez a mais terrível instituição já criada pelo ser humano.

Aduz, ainda, que um dos mais expressivos pensadores católicos, no desenvolvimento do conceito de dignidade, foi São Tomás de Aquino. Para este filósofo cristão, o que diferenciava o ser humano de outros seres e coisas inanimadas, era a sua racionalidade, sua capacidade de pensar, além do fato de ter sido criado à imagem e semelhança de Deus. Para São Tomás, devido à origem divina do homem, este não poderia ser usado como meio para que outros atingissem seus objetivos, o homem era sempre um fim em si mesmo.

São Tomás de Aquino tentou encontrar uma justificativa racional para a religião católica e foi um dos primeiros a pensar na ideia de dignidade humana como

algo intrínseco à natureza humana, no entanto esta dignidade estava restrita aos cristãos e não pecadores, gerando assim uma dignidade dependente de certos fatores externos ao homem.

A partir do século XVI, com o advento da modernidade e o movimento iluminista europeu, o conceito de dignidade da pessoa humana modificou-se e começou a se aproximar de sua acepção atual. O ser humano passou a ser novamente o centro das atenções, e a dignidade alterou-se para algo intrínseco ao homem, a heterogeneidade que dominou este conceito nos séculos anteriores foi substituída pela dignidade intrínseca à pessoa, não dependendo, assim, de qualquer fator estranho ao próprio ser humano.

No século XVIII, Immanuel Kant, com sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, fundou os alicerces de todo o pensamento ocidental moderno sobre dignidade da pessoa humana. Para Kant (2007), todos os seres racionais existem como fim em si mesmos e nunca devem ser usados com meios para atingir vontades alheias. Para ele, “a moralidade, e humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade”. Assim, a moralidade de Kant traz uma evolução ao conceito de dignidade humana, tornando esse princípio secular e o baseando na autonomia e racionalidade do homem, afastando-se, portanto, das filosofias grega e cristã que o precederam.

Foi a partir do século XX que a dignidade da pessoa humana transcendeu de uma acepção apenas filosófica e passou a nortear as ações e constituições dos países ocidentais. Os terríveis crimes cometidos contra a humanidade na Segunda Grande Guerra tiveram notável importância para esse movimento, já que foram organizações legítimas e legais que produziram muitas das atrocidades perpetradas, como o Holocausto. Nesse sentido, discorre Flávia Piovesan:

Sob o prisma histórico, a primazia jurídica do valor da dignidade da pessoa humana é resposta à profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico, associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram barbárie em nome da lei (...). Nesse contexto, ao final da Segunda Guerra Mundial, emerge a grande crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal. É justamente sob o prisma de reconstrução dos direitos humanos Pós-Guerra, de um lado, a emergência do chamado “Direito Internacional dos Direitos Humanos” e, de outro, a nova feição do direito constitucional ocidental (...). No âmbito do direito

constitucional ocidental, são adotados Textos Constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana (apud MILLON, 2007, p. 18).

No mesmo sentido e enfatizando todo o desrespeito ocorrido contra a pessoa humana durante o Holocausto, Roberto Dias (2012, p. 89) esclarece que:

A ascensão do nazismo na primeira metade do século XX negou, em todos os sentidos, o ideal kantiano acerca da dignidade da pessoa humana. Milhões de pessoas – especialmente judeus, ciganos, homossexuais, comunistas e deficientes físicos -, por força de um ideal autoritário, baseado na eugenia, acabaram entulhadas em campos de concentração, onde foram submetidas a experiências e a trabalhos forçados, quando não seguiram diretamente para as câmaras de gás ou executadas de outras maneiras. As pessoas eram transformadas em coisas e usadas como meio de tomada e manutenção do poder. O holocausto foi o exemplo mais gritante da coisificação dos seres humanos.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, um grande esforço volta-se ao reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana nas constituições dos Estados, bem como nos tratados internacionais.

Assim, pode-se notar que as terríveis violações contra o ser humano ocorridas na Segunda Guerra Mundial impulsionaram o reconhecimento da dignidade do ser humano no âmbito internacional, e, mais do que isso, motivaram uma onda de proteção da dignidade nas constituições nacionais.

Logo após o término da guerra, em 1948, foi aprovada, pelas Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Este documento foi um dos mais importantes marcos internacionais para o reconhecimento da dignidade humana. O documento, além de designar um leque de direitos que devem ser garantidos a todos os seres humanos, em seu preâmbulo destaca “que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. Já seu artigo primeiro designa que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (NAÇÕES UNIDAS, 1948, p. 2).

Nos anos que se seguiram, tanto a ONU<sup>7</sup>, como outras organizações aprovaram inúmeros tratados internacionais para proteção dos direitos humanos em todas as suas dimensões<sup>8</sup>. E, em âmbito interno, muitas nações ocidentais incluíram em suas constituições a previsão da dignidade humana, principalmente os países que se envolveram diretamente na guerra, presenciando intimamente as terríveis violências perpetradas contra o ser humano.

Pode-se verificar que a dignidade humana, como princípio fundamental, passou a ser positivada nas constituições em decorrência de arbitrariedades de toda a sorte cometidas por governos opressores. Segundo Roberto Dias (2012, p. 100):

É possível perceber [...] que as previsões constitucionais acerca da proteção da dignidade da pessoa humana revelam-se como uma resposta clara aos arbítrios perpetrados por regimes autoritários dos mais diversos matizes. A ruptura do arbítrio e o aparecimento ou reaparecimento de um Estado Democrático de Direito consolida-se com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

Na América Latina, segundo o autor, houve o mesmo movimento de afirmação da dignidade após governos ditatoriais. No Brasil, a Constituição Federal de 1988, que reassentou a democracia, após vinte e um anos de regime ditatorial, trouxe em seu artigo primeiro, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República.

### **3.2 Princípio da dignidade da pessoa humana**

Após a análise histórica da dignidade da pessoa humana, passa-se agora a análise do teor normativo deste princípio, sua relevância e significado na esfera jurídica. Por certo que não se pretende esgotar a sua definição, porquanto isso seria inviável, no entanto, mesmo que de forma limitada, é indispensável que se tenha

---

<sup>7</sup> Organização das Nações Unidas.

<sup>8</sup> Alguns destes tratados: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; c) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; d) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; e) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; f) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995.

uma mínima compreensão deste preceito para cumprir os objetivos do presente estudo.

Ingo Wolfgang Sarlet dá, a título de sugestão, a seguinte conceituação à dignidade humana:

*Tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (2005, p. 37, grifo do autor).*

O autor, para melhor compreensão de conceito tão abrangente, o divide em quatro principais dimensões: a ontológica, a intersubjetiva, a de construção histórico-cultural e a negativa-prestacional.

Na dimensão ontológica (estudo do ser e de sua existência), descreve o autor, a dignidade da pessoa humana faz parte de sua natureza essencial, estando no cerne do que é o ser humano, para ele

a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Está, portanto, compreendida como qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe – ou é reconhecida como tal – em cada ser humano como algo que lhe é inerente (SARLET, 2005, p. 18-19).

Assim, pode-se perceber que, em sua dimensão ontológica, a dignidade da pessoa humana se irradia como uma qualidade inerente à própria pessoa humana, que provém do *ser humano* e o qualifica como tal. Não pode ser vendida, nem retirada ou suprimida, nasce na humanidade de cada indivíduo e deve gerar tanto ações negativas como positivas das pessoas e do Estado, com o intuito de sempre protegê-la e fomentá-la.

Na dimensão intersubjetiva, segundo Sarlet (2005, p. 22-23), não obstante a dignidade humana estar intimamente conectada à condição de ser humano do sujeito, é imprescindível que seja considerada a dimensão comunitária da dignidade deste ser. A dimensão ontológica só pode ser plenamente compreendida “no contexto da intersubjetividade que marca todas as relações humanas e, portanto, também o reconhecimento de valores [...] socialmente consagrados pela e para a comunidade de pessoas humanas”.

Nesse sentido, o autor defende uma visão da dignidade humana constituída na participação de toda a comunidade, não se limitando à autonomia individual, pressupondo a necessidade dessa contribuição ativa da sociedade para que os direitos e liberdades de nossa época sejam reconhecidos e protegidos.

Embora Sarlet, nesse ponto, refira que não se está objetivando a privações da dignidade da pessoa em benefício da comunidade, não é possível concluir que isso seria totalmente descartável. O que pode ser mais claramente observado na sua análise da moderna doutrina acerca do tema:

Parte da doutrina constitucional contemporânea admite a restrição à dignidade justificada pela necessidade de proteção da dignidade de terceiros, especialmente quando se trata de resguardar a dignidade de todos os integrantes de uma determinada comunidade (apud DIAS, 2012, p. 115).

Roberto Dias, contudo, descarta por completo esta hipótese de relativização da dignidade da pessoa humana em proveito da sociedade (embora permita a relativização num outro sentido). Para o autor, o fato de a Constituição Federal ter como fundamento da República a dignidade da **pessoa** humana e não a *dignidade humana* significa que “a proteção se dirige à pessoa concreta e individual e não a um ser ideal e abstrato”. Dessa forma, entende que não se deve interpretar o dispositivo de forma arbitrária, buscando a satisfação de um suposto interesse da sociedade (2012, p. 115).

