

IGOR VINÍCIUS AMARAL REZENDE

EUTANÁSIA

ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA
SOBRE SUA APLICABILIDADE NO
BRASIL

O presente estudo tem como finalidade analisar a possibilidade da aplicação da eutanásia no território brasileiro, à luz das disposições de nossos princípios fundamentais, previstos na Constituição Federal.

EDITORA CONHECIMENTO LIVRE

Igor Vinícius Amaral Rezende

Eutanásia: análise principiológica sobre sua aplicabilidade no Brasil

1^aed.

Piracanjuba
Editora Conhecimento Livre
2019

1ª ed.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Rezende, Igor Vinícius Amaral

R467e Eutanásia: análise principiológica sobre sua aplicabilidade no Brasil. / Igor Vinícius Amaral Rezende. -- Piracanjuba: Editora Conhecimento Livre, 2019.

58 f.: il.

Formato PDF

ISBN: 978-65-80226-08-5

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

1.Eutanásia. 2.Ortotanásia. 3.Dignidade da Pessoa Humana.
4.Autonomia da Vontade. 5.Testamento Vital.

. I. Rezende, Igor Vinícius Amaral. I. Título.

CDU: 347

APRESENTAÇÃO

O presente estudo tem como finalidade analisar a possibilidade da aplicação da eutanásia no território brasileiro, à luz das disposições de nossos princípios fundamentais, previstos na Constituição Federal, sendo estes o princípio da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade do homem e da liberdade. Neste sentido, busca-se um ponto de equilíbrio entre estes três princípios, a fim de se chegar à comprovação positiva da hipótese. O problema surge de uma possibilidade de aplicação prática, para uma ideia hipotética de aplicação da eutanásia. Para tanto, busca-se uma análise mais aprofundada sobre o direito à vida, cabendo neste destacar também o direito à morte digna. Tratando, então de como o homem lida com a morte, muitas vezes considerada um tabu social. Chegando, finalmente, à conceituação de eutanásia e como a legislação brasileira a tipifica, bem como a explanação quanto à possível aplicação da mesma. A hipótese conclusiva deste estudo visa analisar uma ideia hipotética, que seja conciliativa às garantias basilares do direito constitucional brasileiro. Portanto, é usada a metodologia dedutiva, partindo-se de premissas verdadeiras a fim de se chegar a conclusões com provável veracidade. Outrossim, trata-se de uma ideia supositiva que gera a existência de uma hipótese explicativa. Após toda a análise, chega-se à conclusão positiva de que a eutanásia seria cabível em nosso território, quando fundada na vontade do indivíduo de se submeter ao procedimento, baseando-se na aplicação dos princípios supracitados. Igualmente, conciliada à analogia da ortotanásia, que vem sendo aceita no Brasil, através do instrumento do testamento vital.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, AUTONOMIA E LIBERDADE.....	11
2.1. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.....	12
2.2. Dignidade da Pessoa Humana.....	13
2.2.1. Contexto Geral.....	14
2.2.2. Formação Histórica.....	15
2.2.3. Dignidade da Pessoa Humana na Constituição de 1998.....	18
2.3. Liberdade e Autonomia.....	20
2.3.1. Dimensão da Liberdade.....	21
2.3.2. Autonomia da Vontade.....	25
3. DIREITO À VIDA E A MORTE DIGNA.....	29
3.1. Direito à Vida.....	30
3.1.1. Conceito de Vida.....	32
3.1.2. (In)Disponibilidade da Vida.....	33
3.2. Morte Digna.....	36
3.2.1. O Morrer e a Morte Voluntária.....	38
3.2.2. Estágios Intermediários no Final da Vida.....	41
4. EUTANÁSIA E MORTE ASSISTIDA.....	43
4.1. Conceito de Eutanásia e Modalidades Similares.....	44
4.1.1. Distanásia.....	46
4.1.2. Ortotanásia.....	47
4.2. Testamento Vital.....	48
4.3. Doutrina e Jurisprudência Nacional e Estrangeira.....	51
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
REFERÊNCIAS.....	59

INTRODUÇÃO

Dentre os direitos fundamentais expostos pela Carta Magna de 1988, o direito à vida é o que está no epicentro, resguardado firmemente pela mesma. É um direito que transcende as barreiras dos estudos jurídicos e vai até as mais diversas áreas, como a sociologia, filosofia, medicina e religião.

O presente trabalho tem como tema a análise da possibilidade da aplicabilidade da eutanásia em território brasileiro. O tema em questão é capaz de unir todas estas áreas numa só discussão, uma vez que está ligada diretamente ao direito à vida.

A eutanásia, em síntese, é o ato de por fim à vida de um enfermo que se encontra com perigo iminente de morte, ou ainda, a um indivíduo que sofre com dores fortíssimas, devidas a forte doença ¹.

Este ato, de por fim à própria vida de forma deliberada, aparentemente, gera um conflito agudo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, se mostra coerente aos princípios da liberdade e autonomia da vontade, regidos no artigo 5º da Magna Carta. Diante do cenário médico/jurídico brasileiro, qual seria a provável solução para estas inconsonâncias?

Desta feita, parte-se da hipótese basilar que uma possível solução para este conflito tenderia a tornar a eutanásia um ato legal no regimento interno brasileiro.

Para filtrar esta análise, têm-se como objetivo geral deste trabalho a busca, e apreciação, de dados científicos, a fim de se discutir as possibilidades do emprego da eutanásia, analisando as soluções de princípios conflitantes.

Esta pesquisa será facilitada pela busca escalonada de objetivos específicos, principiada pelo estudo dos princípios da dignidade da pessoa humana, autonomia e liberdade, e a verificação de seus limites. Desenvolvendo-se, por conseguinte, na análise ampla do direito à vida e à morte digna, e traçando, como último objeto deste estudo, um paralelo destes direitos junto ao emprego da eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro.

Resta notório a importância da discussão deste tema, objeto de calorosos debates em várias áreas de estudos humanos, uma vez que, até mesmo por não possuir legítima regulamentação expressa no ordenamento brasileiro, deixa lacunas e conflitos a serem sanados. Por este motivo, torna-se cabível como tese de estudo deste trabalho acadêmico, que visa esmiuçar os diversos pontos que entornam o tema principal,

¹ Disponível em:
<http://www.priberam.pt/dlpo/eutan%C3%A1sia>.
Acesso em 09 nov. 2016.

buscando uma resposta que seria de legítima relevância aos estudos do direito brasileiro. Igualmente, é assunto que fomenta a curiosidade de estudantes de direito, bem como a do autor, tratando sobre questões que envolvem direitos fundamentais, o viver e o morrer.

Iniciaremos a explanação com uma análise mais aprofundada pelos princípios constitucionais que cercam o tema. Por conseguinte, nos direcionando para o enfoque principal, elucidamos sobre o direito à vida. Neste, traremos à luz o que é o direito à morte digna, o “morrer dignamente”, em paralelo à discussão sobre como o homem lida com seu próprio fim.

Em vista disso, esclareceremos os conceitos básicos de eutanásia e temas similares, como a distanásia e ortotanásia. Em tese de arremate, breves considerações sobre o testamento vital. Findando com a explicação sobre como este procedimento é enxergado no Brasil e em alguns países no mundo, salientando sobre leis que estão sob análise de nossos legisladores, direcionadas ao tema.

PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, AUTONOMIA E LIBERDADE

Luís Roberto Barroso, Immanuel Kant, um dos mais influentes filósofos do Iluminismo, ainda é referência central na filosofia moral e jurídica, inclusive e especialmente na temática da dignidade humana. Sobre esta égide, assim elucidada Luís Roberto Barroso, trazendo a luz pensamentos kantianos sobre a autonomia e dignidade humana:

A autonomia expressa a vontade livre, a capacidade do indivíduo de se autodeterminar, em conformidade com a representação de certas leis. Note-se bem aqui, todavia, a singularidade da filosofia kantiana: a lei referida não é uma imposição externa (heterônoma), mas a que cada indivíduo dá a si mesmo. O indivíduo é compreendido como um ser moral, no qual o dever deve suplantar os instintos e os interesses. A moralidade, a conduta ética consiste em não se afastar do imperativo categórico, isto é, não praticar ações senão de acordo com uma máxima que possa desejar seja uma lei universal. A dignidade, na visão kantiana, tem por fundamento a autonomia. Em um mundo no qual todos pautem a sua conduta pelo imperativo categórico – no “reino dos fins”, como escreveu –, tudo tem um preço ou uma dignidade. As coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes. Mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e não pode ser substituída por

outra equivalente, ela tem dignidade. Tal é a situação singular da pessoa humana. Portanto, as coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade. Como consectário desse raciocínio, é possível formular uma outra enunciação do imperativo categórico: toda pessoa, todo ser racional existe como um fim em si mesmo, e não como meio para o uso arbitrário pela vontade alheia ².

O autor afirma que o tratamento contemporâneo que é dado à dignidade da pessoa humana incorporou e refinou boa parte das ideias kantianas supracitadas. Em suma, a conduta ética consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser válida a todos. Sob a mesma ótica de Kant, diz que todo homem é um fim em si mesmo, não devendo ser movido por projetos de terceiros. Não obstante, a pessoa humana possui valor inalienável, sendo-lhe imputado valor absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade.

O tema em questão está intrinsecamente vinculado diretamente à estes dois princípios: o da dignidade da pessoa humana e ao da sua autonomia e vontade. As disponibilidades estabelecidas por estes princípios não de regular as possíveis soluções de conflitos que serão tratadas ao fim desta pesquisa.

Nesta esteira, torna-se impraticável o estudo da possível aplicabilidade da eutanásia no Brasil sem antes tomarmos plena ciência, de forma aprofundada, de qual o teor de importância destes princípios para o nosso ordenamento jurídico.

Não obstante, disporemos no introito desta pesquisa sobre os direitos fundamentais do homem, o que ensejará o posterior desmembramento dos princípios base desta pesquisa. Outrossim, esta análise será feita de forma sistemática, a fim de elucidar de forma hialina sobre a possível receptividade do emprego de técnicas como a eutanásia em nosso território, sob a ótica do direito constitucional e penal, mais especificamente.

Teoria Geral dos Direitos Fundamentais

Ao passo em que se estuda de forma mais aprofundada sobre os princípios básicos, regentes de nossa Constituição Federal, notamos o quão vinculado está a sua formação histórica com a afirmação dos direitos fundamentais. Outrossim, a superioridade máxima da Constituição só se faz nítida e vigente se esta tiver estiver

² BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade Da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão

provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. p. 17 e 18. *apud* KANT, Immanuel, **Fundamentação da metafísica dos costumes**, 2004, p. 67, 75-76.

legitimamente direcionada a assegurar quantos direitos fundamentais forem de necessários para a manutenção da hegemonia e igualdade, a todos os membros da sociedade à qual está subordinada ³.

No cenário nacional, como expõe Virgílio Afonso da Silva, nossa carta magna expõe a preocupação em fundamentar-se sobre estes direitos fundamentais desde o Preâmbulo do texto constitucional, quando afirma “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança” ⁴. Esta realidade, como se constatará no discorrer do presente estudo, vincula-se diretamente ao mérito da presente discussão. Uma vez que, por se tratar de tema que toca diversos princípios fundamentais, convoca para esta análise garantias capitais do homem, regidos pela constituição, que orientam o estudo sobre a possibilidade da aplicação da eutanásia.

Bernardo Gonçalves, em sua obra, ao tratar dos direitos fundamentais, dispõe de uma diferenciação dos direitos fundamentais para com os direitos humanos. Tomando as palavras de Marcelo Galuppo, elucida que os “direitos fundamentais são produtos de

um processo de constitucionalização dos direitos humanos, entendidos estes últimos como elementos de discursos morais justificados ao longo da História”. Não obstante, os direitos fundamentais, como frutos de uma positivação constitucional, devem ser analisados, sempre, de forma maleável, ao passo que estão em constante reconstrução, conforme as mudanças da sociedade à qual estão vinculados, o que gera mudanças constitucionais, paralelas às mudanças dos mesmos⁵.

Nesta esteira, Paulo Bonavides acrescente que “falar em direitos fundamentais é falar em condições para a construção e o exercício de todos os demais direitos previstos no Ordenamento Jurídico” ⁶. Levando esta afirmativa para o enfoque do presente trabalho, notamos a importância basilar do estudo dos direitos fundamentais para se chegar em alguma conclusão legítima, coerente à hipótese apresentada.

Portanto, direitos fundamentais se mostram maleável, sendo regidos pelas notáveis mutabilidades da sociedade, a qual enseja mudanças no direito positivado. Concluímos então que é a próprio homem,

³ RAWLS, John. **Liberalismo político**. Trad. Sergio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 121. *apud* FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Jus, 2016, p. 18.

⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 128. *apud* Ibid. p. 18.

⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Jus, 2016 *apud* GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 233.

⁶ Ibid. p. 561.

como parte da sociedade, a partir de sua vontade e autonomia, tendo garantida a sua dignidade, que dita os contornos a serem traçados na própria Constituição, o que faz toda a diferença na positividade do direito, o que lhe permitirá, ou não, agir conforme as condutas analisadas neste estudo.

A fim de tratar do tema com mais amplitude e exatidão, discorreremos a seguir de três princípios básicos, necessários para o estudo em questão. Primeiramente, trataremos sobre a dignidade da pessoa humana, e sua construção histórica e social.

Dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana possui ampla capacidade de conquistar adesão unânime por todo o mundo. Como consequência, sua proteção legal é um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Ela é mencionada em diversos documentos de cunho jurídico positivados por todo o mundo, inclusive na Constituição da República Federativa do Brasil, vigorada desde 1988.

Ingo Sarlet descreve a dignidade da pessoa humana como sendo uma qualidade

intrínseca e inseparável de todo ser humana. Afirma que “em razão de sua condição humana e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes”⁷.

A Min. Carmen Lúcia Antunes Rocha, em seu brilhante comentário sobre o artigo primeiro da Declaração dos Direitos Humanos, assim discorre sobre a dignidade da pessoa humana:

Gente é tudo igual. Tudo igual. Mesmo tendo cada um a sua diferença. Gente não muda. Muda o invólucro. O miolo, igual. Gente quer ser feliz, tem medos, esperanças e esperas. Que cada qual vive a seu modo. Lida com as agonias de um jeito único, só seu. Mas o sofrimento é sofrido igual. A alegria, sente-se igual⁸.

Todavia, não podemos falar da dignidade humana em nosso ordenamento constitucional sem antes darmos nota sobre aspectos específicos do tema em questão. Discorreremos à respeito nos parágrafos seguinte.

Contexto Geral

Vivemos em um mundo repleto de constantes mudanças, composto por gente

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual**. Revista Brasileira de Ciências

Criminais. Vol. 102, p. 13-44. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio-junho, 2013, p.1.

⁸ ROCHA, Carmem Lúcia. Antunes. **Direito de Todos e para Todos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 13.

de todos os tipos de culturas, pensamentos e posicionamentos político-sociais, com uma problematização exacerbada sobre todo e qualquer assunto. Neste cenário, tratar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana se tornou algo corriqueiro. Isso se deve ao fato de, nem sempre, tal princípio ser atendido na prática. Então, lembram-se dele e falam do mesmo via meios de comunicação, discussões em redes sociais e campos de pesquisa.

Sob esta égide, assim discorre Carmen Lúcia Antunes Rocha:

Gente demais e humanidade de menos, é o que se tem no mundo em que vivo. Talvez não falte tanta humanidade quanto falte dignidade. Vivo num mundo onde há enorme contingente de pessoas e óbvia carência de fraternidade. O mundo cresceu, a multidão aumentou, os problemas dos homens também. A tecnologia evoluiu, tornou-se mais eficaz e busca ser o seu próprio fim. A produção – ou o seu produto – não se volta ao homem; antes, tenta fazer com que o homem se volte a ela. Se um dia o homem buscou humanizar a máquina, parece certo que o que mais se vê agora é a tentativa da máquina de coisificar o homem ⁹.

Observamos, portanto, que se trata de uma situação possivelmente caótica, se é que assim podemos tratá-la. Ora, é um mundo

com gente demais, problemas demais, e que, na maioria das vezes, se esquecem de observar a pessoa humana. Mais especificamente, lembrem-se de observar o ser humano que está do seu lado e fazer por onde para que este tenha sua dignidade resguardada.

Isto se deve a uma série de fatores. A tecnologia avançada pode ser um dos que enumeram o todo. O homem, por trás de seus aparelhos cibernéticos de última geração, se esquece de que é um ser humano, e, de forma ainda mais corriqueira, se esquece de que, com quem interage por meio destes aparelhos, também são pessoas. Como escreve a autora: “A tecnologia evoluiu, tornou-se mais eficaz e busca ser o seu próprio fim”. E esta mesma tecnologia que o homem tenta, mais e mais, humanizar, tende, cada vez mais, a “coisificar” o homem, afastando-o cada vez mais do real sentido do princípio da dignidade da pessoa humana.

Formação Histórica

O princípio em questão possui considerável valor histórico, e aciona debates em todo o mundo. Luís Roberto Barroso fala sobre este princípio e seu valor histórico e social nas seguintes palavras:

⁹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão**

Social. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Vol. 2, p. 49-67. Fortaleza: RIBDH, julho-setembro, 2001, p.1.

A dignidade da pessoa humana tornou-se, nas últimas décadas, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Ela é mencionada em incontáveis documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais. No plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela na capacidade de seduzir o espírito e ganhar adesão unânime. Tal fato, todavia, não minimiza – antes agrava – as dificuldades na sua utilização como um instrumento relevante na interpretação jurídica. Com frequência, ela funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade. Não por acaso, pelo mundo afora, ela tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em temas como interrupção da gestação, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, hate speech, negação do holocausto, clonagem, engenharia genética, inseminação artificial post mortem, cirurgias de mudança de sexo, prostituição, descriminalização de drogas, abate de aviões sequestrados, proteção contra a autoincriminação, pena de morte, prisão perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome, exigibilidade de direitos sociais. A lista é longa ¹⁰.

Espelhar o que as pessoas pensam sobre dignidade foi o que restou a este princípio constitucional. Acarretando num emaranhado de discussões e discernimentos paralelos sobre um mesmo princípio, o qual possui uma definição norteada pela

Constituição Federal de 1988. A fim de buscarmos uma maior uniformização sobre estes pensamentos paralelos, trataremos a seguir da busca pela sua origem e evolução conceitual.

Luís Roberto Barroso narra que a dignidade da pessoa humana possui, *á priori*, uma elucidação religiosa, de origem bíblica, onde esta se inicia ao passo do homem ter sido feito à imagem e semelhança de Deus. Parte-se daí para o campo filosófico, com o advento do iluminismo, onde nota-se a valorização e centralização da pessoa humana. Tal pensamento claramente começa a dar formas para o princípio que tratamos hoje, uma vez que a figura do homem começa a ser observado com mais zelo, e sua dignidade da mesma forma. Isto se deve ao fundamento da razão, o que gerou a capacidade de valorização moral e autodeterminação do indivíduo. No decorrer do século XX, este pensamento migrou da campo filosófico e passou a ser discutido também como um objetivo político, pelo Estado e a sociedade da época. Tão somente após a 2ª Guerra Mundial que a ideia de garantia da dignidade da pessoa humana passou, paulatinamente, para o campo jurídico.

O autor explica que esta passagem da ideia de dignidade da pessoa humana, do campo

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade Da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos

Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. p. 2 e 3.

político-social para o universo jurídico se deu, principalmente, em virtude de dois movimentos:

O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos. Convertida em um conceito jurídico, a dificuldade presente está em dar a ela um conteúdo mínimo, que a torne uma categoria operacional e útil, tanto na prática doméstica de cada país quanto no discurso transnacional ¹¹.

O primeiro movimento, como elucida Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, fora uma contraproposta calhada após o positivismo jurídico. Este, por sua vez, surgiu como um instrumento conformador da liberdade dos cidadãos, o qual passou a ser considerado o único a legitimar a limitação dos direitos dos mesmos. De tal forma que tão somente a lei válida poderia impor obrigações aos cidadãos. Assim sendo, a lei e o primado da soberania popular ganham notória

importância, ao passo que alçados a um patamar de dogma ¹².

O pós-positivismo jurídico surgiu, obviamente, após o período do positivismo. Sobre aquele movimento, assim descreve Ricardo Fernandes e Guilherme Bicalho:

Um novo pensamento jusfilosófico entra em cena para impor limites valorativos ao aplicador do direito, com uma pretensão de correção do sistema. Decisões flagrantemente apartadas da justiça, como as que permearam o fascismo e o nazismo, não mais poderiam ser aceitas. A sociedade percebeu que, se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei, o legislador, mesmo representando uma suposta maioria, pode ser tão opressor que o pior dos tiranos. Com isso, cria-se um ambiente propício à transformação; juntamente com o neoconstitucionalismo, surge um novo pensamento jusfilosófico: o pós-positivismo ou não-positivismo ¹³.

Luís Roberto Barroso elucida que o pós-positivismo busca ir além da legalidade escrita, todavia, sem se abster do direito expresso, resguardado pela lei fixada; procura “emprender uma leitura moral do

¹¹ Ibid. p. 4.

¹² FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico**. Senado Federal. a. 48 n. 189, p. 105-131. Brasília, jan./mar., 2011. p. 106. *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO,

Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹³ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico**. Senado Federal. a. 48 n. 189, p. 105-131. Brasília, jan./mar., 2011. p. 111.

Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”. Desta forma, a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico se resultarão de uma análise à teoria de justiça, mas sem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais ¹⁴.

Nota-se, portanto, a preocupação humanitária e, principalmente, moral do movimento do pós-positivista. Ricardo Fernandes e Guilherme Bicalho, afirmam que “por trás de toda norma há valor”. Por trás de toda norma positivada há um emaranhado de valores que, juntos, resultaram num contexto que lhe deu origem. Isto não significa dizer que o direito se confunde com a moral ¹⁵.

Miguel Reale, ao expor a teoria do mínimo ético, nos diz que o direito “representa apenas o mínimo de moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver”. O direito é, portanto, parte da moral, armada de garantias específicas ¹⁶.

De certa forma, tal movimento objetivava induzir os juristas a pensarem no direito de uma forma menos “automática”, e trazê-los a uma linha de pensamento mais

impregnada de valores naturais do homem. Naturalmente, num período de plena evolução social e intelectual por todo o mundo, naturalmente tendeu-se a ser incluso pautas sobre a dignidade da pessoa humana em diversos documentos internacionais e em Constituições de Estados democráticos que se formavam na época.

Fernandes e Bicalho, no que tange a interferência do pós-positivismo na formação da Constituição, assim disserta:

Nesse panorama, a Constituição é o centro do sistema jurídico e, como tal, deve conter os valores máximos da sociedade, contidos nos princípios. A Constituição é marcada pela presença de princípios que, constituem a positivação (expressão normativa) dos valores centrais da comunidade e que influenciam todo o ordenamento jurídico e vinculam as atividades públicas e privadas. Os princípios passam ao coração das Constituições ¹⁷.

A Constituição, como carta legal de maior relevância no cenário jurídico de um país, é

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

¹⁵ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico**. Senado Federal. a. 48 n. 189, p. 105-131. Brasília, jan./mar., 2011. p. 114.

¹⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. *apud*

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico**. Senado Federal. a. 48 n. 189, p. 105-131. Brasília, jan./mar., 2011. p. 106.

¹⁷ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico**. Senado Federal. a. 48 n. 189, p. 105-131. Brasília, jan./mar., 2011. p. 124.

composta por leis que surgem de valores morais da sociedade em questão.

Nota-se então um período de plena valorização da busca pelo teor moral da justiça ao simples reconhecimento do direito já positivado. Paralelo a isto, tratava-se de um período de formação de constituições nacionais. Toda esta conjuntura ocasionou na gênese de leis superiores de significativa valoração moral. Outrossim, a incorporação do princípio da dignidade da pessoa humana em regimentos legais de estados democráticos de direito em todo o mundo.

Dignidade da Pessoa Humana na Constituição de 1998

Nossa Carta Magna, em seu artigo 1º, inciso III, tornou expressa a seguridade do princípio da dignidade da pessoa humana em especial hierarquia. Gilmar Mendes relata que a Brasil, seguindo o exemplo das Constituições português, de 1976, e espanhola, de 1978, assegurou que “a República Federativa do Brasil constitui-se

em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, ao lado da soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político”¹⁸.

Consagrando a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o constituinte acabou por “reconhecer categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”¹⁹.

A valoração da pessoa humana, portanto, torna-se cediça com a expressão deste princípio na Constituição. O que parte do reconhecimento de que o Estado deve funcionar em prol do homem, devendo se moldar, conforme as necessidades e evoluções sociais, para suprir as demandas que surgem paralelamente. Isto se deve à toda a formação do princípio da dignidade humana, concebida posterior ao pós-positivismo, enredo este que já fora narrado nesta pesquisa.

Nesta esteira, assim elucida Luís Roberto Barroso sobre a constitucionalização da dignidade humana:

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal**. OBSERVATÓRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. Brasília: IDP, Ano 6, no. 2, jul./dez. 2013. ISSN 1982-4564, p. 85.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre:

Livraria do Advogado, 2011, p. 80. *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. **A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal**. OBSERVATÓRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. Brasília: IDP, Ano 6, no. 2, jul./dez. 2013. ISSN 1982-4564, p.86.

A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais ²⁰.

O princípio da dignidade humana nota-se estabelecido, tanto expressamente na Lei Constitucional, quanto na unânime aceitação da sociedade. Desta emana o espírito do direito natural, no qual vigora a moral, norte do princípio explanado aqui.

Por ter caráter abstrato, provindo do pós-positivismo, seu escopo prático pode ser diferente na prática. Isto acarreta em dúplices entendimentos quando levado a campos de discussão mais complexos.

Luís Roberto Barroso nos trás ainda mais algumas explicações sobre o tema:

Três observações finais relevantes. A primeira: a dignidade da pessoa humana é parte do conteúdo dos direitos materialmente fundamentais, mas não se confunde com qualquer deles. Nem tampouco é a dignidade um direito fundamental em si, ponderável com os demais. Justamente ao contrário, ela é o parâmetro da ponderação, em caso de concorrência entre direitos fundamentais. Em

segundo lugar, embora seja qualificada como um valor ou princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana não tem caráter absoluto. É certo que ela deverá ter precedência na maior parte das situações em que entre em rota de colisão com outros princípios, mas, em determinados contextos, aspectos especialmente relevantes da dignidade poderão ser sacrificados em prol de outros valores individuais ou sociais, como na pena de prisão, na expulsão do estrangeiro ou na proibição de certas formas de expressão. Uma última anotação: a dignidade da pessoa humana, conforme assinalado acima, se aplica tanto nas relações entre indivíduo e Estado como nas relações privadas ²¹.

O texto supracitado talvez seja um dos mais importantes para esta pesquisa. Uma vez que a pesquisa busca um norte quanto a possibilidade da aplicabilidade da eutanásia no Brasil, e esta se correlaciona diretamente a flexibilização de princípios fundamentais. O autor traz a seguinte afirmação, que deve ser citada novamente: “embora seja qualificada como um valor ou princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana não tem caráter absoluto”. Esta ideia traz à tona um contexto novo à discussão, retirando deste princípio legal um caráter irrestrito, e explicitando-o como uma norma ponderável, que deve ser tratada de forma

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade Da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão

provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. p. 11.

²¹ Ibid. p. 14 e 15.

tal, principalmente em casos de concorrência entre direitos fundamentais e colisões com outros princípios.