Destarte, observa-se que, diferente da dimensão ontológica (em que a dignidade é inerente ao indivíduo), a dignidade da pessoa humana, em sua dimensão intersubjetiva, tem como cerne a participação de toda a comunidade na sua construção e proteção. Mister se faz ressaltar, no entanto, que, pactuando com

a visão de Dias, em nenhuma hipótese pode a dignidade humana ser relativizada com o intuito de beneficiar a comunidade ou um certo grupo de pessoas, porquanto este tipo de conduta leva a indigna coisificação do ser humano.

A *dimensão histórico-cultural* da dignidade da pessoa humana, por sua vez, é fundamentada no fato deste conceito ser, nas palavras de Sarlet, de “categoria axiológica aberta”, não podendo ser conceituado de forma concreta e imutável. A dignidade humana, como princípio jurídico, necessita, assim, de uma permanente efetivação e determinação pelo Estado e pela comunidade, pois as sociedades hodiernas evoluem e se transformam constantemente.

Por último, conforme o autor, tem-se a *dimensão negativa-prestacional*, a qual se materializa nas prestações positiva e negativa que pressupõe a efetivação da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o preceito ora estudado é simultaneamente limite e tarefa tanto da sociedade como do Estado. Tal dicotomia integra a dignidade humana, gerando uma esfera defensiva e outra prestacional, assim explica Sarlet (2005, p. 32):

Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não possa ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção.

Estas duas facetas da dignidade humana, segundo Dias (2012), podem ser claramente observadas nos direitos fundamentais presentes na Constituição Federal Brasileira. Um exemplo claro é a proibição de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inciso I), norma de cunho positivo e negativo, que compele ao Estado e aos particulares um impeditivo na prática de condutas que levem a tal resultado, porém também exorta os órgãos públicos a criarem políticas que impeçam que tais tratamentos aconteçam.

Outros exemplos de direitos fundamentais que têm por base prestações positivas e negativas da dignidade humana são a igualdade entre homens e mulheres, o livre exercício de profissão, o direito à intimidade e à livre expressão de

pensamento. Todos esses direitos e muitos outros estão expressamente descritos na Carta Magna e impelem condutas negativas e positivas tanto ao Estado como a toda a comunidade.

Portanto, essas são as quatro dimensões da dignidade humana propostas por Sarlet (2005). O autor refere que não é possível reduzir este conceito a uma “fórmula genérica e abstrata” que abranja todo seu âmbito de proteção ou incidência, no entanto deve-se buscar uma definição que só terá pleno sentido diante do caso concreto. Assim, não obstante não se possa abranger a totalidade do significado do termo, o autor propõe uma definição a partir do âmbito de proteção da dignidade, numa perspectiva de delimitar quando se dá a sua violação. (2005, p. 33-34).

Nesse diapasão, Sarlet disserta o seguinte:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças (2005, p. 35-36).

Com sentido e relevância um pouco divergente do que propõe Sarlet, Roberto Dias pensa a concepção negativa-prestacional como o núcleo fundamental da dignidade da pessoa humana.

Para o autor (2012, p. 107), a dignidade da pessoa humana tem em seu núcleo fundamental uma concepção negativa e outra positiva. A concepção negativa remonta aos ideários de Immanuel Kant, em que o homem é um fim em si mesmo e não deve ser tratado como objeto a serviço de outros, sua filosofia permite inferir condutas que violam a dignidade com ações e omissões. Mas ater-se-á com mais atenção aos ensinamentos de Kant posteriormente.

Já, para definir a concepção positiva da dignidade humana, o autor utiliza-se dos ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes, a qual afirma que os elementos que formam o núcleo positivo da dignidade humana são a *integridade psicofísica*, a *igualdade*, a *solidariedade* e a *liberdade*.



A integridade psicofísica, segundo o autor, além de abranger a proibição de tortura e garantir prerrogativas penais, também se estende a toda sorte de direitos ligados à personalidade, como “a vida, o nome, a identidade pessoal, a imagem, a honra e a privacidade”. A igualdade, nessa linha, ademais de ser tratada simplesmente de modo formal, evitando-se a discriminação, deve ser entendida também em sua acepção substancial, em que, por meio de prestações positivas, com políticas distributivas, possa ser alcançada uma equidade social. A solidariedade, por sua vez, está relacionada ao conceito anterior e se expressa nos objetivos fundamentais do Brasil, presentes no art. 3º da Constituição Federal, que conclamam aos poderes constituídos uma atuação baseada na promoção do bem de todos, produzindo a justiça social, a liberdade e a harmonia entre os cidadãos. A liberdade, por fim, materializa-se na autodeterminação do ser humano em ditar os rumos de sua própria existência, assim como ter garantida sua privacidade e intimidade. Demonstra-se nos mais variados direitos fundamentais, como a livre manifestação do pensamento e o direito de ir e vir (DIAS, 2012, p. 107-111).

Para um (sempre incompleto, mas necessário) entendimento da dignidade humana, em sua acepção moderna e nos contornos aqui estudados, deve-se ater, ainda que de forma concisa, à filosofia de Immanuel Kant, a qual, como já descrito, teve grande importância para a definição do moderno significado de dignidade humana.

Kant diz que na Ética - fator que dita leis que dominam a vontade do homem - deve haver um imperativo categórico ou um imperativo hipotético<sup>9</sup>. O imperativo categórico pode ser considerado a lei que o homem dá a si mesmo e que é, ao mesmo tempo, uma máxima universal que valha para todos, unicamente baseada na razão. Nas palavras do autor: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (KANT, 2007, p. 59).

A autonomia, para o autor, é o “princípio supremo da moralidade” e consiste no indivíduo que é capaz de se submeter a esta lei que ele dá a si mesmo, baseada exclusivamente na razão e em que as máximas possam pertencer a uma legislação universal. Quando o indivíduo não age de acordo com tal lei, que dá a si mesmo,

---

<sup>9</sup> O imperativo hipotético não é baseado somente na razão pura, como o categórico, mas sim em alguma condição externa ao indivíduo (SANDEL, 2014).

não estará agindo com autonomia, mas sim com heteronomia, pois a sua ação está condicionada a fatores externos, como inclinações e desejos (KANT, 2007, p. 85).

A dignidade humana, segundo Kant, junto com toda natureza racional, tem seu fundamento na autonomia. Para o autor, tudo tem um preço ou uma dignidade. No “mundo dos fins”, todo o ser racional, como legislador universal, tem dignidade, enquanto os outros seres têm um preço. Assim, pode-se observar que o fundamento da dignidade está exatamente na vontade autônoma que – simultaneamente – se submete e é criadora de sua própria lei moral. Nesse sentido Kant aduz que

[...] A razão relaciona pois cada máxima da vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as acções para connosco mesmos, e isto não em virtude de qualquer outro móbil prático ou de qualquer vantagem futura, mas em virtude da ideia da // dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá. No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade.

Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade (KANT, 2007, p. 77).

Nessa senda, para a filosofia de Kant, o homem, como ser racional, “existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”. O ser humano, estando acima de qualquer precificação, tem dignidade e nunca deve ser tratado como meio para fins alheios a sua vontade (KANT, 2007, p. 68).

Roberto Dias, condensando os pensamentos de Kant acerca da dignidade em uma única proposição, aduz que elas podem ser enunciadas da seguinte maneira:

A conduta moral consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal; todo homem é um fim em si mesmo, e não deve ser instrumentalizado por projetos alheios; os seres humanos não têm preço nem podem ser substituídos, pois eles são dotados de um valor intrínseco absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade (2014, p. 72).

Por conseguinte, pode-se observar que a dignidade humana é um atributo intrínseco e indissociável de cada ser racional. É fundamento primeiro dos direitos fundamentais e se desdobra em prestações negativas e positivas por parte do Estado e da sociedade. Por mais que não seja possível dar-lhe um conceito

universal e positivo que abarque toda sua esfera de proteção, tenta-se, ao menos, considerar a delimitação do que significa violar tal preceito que, em poucas palavras, é o desrespeito ao ser humano e a humanidade em si, é a coisificação da pessoa, que a transforma em um mero objeto ou meio que satisfaça vontades de alguém ou de toda uma sociedade.

### **3.3 Conduta eutanásica sob a ótica da dignidade humana como autonomia**

Como foi visto no primeiro capítulo, a eutanásia está dividida em ativa direta, ativa indireta e passiva. Para a análise que se pretende fazer a partir deste ponto, nas referências ao termo eutanásia, deve-se entender como a eutanásia ativa direta. Este procedimento pode ser considerado o mais 'grave' dentre todos os explanados, porquanto se trata de conduta em que um terceiro deliberadamente causa a morte do paciente.

Desse modo, pensa-se que, analisando o procedimento mais drástico entre os aqui estudados, pode-se chegar a uma resposta que, de certa forma, valha para todos os que sejam semelhantes entre si e que objetivem resguardar a dignidade e autonomia do doente terminal.