No que tange outros princípios fundamentais que, com os quais o princípio da dignidade da pessoa humana pode conflitar, trazemos ao cenário desta pesquisa o princípio da liberdade e autonomia.

Liberdade e Autonomia

No estudo de princípios fundamentais, notaremos que estes nem sempre estarão traçados para um mesmo rumo, sendo notáveis as diversas vezes que os limites principiológicos esbarrarão entre si, gerando conflitos de princípios. Em várias hipóteses que surgem na vivência social, estes princípios se mostrarão flexíveis quanto à sua empregabilidade usual, como já falamos brevemente. Sobre esta problemática, assim disserta Luís Roberto Barroso:

Princípios são normas jurídicas que não se aplicam na modalidade tudo ou nada, como as regras, possuindo uma dimensão de peso ou importância, a ser determinada diante dos elementos do caso concreto. São eles mandados de otimização, devendo sua realização se dar na maior medida possível, levando-se em conta outros princípios, bem como a realidade fática

subjacente. Vale dizer: princípios estão sujeitos à ponderação e à proporcionalidade, e sua pretensão normativa pode ceder, conforme as circunstâncias, a elementos contrapostos²².

Sabidamente o autor frisa o fato de que “princípios estão sujeitos à ponderação e à proporcionalidade, e sua pretensão normativa pode ceder, conforme as circunstâncias, a elementos contrapostos”.

Esta afirmativa é o que enseja a propositura da pesquisa em questão, uma vez que apenas por intermédio de tal ponderação e proporcionalidade dos princípios contrapostos é que se pode vislumbrar uma hipótese à problemática trazida diversa do entendimento penal já fixado em nosso ordenamento jurídico. Todavia, versaremos sobre o aspecto contencioso destes fundamentos legais tão somente no capítulo seguinte, de modo mais aprofundado.

Por hora, discorreremos sobre os dois princípios que, posteriormente, hão de ser contrapostos ao da dignidade humana: da liberdade e autonomia humana.

Dimensão da Liberdade

Liberdade é o objeto de desejo do homem desde os primórdios e pode ser entendida das mais diversas maneiras. Roberto Dias elucida que esta pode ser caracterizada

²² Ibid. p. 11.

como ideal a ser perseguido pelo homem, como a independência alcançada por um povo ou pelo homem individual, como uma oposição ao governo repressor, como a soberania do povo refletida na participação destes na formulação das regras que regerão o modo de agir de todos. Dispõe a liberdade, finalmente, como sendo a possibilidade de exercer a vontade sem interferências externas ²³.

O art. 5º de nossa Constituição Federal regula o a liberdade como integrante dos direitos e deveres individuais e coletivos, assegurados na categoria de inviolável, sendo cláusula pétrea.

Sobre a liberdade, mais especificamente quanto ao entendimento deste princípio assegurado em nossa Carta Magna, assim discorre Celso Ribeiro Bastos:

Dá-se o nome de liberdades públicas, de direitos humanos ou individuais, àquelas prerrogativas que têm o indivíduo em face do estado constitucional ou do estado de direito. Neste, o exercício destes poderes soberanos não vai ao ponto de ignorar que há limites para sua atividade além dos quais se invade a esfera jurídica do cidadão ²⁴.

Ou seja, nosso ordenamento jurídico nos traz regras que ditam limites, os quais devem ser cumpridos e respeitados pelos cidadãos brasileiros. Neste cenário, notamos que surge o conflito entre a liberdade do homem, dimensionada proporcionalmente aos limites impostos pela lei, cerceando-a, uma vez que não há disponibilidade total do homem no que tange suas vontades, ainda que estas reflitam e gerem resultados somente sobre si. Ainda assim, haverá barreiras legais.

Nesta esteira, assim disserta Rodrigo Pereira Moreira sobre a legitimação do princípio da liberdade:

Benjamin Constant definiu a liberdade dos modernos como a liberdade de não ser submetido à vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. Esta liberdade consiste na possibilidade de emitir a sua opinião, de escolher o seu trabalho, de ir e vir, de dispor da propriedade, de reunir-se com as demais pessoas, de associar-se e de influir na administração pública por meio de representações, petições e reivindicações ²⁵. Por outro lado, a liberdade dos antigos estava relacionada com o exercício coletivo e direto da sua própria soberania por meio de deliberações

²³ DIAS, Roberto. **Disponibilidade do Direito à Vida e Eutanásia:** Uma Interpretação Conforme a Constituição. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2010. p. 192. p. 15.

²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Celso Bastos Ed, 2002, p. 257 *apud* ALMEIDA, José Rubens Demoro. **Liberdade:** Contribuição do Pensamento de Hannah Arendt à Filosofia do Direito. Revista de

Direito Constitucional e Internacional. Vol. 98/2016. p. 49 – 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, novembro-dez, 2016, p. 2.

²⁵ Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista Filosofia Política.** Porto Alegre: L&PM, n. 2, p. 9-25, 1985. 10-11 *apud* MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade:** Proteção e Promoção da Pessoa Humana. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016. p. 242.

em praças públicas, pelo voto nas leis, pelo pronunciamento em julgamentos. Esta liberdade dos antigos significava, ainda, a submissão do indivíduo à autoridade do todo, pois as ações privadas estavam sujeitas à vigilância da coletividade que restringia a vontade dos indivíduos²⁶.

Ainda conforme os pensamentos de Benjamin Constant, o autor diz que “o indivíduo, quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos os seus assuntos privados”. Cabe ao mesmo, como cidadão, decidir questões de paz e guerra, mas, como particular, vide no meio de uma redoma de limites legais que cerceiam seus movimentos; como porção de um corpo social, possui uma ampla capacidade de afazeres, as quais não lhe são possíveis quando assume uma posição individualizada. O autor ainda ressalta que ao indivíduo resta apenas uma soberania aparente, restrita, quase sempre interrompida pelas barreiras invisíveis impostas pelos Estados mais livres²⁷.

Rodrigo Pereira Moreira disserta ainda, desta feita, segundo os ensinamentos de Isaiah Berlin, sobre uma outra distinção importante referente à liberdade. Há uma

diferenciação entre a liberdade positiva e a liberdade negativa. A liberdade positiva é definida por Isaiah Berlin como a que surge através da vontade plena do homem, sendo este livre e senhor de si mesmo, sem qualquer tipo de sujeição às vontades de terceiros. Nesta liberdade, a pessoa é consciente de seus atos, agindo e desejando segundo suas vontades, ficando responsável por suas escolhas, advindas de suas próprias ideias e desejos²⁸.

Já a liberdade negativa é a liberdade originada pelo não impedimento de agir, igualmente, um homem será considerado livre quando outros homens não o cercearem de desenvolver suas atividades. Nesta esteira, a pessoa que perde sua liberdade negativa fica condicionada a não fazer algo que, doutro modo, poderia exercer, perdendo, portanto, sua liberdade, sendo impedida de fazer algo por meio de coação²⁹.

Norberto Bobbio define categoricamente a liberdade negativa como sendo a que condicionará o sujeito à possibilidade de “fazer ou de não fazer, sem ser obrigado a isso ou sem que o impeçam outros sujeitos”. Ou seja, a liberdade negativa representará a possibilidade do indivíduo de agir sem que

²⁶ Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista Filosofia Política**. Porto Alegre: L&PM, n. 2, p. 9-25, 1985. p. 11 *apud* Ibid. p. 242.

²⁷ Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista Filosofia Política**. Porto Alegre: L&PM, n. 2, p. 9-25, 1985. 10-11 *apud*

MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: Proteção e Promoção da Pessoa Humana**. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016. p. 242.

²⁸ Ibid. p. 243.

²⁹ Ibid. p. 242 e 243.

qualquer restrição o impeça de fazer. Outrossim, poderá também e deixar de fazer, uma vez que não há qualquer obrigação legal que o condicione a tanto³⁰. Isaiah Berlin ainda discorre sobre a liberdade negativa, frisando que a liberdade negativa possibilita o homem de dizer que realmente é livre, sem qualquer interferência externa sobre as atividades e ações desenvolvidas pelo mesmo, sendo a liberdade “simplesmente a área na qual um homem pode agir sem ser obstruído por outros”³¹.

Vários pensadores, de vários períodos temporais, lançaram luzes sobre a supracitada “liberdade negativa”, como Locke, que caracteriza a mesma como a que possibilita o indivíduo seguir sua própria vontade, de modo a “não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem”³². Hobbes, por sua vez, afirma que por “liberdade entende-se, conforme a significação própria da palavra, a ausência de impedimentos externos, impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder que cada um tem de fazer o que quer”³³.

Considerados estes raciocínios supracitados, podemos facilmente constatar que a liberdade negativa nada mais é do que o homem propiciado a fazer e agir conforme sua livre vontade, sem que o Estado imponha barreiras para que o mesmo deixe de agir, tampouco aja por obrigação de agir. Roberto Dias relata que “esta “liberdade negativa” está comumente atrelada à ideia de direitos individuais, às chamadas liberdades civis. Seu sujeito histórico é o indivíduo”.

Sob uma análise de Miguel Reale, a existência de várias compreensões de liberdade é de grande valia para o íntegro desenvolvimento da personalidade através do direito. Segundo o autor:

O direito é sobretudo um sistema histórico-cultural de garantias, e o “justo” não é senão a realização de um sistema social de vida que assegura civilmente a cada homem a afirmação e o livre desenvolvimento de sua singularidade pessoal. Podemos dizer, embora recorrendo à precariedade das imagens gráficas em problemas ético-jurídicos, que uma ordem social justa tem duas coordenadas (a liberdade pública e a liberdade privada), coordenadas

³⁰ BOBBIO, Norberto. **Igualdad y Libertad**. Tradução de Pedro Aragon Rincón. Barcelona: Paidós, 1993. p. 97 *apud* DIAS, Roberto.

Disponibilidade do Direito à Vida e Eutanásia: Uma Interpretação Conforme a Constituição. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2010. p. 192.

³¹ BERLIN, Isaiah. Dois Conceitos de Liberdade. In: BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios. Tradução

de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das letras, 2002. p. 229. *apud* Ibid. p. 192.

³² LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil. In: **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 99 *apud* Ibid. p. 192.

³³ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 137 *apud* Ibid. p. 192.

essas que se cruzam no ponto em que se situa o valor central da “pessoa humana”, sendo impossível sem elas determinar qualquer das garantias devidas aos indivíduos e aos grupos ³⁴.

Dessa maneira, podemos definir que a liberdade é o que possibilitará ao homem a construção de sua personalidade individual, baseado em suas próprias escolhas livres, desenvolvidas a partir de um não cerceamento do Estado. Esta liberdade delinea a hipótese prática de quando o homem se encontra entre as alternativas de fazer ou não fazer algo, sendo-lhe ambas as escolhas possíveis a si.

Para o estudo realizado nesta pesquisa, tornar hialino a compreensão de liberdade é indubitavelmente imprescindível, uma vez que a partir desta que poderemos pensar na possibilidade de disposição da própria vida. Segundo os extensivos ensinamentos de Berlin, assim discorre Roberto Dias, quando trata desta linha tênue que separa a disponibilidade individual da vida frente ao princípio da liberdade:

Eu sou livre na medida em que posso agir sem ser obstruído por outros. Sou livre se minha vida e minhas decisões não dependem dos outros, mas apenas de mim mesmo. Eu tenho autonomia, portanto, na medida em que posso

dar a mim mesmo as regras que vão reger meus interesses. E esse direito me é garantido pelas cabeças dos artigos 1º e 5º da Constituição Federal ³⁵.

No fim desta análise sobre a liberdade, notamos que esta facilmente pode ser analisada com a figuração paralela ao princípio da autonomia da vontade, o qual deverá trazer fundamentos similares ao que foi discorrido acima.

Partindo para um estudo mais extensivo sobre os princípios que podem condicionar a aplicabilidade da eutanásia em território brasileiro, chegaremos até às análises relativas à autonomia do homem, cujo fundamento legal também está posicionado em cláusula pétrea de nossa Constituição Federal. Quanto a este princípio, da autonomia da vontade, trataremos em tópico separado, como veremos a seguir.

Autonomia da Vontade

Objetivando destrinchar um introito à análise sobre o princípio da autonomia, traremos à luz uma breve observação quanto ao contexto histórico do mesmo.

³⁴ Liberdade antiga e liberdade moderna. *In*: REALE, Miguel. **Horizontes do direito da história**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 25 *apud* MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade**: Proteção e Promoção da Pessoa Humana. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016. p. 245.

³⁵ DIAS, Roberto. **Disponibilidade do Direito à Vida e Eutanásia**: Uma Interpretação Conforme a Constituição. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2010. p. 192. p. 15.

Nesta esteira, assim escreve Marco Segre, Franklin Silva e Fermin Schramm:

Num sentido mais estrito, o princípio de autonomia deve ser inscrito na especificidade da tradição da cultura moderna, essencialmente tecnocientífica e humanístico-individualista. Mais especificamente, o princípio de autonomia vincula-se à relevância que o sujeito assume na modernidade, relevância esta inseparável da reivindicação da liberdade de pensamento, da hegemonia da razão frente aos dogmas religiosos e ao peso da tradição. O significado de autonomia passa então a ser compreendido não apenas como a tentativa de apreender racionalmente o mundo, mas também de dominá-lo e submetê-lo às finalidades humanas, por via do desempenho de uma razão subjetiva e independente. Ao advento histórico do "individualismo moderno", entendido como a formação do "eu pessoal" (self), corresponde o processo de "construção da identidade moderna", ao longo do qual o sujeito vai progressivamente incorporando o papel de fundamento do conhecimento e da ação, e a razão humana assume a função de ponto de partida de qualquer julgamento sobre a realidade³⁶.

Eis que o princípio da autonomia da vontade, assim como os já analisados princípios da liberdade e da dignidade humana, torna-se relevantes fundamentalmente com a legítima

relevância humanitária surgida no período moderno. A partir daí, a vontade humana torna-se o norte para as diretrizes estabelecidas pelo Direito, o que se firma posteriormente com o advento do "individualismo moderno". Paralela à este individualismo, nota-se a valorização do sujeito individual, entendido como a formação do "eu pessoal", surgida neste mesmo período histórico.

O princípio da autonomia da vontade reside primordialmente na compreensão do mundo aos olhos do indivíduo, de forma que este tende a buscar seu domínio e independência, a partir de um desempenho motivado por sua razão subjetiva. Esta atuação do homem está intimamente vinculada à liberdade de pensamento e de agir.

Todavia, ao trazermos o princípio da autonomia da vontade para o contexto prático, ficará clara a lide advinda das extremidades da autonomia frente as normas. Sob este enfoque Segre, Silva e Schramm assim descorrem:

Isto nos aproxima do sentido de "autonomia" que realmente importa discutir: o sentido ético. O esforço para compreender a autonomia, na história do pensamento, desenvolveu-se sempre em torno do binômio liberdade/normas. O Iluminismo conferiu ênfase à ideia de que a humanidade atinge a maturidade quando o

³⁶ SEGRE, Marco; e SILVA, Franklin Leopoldo; SCHRAMM, Fermin. **O Contexto Histórico**,

homem obedece às normas de sua própria razão. O cidadão é ao mesmo tempo soberano porque legisla e súdito porque está vinculado a esta legislação, isto é, o fundamento da obediência à lei está em que aquele que a obedece participou de sua formulação. Para Kant, a razão prática tem a capacidade de dar-se suas próprias leis. A autonomia deriva de que aquele que obedece à lei obedece apenas a si próprio, ou seja, é livre³⁷. Nietzsche e Freud mostraram que o formalismo destas concepções oculta motivações pouco compatíveis com a pura razão. Os julgamentos de valor estão mais comprometidos com interpretações particulares do que desejariam admitir os partidários da norma moral isenta de qualquer interesse. E os interesses de que se trata neste caso nem sempre aparecem com clareza objetiva nos julgamentos que regulam a nossa conduta e as apreciações que fazemos das condutas alheias^{38 39}.

Analisando as conjecturas de grandes pensadores doutrora, nota-se uma análise à autonomia da vontade frente às normas, opostas àquelas, com menos problemática. Logicamente, a legislação surge a partir da autonomia do homem, que as cria conforme sua necessidade e livre pretensão. Ao passo que advém do cidadão a formulação das regras que ele mesmo deverá obedecer, este

será livre, pois obedecerá apenas ao que ele mesmo criou. Eis o norte deste princípio: o que está contraposto à vontade, na verdade deve se posicionar favoravelmente, uma vez que as leis surgem da pretensão e necessidade explicitada pela pessoa humana.

Segre, Silva e Schramm trazem à luz, conclusivamente, o pensamento de que os princípios de beneficência e autonomia se opõem sob um ponto de vista ideológico. De um lado, posiciona-se um consenso sobre o que é bom para a pessoa, estruturando um modelo de conduta a ser seguido, pensado e agido, por todos os hierarquicamente subordinados à mesma. Cria-se então a ideia de que o que é dito pela norma é realmente o certo, o que deve-se pensar, de forma incontestável, suprimindo e contrariando a vontade individual. A autonomia, portanto, estará situada no polo oposto. O conceito básico deste princípio é que todo ser humano pode decidir sobre si mesmo, parecendo ser justa ou não a sua conduta. “Dentro do respeito integral à ideia autonomista, não se julgam as razões de quem quer que seja (nem mesmo as do

³⁷ KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d *apud* SEGRE, Marco; e SILVA, Franklin Leopoldo; SCHRAMM, Fermin. **O Contexto Histórico, Semântico e Filosófico do Princípio de Autonomia**. Revista Bioética. Vol. 6, n. 1. s/ dt. p. 4.

³⁸ NIETZSCHE, Friedrich. *Così parlò Zarathustra*. In: **Montinari M. Opere di Friedrich Nietzsche**. Milano: Adelphi, 1979. v.1,6 *apud* Ibid. p. 4.

³⁹ FREUD, Sigmund. *O ideal do ego*. Rio de Janeiro: Imago, 1980. (Edição standard brasileira das obras psicológicas completas, v.19) *apud* Ibid. p. 4.

coração) para pensar, sentir ou agir desta ou de outra maneira”⁴⁰.

Trazendo à baila a análise do Direito como uma sistematização de normas expressas, Luigi Ferri afirma que “fontes do Direito são uma expressão sinônima de fonte de normas jurídicas que criam direitos, deveres e faculdades”⁴¹.

Analisando a obra de Luigi Ferri, Rodrigo Pereira Moreira nos traz o seguinte pensamento basilar:

Reconhecer a dignidade humana significa pressupor que a pessoa pode realizar-se autonomamente, o que não é possível sem o reconhecimento de uma esfera de liberdade⁴², pois todo o Direito está posto para respeitar a personalidade humana em seu desenvolvimento e em sua força expansiva⁴³.

Portanto, analisando a autonomia sob esta ótica, notamos sua correlação primária ao princípio da dignidade humana, uma vez que, para o exercício autônomo da vontade do homem, é necessário observar-lhe está resguardada a sua dignidade e, paralelamente, a sua liberdade. É em prol

disto o exposto direito constitucional positivado.

Todavia, o próprio regimento legal cerceará a autonomia do homem. E, nesta direção, Rodrigo elucida:

Se a autonomia privada é fundamentada no livre desenvolvimento da personalidade e este direito fundamental não vige de forma ilimitada, então é preciso chegar à conclusão de que a autonomia também deve ser limitada. Não obstante, esta limitação, a autonomia privada também impossibilita a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares ao preconizar um núcleo essencial que não pode ser vulnerado⁴⁴.

Trazendo esta análise para a relação entre o homem e o Estado, podemos concluir que, da mesma forma, a aplicação direta de direitos fundamentais, como é o caso da autonomia da vontade, fica cerceada, em virtude da imperatividade das normas jurídicas que se contrapõem à vontade humana.

⁴⁰ SEGRE, Marco; e SILVA, Franklin Leopoldo; SCHRAMM, Fermin. **O Contexto Histórico, Semântico e Filosófico do Princípio de Autonomia**. Revista Bioética. Vol. 6, n. 1. s/ dt. p. 6.

⁴¹ **La autonomia privada**. Granada: Comares, 2001. p. 107 *apud* MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: Proteção e Promoção da Pessoa Humana**. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016. p. 250.

⁴² **La autonomia privada**. Granada: Comares, 2001. p. 202 *apud* MOREIRA, Rodrigo Pereira.

Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: Proteção e Promoção da Pessoa Humana. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016. p. 250.

⁴³ *Ibid.* p. 250.

⁴⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung** dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 175-176. *apud* *Ibid.* p. 255.

DIREITO À VIDA E A MORTE DIGNA

O direito à vida é uma seguridade básica de todo cidadão brasileiro, resguardado incisivamente pela Constituição do Brasil. Em seu artigo 5º, é expressa a garantia “aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida”, assim como no inciso XLVII do mesmo artigo, assegurando que “não haverá pena de morte, salvo no caso de guerra declarada”⁴⁵.

Trata-se de um direito fundamental do ser humano, sendo “o primeiro dos direitos naturais que o Direito Positivo pode simplesmente conhecer, mas não tem a condição de criar”. Tal definição é colocada por Ives Gandra da Silva Martins, sendo justificada pelo mesmo, posteriormente, numa breve explanação sobre o direito natural, fonte basilar do direito à vida:

A lei natural foi razoavelmente percebida pelos gregos e pelos romanos, que entendiam haver duas ordens pertinentes à organização social: uma delas preexistente à sociedade e inerente ao ser humano, que com tais direitos nascia, e outra criada pelo Estado conforme as necessidades circunstanciais e próprias de seu povo. À

primeira denominavam "Direito Natural" e à segunda "Direito escrito" ou "Positivo". Não chegaram seus autores a estudar, nesse nível de clara divisão, as duas ordens, mas de seus escritos deduz-se a intuição das mesmas, que o Direito Natural moderno veio a reconhecer. Contrariando os racionalistas, que pressupunham a existência de normas de Direito Natural para todas as relações humanas, os autores modernos, lembrando as intuitivas lições dos gregos, esclarecem que as leis essenciais de qualquer ordenamento jurídico são de Direito Natural, como o direito à vida, à segurança, à liberdade etc. As leis acessórias, aquelas mutáveis no tempo, não o são, visto que cabe a cada comunidade organizada ter a lei que reja sua convivência social, respeitados aqueles direitos fundamentais. Assim, a forma de governo, p. ex., seria norma pertinente ao Direito Positivo, e não ao Direito Natural, desde que respeitados os direitos primeiros do ser humano⁴⁶.

O autor compara a importância do direito natural prévio ao direito positivo com as leis naturais que regem a Biologia, Física e Química. Diz que, da mesma forma que há regras basilares que direcionam todo o entorno destas ciências, há direitos naturais do ser humano que regulam todo o

⁴⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988 apud ANDRADA, José Bonifácio Borges de. **Direito à vida**: Processo Legislativo e Constituição. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. vol. 5. p. 517. São Paulo: Revista dos Tribunais, out, 2015. p. 1.

⁴⁶ Platão, em seus "Diálogos" (The Great Books, v. 7, 1955), e Aristóteles, em "Nicomachean Ethics" e "Politics" (The Great Books, v. 9, 1955), assim como Potíbolos, na História (ed. UnB), intuem tal divisão apud MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Fundamentos do Direito Natural à Vida**. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. vol.2. p.611-618. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago, 2011. 1-2, p.3.

ordenamento jurídico positivado. Em outras palavras, “tais direitos, reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos dos principais países civilizados, não são próprios do Direito Positivo, mas do Direito Natural”⁴⁷.

Tomando por fundamento a mesma direção principiológica do direito natural, notaremos a contraposição do direito à vida frente ao direito à morte digna, não tão lembrado como o primeiro, mas base fundamental para a hipótese examinada neste trabalho.

À priori, caracteriza-se a morte digna diretamente ligada com a autonomia da vontade, e a liberdade de escolha do homem. Ambas pré-condições ensejarão à pessoa a formação de sua personalidade, fundada em decisões e escolhas. Nesse contexto, tomamos por premissa a ideia de que a personalidade é inerente à condição humana, assim como é impossível falar de sem considerar vida e morte⁴⁸. Nesta esteira, assim discorre Esteves:

Se, via de regra, esses três conceitos, personalidade, vida e morte apresentam-se intrinsecamente ligados, em relações óbvias de interdependência, há zonas limiáres da vida e da

morte em que os limites dessas relações, por sua complexidade inerente, não se fazem nítidos, tornam-se ambivalentes e contraditórios, provocam divergências de pensamento que nos fazem questionar as clarezas das próprias definições dos conceitos, além de questionar a lógica do processo de sistematização linear das relações que os envolvem e os tornam dependentes entre si.

São nos limites do direito à vida que surge o chamado direito à morte digna. Como descreve a autora, pela complexidade inerente a esta relação antagônica, surge a dúvida até mesmo quando aos limites das próprias definições destes conceitos. A fim de esclarecer estes limites, que nem sempre se observam com clareza de aceção, discorreremos à seguir sobre cada um destes direitos: à vida e à morte digna.

Direito à Vida

Todos os direitos do homem, sendo eles de cunho natural ou os já positivados, têm como pedra basilar o direito à vida. Laura Scaldaferrri Pessoa afirma que por esse motivo que trata-se de um direito

⁴⁷ CASSIN, René. "Human rights since 1945: an appraisal", The Great Ideas, ed. Britannica, 1971, p. 5 apud MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Fundamentos do Direito Natural à Vida**. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. vol.2. p.611-618. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago, 2011. 1-2, p. 3.

⁴⁸ ESTEVES, Luciana Batista. **(In)Disponibilidade da Vida?**. Revista de Direito Privado, vol. 24, 2005, p. 89-111, out-dez, 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 1.

regulamentado em pactos internacionais e documentos, sendo eles jurídicos ou não, de todos os tempos ⁴⁹.

A ONU promulgou, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, documento de relevância internacional que reconhece alguns direitos como sendo essenciais a todos os seres humanos. Em seu art. 3º, por exemplo, assegura que “todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” ⁵⁰.

O Pacto de São José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana dos Direitos Humanos, também atribui à República Federativa do Brasil o respeito incondicional à vida ⁵¹. Não obstante, em nosso próprio texto constitucional, a vida também é tida como direito fundamental expresso em cláusula pétrea, como está proclamado no art. 5:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...] ⁵².

Ainda que restem incontáveis os textos legais, os pactos internacionais e todas as definições positivadas que asseguram o direito à vida, em nada suprimirão se efetivamente estiverem vinculadas à dignidade que deve ser atribuída à vida humana e se não houver o legítimo entendimento de que se trata de algo que não deriva do direito positivado. Laura, conforme as palavras de Renata Rocha, relata que a vida está muito além apenas de imposições e seguridades jurídicas positivadas, uma vez que esta deve ser vista como um bem “que enseja as condições ideais ao equilíbrio, à manutenção, ao aprimoramento e ao progresso de uma pessoa ou de um empreendimento humano ou de uma coletividade” ⁵³.

Portanto, não se discute se o direito à vida é o mais importante de todos os direitos fundamentais assegurados ao homem, todavia, resta sabido que é o primeiro dos direitos naturais que o direito positivo tão somente pode reconhecer e buscar meios de protegê-lo, mas não pode jamais criá-lo.

⁴⁹ PESSOA, Laura Scalldaferri. **Pensar o final e honrar a vida: Direito à Morte Digna**. 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011, p. 43.

⁵⁰ **DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem**, de 10 de dezembro de 1948 apud PESSOA, Laura Scalldaferri. **Pensar o final e honrar a vida: Direito à Morte Digna**. 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade

de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011, p. 43.

⁵¹ PACTO de São José da Costa Rica. Artigo 4º - **Direito à vida** apud Ibid. p. 43.