Isso se justifica, pois, fazendo uma análise da reprimenda dada pelo direito penal ao diferentes tipos de conduta, observa-se que a destinada à eutanásia ativa direta seria a mais gravosa, já que esta conduta é entendida como crime de homicídio. Diferente da eutanásia passiva, a qual, se confundindo muitas vezes com a ortotanásia, pode nem ser considerada crime; da eutanásia ativa indireta, que também pode ser considerada homicídio, mas com maiores chances de ser considerada fato atípico, já que, neste caso, a intenção é apenas o alívio do sofrimento (a morte é um efeito secundário); e do suicídio assistido em que a reprimenda ao assistente é consideravelmente mais branda, pois este não executa a ação final causadora da morte.

Já, quanto aos requisitos de que cada procedimento necessita para ser considerado, minimamente, algo que garanta um direito ao paciente terminal, deve-se observar que todas as condutas são semelhantes, exigindo que o doente esteja

acometido de doença incurável e tenha total autonomia e discernimento para tomar a decisão, que a ação se dê por compaixão, que a morte seja certa em um determinado tempo, que estejam presentes (nem sempre) o estado de terminalidade e sofrimento insuportável.

Portanto, considera-se que todos os resultados obtidos com a temática estudada e desenvolvida na subsequência, apesar de terem como escopo a eutanásia ativa direta, também terão validade para os outros procedimentos eutanásicos, bem como para o suicídio assistido.

Passa-se agora à análise da dignidade como autonomia e heteronomia, qual destas facetas se sobressai na Constituição brasileira e como isso se relaciona com a eutanásia.

Barroso e Martel (2010, p. 18) afirmam que a dignidade como autonomia é fundamento e justificação dos direitos fundamentais e nela se acentuam quatro prismas essenciais: “a capacidade de autodeterminação; as condições para o exercício da autodeterminação; a universalidade; e a inerência da dignidade ao ser humano”.

A capacidade de autodeterminação significa o direito de cada indivíduo de assumir as decisões de sua própria vida, fazer suas escolhas e assumir a responsabilidade por elas. Por mais que existam momentos em que o Estado possa legitimamente intervir, há decisões que só competem ao titular da existência e não respeitá-las é uma agressão à dignidade do indivíduo. As condições para o exercício da autodeterminação são a existência de condições apropriadas para que a vontade autônoma do indivíduo seja respeitada. Esse item remete à ideia de um mínimo existencial que dê ao indivíduo as condições de ter concretizada a sua autonomia e não tê-la apenas como uma abstração. A universalidade e a inerência são aspectos parecidos e que se completam. Eles vêm da visão ontológica da dignidade humana, em que a dignidade por ser algo intrínseco a todos os seres humanos, deve ser garantida independentemente de qualquer aspecto externo do indivíduo (BARROSO; MARTEL, 2010).

Na jurisprudência internacional, conforme Barroso e Martel (2010), a concepção de dignidade humana como autodeterminação ou autonomia tem sido

usada como fundamentação para diversos casos, como legitimidade de relações homossexuais, eutanásia e suicídio assistido.

Um caso emblemático é a decisão da Corte Constitucional da Colômbia, que considerou inconstitucional a proibição da eutanásia. Um dos fundamentos da sentença foi a dignidade humana como autonomia do indivíduo:

Em Colombia, a la luz de la Constitución de 1991, es preciso resolver esta cuestión desde una perspectiva secular y pluralista, que respete la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran nuestro ordenamiento superior.

[...] El artículo 1 de la Constitución, por ejemplo, establece que el Estado colombiano está fundado em el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran em el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión.

Como bien lo ha expresado esta Corporación, "*la dignidad humana ... es em verdad principio fundante del Estado, ... que más que derecho em sí mismo, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado em la constitución.*"[2] Este principio atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando em todo momento su autonomía e identidad (COLÔMBIA, 1997, p. 18).

Do trecho acima, pode se perceber a importância da dignidade humana em um sistema constitucional e como é relevante a sua face autonômica e de proteção à personalidade. Todavia, a dignidade como autonomia também não pode ser considerada um valor absoluto. Quando este preceito entrar em colisão com direitos fundamentais, que possam causar danos à outra pessoa ou à própria sociedade, surge a exigência da dignidade como heteronomia, a coação externa ao indivíduo.

Conforme Barroso e Martel (2010), a dignidade como heteronomia está adstrita a valores compartilhados por toda uma comunidade. Ela dá fundamento a expressões como bem comum, interesse público e moralidade, tal como justifica a busca do que é digno para o indivíduo, ainda que este não concorde. Ao invés de ter a liberdade como âmagô, adapta a sua essência para limitá-la de acordo com estes princípios comunitários.

Os autores, para exemplificar, trazem à baila o caso do arremesso de anões, em que um espetáculo, em algumas casas noturnas de Paris, consistia em usar um anão como projétil e lançá-lo pelas dependências do lugar. O caso foi levado à

justiça e nos julgamentos que se sucederam, mesmo com a total concordância do então, que gostava do que fazia, acabou-se por decidir que esta conduta feria a sua dignidade, ainda que não concordasse com isso. Aí está um exemplo claro de dignidade como heteronomia, em que um valor prezado pela comunidade foi imposto ao indivíduo.

Por conseguinte, consegue-se perceber que a dignidade como heteronomia busca ser um obstáculo à autonomia individual, prezando, ao revés, princípios e valores conjuntos de toda a sociedade e, assim, além de preservar o sujeito dele mesmo, atua para impor concepções compartilhadas por todos.

Essa visão de dignidade tem suas limitações definidas da seguinte forma por Barroso e Martel (2010, p. 26-27):

a) o emprego da expressão como um rótulo justificador de políticas paternalistas, jurídico-moralistas e perfeccionistas; b) o enfraquecimento dos direitos fundamentais mediante o discurso da dignidade, especialmente em sociedades democrático-pluralistas; c) perda da força jurídico-política da locução 'dignidade humana'; d) problemas práticos e institucionais na definição dos valores compartilhados por uma comunidade ou sociedade política.

Assim, segundo os autores, a dignidade humana como autonomia preconiza as escolhas e o consentimento do indivíduo em uma sociedade plural, a liberdade do ser humano para tomar suas decisões, contanto que os direitos dos outros sejam preservados e que o sujeito tenha garantidas todas as condições para exercer a sua autodeterminação. Por outro lado, a dignidade como heteronomia tem em seu cerne a guarda de valores os quais toda a sociedade teria em comum e, ainda, a defesa do ser humano baseada nestas concepções externas a ele, gerando, assim, o paternalismo, o moralismo e a limitação da individualidade.

Na Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana foi insculpida como fundamento da República, firmando-se assim como centro axiológico de toda a estrutura jurídica brasileira. Barroso e Martel (2010) aduzem que na Carta Magna a dignidade, certamente, tem um viés de autonomia. Isso fica evidente na extensa lista de direitos individuais trazida no documento, em detrimento a termos como ordem e interesse público, que aparecem poucas vezes e em

questões específicas, que não tem o condão de restringir direitos ligados à autonomia.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, analisada pelos autores, também se demonstra preponderância da dignidade como autonomia, em prejuízo da dignidade como heteronomia. Esse entendimento, observado em muitos votos, foi condensado do seguinte modo:

a) correlação da fórmula do 'homem objeto', ou da não instrumentalização dos seres humanos, à liberdade humana e às garantias constitucionais da liberdade; b) manutenção da integridade física e moral dos indivíduos; c) proibição da tortura, da imposição de tratamento desumano ou degradante e da crueldade (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 30).

Vale destacar aqui o trecho de voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Fux, em recurso especial julgado no Superior Tribunal de Justiça:

10. Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia. É de se indagar, qual a aptidão de um cidadão para o exercício de sua dignidade se tanto quanto experimentou foi uma "morte em vida", que se caracterizou pela supressão ilegítima de sua liberdade, de sua integridade moral e física e de sua inteireza humana? (REsp 802.435/PE).

Portanto, analisando os modos como esse princípio se desdobra no ordenamento constitucional pátrio, percebe-se que a dignidade como autonomia se sobressai à dignidade como heteronomia, não sendo, no entanto, absoluta.

Nesse diapasão, ao se analisar a eutanásia sob o prisma da dignidade como autonomia, parece que o procedimento se amolda perfeitamente ao princípio e também, nessa seara, fica evidente que não deve prevalecer a acepção heterônoma da dignidade, pois a própria Constituição confere importância muito maior aos direitos individuais, em que a autonomia se destaca, do que aos interesses comunitários.

Assim, pode-se concluir que a eutanásia se enquadra perfeitamente no princípio constitucional da dignidade humana, e mais do que isso, amolda-se à sua acepção autônômica, que é a que deve prevalecer nessas situações. O ser humano, como ser racional, dotado de autodeterminação, deve moldar os rumos de sua existência da forma que melhor lhe aprouver e caso, em certo momento da vida, se

deparar com a situação de terminalidade com extremo sofrimento, mas dotado de plena consciência e condições para tomar a decisão de antecipar a sua morte, esta sua escolha parece adequada à visão de dignidade proposta pela Lei Maior.