⁵² MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 162 apud Ibid. p. 43.

⁵³ ROCHA, Renata. **O direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 110 apud Ibid. p. 43.

Finalmente, conforme conclui Laura Scalldaferri Pessoa, sob os dizeres de Ives Gandra da Silva Martins:

O direito fundamental do ser humano à vida é lei não criada pelo Estado, mas, pelo Estado, apenas reconhecida e que pertence ao ser humano, não por evolução histórico-axiológica, mas pelo simples fato de ter nascido. É-lhe, pois, inerente e não concedido. Nessa linha de raciocínio, o caput do art. 5º da Constituição brasileira seria fundamentalmente norma de direito natural⁵⁴.

Aprofundaremos nos estudos deste direito fundamental do homem, de base absolutamente natural, buscando entender mais os limites de seu conceito, assim como a possibilidade da disponibilidade deste direito.

Conceito de Vida

Antes de tratarmos do direito fundamental à vida, de origem plenamente natural, temos que primeiramente qualificar a vida. Tratarmos dessa dádiva que nos é dada e que possui múltiplas definições pertinentes:

Vida. Quem poderá definir essa pulsação misteriosa, própria aos organismos animais e vegetais, que sopita inadvertida nas sementes de trigo encontradas nos sarcófagos de faraós egípcios e que germina milagrosamente depois de dois milênios de escuridão, que se oculta na gema de uma roseira que mãos habilidosas transplantam de um para outro caule, que lateja, irrompe e transborda na inflorescência de milhões de espermatozoides que iniciam sua corrida frenética à procura de um único óvulo, a cada encontro amoroso?⁵⁵

Os limites da vida, que propiciarão a disponibilidade da mesma em casos adversos, não são palpáveis com precisão. A empreitada de delinear o exato sentido da vida é algo difícilimo, até porque esta vive em constante movimento. Para os estudiosos das ciências biológicas, a vida se faz nítida apenas pela simples permanência de funções ativas de um organismo vivo. Outrossim, compreende-se esta pelo lapso temporal de sua concepção até a morte, findando-a. Ao mensurarmos estas qualidades, notamos que sua definição não consegue apresentar características unívocas e inquestionáveis⁵⁶.

⁵⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Direito Constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana. In: DIP, Ricardo Henry Marques (Org.). **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 133 apud Ibid. p. 43.

⁵⁵ CHAVES, Antônio. Direito à vida e ao próprio corpo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 9 apud Ibid, p. 41.

⁵⁶ PESSOA, Laura Scalldaferri. Pensar o final e honrar a vida: Direito à Morte Digna. 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011, p. 41.

Ao passo que trazemos a análise do conceito básico de vida seu contraposto com a morte, a tarefa de defini-la se torna ainda mais árdua. Estudiosos, a fim de atuar esta problemática, definem que vida é tudo aquilo que não está morte, ou seja, que não pereceu, o que acaba soando um tanto quanto redundante, embora exprima clareza no pensamento que expõe⁵⁷. Nesta direção, Aurélio Buarque de Holanda traz a seguinte definição de vida, do latim *vita*:

Conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas, ao contrário dos organismos mortos ou da matéria bruta, se mantém em contínua atividade, manifestada em funções orgânicas tais como o metabolismo, o crescimento, a reação a estímulos, a adaptação ao meio, a reprodução, e outras; existência; o estado ou condição dos organismos que se mantêm nessa atividade desde o nascimento até a morte; o espaço de tempo que decorre desde o nascimento até a morte⁵⁸.

José Afonso da Silva traz a qualificação de vida como o legítimo processo vital, insuscetível de ser considerado somente

[...] no seu sentido biológico de incessante auto atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente, sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo desse fluir espontâneo e incessante contraria a vida⁵⁹.

José Afonso qualifica a definição de vida como um literal processo, o processo vital, constate e incessantemente passível de transformações, que se inicia na germinação, gerando posteriormente uma identidade. Só se falará em algo divergente à vida, quando a mesma perecer, com o advento da morte sobre esta.

(In)Disponibilidade da Vida

⁵⁷ PESSOA, Laura Scalldaferri. **Pensar o final e honrar a vida: Direito à Morte Digna**. 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011, p. 41.

⁵⁸ HOLANDA, Aurélio Buarque de. Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa. 2. ed. rev. E ampl. São Paulo: Nova Fronteira, 1994, p. 630

apud PESSOA, Laura Scalldaferri. **Pensar o final e honrar a vida: Direito à Morte Digna**. 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011, p. 41.

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 181 apud Ibid. p. 41.

Num esboço prévio sobre a disponibilidade da vida, temos de ter em mente a seguinte linha de raciocínio que se forma até o presente estágio deste estudo: a vida, e seu processo vital, estão intimamente vinculados à personalidade, a qual é distinta em cada ser, uma vez que são individualmente dotados de suas próprias vontades, advindas de sua autonomia.

Pois bem, relativamente à inviolabilidade constitucional do direito à vida, assim se posiciona Maria Helena Diniz:

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integridade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa⁶⁰.

A autora acrescenta ainda que se trata, portanto, de um direito não à vida, mas sim um direito que dispõe sobre o respeito à

vida. “Esta não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito de uma pessoa sobre si mesma”⁶¹. Portanto, como acrescenta Laura Scalldaferri Pessoa, não se pode admitir como lícito um ato que dê fim à vida, ainda que o titular da mesma consinta com tal decisão, “porque este não vive somente para si, uma vez que deve cumprir sua missão na sociedade e atingir seu aperfeiçoamento pessoal”⁶².

A segurança constitucional dada à vida supre todos os meios possíveis de lesão da mesma. Andrada, sobre o tema, acrescenta que:

Disto decorre que qualquer projeto de lei tendente a abolir a inviolabilidade do direito à vida seria inconstitucional. Por inviolabilidade deve-se entender intangibilidade, intocabilidade. A vida do indivíduo não responde a título de pena ou indenização por nenhum ato praticado por ele a que título for⁶³.

Nota-se que não há um pensar em apenas assegurar que o indivíduo disponha da própria vida. A segurança que cerca a vida humana vai além. Visa também garantir que a vida, em qualquer hipótese, nunca venha a ser alvo de penalidade por alguma ação

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21 apud PESSOA, Laura Scalldaferri. Pensar o final e honrar a vida: Direito à Morte Digna. 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011, p. 47.

⁶¹ Ibid. p. 47.

⁶² PESSOA, Laura Scalldaferri. Pensar o final e honrar a vida: Direito à Morte Digna. 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011, p. 47.

⁶³ ANDRADA, José Bonifácio Borges de. Direito à vida: Processo Legislativo e Constituição. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. vol. 5. p. 517. São Paulo: R. São Paulo: Revista dos Tribunais, out, 2015, p. 1.

realizada pelo indivíduo. Outrossim, independente do ato praticado pelo sujeito, este nunca responderá, à título de pena, tendo sua vida como alvo da mesma.

Nesta linha de pensamento, sobre a punibilidade relacionada ao direito à vida, Celso Bastos nos lembra de que inúmeros atos praticados contra a vida, como o homicídio, aborto e até mesmo o auxílio ao suicídio, são passíveis de sanção punitiva. Em contrapartida, o Código Penal brasileiro não vislumbra qualquer punição para o próprio autor de tentativa de suicídio. Sobre esta narrativa exemplificada, o autor, então, chega à demonstração da precisa diferenciação entre a inviolabilidade em paralelo com a indisponibilidade da vida, tema em questão. Enquanto a primeira trata da proteção da vida, como direito fundamental, em face de circunstâncias alheias e terceiros. Já a indisponibilidade da vida remete diretamente à pessoa envolvida, que acaba por ser tolhida de desprender-se de determinados direitos. O autor conclui afirmando que, diante desta diferenciação, nota-se que a Constituição assegura, pois, a inviolabilidade do direito à vida ⁶⁴.

Assim como na fonte pesquisada, na dissertação de mestrado de Laura

Scalldafferri, promotiva de diversas citações supramencionadas, indubitavelmente, a presente pesquisa não tem como posicionamento adotado o de que a vida seja ou deva ser um bem jurídico indisponível.

Igualmente, insta recordar o significado de dispor, que nada mais é usar ou se servir de um objeto. Assim sendo, é cediço que o indivíduo constantemente dispõe de sua vida, ainda que não a findando completamente. Em contrapartida, ainda sobre esta disposição da própria vida, assim acrescenta Laura ⁶⁵:

Quando um indivíduo singular e determinado é o único titular do bem jurídico - e esse é o caso da vida - sua possibilidade de disposição não pode sofrer qualquer limitação, aí incluída naturalmente a disposição que resulta na própria destruição do objeto. Quando a lei pretende tratar a vida como um bem indisponível, ilegitimamente subtrai do indivíduo sua autonomia, pois a qualidade do indivíduo de titular daquele bem jurídico é transferida para o Estado e ele acaba por ser submetido à vontade e aos poderes estatais. O indivíduo é reduzido à condição de sujeito constringido a um dever. E, acrescenta Zaffaroni: sem a possibilidade de disposição, isto é, sem a referência à vontade de exercê-los

⁶⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito de recusa de pacientes, de seus familiares, ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas**. Parecer Jurídico, São Paulo, 23 de novembro de 2000 apud PESSOA, Laura Scalldafferri. **Pensar o final e honrar a vida: Direito à Morte Digna**. 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito)

em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011, p. 47.

⁶⁵ PESSOA, Laura Scalldafferri. **Pensar o final e honrar a vida: Direito à Morte Digna**. 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011, p. 48.

ou não, os direitos perdem seu significado. Com efeito, ninguém pode ser obrigado a exercer um direito. Se existe a obrigação de exercer um direito, este desaparece e se transforma em dever. E viver, certamente, não é um dever ⁶⁶.

Torna-se inegável que, a efetiva indisponibilidade da vida advinda do Estado gera uma desfiguração do sentido originário desta imposição. Ao passo que o homem é o único e inteiro detentor de sua própria vida, cabe (ou, ao menos deveria) a si própria mensurar sua disponibilidade, tendo liberdade suficiente em destruí-la, caso seja o desejo de sua legítima autonomia.

Por fim, Laura brilhantemente destaca o pensamento basilar de todo o exposto, dizendo que “a indisponibilidade, como já afirmado, significaria a própria perda do direito à vida, com a transferência da qualidade de titular do bem jurídico do indivíduo para um ente diverso” ⁶⁷.

Morte Digna

Indivíduo algum escolhe quando nascerá. Tampouco, escolhe as condições nas quais será concebido. E é este nascimento que lhe concede uma extremidade de direitos e obrigações, que lhe acompanharão no decorrer de sua caminhada, condições inerentes à personalidade humana.

Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel discorrem sobre o tema. Dizem sobre as garantias que são fixadas ao homem à partir de seu nascimento. Garantias estas que são tuteladas em atos internacionais, em nossa Constituição e no direito infraconstitucional. Paralelo ao direito à vida está a tutela sobre a dignidade da pessoa humana. “O direito de todos e de cada um a uma vida digna é a grande causa da humanidade, a principal energia que move o processo civilizatório” ⁶⁸.

Quando nos direcionamos para esta linha de pensamento (a tutela da dignidade humana ser a grande causa da humanidade), tomamos o mesmo norte da garantia do ser humano ter direito a uma morte digna, uma

⁶⁶ ZAFFARONI apud KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, crenças e liberdade: o direito à vida, a eutanásia e o aborto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 14 apud PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida: Direito à Morte Digna*. 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011, p. 48 e 49.

⁶⁷ PESSOA, Laura Scaldaferrri. *Pensar o final e honrar a vida: Direito à Morte Digna*. 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011, p. 50.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: Dignidade e autonomia individual no final da vida**. Vol. 38, p. 235-274. Uberlândia: Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia – UFU, 2010, p. 2.

vez que, morrer dignamente é uma parte de se viver com dignidade. Nesta esteira, assim elucida o Barroso e Martel, discorrendo sobre questões que envolvem este tema:

Um indivíduo tem poder sobre o fim da própria vida. A inevitabilidade da morte, que é inerente à condição humana, não interfere com a capacidade de alguém pretender antecipá-la. A legitimidade ou não dessa escolha envolve um universo de questões religiosas, morais e jurídicas. Existe um direito à morte, no tempo certo, a juízo do indivíduo? A ideia de dignidade humana, que acompanha a pessoa ao longo de toda sua vida, também pode ser determinante da hora da sua morte? Assim como há direito a uma vida digna, existiria direito a uma *morte digna*? O estudo que se segue procura enfrentar essas questões, que têm desafiado a Ética e o Direito pelos séculos afora⁶⁹.

Traçando pensamentos nos contornos das ideias supra citadas, levamos em consideração principalmente a questão de ser plenamente legítima a hipótese de, individualmente, o ser humano pretender antecipar sua própria morte. Independentemente do que lhe motiva, e dos fatores que envolverão tal escolha, se de cunho religioso, moral ou jurídico. A grande questão é: a dignidade do homem deve lhe acompanhar até o momento em que

sua vida findar. O momento da morte está inserido neste meio. Portanto, há de se velar pela dignidade na hora da morte.

Para se vincular a dignidade humana à morte, tem-se de tomar cuidados minuciosos. O principal enfoque a ser analisado, sem sombra de dúvidas, é a morte com intervenção à luz da dignidade da pessoa humana, cruzando os dois temas, estabelecendo seus limites, de modo a se chegar em uma conclusão prática, coerente aos padrões básicos para as políticas públicas brasileiras sobre a matéria⁷⁰. Uma vez que o presente estudo tem por finalidade analisar a possibilidade da aplicação de eutanásia em solo brasileiro, faz-se necessário a discussão sobre o paralelo destes dois objetos de estudo. Só então que se chegará à legítima discussão sobre o procedimento.

Toda esta análise deve girar, principalmente, em torno dos três princípios que foram ressaltados até aqui: dignidade da pessoa humana, liberdade e autonomia da vontade. Não obstante, as ideias que vislumbram a aplicação de procedimentos que põem fim à vida, procedimentos voluntários, tendem a valorizar a autonomia individual do homem, como expressão da dignidade da pessoa humana, procurando

⁶⁹ Ibid. p .2.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. **A morte como ela é: Dignidade e**

autonomia individual no final da vida. Vol. 38, p. 235-274. Uberlândia: Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia – UFU, 2010, p. 3.

sempre justificar as escolhas feitas pela pessoa ⁷¹.

Não obstante, a motivação principal de todo o estudo está direcionada à minimização da dor e, em certos casos, permitir que o desfecho não seja inutilmente prorrogado ⁷². Outrossim, este pensamento está diretamente vinculado à dignidade da pessoa humana, e seus princípios norteadores. Insta ainda ressaltar que estas hipóteses apresentadas direcionam-se aos casos de pessoas que se encontram em perigo iminente de morte ou em estado vegetativo persistente.

O Morrer e a Morte Voluntária

Na sociedade moderna, a morte está diretamente vinculada ao medo de morrer. Mas não só a este medo, que sempre acompanhou o homem. O medo de se mostrar ausente, perecível, decadente, embora, como bem diz o dito popular, “a morte é a única certeza que nós temos”.

Edgar Morin traz uma análise peculiar sobre este aspecto. Fala sobre a denominada “crise da morte” ⁷³. Para o autor, a consciência da morte não é algo inato, que já nasce com o homem. Então, uma vez que a ideia de morrer não é algo que vem “implantado” em sua consciência, o homem se surpreende com a morte, ou até com a simples iminência da mesma. Sobre este momento específico do enredo humano, assim elucida Laura Scalldaferri:

Diante da impotência da razão frente a tal evento, a individualidade fará uso de seus últimos recursos: conhecerá a morte, não por sua via intelectual, mas rastreando-a como a um animal, a fim de penetrar em seu esconderijo. Tal enfrentamento angustiante, assevera, num clima de neurose, de niilismo, adquirirá aspecto de verdadeira crise da individualidade ante a morte. Mas, adverte, essa crise da individualidade não pode ser abstraída da crise geral do mundo contemporâneo ⁷⁴.

Acerca deste niilismo, gerado pelo angustiante enfrentamento do homem para com a morte, Franklin Santana Santos ⁷⁵, diz que a morte “corrói a própria vida, pois em um mundo onde tudo é relativo, até mesmo

⁷¹ Ibid. p. 3.

⁷² Ibid. p. 4.

⁷³ MORIN, Edgar. **El hombre y la muerte**. 5. ed. Barcelona: Kairós, 2007, p. 29 apud PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: Direito à Morte Digna*. 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011, p. 21.
⁷⁴ PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: Direito à Morte Digna*. 2011. 139 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011, p. 22.

⁷⁵ SANTOS, Franklin Santana. *Perspectivas Histórico-culturais da Morte*. In: SANTOS, Franklin Santana; INCONTRI, Dora (Orgs.). **A arte de morrer: visões plurais**. São Paulo: Comenius, 2009, p. 23. apud Ibid. p. 21.

o conceito de vida se relativiza”. O autor acredita que esse medo da morte gera, na sociedade, uma inércia, instalando uma imobilidade generalizada e permanente.

Paralelo a isto, chegamos, portanto, à ideia preliminar de que o homem só aprecia a vida no momento em que esta lhe gera prazer. Não obstante, foge constantemente da figura da morte, uma vez que o sofrimento, a dor, se trata de um tabu que afugenta o homem, sendo totalmente indesejável.

Neste cenário é que se vislumbra a eutanásia. Esta surge com o propósito de dar ao homem a total independência sobre sua vida, no que tange fugir de suas dores e temores. Dentre estes, a morte. O lógica é bem simples: a eutanásia, e qualquer outro meio de morte voluntária, está ligada diretamente à mentalidade de nosso tempo, onde o homem se mostra individualista aos extremos; portanto, possibilita a este decidir sobre o momento que mais lhe causa agonia. Laura Scalldaferri ainda complementa que esta “fuga da dor”, proporcionada pela eutanásia, se mostra ainda mais pertinente naquelas circunstâncias é grave o suficiente para não condicionar a existência de recursos médicos e terapêuticos suficientes para seu enfrentamento ⁷⁶.

Todo este contexto supracitado, de uma mentalidade humana que visa, sobretudo, sua independência individual, materialista, hedonista, onde se busca o prazer acima de qualquer outra coisa, enseja a aprovação de uma legislação permissiva da eutanásia.

Do ponto de vista de Roberto Martins:

Os homens costumam estarem mais dispostos a querer matar quando estão enredados numa situação de ausência de sentido. Não foram apenas alguns ministérios de Berlim que inventaram as câmaras de gás de Auschwitz e Treblinka: elas foram sendo preparadas nos escritórios e nas salas de cientistas e filósofos niilistas, entre os quais se contavam alguns pensadores anglo-saxônicos laureados com prêmio Nobel. É que, se a vida humana não passa do insignificante produto da combinação de umas moléculas de proteína, pouco importa que um psicopata cujo cérebro precise de alguns reparos seja eliminado por inútil e que ao psicopata se acrescentem mais uns quantos povos inferiores. Tudo isso não é senão raciocínio lógico e consequente. Mas a eutanásia só se torna lógica e

⁷⁶ PESSOA, Laura Scalldaferri. **Pensar o final e honrar a vida: Direito à Morte Digna**. 2011. 139

f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011, p. 23 e 24.

consequente quando o homem passou a ser cínico e niilista ⁷⁷.

O aspecto obscuro da morte, que se mostra como um trauma social, as vezes é considerado de forma adversa, conforme é a situação em que o homem se encontra. Este é o principal norte que Roberto Martins traz em sua fala. O homem, seguindo seu raciocínio lógico e moral, pode vir a tachar a eutanásia como sendo algo totalmente alheio aos princípios fundamentais do homem. Todavia, conforme for seu grau de insensatez, dado pela situação em que se encontrar, pode tratar a morte como algo passível de ser vislumbrado com maior facilidade.

Paralelo a isto, é facilmente notado na sociedade moderna que valores se inverteram e o sentido da vida já não é mais o mesmo para o homem. Francisco Vieira Lima Neto ⁷⁸ narra que em outrora o homem valorizava a importância da história, a arte, a política, o desenvolvimento social, e a consciência intelectual tendia a se perpetrar pelas décadas. Hoje, doutro modo, o homem se mostra um ser efêmero, que busca prazeres momentâneos acima de tudo, descrente do paraíso e da salvação,

que não reconhece sentido na política e tampouco na história.

Constata-se, portanto, que a morte, como algo que põe fim a tudo, que rejeita a possibilidade de qualquer outro acontecimento posterior ao seu, é algo que assombra o homem moderno. Ao passo que este vive ensandecido, amante dos prazeres efêmeros que a vida lhe pode proporcionar, fica desnortado ao mensurar que não mais gozará de qualquer maior deleite terrenal se vier a se encontrar com a morte.

Alguns, talvez de maneira inesperada, por pensamentos fixos que lhe acompanham, com pensamentos de cunho existencial muito bem esclarecidos em sua mente, de forma destemida, preferem encarar a morte em momentos que constatam que não mais poderão escapar de sua iminência. Para tanto, buscam os recursos que lhe são palpáveis e cabíveis, uma vez que nem sempre se depararão com uma legislação permissiva, concernente à prática do homem de pôr fim à própria vida.

Por outro lado, há os que, ainda sob situação que lhes permite agir com plena razão, preferem se opor à prática de findar, deliberadamente, a própria vida. Ainda que analisando a prática em terceiros, não em si

⁷⁷ MARTINS, Roberto Vidal da Silva. Aborto no direito comparado: uma reflexão crítica In: DIP, Ricardo Henry Marques (Org.). **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 414 *apud* Ibid. p. 24.

⁷⁸ NETO, Francisco Vieira Lima. **O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 37 *apud* ibid p. 7.

mesmos. Talvez por não estar vivenciando a situação que, hipoteticamente, lhe causaria todo o contexto sentimental gerador da vontade de não mais viver de forma indigna.

Há ainda uma terceira e última análise a ser apreciada nesta abordagem. Há os que ficam aqui. Os que não partem junto com os levados pela morte. A estes resta a dura realidade de prosseguir com a vida sem jamais encontrar os amados que se foram. Sobre este tema, trago à luz o trecho de Lúkacs, citado por Bauman, onde se trata do desapontamento advindo da morte, gerando a certeza de que nada mais irá acontecer:

Alguém morreu. E os sobreviventes encaram a penosa questão, para sempre familiar, da eterna distância, do vazio intransponível entre um ser humano e outro. Nada fica em que possam pegar, pois a ilusão de entender a outra pessoa só se nutre pelos renovados milagres, pelas surpresas antecipadas de constante companheirismo... Tudo que uma pessoa pode conhecer sobre outra é só expectativa, só potencialidade, só desejo e temor, adquirindo realidade só como resultado do que acontecer mais tarde; e essa realidade também logo se dissolve em potencialidades... A verdade, a formalidade da morte, é ofuscantemente clara,

mais clara que qualquer outra coisa, talvez porque só a morte, com a força cega da verdade, arrebatada a solidão dos braços de eventual fechamento – aqueles braços que estão sempre abertos para novo abraço⁷⁹.

Estágios Intermédios no Final da Vida

Há situações que suscitam a dúvida da possibilidade do homem resistir à morte ou extinguir-se diante do insistente prenúncio da mesma. Maria Elisa Villas-Bôas denominou como “estados intermédios no final da vida”. São estágios em que há quase que uma confusão entre a vida e a morte, pois o homem se vê numa situação em que parece não mais conseguir resistir ao seu perecimento⁸⁰.

Nesta esteira, trataremos primeiramente do denominado “paciente terminal”, que não deve ser confundido com “moribundo”. Aquele pode perecer por dias, meses e talvez anos. Este, por outro lado, se aproxima rapidamente do fim, num espaço de tempo muito mais reduzido⁸¹.

Quanto ao paciente terminal, assim descreve Scalldaferri:

⁷⁹ LUKÁCS, Gyorgy. **The moment and form.** *apud* BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna.** 3. ed.

Trad. João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 2006, p. 117 *apud* PESSOA, Laura Scalldaferri.

Pensar o final e honrar a vida: Direito à Morte Digna. 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em

Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011, p. 35.

⁸⁰ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 30 *apud* *ibid.* p. 35.

⁸¹ *Ibid.* p. 35.

A terminalidade, assim, consiste numa situação irreversível, na qual o paciente, seja ou não tratado, apresenta alta probabilidade de morrer num futuro relativamente próximo, entre três a seis meses. É de ocorrência mais frequente em pacientes oncológicos, mas também se verifica em pacientes com falência de múltiplos órgãos e em sepses graves. A relação médico-paciente nesse contexto de final de vida é marcada pela impossibilidade de curar, mas o limite da possibilidade terapêutica não significa o fim da relação. Aqui o problema não é somente de diagnóstico e de prognóstico. É muito mais amplo e envolve a própria definição de vida e morte, para que se possa determinar o momento do seu término ou então a característica irreversível do processo de finalização da vida. Frente a tal situação, são possíveis três condutas: a) prolongar a existência por meio de drogas e aparelhos, embora isso signifique também o prolongamento agônico (distanásia); b) apressar o fim, por meio de conduta ativa ou passiva de interrupção da vida (eutanásia); c) promover cuidados paliativos para aliviar o sofrimento, sem, contudo, tentar conservar a vida além do tempo natural (ortotanásia).

A autora traz à tona todo o entendimento do que é o paciente terminal, em conjunto com a situação que se nota do mesmo estando numa linha tênue entre a vida e a morte. Por conseguinte, notabiliza as

possibilidades médicas de se lidar com tal situação: distanásia, eutanásia e ortotanásia. Embora seja um enfoque que trataremos tão somente no capítulo seguinte, insta salientar que o presente estudo considera a distanásia como não sendo coesa ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao passo que analisa a aplicação de métodos de morte voluntária em paralelo a tal princípio, de modo que tudo ocorra, sobretudo, para o bem do homem, como ser individual e único.

Equivalente ao paciente terminal, no que tange a proximidade do homem para com a morte ou a incapacidade de permanecer vivo, está o estado vegetativo e o coma. Nestas situações, o homem se estabiliza em um quadro de vida vegetativa, totalmente limitado, gerado por alguma lesão que interfira diretamente em porção encefálica responsável pela sensibilidade, comunicação, cognição e raciocínio, que o possibilita viver, todavia, sem desempenhar qualquer função considerável. Apenas existir. A qual pode perdurar por anos, até que uma causa diversa lhe provoque a morte⁸².

Sobre os afligidos por estado vegetativo e o coma, a título de informação complementar, ressalta-se:

⁸² PESSOA, Laura Scalldaferri. **Pensar o final e honrar a vida: Direito à Morte Digna**. 2011. 139

f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011, p. 37.

Importante notar que a eventual decisão de suspender a alimentação e a hidratação, cuja administração no doente em estado vegetativo é necessariamente assistida, tem como consequência inevitável e direta a sua morte. Por conseguinte, ela se configura como verdadeiro ato de eutanásia por omissão, moralmente rechaçada pelo documento conclusivo do Congresso sobre “Tratamentos de Manutenção de Vida e Estado Vegetativo: Avanços Científicos e Dilemas Éticos”, ao afirmar que o doente em estado vegetativo não pode ser considerado um peso para a sociedade, ao contrário, deve ser reconhecido como um apelo à realização de “modelos novos e mais eficazes de assistência e de solidariedade social”⁸³.

É inconcebível imaginar que uma sobrevivência prolongada, neste estado, seja de interesse do paciente e das pessoas que o estimam. Igualmente, a sociedade, se tivesse plena consciência do quão dispendioso se torna isto, diante da atual conjuntura brasileira, poderia se manifestar à respeito. Os recursos que são voltados a pacientes em quadros irreversíveis, para mantê-los vivos por tempo indeterminado, poderia ser voltados aos outros doentes que carecem deles⁸⁴.