Se há uma situação na vida de qualquer indivíduo em que a aceção autonômica da dignidade deve prevalecer, é o momento de sua morte. A morte, inevitável como é, chegará a todos em algum momento e, a despeito da argumentação feita aqui, sempre é indesejável que alguém tenha que recorrer a um suicídio ou homicídio para ter sua dignidade garantida. Contudo, se este momento chegar, a única pessoa que tem o direito de decidir sobre o que é melhor para si é o titular da vida que deixará de existir. Não é admissível que a sociedade ou um terceiro se imponha em um momento tão íntimo e trágico da vida de um ser humano livre e racional.

Após esta análise histórica, conceitual e de relação entre a dignidade humana e a eutanásia, passa-se, no próximo capítulo, a analisar o tratamento atual da eutanásia no Brasil, como se procede quando da colisão de princípios trazida pelo presente estudo, bem como verificar a constitucionalidade da morte piedosa.



## **4 A (IM)POSSIBILIDADE DO PROCEDIMENTO EUTANÁSICO NO BRASIL**

A eutanásia, conforme visto no capítulo anterior, amolda-se à concepção autônoma da dignidade que, em detrimento da concepção heterônoma, prevalece na Constituição brasileira e, assim, partindo das premissas já apresentadas, é possível concluir que a dignidade humana como autonomia do indivíduo fundamenta um possível *direito constitucional à morte digna*.

Diante disto, o presente capítulo terá o escopo de analisar a atual situação jurídico-penal da eutanásia no Brasil e, após verificar as possíveis colisões de princípios logicamente decorrentes da posição adotada, examinar a constitucionalidade da penalização da eutanásia.

### **4.1 Atual panorama jurídico-penal da eutanásia no Brasil**

A Constituição Federal Brasileira nada refere, explicitamente, a respeito da eutanásia ou de um direito à morte digna. Na legislação infraconstitucional, também não há nenhuma lei ou dispositivo legal que mencione a eutanásia explicitamente.

A doutrina, no entanto, entende que a eutanásia se enquadra no crime de homicídio privilegiado, descrito no artigo 121, §1º do Código Penal. Trata-se de uma minorante do homicídio e não um tipo autônomo. O referido dispositivo aduz o

seguinte: “Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço” (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, explica Mirabete (2004, p. 67):

[...] o autor do homicídio praticado com o intuito de livrar um doente, irremediavelmente perdido, dos sofrimentos que o atormentam (eutanásia) goza de privilégio da atenuação da pena. O código penal brasileiro não reconhece a impunibilidade do homicídio eutanásico, haja ou não o consentimento do ofendido, mas em consideração ao motivo, de relevante valor moral, permite a minoração da pena. É punível a eutanásia propriamente dita [...] e mesmo a ortotanásia [...], mas discute-se a possibilidade de não se falar em homicídio quando se interrompe uma vida mantida artificialmente por meio de aparelhos.

Na mesma acepção, mas fazendo uma ressalva, discorre Capez, ao afirmar quanto à eutanásia ativa e à passiva que

[...] ambas as modalidades configuram homicídio privilegiado (CP, art. 121, § 1º — relevante valor moral), sendo a modalidade omissiva um crime omissivo impróprio, por quebra do dever legal (CP, art. 13, § 2º, a). É possível sustentar a atipicidade na eutanásia omissiva, sob o argumento de que, em situações extremas, não há bem jurídico a ser tutelado, já que a vida só existe do ponto de vista legal, mas em nada se assemelha aos padrões mínimos de uma existência digna [...] (CAPEZ, 2007, p. 53).

A eutanásia, então, mesmo não sendo manifestamente tratada no texto penal, enquadra-se no dispositivo mencionado, e, dessa forma, também se enquadram as outras condutas eutanásicas, todavia, diferente do que dizem os autores, a ortotanásia não é mais considerada crime no Brasil.

Em 2006, o Conselho Federal de Medicina emitiu a Resolução n. 1.805, a qual permite 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”. Tal Resolução foi contestada pelo Ministério Público Federal, mas a Justiça, em 2010, após mudança de posição da Promotoria, decidiu pela legalidade da norma (Res. n.1.805/2006, CFM).

Por conseguinte, a ortotanásia é conduta lícita no ordenamento jurídico pátrio e, partindo desse axioma, pode-se considerar que a eutanásia passiva, quando considerada sinônimo da ortotanásia, também é conduta não penalizável.

Já o auxílio ao suicídio é tipificado no artigo 122 do Código Penal e, para todos os efeitos, é considerado crime, não há nesse dispositivo qualquer benefício à conduta realizada com conotação eutanásica.

Acerca da eutanásia, em entrevista para a Folha de São Paulo, o Ministro José Celso de Mello Filho do Supremo Tribunal Federal declarou o seguinte:

Enquanto houver possibilidade de preservar a vida do paciente, a eutanásia deve ser afastada. Eventualmente, posso admiti-la como recurso extremo nos casos em que não há mais qualquer possibilidade de preservação da vida e quando a preservação da vida passa a ofender de modo profundamente grave a dignidade do paciente. A eutanásia, quando desejada de maneira consciente e livre pelo próprio paciente, pode merecer eventualmente a atenção do Estado para efeito de legitimar essa prática [...] (MELLO FILHO, 1997, p. 3).

Já, o também Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, em entrevista à Folha de São Paulo, assim discorre sobre o tema:

[...] Na ortotanásia e na eutanásia, o debate filosófico é sobre a dignidade da pessoa humana e a sacralidade da vida. Quando a filosofia e o direito protegem a vida, é preciso saber: protegem qualquer vida, qualquer qualidade de vida e a qualquer preço? Acho que não.

Além de determinado limite de sofrimento, de perda da integridade física, uma pessoa deve ter o direito de escolher entre a vida e a morte.

Mas a morte integra um espaço desconhecido, e nunca haverá como superar o tipo de debate filosófico que ela envolve. Sempre que as pessoas estejam diante de uma matéria que envolva o que se denomina de desacordo moral razoável, ou seja, quando pensam de modo radicalmente oposto, o papel do Estado e do direito deve ser o de respeitar a autonomia da vontade de cada um (BARROSO, 2006, p. C4).

Há de se ressaltar que a análise tem por base somente a doutrina e a resolução supracitada, pois não foi encontrada jurisprudência envolvendo eutanásia ou suicídio assistido no Brasil e, como descrito, a legislação se omite quanto ao tema. Assim, embora este, provavelmente, não seja o entendimento majoritário na justiça pátria, as entrevistas citadas têm importantíssimo valor em demonstrar

posicionamentos de integrantes da mais alta Corte Judicial do país, a qual tem o dever de guardião da Constituição.

Portanto, conclui-se que, no ordenamento jurídico pátrio, ainda que existam posicionamentos divergentes, tanto a eutanásia ativa quanto o suicídio assistido são consideradas condutas criminosas. Já, a ortotanásia e, quando sinônimo desta, a eutanásia passiva, são procedimentos lícitos.

#### **4.2 A colisão de princípios à luz da Constituição Federal e a primazia da dignidade da pessoa humana**

A existência de um direito a morrer dignamente é quase que totalmente descartada no ordenamento jurídico pátrio, contudo a Carta Magna traz a afirmação da dignidade da pessoa humana em seu artigo primeiro. A dignidade, como alicerce de todos os direitos fundamentais, é o centro axiológico da Constituição e, portanto, o princípio norteador da interpretação constitucional quando da colisão de direitos fundamentais.

Da análise do direito à morte digna surge, inevitavelmente, a colisão entre o direito à vida e o direito à liberdade. De um lado está a vida, sem a qual nenhum dos outros direitos fundamentais seria possível e do outro está a liberdade, como autonomia privada do indivíduo, que garante que cada ser humano tenha a prerrogativa de definir os rumos de sua existência.

Analisar-se-á, a partir deste ponto, como proceder nas situações em que direitos fundamentais se chocam e, partindo dessa premissa, esclarecer se é possível que um novo direito ou que uma interpretação diferente nasça deste encontro.

Assim, torna-se imprescindível um resgate conceitual relativo às regras e princípios que orientam um sistema jurídico.

### 4.2.1 Regras e princípios

Primeiramente, deve-se esclarecer que regras e princípios são duas espécies de normas. Robert Alexy (2009, p. 87) afirma:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente.

O autor aduz que há várias interpretações para diferenciar estes dois tipos de normas, contudo sustenta que a tese correta é a que dispõe sobre uma diferença qualitativa entre regras e princípios.

Assim, discorre que princípios são “mandamentos de otimização” os quais determinam que algo seja feito “na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Dessa forma, os princípios podem ser consubstanciados em variados graus e a sua completa satisfação depende, não só das possibilidades fáticas, como também das jurídicas, que são determinadas quando da colisão entre as regras ou princípios.

Já as regras, segundo o autor, tem validade ou não tem validade. Elas têm mandamentos concretos na acepção do que é possível tanto fático como juridicamente. Se a regra for válida, deve-se fazer precisamente o que ela ordena.