EUTANÁSIA E MORTE ASSISTIDA

Não há equívoco em dizer que a morte faz parte da vida; a morte está no desfecho da vida. Algo que todos enfrentamos, cedo ou tarde. Todavia, nunca foi uma tarefa fácil para o homem lidar com o seu próprio fim. Embora morrer de forma natural seja a mais comum e, talvez, esperada pelo homem, como resultado do desgaste do corpo físico, dado pela idade ou doenças, a escolha por morrer também é algo que pode ser objeto de desejo do homem em algum momento de sua vida. Quanto há isto, existem inúmeros relatos históricos, de povos antigos, no que tange a opção de dar cabo à própria vida:

Vários povos eliminavam aqueles membros que consideravam um estorvo para a coletividade, demonstrando que o debate eutanásico é tão antigo quanto a humanidade. Guiados por uma moral nitidamente utilitária, os espartanos lançavam os recém-nascidos deformados do alto do monte Tajeto. Os celtas permitiam que os filhos matassem os pais quando estes não tivessem mais serventia e, na Índia, os doentes incuráveis eram atirados ao rio Ganges para morrer. Os esquimós matavam aqueles parentes doentes que não pudessem ter cura⁸⁵. Os visigodos, por sua vez, tinham um penhasco

⁸³ HASTINGS CENTER REPORT, p.26, fev/mar. 1988. In: PESSINI, Leocir. **Distanásia: até quando prolongar a vida?** 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007, p. 112 *apud* Ibid. p. 37.

⁸⁴ PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: Direito à Morte Digna.* 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de

Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011, p. 39.

⁸⁵ ROHE, Anderson. *O paciente terminal e o direito de morrer.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 3-4 *apud* PESSOA, Laura Scalldaferri. *Pensar o final e honrar a vida: Direito à Morte Digna.* 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –

elevado – a “Roca dos Antepassados ou dos Avós” – da qual os anciãos se precipitavam quando estavam cansados de viver⁸⁶.

Notamos, portanto, que o tema “eutanásia” figura em grande parte da história do mundo. Até mesmo na Bíblia podemos encontrar relatos que configuram a eutanásia. Conforme relatos descritos no Livro de Reis (I, 31, 3 a 7), Saul, rei de Israel, lançou-se sobre sua própria espada, a fim de não se tornar prisioneiro de seus inimigos, vindo a ferir-se e, por isso, pediu para que seu escravo acabasse com sua vida⁸⁷.

É cedo, então, que desde os primórdios, em um dado momento, a morte deixava de ser algo que afugentava o homem, ao passo que se tornava a solução de seus problemas. Obviamente, existia uma problemática envolvida, que gerava no ser humano a vontade de se abster de sua própria vida. Hora para estancar uma dor que lhe afligia, hora para pôr fim a um corpo já velho ou doente, que poderia servir de estorvo a seus aliados. O que sabemos é que é uma realidade que está correlacionada à vida humana desde os povos antigos.

Trazemos agora este estudo para as realidades do homem no tempo presente.

Não obstante, depois de uma análise mais aprofundada sobre princípios fundamentais dos direitos do homem, criando todo um alicerce, finalmente chegamos do objeto principal do presente estudo: a eutanásia e a sua possibilidade de aplicação no Brasil.

Todavia, não podemos ignorar as demais vertentes de procedimentos similares que existem, os quais são também utilizados em pessoas que se encontram com perigo urgente de vir a óbito.

Desta feita, discorreremos sobre a conceituação da eutanásia e destes demais procedimentos, a fim de enriquecer a explanação desta pesquisa, para tão somente após tratarmos de como a eutanásia é considerada no Brasil e em demais países estrangeiros, traçando então uma possível linha de raciocínio que possibilite um breve vislumbre da apreciação deste procedimento sob uma legislação brasileira mais permissiva em relação ao mesmo.

Conceito de Eutanásia e Modalidades Similares

O enfoque principal do presente estudo seja a eutanásia, em conjunto com uma análise se seria possível ou não termos uma

Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011, p. 15.

⁸⁶ FARIAS, Gisela. **Muerte voluntária**. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 41 *apud* ibid.

⁸⁷ BOTTEGA, Clarissa; de CAMPOS, Luíz Sávio Fernandes. **Considerações sobre eutanásia, distanásia e ortotanásia e a bioética**. Vol. 13, p. 39-62. Cuiabá: Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá – UNIC, julho-dezembro, 2011, p.45.

legislação permissiva a seu respeito em território brasileiro. Ainda sim, é de suma importância que discorramos, ainda que brevemente, do conceito da mesma.

Eutanásia, que no grego significa “boa morte” (*eu*: boa e *thanos*: morte), teve sua denominação dada por Francis Bacon⁸⁸. O autor o empregou, pela primeira vez, em 1623, num enredo que justamente tratava da ideia do sábio, que podia e devia assumir a própria morte quando não mais tivesse sentido para continuar vivendo.

Com o passar dos anos, o tema fora deixando de ser um tabu, ao passo que hoje é discutido abertamente pelo mundo. Outrossim, existem declarações coletivas de importantes personalidades que se posicionam de maneira favorável à aplicação da eutanásia em conformidade com a ética⁸⁹.

Ao adentrarmos no legítimo conceito da prática da eutanásia, nos deparamos com diversas modalidades deste instituto. Neste núcleo, insta citar a explicação, clara e objetiva, de Elias Farah:

A voluntária, a pedido do paciente ou de representantes legais. A involuntária, sem consentimento, no pressuposto de que seria a decisão do paciente na concepção do executor. A pseudo-eutanásia, praticada por quem não seja médico. A agônica, praticada em doente

terminal não consciente. A lenitiva, praticada para aliviar sofrimento insuportável. A estoica, praticada em pessoa que quer livrar-se de malogros, angústias e contrariedades. A etária, estranha hoje, mas praticada entre os povos na antiguidade contra idosos incapazes de trabalhar ou produzir. A coletiva, praticada como “finalidade pública” contra pessoas inválidas, deformadas, física ou mental ou psicologicamente, tida também como eugênica, para “melhorar a raça”, mas considerada abominável entre os povos civilizados. A econômica, praticada contra os enfermos vegetativos, incapacitados de alguma atividade, e os indigentes econômicos, para aliviar a sociedade do ônus social de dar-lhes assistência. A criminal, praticada, sem sofrimento, contra criminosos patológicos e irrecuperáveis de grande periculosidade. A experimental, destinada às pesquisas médica e científica. A profilática, praticada contra vítima de contaminação de surto epidêmico. A teológica, praticada sob a crença de buscar a “morte em estado de graça”. A narcotanásia, praticada contra os que vivem sob permanente estado de anestésicos ou narcóticos, alheios ao mundo real. A mistanásia, a relacionada aos que são deixados morrer pelos abandonos social, econômico, sanitário, higiênico, educacional, como em certos povos do mundo⁹⁰.

Cabe, finalmente, esclarecer a definição prática de eutanásia. Ainda, descrevendo as

⁸⁸ Ibid., p. 45

⁸⁹ Ibid., p. 46.

⁹⁰ FARAH, Elias. **Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia – Reflexões básicas em face da ciência**

médica e do direito. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Vol. 28/2011. p. 131 – 178. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-dez, 2011, p. 11.

diferenças entre a eutanásia ativa e a eutanásia passiva, segundo explicação de Maria Helena Diniz, citada por Campos e Bottega:

A eutanásia passiva é eutanásia por omissão. A eutanásia ativa trata-se de uma ação médica pela qual se põe fim à vida de uma pessoa enferma, por um pedido do paciente ou a sua revelia. Através da eutanásia ativa, elimina-se a vida do paciente desenganado, ministrando-lhe drogas letais ou desligando aparelhos de manutenção das funções cardiorrespiratórias. Em defesa do morrer com dignidade, há quem sustente a necessidade de admitir-se legalmente, em certos casos específicos, a eutanásia ativa (também designada como *benemortásia* ou *sanidicídio*), que, no nosso entender, não passa de um homicídio, em que, por piedade, há uma decisão de antecipar a morte do doente irreversível ou terminal, a pedido seu ou de seus familiares, ante o fato da incurabilidade de sua enfermidade, da insuportabilidade de seu sofrimento e da inutilidade de seu tratamento, empregando-se, em regra, recursos farmacológicos, por ser prática indolor de supressão da vida⁹¹.

Ao entrarmos no mérito dos tratamentos cabíveis ao enfermo terminal, nos deparamos com a dúvida de quais são os

limites do emprego de artifícios médicos para que se mantenha a vida. Igualmente, tentando mensurar até que ponto deve a medicina prolongar a vida do homem que se encontra em situação de total depreciação. Sobre a análise desta linha tênue, partimos então para a apreciação da distanásia.

Distanásia

É cediça a imensa responsabilidade que está sob um médico, quando este está lidando com um paciente terminal. Este tem de saber lidar com toda a pressão que o rodeia, tendo de decidir quais procedimentos adotar, ante ao doente, bem como filtrar qual a vontade dos representantes do enfermo.

Confrontam-se, portanto, aspectos morais e éticos. Como bem elucida Elias Farah ⁹², “estão ali os princípios de que a vida é um bem supremo, o respeito da dignidade da pessoa humana e o dever de buscar melhor qualidade de vida”. Cabe ao profissional, responsável por curar o enfermo, decidir da melhor forma, tomando por base estes princípios.

⁹¹ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 5. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008 *apud* BOTTEGA, Clarissa; de CAMPOS, Luíz Sávio Fernandes. **Considerações sobre eutanásia, distanásia e ortotanásia e a bioética**. Vol. 13, p. 39-62. Cuiabá: Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá – UNIC, julho-dezembro, 2011, p. 45.

⁹² FARAHA, Elias. **Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia – Reflexões básicas em face da ciência médica e do direito**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Vol. 28/2011. p. 131 – 178. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-dez, 2011, p. 11.

Ao contrário da eutanásia e da ortotanásia (da qual trataremos a seguir), que objetivam findar o sofrimento do paciente por meio de uma morte justa e oportuna, a distanásia é a chamada “morte lenta”, clamorosa, que acentua o sofrimento. Nesta, o enfermo é submetido a tratamentos ineficazes, majorando inutilmente sua dor, durante o seu processo de morrer, que se torna mais longo e intenso ⁹³.

Como bem descreve Leonard Marin, "enquanto na eutanásia a preocupação maior é com a qualidade da vida remanescente, na distanásia a tendência é de se fixar na quantidade desta vida e de investir todos os recursos possíveis em prolongá-la ao máximo" ⁹⁴.

Ante a um diagnóstico de morte encefálica, médicos, pacientes e responsáveis ficam vestidos de imensa dúvida e consternação quanto à decisão a tomar sobre o enfermo. Farah assim esclarece sobre este cenário:

A morte encefálica é o desiderato aplicado nos casos de eutanásia. O Conselho Federal de Medicina, no Parecer 12/1998, reconhece que quando um paciente tem morte encefálica é considerada em óbito. Quando a decisão couber

a uma equipe de médicos, todos, em igualdade de condições, têm o direito de se manifestar fiéis aos seus próprios princípios éticos e morais ⁹⁵.

Eis uma hipótese em que se pode ensejar uma aplicação de ortotanásia, sobre a qual discorreremos a seguir.

Ortotanásia

Acerca do tratamento médico dado a pacientes terminais, o Conselho Federal de Medicina – CFM, em 2006, publicou a Resolução nº 1.805, que dispõe, em síntese, a seguinte concessão:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal ⁹⁶.

⁹³ Ibid. p. 11.

⁹⁴ MARTIN, Leonard. **Eutanásia e distanásia**. In: COSTA, Sergio Ibirama Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (orgs.). *Iniciação à bioética*. Brasília: CFM, 1998 *apud* FRISO, Gisele de Lourdes. **A Ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade**. Revista dos Tribunais. Vol. 885/2009. p. 130 – 153. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul, 2009, p. 5.

⁹⁵ FARAH, Elias. **Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia – Reflexões básicas em face da ciência**

médica e do direito. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Vol. 28/2011. p. 131 – 178. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-dez, 2011, p. 11.

⁹⁶ FRISO, Gisele de Lourdes. **A Ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade**. Revista dos Tribunais. Vol. 885/2009. p. 130 – 153. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul, 2009, p. 2.

Este entendimento dá espaço à positivação da ortotanásia. Esta, como bem descreve Gisele de Lourdes Friso, é “a morte tranquila, com toda a assistência e conforto e sem o uso desses recursos extraordinários que não trarão nenhum benefício”⁹⁷.

Podemos dizer, portanto, que a ortotanásia se opõe à distanásia. Enquanto esta vislumbra o prolongamento da vida do paciente terminal, aplicando todos os artifícios médicos disponíveis, ignorando a dor do mesmo, a ortotanásia possui um fim mais humanístico, o que concerne com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O que se propor na ortotanásia, bem como na eutanásia, é priorizar a minimização da dor do enfermo, afastando-o de um prolongamento inútil de sua vida, numa situação de gravidade irreversível, ou, ao menos, diagnosticada como irreversível.

Atinente a esta prática, o Estado de São Paulo aprovou a Lei 10.241, denominada “Lei Mário Covas”, a qual “permite que os médicos, perante autorização da família, suspendam tratamentos que prolonguem a vida de pacientes terminais ou sem chances de cura”⁹⁸, estando com entendimento similar ao da resolução do CFM. Igualmente, esta lei autoriza que o paciente, querendo, deixe de se submeter a

tratamentos dolorosos ou extraordinários, a fim de prolongar sua vida.

Por fim, salienta-se a existência de um anteprojeto de Código Penal, sob análise do Congresso Nacional, que visa, dentre outras coisas, implementar a exclusão de ilicitude, nos casos de ortotanásia, ao Código Penal. Na alteração proposta ao artigo 121, assim dispõe o parágrafo quarto:

§4º - não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão⁹⁹.