Para Ronald Dworkin (2002, p. 39), a distinção entre as regras e princípios está na essência do que orientam. “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela ordena deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.

Os princípios, por outro lado, segundo o autor, têm uma dimensão que as regras não têm, a dimensão do peso ou importância. “Quando os princípios se inter cruzam, [...] aquele que resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”. Assim, ao examinar qual princípio se sobrepõe ou é mais importante

que outro, deve-se questionar qual o seu peso ou quão importante é (DWORKIN, 2002, p. 42-43).

Roberto Dias (2012, p. 31, grifo do autor) se valendo dos ensinamentos de Alexy e Dworkin entende que

As regras [...] expressam direitos e deveres definitivos, ou seja, se são válidas, devem realizar precisamente aquilo que determinam. Por outro lado, os princípios expressam direitos e deveres *prima facie* e, portanto, quando em colisão com outros princípios, deverão ser sopesados, revelando-se, no caso concreto, mais ou menos amplos.

Portanto, observa-se que a diferença entre as regras e os princípios é qualitativa. Os princípios têm uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm e que os distingue destas.

#### **4.2.2 Limites dos direitos fundamentais**

Na Constituição pátria, existem regras e princípios, conceitos que não podem ser confundidos. As regras são realizáveis ou não e, assim, não podem ser limitadas, só podem ser inválidas para certa situação ou serem aplicadas por meio de uma exceção. Já os princípios, como “mandamentos de otimização”, podem ser limitados, já que, no caso concreto, devem ser aplicados na maior medida possível.

Essas limitações aos princípios fundamentais, além de surgirem das colisões de direitos, são também previstas na própria Constituição. George Marmelstein (2008, p. 369-370) aduz que isso pode ser observado nos limites traçados pela Constituição brasileira

quando, por exemplo, (a) reconhece o direito à vida, mas autoriza a adoção da pena de morte em caso de guerra declarada; (b) prevê o direito de liberdade, mas permite a prisão em caso de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente; (c) garante o direito de propriedade, mas exige que ela (a propriedade) exerça sua função social; (d) garante o direito à liberdade de expressão, mas permite que a lei restrinja a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapia, bem como veda o anonimato e garante o direito de resposta; (e) garante a todos o direito de ação, mas proíbe a concessão de *habeas corpus* no caso de punição de militares, bem como limita o

acesso ao judiciário no caso de ações relativas à disciplina e às competições desportivas [...].

Observa-se, pois, que a própria Constituição traz limites aos direitos fundamentais, sendo que estes não podem ser considerados absolutos. Sempre haverá a possibilidade de mais de um direito fundamental ser aplicado a uma situação e, nesta seara, a aplicação de um dos princípios pode gerar a violação do outro, na sua totalidade ou em parte. Neste caso, o que se deve procurar saber é em qual grau cada um dos princípios será aplicado ou se desse encontro nascerá outro direito fundamental.

No sentido da excepcional relativização dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal decidiu o seguinte:

**Não há**, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam **de caráter absoluto**, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades **legitimam**, ainda que **excepcionalmente**, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, **desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria constituição** (STF, MS 23.452-1/RJ, grifo do autor).

Por conseguinte, parece claro que os princípios fundamentais, presentes na Carta Magna, não se revestem de caráter absoluto, podendo, em casos atípicos, ser relativizados.

Há de se ressaltar, porém, que, da mesma forma que a relativização da dignidade humana, o contingenciamento de direitos fundamentais deve ser procedido com a máxima cautela. Deve haver uma severa análise constitucional antes da supressão de algum direito fundamental para que não ocorram abusos.

#### **4.2.3 Tratamentos para colisões de princípios fundamentais**

Segundo Roberto Dias (2012), a Constituição deve ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, um complexo unitário onde não há hierarquia formal entre os dispositivos. Assim, no caso de aparente conflito, deve o intérprete proceder

à conciliação dos princípios divergentes, com intuito de, se possível, não suprimir totalmente um dos direitos em questão.

Para o autor, dois são os métodos possíveis à resolução de princípios conflitantes: a concordância prática e a proporcionalidade.

Na concordância prática, basicamente, o intérprete deve ter em consideração que a Constituição deve ser interpretada em seu todo, como um sistema harmônico e sem hierarquia material entre as normas. Os preceitos devem ser harmonizados levando em conta a unidade da Lei Maior para evitar a total supressão de princípios.

Esse método, apesar de ser adequado para análises constitucionais, não parece, segundo o autor, o mais correto quando das colisões entre direitos fundamentais, pois não indica um caminho a ser seguido para atingir a harmonização dos referidos conflitos, diferente do método da proporcionalidade, o qual assinala um processo racional para análise destas divergências, que leva em consideração o sopesamento dos bens e direitos no caso concreto.

O método da proporcionalidade, com a verificação do peso de bens e direitos no caso concreto, requer que existam normas mais ou menos importantes dentro do texto constitucional. Parte da doutrina sustenta que não há hierarquia material entre normas dentro da Constituição, contudo, neste estudo, alinha-se ao entendimento de Roberto Dias, para o qual

é possível identificar, desde logo e abstratamente, uma hierarquia material de certas normas constitucionais em relação a outras. É o caso da previsão das cláusulas pétreas, que a Constituição dá um valor axiológico mais relevante do que confere às demais normas constitucionais, impossibilitando sua mudança pelo procedimento árduo das emendas (DIAS, p. 47, 2012).

Em consequência, para o autor, a análise das colisões de direitos fundamentais deve ser feita usando o método da proporcionalidade, analisando no caso concreto qual princípio prevalece em relação ao outro, observando seu peso na situação específica e a hierarquia material das normas.

George Marmelstein (2008, p. 374, grifo do autor), com base nos preceitos estabelecidos pela Corte Constitucional da Alemanha, dispõe que o princípio da proporcionalidade se desdobra em três enunciados que devem ser analisados



sucessivamente: “(a) a **adequação**, (b) a **necessidade ou vedação de excesso e de insuficiência** e (c) a **proporcionalidade em sentido estrito**”. Se todos esses elementos estiverem presentes na medida que limitar um direito fundamental, esta será proporcional. Ressalte-se que sua análise deve ser feita sucessivamente, caso o primeiro elemento inexistir, não há necessidade de prosseguir na análise, pois já se demonstra desproporcional a pretendida limitação.

A *adequação*, segundo o autor, diz respeito a escolher o meio que atingirá o resultado pretendido de forma mais efetiva, ou seja, o meio mais adequado para pôr em prática o que se pretende concretizar. Adverte, no entanto, Roberto Dias (2012), que há também, neste elemento, um propósito de idoneidade que deve ser observado, ou seja, que os fins pretendidos sejam juridicamente aceitáveis.

A *necessidade*, prossegue Marmelstein (2008), por sua vez, pressupõe que a medida a ser adotada seja a opção menos prejudicial disponível no momento para o caso em análise. Este elemento não contém apenas a ideia de proibição de excesso, mas também a proibição de insuficiência.

Por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito* requer uma análise do custo-benefício que certa medida trará. O autor dá uma sugestão de questionamento a ser feito para conferir se a medida se enquadra neste elemento, *in verbis*:

**O benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes (axiologicamente) do que os direitos que a medida buscou preservar? Em uma análise de custo-benefício, a medida trouxe mais vantagens do que desvantagens?** (MARMELESTEIN, 2008, p. 383, grifo do autor).

Saliente-se que para resolver o problema da proporcionalidade em sentido estrito deve-se usar a técnica da ponderação. Roberto Dias, citando Robert Alexy, aduz que a ponderação se divide em três passos lógicos que devem ser seguidos. Primeiro, o intérprete deve verificar o nível de descumprimento de um princípio. Depois, deve descobrir qual a relevância que tem o princípio em sentido oposto. E, por último, deve fundamentar que a relevância do cumprimento do princípio em sentido oposto legitima o dano ou a total supressão do outro princípio (ALEXY apud DIAS, 2012, p. 56).

Nesse sentido, pode-se observar que, na colisão de direitos fundamentais, uma medida que visa a promover certo princípio em detrimento de outro será válida se for proporcional e será proporcional se for adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Ademais, é deveras importante frisar que, quando da análise desses conflitos, a dignidade da pessoa humana deve também ser sempre considerada, pois "é ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. [...] É a dignidade que dá direção, o comando a ser considerado pelo intérprete" (NUNES, 2010, p. 59).

#### **4.2.4 O nascimento de um novo direito constitucional: possibilidade ou necessidade**

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 5º, §2º, uma cláusula de abertura para novos direitos não previstos no texto constitucional. O dispositivo aduz o que segue: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (BRASIL, 1988).

Denota-se, assim, que, além dos direitos previstos no texto constitucional expressamente e dos enunciados em tratados internacionais, existem também direitos constitucionais decorrentes diretamente do regime e dos *princípios* já presentes na Lei Maior.

Para George Marmelstein (2008, p. 192), "não é necessário que o direito fundamental esteja expressamente escrito na Constituição. Basta que ele possa ser, de alguma forma, extraído do espírito constitucional".

Nessa acepção, é crível concluir que da colisão de direitos fundamentais, após a devida solução do conflito, possam surgir novos direitos ainda não previstos no texto constitucional. Em defesa de tal lógica, discorre Roberto Dias (2012, p. 71):

Quando a Constituição contempla a hipótese de existência de direitos fundamentais decorrentes dos princípios por ela adotados, admite de forma clara o surgimento de tais direitos como resultado da ponderação entre eles,

que fará surgir, no caso concreto, uma regra diretamente aplicável. Em outras palavras, da colisão também pode nascer um direito fundamental, veiculado por uma norma subsumível ao caso concreto, direito esse que não se confunde com aqueles decorrentes das normas que colidiram, como autoriza o art. 5º, §2º da Constituição Federal.

Por conseguinte, observa-se claramente que a Constituição Federal não procura listar taxativamente os direitos fundamentais, pelo contrário, admite direitos não expressamente previstos. Dentre tais possibilidades, está o direito derivado dos princípios por ela adotados, o qual pode surgir da ponderação após um choque de princípios fundamentais.

### **4.3 Constitucionalidade da atual penalização da eutanásia**

Quando da colisão de direitos fundamentais, o intérprete deve usar o método da proporcionalidade para resolver o conflito. Sob essa ótica, ao analisar a eutanásia, percebe-se que há dois direitos fundamentais em colisão: o direito à vida<sup>10</sup> e o direito à liberdade.

No momento em que um doente terminal, informado e consciente de sua condição, resolve que não mais quer estar vivo e que deseja que sua morte seja antecipada, posto está um conflito de normas constitucionais.

De um lado, o doente deseja que sua autonomia e dignidade como ser humano sejam respeitadas, de outro, o Estado, por meio de política paternalista, tenta impor a proteção da vida a qualquer custo, por meio da legislação penal.

#### **4.3.1 Direito à vida**

A vida pode ser vista sob inúmeras óticas distintas nos mais variados campos do conhecimento e, portanto, defini-la por completo, em toda sua complexidade, parece ser tarefa hercúlea, a qual não se pretende neste estudo. Para o aqui

---

<sup>10</sup> Aqui, deve-se entender o direito à vida, especificamente, como direito de ter a vida protegida pelo Estado.

aspirado, basta saber que a vida humana é o pressuposto essencial ao nascimento de todos os outros direitos fundamentais, ela é fonte primária de todos os bens jurídicos e está protegida na Constituição Federal no *caput* do artigo 5º.

O referido dispositivo<sup>11</sup>, ao tratar a vida como “bem inviolável”, transmite a ideia de que o direito à vida seria absoluto. No entanto, tal inviolabilidade não tem este objetivo, até porque a própria Constituição restringe este direito em alguns momentos. Esta *inviolabilidade* tange a impossibilidade de se dar valor econômico ou patrimonial ao bem vida e a proteção que ele deve ter. Nenhum terceiro, nem mesmo o Estado, deve poder dispor da vida alheia (DIAS, 2012).

Assim, o direito fundamental à vida exige condutas em relação aos particulares e ao Estado para ser protegido e não violado de forma arbitrária, contudo não pode ser considerado um direito absoluto. Para Marco Segre e Gabriela Guz, a inviolabilidade do direito à vida deve andar lado a lado com a sua disponibilidade, porquanto, não obstante ser claro que vida deve ser protegida contra terceiros, também é claro que o titular da existência deve poder dispor de sua vida como bem lhe aprouver, de acordo com seus valores (SEGRE; GUZ, 2005).

Acerca destes preceitos e da inexistência de um “dever de viver”, os autores afirmam o seguinte:

É preciso que fique clara a distinção entre a ‘inviolabilidade’ do direito à vida – pelo qual se reconhece uma proteção contra terceiros – e a ‘disponibilidade’ do direito à vida, que alcança a própria pessoa envolvida e corresponde, efetivamente, à possibilidade de cada um guiar-se de acordo com a própria concepção de vida. Ambas as noções – inviolabilidade e disponibilidade – devem compor o direito à vida. Entretanto, verifica-se que, sob a argumentação de que a vida constitui direito inviolável, alguns juristas entendem pela impossibilidade de um indivíduo tomar decisões que digam respeito à sua vida – e morte.

Em que pesem as opiniões em contrário, fica claro, para nós, que tal entendimento manifesta uma confusão entre as noções antes aludidas de inviolabilidade e disponibilidade, de modo a trazer a ideia de um ‘dever de viver’ imposto pelo Estado – frise-se, *inexistente* no ordenamento jurídico brasileiro (SEGRE; GUZ, 2005, p. 124, grifo nosso).

---

<sup>11</sup>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 [...]. (BRASIL, 1988).

O Ministro Marco Aurélio Mello, em seu voto na ADPF/54<sup>12</sup>, afirma de forma enfática sobre a disponibilidade do direito à vida:

Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão. (BRASIL, p. 27, 2012).

Essa disponibilidade também fica clara em se observando que a proteção à vida foi inserida na Constituição juntamente com a proteção à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Todos esses direitos fundamentais têm exceções a sua aplicação expressas na Carta Magna<sup>13</sup>.

Para Roberto Dias (2012), a inviolabilidade do direito à vida, de forma alguma, pode ser usada como subterfúgio para se extrair um “dever de viver” em relação a si mesmo ou aos outros. Para o autor,

A vida [...] deve ser entendida como um direito disponível para o próprio titular e, além de renunciável, tal direito deve ser compreendido como um princípio constitucional e, portanto, passível de ponderação, controlada pela regra da proporcionalidade, levando em conta a dignidade e a liberdade do indivíduo (DIAS, 2012, p. 126).

Note-se, portanto, que o direito (de proteção) à vida tem valor inestimável, justamente por ser ela, a vida, a fonte de todos os outros direitos fundamentais. Entretanto, também é possível observar claramente que o direito (de proteção) à vida não tem caráter absoluto, pois existem na própria Constituição dispositivos que preveem a sua supressão em alguns momentos.

#### **4.3.2 Direito à liberdade**

<sup>12</sup>A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54 garantiu, no Brasil, a interrupção terapêutica da gravidez de feto anencéfalo.

<sup>13</sup> Ver páginas 53-54.

Em posição revés ao direito à vida, na análise de eutanásia<sup>14</sup>, está o direito à liberdade. Assim como definir vida, precisar o significado de liberdade é tarefa difícil, devido à imensa amplitude e desdobramentos do tema. Portanto, para os fins aqui propostos, será analisado de forma concisa o conceito de liberdade, em sua acepção de autonomia privada do indivíduo.

O direito à liberdade, que fundamenta a autonomia privada do indivíduo, está previsto, junto com o direito à vida, no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal. Para George Marmelstein (2008, p. 94-95), o direito a autonomia se resume na

faculdade que o indivíduo possui para tomar decisões na sua esfera particular de acordo com seus próprios interesses e preferências. Isso significa basicamente o reconhecimento do direito individual de fazer tudo aquilo que se tem vontade, desde que não prejudique os interesses de outras pessoas. Cada um deve ser senhor de si, agindo como um ser responsável por suas próprias escolhas pessoais, especialmente por aquelas que não interferem na liberdade alheia.

A proteção da autonomia da vontade tem como objetivo conferir ao indivíduo o direito de autodeterminação, ou seja, de determinar autonomamente o seu próprio destino, fazendo escolhas que digam respeito a sua vida e a seu desenvolvimento humano.

A autonomia do indivíduo, portanto, se consubstancia em respeitar o sujeito como senhor de seu destino, como único responsável pelas escolhas íntimas de sua existência. O Estado e a sociedade devem tratar o ser humano individual como o único responsável por suas ações, quando estas não interferem na vida de terceiros.

Marmelstein ainda aduz que, apesar de este direito não ter sido expressamente positivado na Constituição, ele se encontra implícito por todo o texto constitucional. Além disso, pode-se citar, como norma protetora da liberdade, o artigo 5º, inciso II da Lei Maior, o qual descreve que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Este princípio não protege abertamente a autonomia, contudo impele o Estado, quando da limitação da liberdade, a agir somente de acordo com a lei, a qual deve estar em sintonia com o primado pela Carta Magna. Quanto a esta temática, Luis Roberto Barroso (2007, p. 221, grifo nosso) expressa que

---

<sup>14</sup> Deve-se perceber que a colisão entre a autonomia e a vida se dá no caso concreto da eutanásia. Abstratamente, sem a aplicação ao caso concreto, não há oposição entre os princípios constitucionais.

Está a cláusula constitucional genérica da liberdade no direito brasileiro: se a lei não proíbe ou não impõe um dado comportamento, têm as pessoas a autodeterminação para adotá-lo ou não. A liberdade consiste em ninguém ter de submeter-se a qualquer vontade senão a da lei, e, mesmo assim, desde que ela seja **formal e materialmente constitucional**.

Destarte, pode-se verificar que, no âmbito jurídico pátrio, a autonomia do indivíduo decorre do princípio constitucional da liberdade. Este, por sua vez, apesar de se apresentar de formas distintas na Constituição, impõe, por meio do artigo 5º, inciso II desta Lei Maior, que o indivíduo, ao se autodeterminar fazendo suas escolhas da maneira que melhor entender, só deve submeter-se à Lei e esta deve ser totalmente compatível com o primado pela Carta Constitucional.

#### **4.3.3 A morte digna sob a ótica da proporcionalidade**

Os direitos à vida e à liberdade são direitos fundamentais previstos no mesmo artigo da Constituição Federal. Ambos se complementam e são essenciais ao desenvolvimento do ser humano. Não há liberdade sem uma efetiva proteção à vida e não mais do que precária seria uma vida sem liberdade.

Contudo, ao se analisar estes direitos fundamentais no caso da morte piedosa<sup>15</sup>, observa-se que o direito de proteção à vida está frontalmente em contraposição ao direito de autonomia do doente, o qual não deseja ter sua vida protegida, quando esta já não serve mais à sua concepção de dignidade.

Como foi visto anteriormente, os direitos fundamentais não são absolutos, nem mesmo o direito à vida, tendo a própria Lei Maior os limitado em vários dispositivos. Assim, esses direitos podem, no caso concreto, quando em conflito com outros direitos fundamentais, ser sopesados, resultando em uma supressão total ou parcial de um dos direitos ou, em alguns casos, gerando um novo direito fundamental.

---

<sup>15</sup> Entendem-se aqui, tanto os vários tipos de eutanásia como o suicídio assistido, sempre restritamente dentro de suas peculiaridades caracterizadoras.

Tais normas jusfundamentais, quando em conflito, na situação de grande degradação do ser humano gerada por uma doença incurável, devem ser ponderadas de forma que prevaleça a liberdade do indivíduo e a dignidade da pessoa humana em sua dimensão autonômica.

A esse respeito, preciosa é a passagem expressa por Maria de Fátima Freire de Sá:

A liberdade e a dignidade são valores intrínsecos à vida, de modo que essa última não deve ser considerada bem supremo e absoluto, acima dos dois primeiros valores, sob pena de o amor natural pela vida se transformar em idolatria. E a consequência do culto e idolatria à vida é a luta, a todo custo, contra a morte.

A vida deve ser encarada no seu ocaso, para que lhe seja devolvida a dignidade perdida. São muitos os doentes que se encontram jogados em hospitais, a um sofrimento em perspectiva, muitos em terapias intensivas e em emergências. O desdobramento disso? Uma parafernália tecnológica que os prolonga e os acrescenta. Inutilmente (apud VIEIRA, 2013, p. 96).

No leito de morte, quando a esperança de viver já terminou e o óbito é o único destino esperado, num momento em que há apenas uma sobrevivida, recheada de sofrimento e angústia, é plausível que, diante dos direitos constitucionais da autodeterminação do indivíduo e da dignidade da pessoa humana, obrigue-se um ser humano capaz e racional a continuar vivendo? É plausível que se imponha um dever de viver que não existe no ordenamento jurídico pátrio?

Pensa-se que não. O sopesamento dos princípios em colisão, na situação eutanásica, não só resolve o conflito, mas em decorrência do descrito no artigo 5º, §2º da Constituição Federal, faz nascer um novo direito fundamental, o **direito à morte digna**. É o que defende enfaticamente Roberto Dias (2012), para o qual o direito de morrer dignamente é resultado claro desta colisão de princípios e se desdobra em direito subjetivo, que pode ser exigido por seu titular.

No Brasil, a eutanásia é crime de homicídio privilegiado previsto no artigo 121 do Código Penal. Ao não apontar uma exceção à conduta da morte piedosa, o diploma legal acaba por aceitá-la como crime. Essa legislação, no entanto, ao passar pelo crivo da proporcionalidade, quando dos conflitos gerados pela eutanásia, demonstra-se desproporcional.



Com fundamento no já exarado e, ainda, nos ensinamentos de Roberto Dias pode-se concluir que a criminalização do homicídio é meio **adequado** para se evitar mortes arbitrárias e também é **necessário**, pois, entre os meios disponíveis hoje, é o menos gravoso. Contudo, quando a legislação penal ignora os direitos à autodeterminação do indivíduo e à dignidade da pessoa humana, supervalorizando uma vida que já se aproxima do fim e de nada mais serve para o seu titular, ela demonstra-se **desproporcional** e, assim, *inconstitucional* no que concerne ao procedimento eutanásico.

#### 4.3.4 Da interpretação conforme a Constituição

A Constituição é um conjunto coerente de normas que rege todo um sistema jurídico, segundo Hans Kelsen (p. 155, 1999):

[...] A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado.

A Constituição Federal é, pois, a norma hierarquicamente superior no ordenamento jurídico. Ela detém supremacia perante todas as outras normas, justamente por ser a norma fundamental que dá validade a todas as demais e, dessa forma, quando uma norma estiver em situação de incompatibilidade com ela deverá ser considerada inconstitucional.

O controle de constitucionalidade de uma norma, no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser efetuado pela via difusa ou concentrada. Na via difusa, qualquer Juiz pode declarar inconstitucional a lei que apresentar este vício. Já na via concentrada, uma série de legitimados podem propor ação para que o Supremo

Tribunal Federal reconheça que certa lei ou ato normativo é inconstitucional. Deve-se salientar que, no controle difuso, a decisão só terá valor para o caso concreto, já no controle concentrado, a decisão de inconstitucionalidade terá efeito *erga omnes*<sup>16</sup> e a norma é considerada nula desde seu nascimento (ALMEIDA, 2005).

Existem vários métodos de fiscalização da Constituição pela via concentrada, contudo, para efeitos deste estudo ater-se-á somente ao método da *interpretação conforme a Constituição*. Esta técnica, segundo Almeida (2005, p. 102).

consiste em, frente a duas ou mais possíveis interpretações de determinada norma jurídica, preferir aquela que se compatibilize com o teor constitucional. [...] A interpretação conforme a Constituição é aquela em que se afirma a constitucionalidade de uma norma, sem qualquer alteração no seu texto, mas vincula esta constitucionalidade à determinada interpretação. Ou seja, a norma é constitucional, mas somente se interpretada na maneira consoante foi declarada como constitucional.

Como já demonstrado, a penalização da eutanásia revela-se como conduta não compatível com os preceitos estabelecidos na Lei Maior. Assim, entende-se que o artigo 121 do Código Penal<sup>17</sup> deve ser interpretado conforme a Constituição para, no caso da eutanásia, afastar a sua aplicabilidade.

Considerando toda discussão apresentada ao longo do presente capítulo, tem-se ao cabo deste que a interpretação da eutanásia como crime de homicídio, apesar de hoje ser a visão mais aceita no ordenamento jurídico pátrio, não está de acordo com o “espírito constitucional”.

A Constituição elevou a vida, a dignidade e a liberdade ao patamar de direito fundamental, dando-lhes a mesma importância no plano jurídico. Contudo, quando estes direitos colidem, no momento da morte de um indivíduo, a liberdade e a dignidade devem se sobressair. Tem-se que não existe na legislação pátria um dever de viver, mas sim um direito de morrer com dignidade. Assim, a correta ponderação de princípios fundamentais deve gerar uma interpretação do Código Penal que dê ao ser humano o poder de escolha no final de sua vida, para que a termine da maneira que desejar.

---

<sup>16</sup> Que tem efeito ou vale para todos.

<sup>17</sup> O mesmo entendimento é válido para o art. 122, referente ao suicídio assistido.

## CONCLUSÃO

Frise-se que a presente pesquisa não teve a pretensão de exaurir o tema proposto, até porque, devido a sua complexidade e abrangência, assume diferentes contornos nos mais variados campos do conhecimento. Contudo, julga-se exequível proferir algumas reflexões acerca do que foi explanado no seu desenvolvimento.

Considerando a análise do assunto, que cuida da penalização da eutanásia no Brasil, buscou-se, no primeiro capítulo, compor algumas considerações a respeito do significado da expressão eutanásia, o que caracteriza o procedimento eutanásico e seu desenvolvimento na história. Ainda, analisou-se o que é a bioética, seus princípios basilares e sua relação com a eutanásia.

Neste recorte, esclareceu-se que a eutanásia, quando entendida observando-se todas as suas peculiaridades e exigências, trata-se de um procedimento que, apesar de fatalmente culminar na morte de um indivíduo, tem o condão de proteger seus direitos fundamentais. Além disso, verificou-se que a morte piedosa é eticamente defensável quando olhada sob a ótica da bioética, que tem como princípio de maior proeminência a autonomia do indivíduo.

No segundo capítulo, ocupou-se, de forma concisa, em esclarecer o que é o princípio da dignidade da pessoa humana e como esse princípio se desenvolveu ao longo da história. Ademais, demonstrou-se a prevalência da dignidade humana em sua acepção autonômica na Constituição Federal e a sua relação com a eutanásia.

Nesta seara, constatou-se que a eutanásia se amolda à dignidade humana como autonomia do indivíduo, já que a decisão sobre a morte cabe exclusivamente ao titular da vida que deixará de existir.

No terceiro capítulo, após ser demonstrada a atual situação jurídico-penal da eutanásia no Brasil, explanou-se acerca das colisões de direitos fundamentais e suas soluções. Por fim, fez-se uma análise da constitucionalidade da atual penalização da eutanásia, levando em consideração os resultados das colisões de direitos fundamentais.

Nesta análise, demonstrou-se que numa correta ponderação entre os direitos à vida, à liberdade e à dignidade, os dois últimos prevalecem. A vida não se tratando de direito absoluto deve ceder em certas situações, uma delas é a eutanásia.

Nessa lógica, após verificação da norma penal incriminadora da morte piedosa, verificou-se que ela não passa pelo crivo da proporcionalidade, eivando-se, assim, de inconstitucionalidade, no que concerne a esse procedimento.

Por fim, entendeu-se que, em decorrência lógica das premissas apresentadas e pautando-se pelo ordinário exame de constitucionalidade, por afronta aos princípios da Lei Maior, dever-se-ia interpretar o artigo 121 do Código Penal, conforme a Constituição para não mais penalizar a eutanásia.

Destarte, demonstra-se que a hipótese ventilada ao início deste estudo foi confirmada e o objetivo geral do estudo foi alcançado. Ademais disso, chegou-se à conclusão que, após a referida ponderação de direitos constitucionais, não só ocorre o afastamento do direito à vida, mas também o nascimento de um novo direito constitucional: **o direito à morte digna.**

Portanto, sem uma temerária pretensão de encerrar o assunto, pensa-se que o indivíduo capaz e dotado de autodeterminação, que se encontra em estado terminal, sofrendo de maneira angustiante, tem o direito constitucional de decidir o que fazer com sua vida. Esta escolha não concerne à coletividade, ao Estado ou a um terceiro. Se um ser racional e autônomo deseja antecipar sua morte, esta é uma escolha que somente a ele cabe, decidindo acerca de sua tragédia pessoal da maneira que mais se harmoniza com seus valores e ideais de vida e dignidade.

Esta é a principal conclusão desta pesquisa, ao se respeitar a dignidade da pessoa humana e a liberdade do indivíduo, não parece condizente com os princípios constitucionais, que o Estado penalize uma conduta que só diz respeito à intimidade de cada ser humano. Contudo, enfatiza-se que se trata de tema extremamente amplo que está sujeito a inúmeras abordagens e, por isso, a continuidade da pesquisa é sempre desejável e necessária.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ALMEIDA, Vânia Hack de. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

AO MENOS 5 países permitem suicídio assistido ou eutanásia; veja quais são. **Globo.com**, São Paulo, 3 nov. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2014/11/ao-menos-5-paises-permitem-suicidio-assistido-ou-eutanasia-veja-quais-sao.html>> Acesso em: 16 ago. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 3 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 802.435/PE (2005/0202982-0). Recorrente: Estado de Pernambuco. Recorrido: Marcos Mariano da Silva. Ministro Relator: Luiz Fux. Brasília, 19 out. 2006. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq\\_uencial=657143&num\\_registro=200502029820&data=20061030&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=657143&num_registro=200502029820&data=20061030&formato=PDF)>. Acesso em: 20 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Requerido: Presidente da República. Ministro Relator: Marco Aurélio Mello. Brasília, 14 abr. 2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 17 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452-1/RJ. Impetrante: Luiz Carlos Barretti Júnior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Ministro Relator: Celso de Mello. Brasília, 16 nov. 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 12 out. 2015.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito – UFU**, Uberlândia, v. 38, n.1, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>>. Acesso em: 05 set. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalista diz que lei ampara ortotanásia no país. **Folha de São Paulo**, São Paulo, p. C4, 4 dez. 2006. Entrevista concedida a Andréa Michael. Disponível em: <<http://acervo.folha.com.br/fsp/2006/12/04/15//5291339>>. Acesso em: 10 out. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Tutela e efetividade do direito constitucional à liberdade. **Revistado Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 13, p. 215-230, jan./jun. 2001. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15946-15947-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença nº T-970/14. Autor: Julia. Réu: Coomeva E.P.S. Magistrado: Luis Ernesto Vargas da Silva. Bogotá, 15 dez. 2014. Disponível em: <[http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm#\\_ftn1](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm#_ftn1)>. Acesso em: 15 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Sentença nº C-239/97. Autor: José Eurípides Parra Parra. Magistrado: Carlos Gaviria Diaz. Bogotá, 20 maio 1997. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>>. Acesso em: 10 set. 2015.

COLÔMBIA faz primeira eutanásia legal em paciente com câncer terminal. **Reuters Brasil**, Bogotá, 23 jul. 2015. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/worldNews/idBRKCN0PD2FA20150703>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1805/2006**. 2006. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm)>. Acesso em: 8 out. 2015.

DIAS, Roberto. **O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DUROZOI, Gérard; ROUSSEL, André. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Papyrus, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EXPECTATIVA de vida dos homens japoneses supera os 80 anos. **Globo.com**, São Paulo, 1 ago. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2014/08/expectativa-de-vida-dos-homens-japoneses-supera-os-80-anos.html>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

FELIX, Criziany Machado. **EUTANÁSIA**: reflexos jurídico-penais e o respeito à dignidade da pessoa humana ao morrer. 2006. 142 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 9 ago. de 2006. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4758/1/383739.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

GUIMARÃES, Marcelo Ovidio Lopes. **Eutanásia**: novas considerações penais. Leme: Mizuno, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 2. ed. Lisboa: Edições70, 2007. E-book. Disponível em: <<http://charlezine.com.br/wp-content/uploads/Fundamenta%C3%A7%C3%A3o-da-Metaf%C3%ADsica-dos-Costumes-Kant1.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOVÁCS, Maria Julia. Bioética na questões da vida e da morte. **Revista de Psicologia USP**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 115-167, jan. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pusp/v14n2/a08v14n2.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2015.



LOPES, Antonio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia**: aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Atheneu, 2011.

LUXEMBURGO é o terceiro país da UE a autorizar eutanásia. **DN GLOBO**, Lisboa, 18 mar. 2009. Disponível em: <[http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content\\_id=1172369](http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=1172369)>. Acesso em: 19 ago. 2015.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO FILHO, José Celso de. Celso de Mello defende o impeachment de juízes. **Folha de São Paulo**, São Paulo, p. 1-4, 19 maio 1997. Entrevista concedida a Luís Francisco Carvalho. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/CelsoMello/Entrevistas/1997\\_maio\\_19\\_7.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/CelsoMello/Entrevistas/1997_maio_19_7.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2015.

MILLON, Lara Vanessa. **Princípio da dignidade da pessoa humana e acesso à justiça**. 2007. 146 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 28 de ago. 2007. Disponível em: <[http://tede.mackenzie.com.br//tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=505](http://tede.mackenzie.com.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=505)>. Acesso em: 5 set. 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2.

MORRE americana com câncer terminal que anunciou suicídio assistido. **G1**. São Paulo, 3 nov. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/11/morre-americana-com-cancer-terminal-que-anunciou-suicidio-assistido.html>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 5 set. 2015.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. 2005. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade**. 2009. 143 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, março de 2009. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/4356>>. Acesso em: 6 set. 2015.

PEREIRA, Damião Teixeira. **Dignidade da pessoa humana: evolução da concepção de dignidade e sua afirmação como princípio fundamental da Constituição Federal de 1988**. 2006. 168 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 30 nov. 2006. Disponível em: <[http://www.sapientia.pucsp.br//tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=4255](http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4255)>. Acesso em 9 set. 2015.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 10. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SEGRE, Marco; COHEN, Claudio. **Bioética**. 3. ed. São Paulo: USP, 2002.

SEGRE, Marco; GUZ, Gabriela. Bioética e direito na terminalidade da vida. *Revista Bioética*, Brasília, v. 13, n. 2, p. 121-126, 2005. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/viewFile/113/117](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/113/117)>. Acesso em: 16 out. 2015.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. A eutanásia e os paradoxos da autonomia. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, p. 207-221, Fev. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v13n1/24.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

URUGUAI. Lei nº 9.414, de 29 de junho de 1934. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.parlamento.gub.uy/codigos/codigopenal/cod\\_pen.htm](http://www.parlamento.gub.uy/codigos/codigopenal/cod_pen.htm)>. Acesso em 25 ago. 2015.

VIEIRA, Verônica Ferreira. **Luzes e sombras na construção de um caminho para pacientes incuráveis**: a eutanásia à luz da bioética e do direito. 2013. 156 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 28 ago. 2013. Disponível em: <[http://www.bdt.d.uerj.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=6218](http://www.bdt.d.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=6218)>. Acesso em: 7 ago. 2015.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro. **Revista Bioética**, Brasília, v. 16, n. 1, p. 61-83, 2008. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/viewFile/56/59](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/56/59)>. Acesso em: 12 ago. 2015.

ZURCHER, Anthony. Jovem americana com câncer terminal decide morrer em 1º de novembro. **BBC Brasil**. São Paulo, 13 out. 2014. Disponível em: <[www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/11/141103\\_morte\\_maynard\\_lab](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/11/141103_morte_maynard_lab)>. Acesso em: 20 ago. 2015.