O projeto visa, definitivamente, em âmbito federal, regulamentar a prática da ortotanásia como sendo lícita. Se atestado por dois médicos a iminência da morte do paciente, bem como o consentimento do mesmo ou, caso impossibilitado de se expressar, de seu representante, o procedimento pode ser praticado, sem que não haja qualquer crime a ser imputado aos envolvidos.

Testamento Vital

⁹⁷ Ibid. p. 6.

⁹⁸ Ibid. p. 6.

⁹⁹ Ibid. p. 7.

Ao tratarmos da eutanásia e procedimentos análogos, elucidamos genericamente sobre como o homem lida com a morte e a iminência da mesma. Igualmente, discorreremos sobre os conceitos práticos destes procedimentos, esclarecendo suas diferenças, e quais os resultados de meio gerados no homem (prolongamento ou encurtamento do processo de morrer), haja vista que o fim seja sempre o mesmo.

Todavia, voltando ao enfoque da possibilidade de aplicação da ortotanásia e, hipoteticamente, da eutanásia, não podemos nos abster de vincular o tema a um instrumento que lhe pode trazer à eficácia: o testamento vital.

Testamento nada mais é do que uma vontade expressa do indivíduo, ainda em momento de lucidez e plenitude de vida, onde vislumbra quais acontecimentos devem ser garantidos após sua morte.

A partir deste entendimento, surgiu o denominado “testamento vital”, de cunho exclusivamente não material. Por este mesmo motivo, alguns doutrinadores propõem uma alteração em sua nomenclatura, melhor denominando-o como “declaração vital”, uma vez que, diferentemente do que é regulado no

Código Civil pátrio, o testamento vital não regula sucessões. Outrossim, o mesmo tem por finalidade produzir efeitos antes da morte do testador, diferentemente do testamento sucessório¹⁰⁰.

Sob as palavras de Isadora Urel, assim podemos bem descrever claramente o que é o testamento vital:

O testamento vital é um negócio jurídico personalíssimo, pois deve expressar a vontade apenas do testador. É ainda, unilateral, pois a vontade do testador deve ser respeitada de forma livre desde que não infrinja nenhuma norma legal vigente. Por fim, também deve ser caracterizado como um negócio revogável, ou seja, o testador pode a qualquer tempo modificar ou revogar o seu testamento vital¹⁰¹.

Não há, todavia, lei expressa que regulamente e limite a utilização do testamento vital, o que pode ser pactuado no mesmo. Assim, a resolução 1.805 do CFM, já citada anteriormente neste estudo, é o que traz parâmetros legais para a devida utilização do testamento, tornando legal o que pode ser previsto neste. Igualmente, tais previsões se farão válidas em uma futura defesa ao médico que cumprir com o que estiver expresso no documento assinado pelo paciente, uma vez que obedeceu a

¹⁰⁰ CARVALHO NETO, Inácio de (org.). Novos direitos após seis anos de vigência do Código Civil de 2002. Curitiba: Juruá, 2009, p. 456 *apud* UREL, Isadora. **Testamento Vital: breves considerações**. Revista de Direito de Família e das Sucessões. Vol. 8/2016. p. 97 – 113. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr - jun, 2016, p. 2.

¹⁰¹ UREL, Isadora. **Testamento Vital: breves considerações**. Revista de Direito de Família e das Sucessões. Vol. 8/2016. p. 97 – 113. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr - jun, 2016, p. 6.

vontade deste, respeitando sempre os valores legais e éticos ¹⁰².

Há, inclusive, jurisprudência sobre o tema. Em julgamento à apelação cível nº 70054988266, proposta pelo Ministério Público, em 2013, o TJRS proferiu acórdão rejeitando as alegações do MP. Outrossim, tratava-se de um testamento vital, realizado por João Carlos Ferreira, com 79 anos na época, que se opunha à amputação de seu pé esquerdo que estava necrosando e, conforme constatado pelos médicos, se não fosse retirado com urgência, a infecção se generalizaria e provocaria a morte ¹⁰³.

Uma das fundamentações do referido acórdão foi a Resolução 1.995 do CFM, de 2012, a qual diz não ser justificável o prolongamento desnecessário do sofrimento do paciente, contrariando a qualidade de vida do mesmo. Possibilita então o testamento vital, mediante três requisitos: (1) a decisão do paciente deve ser feita ainda quando o mesmo estiver em estado mental saudável; (2) o paciente deve estar plenamente consciente; (3) deve constar que sua manifestação de vontade prevalecerá sobre quaisquer decisões contrárias, advindas dos parentes e médicos que o assistem ¹⁰⁴.

O acórdão julgou improcedente o pedido do Ministério Público, que era de desconsiderar o testamento vital feito pelo idoso, na tentativa de obriga-lo a realizar procedimento cirúrgico contra sua própria vontade. De maneira sucinta, estas foram as fundamentações basilares do relator:

1 - Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida.

2 - O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural.

3 - O direito à vida garantido no art. 5.º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2.º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção

¹⁰² Ibid. p. 6.

¹⁰³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70054988266. Apelante: Ministério Público. Apelado: João Carlos Ferreira. Relator: desembargador Irineu Mariani. Porto

Alegre, 20 de novembro de 2013. **Lex**: Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, vol. 6, p. 335, 2013, p. 2.

¹⁰⁴ Ibid. p. 4.

cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal.

4 - Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Res. CFM 1995/2012.

5 - Apelação desprovida ¹⁰⁵.

Como descrito acima, trata-se de uma hipótese de ortotanásia, onde fora optado por uma morte natural, abstendo-se de intervenção médica, direcionada a salvar a vida do indivíduo, a fim de cumprir com a vontade deste, que era de morrer naturalmente, ao passo que a própria deterioração do seu corpo o levasse a óbito. A fundamentação basilar do referido acórdão enumera alguns pontos que devem ser apreciados com minúcia. Como por exemplo, a afirmação de que “o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida”. Ora, esta vislumbra uma completa apreciação dos princípios destacados no capítulo um deste estudo. Enaltece o princípio da vontade, considerando que o apelado demonstrou sua vontade de não se submeter ao procedimento cirúrgico, ainda que isto implicasse em sua morte. Não

obstante, é nota-se o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento desta afirmação, ao passo que, para validação desta, o Estado não pode intervir abruptamente, contra a vontade do indivíduo, sobre o corpo deste, ainda que sob o nobre motivo de salvar sua vida.

Não obstante, foram citados os artigos 5º, caput, e 2º, III, da Constituição Federal, que garantem o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa, respectivamente. O relator destacou que ambas as garantias devem ser apreciadas em conjunto, de maneira que a preservação da vida do homem deve estar atrelada à uma dignidade do mesmo. Assim, tem-se que o Estado tem por obrigação instituir o direito à vida, não o dever à vida. Nesta esteira, torna-se cabível a afirmação de que o Estado deve garantir ao homem o direito a uma morte digna, permitindo-lhe optar pela por morrer, quando vivenciar situações que lhe opuserem à tormenta e ao profundo sofrimento.

Aqui, abordamos o ponto crucial deste estudo, onde podemos vislumbrar a hipotética aplicação da eutanásia em solo brasileiro, sem colidir com nosso ordenamento jurídico.

Ao passo que o testamento vital torna-se um instrumento legalizado em nossa jurisprudência, inicia-se uma discussão

¹⁰⁵ Ibid. p. 1.

sobre o cabimento do mesmo a fim de se efetivar a eutanásia, quando a vontade da efetivação deste procedimento for expressa previamente pelo indivíduo, dentro de uma possível realidade que este venha a enfrentar numa situação posterior ao testamento. Outrossim, diante de tudo que fora relatado até aqui, torna-se esta uma hipótese cabível, que deve ser apreciada com mais minúcia por nossos legisladores. Todavia, diante do atual cenário jurídico penalista brasileiro, não podemos contemplar a previsão da eutanásia em testamento vital, uma vez que este, como disposto na resolução 1.995 do CFM, supracitada, possibilita que a contemplação da vontade do testador de apenas objetos tidos como lícitos em nossa legislação. O que não é o caso da eutanásia, como apreciaremos a seguir.

Por conseguinte, destacaremos como a eutanásia é apreciada pelo nosso ordenamento jurídico pátrio, bem como em demais países estrangeiros. Ainda, traremos a luz uma outra hipótese que pode legalizar a aplicação da eutanásia em solo brasileiro.

Doutrina e Jurisprudência Nacional e Estrangeira

A discussão acerca do teor moral e ético da prática da eutanásia fomenta divergência de pensamentos em todo o mundo. Como resultado, ao analisarmos as legislações de diversos países, constataremos diversos tipos de entendimentos sobre esta prática, com suas devidas especificações e peculiaridades.

Para os opositores da eutanásia, a legalização desta prática tende a matar mais pessoas com deficiência, recém-nascidos com doença congênita e doentes terminais. Não obstante, preveem a dificuldade que o Estado enfrentaria para gerar opções de como a Eutanásia seria praticada – quais os critérios que seriam empregados para que a mesma pudesse ser efetivada, sem descumprir com os direitos basilares do homem ¹⁰⁶.

Em contra partida, os defensores da prática, trata-se de um procedimento de caráter legítimo, à diferença do aborto, onde não há terceiros envolvidos no processo, uma vez que existe o acordo tratado entre apenas o paciente e o médico. Ainda sim, seria uma forma de evitar uma dor prolongada e desnecessária ao homem, estando este

¹⁰⁶ CAVALHEIRO, Carmela Marcuzzo do Canto Cavalheiro. **A tolerância da eutanásia nos Países Baixos e o debate no Brasil: aspectos jurídicos.**

Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 126/2016. p. 15 – 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez, 2016, p. 2.

diagnosticado em quadro clínico irreversível. Assim, não há descumprimento algum com os princípios que regem nosso ordenamento, uma vez que se aventa sobre uma disposição do homem sobre sua própria vida, num ato de liberdade de escolha diante de uma realidade tão delicada ¹⁰⁷. Posicionamento este que está totalmente de acordo com a hipótese prevista na presente pesquisa.

Em conformidade com esta linha de raciocínio foi que os Países Baixos estabeleceram a legalidade da prática da eutanásia, bem como do suicídio assistido, prática ligeiramente semelhante à primeira, como bem descreve Carmela Marcuzzo do Canto Cavalheiro:

Em 2002, entrou em vigência a Lei da Eutanásia nos Países Baixos, a lei passou a regularizar a possibilidade de o paciente por fim à própria vida e também o requerimento para o suicídio assistido. A lei neerlandesa não distinguiu sofrimento físico ou mental, isto é, houve abrangência de ambos os casos. Segundo a legislação desse país definiu, tanto eutanásia como suicídio assistido só podem ser conduzidos por um médico. Um pedido para terminar com a própria vida deve sofrer sanções penais somente se o pedido/requerimento não estiver de acordo com as cláusulas estabelecidas

na lei da eutanásia. No suicídio assistido, o médico entrega uma bebida letal ao paciente. O médico deve estar presente até sua morte, se o paciente não falecer com a ingestão da bebida, este mesmo médico deverá lhe aplicar uma injeção letal. Na eutanásia, o médico, por meio de injeção ou infusão, provoca a perda de consciência do paciente. Posteriormente, é dado um relaxante muscular que causa paralisia respiratória, e a morte ocorre. A eutanásia e o suicídio assistido, após terminados, devem ser informados pelo médico ao legista municipal ¹⁰⁸.

Com bem salientado, a lei promulgada nos Países Baixos não distingue sofrimento físico ou mental, tratando apenas da legítima vontade do paciente, se enquadrando nos requisitos previstos na mesma. Todavia, é cabível que os médicos se recusem a praticar uma eutanásia, ainda que esta esteja em conformidade com a lei, faculdade que também é cabível aos enfermeiros que trabalham na preparação do procedimento. Nesta hipótese, como garantia, não cabe processo em face do profissional que demonstrar recusa ao exercício do procedimento ¹⁰⁹.

A aplicação da eutanásia depende da vontade do paciente, não sendo cabível a

¹⁰⁷ Ibid. p. 2.

¹⁰⁸ GEZONDHEIDSNET. Wat is euthanasie? Hulp bij zelfdoding, Zelfdoding. Disponível em: [www.nvve.nl/wat-euthanasie/zelfdoding/]. Acesso em: 20 dez. 2015 *apud* CAVALHEIRO, Carmela Marcuzzo do Canto. **A tolerância da eutanásia**

nos Países Baixos e o debate no Brasil: aspectos jurídicos. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 126/2016. p. 15 – 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez, 2016, p. 2-3.

¹⁰⁹ Ibid. p. 3.

hipótese de consentimento do terceiros para aplicação da mesma, ainda que o indivíduo não tenha condições de se expressar e declarar sua vontade. Ainda, é indispensável que o médico esteja de acordo nesta tomada de decisão, devendo este, ainda, consultar pelo menos um colega também especializado no quadro clínico do paciente, a fim de promover outra solução razoável para o caso ¹¹⁰.

É notória, então, que a Lei vigente neste país, ainda que favoreça a prática de uma conduta que permite ao homem por fim à sua própria vida, proporciona um contexto fiel ao procedimento. Proporciona, então, que seja garantido ao paciente, de forma literal e prática, o direito a uma morte digna, com respaldo médico, afastando-o da dor, num quadro clínico irreversível.

Carmela Cavaleiro ainda traz alguns dados, que se mostram desfavoráveis às alegações contrárias a esta prática. Fora constatado que não houve aumento no número de eutanásias praticadas com a vigência da lei. Conforme pôde ser analisado pelo Erasmus M C, Centro

Médico Universitário de Rotterdam, “no ano de 2010 morreram 4.050 doentes terminais em decorrência da eutanásia, número semelhante ao ano de 2002, em que passou a vigorar a lei” ¹¹¹.

Como bem descreve a autora, “a eutanásia é uma opção de alguns pacientes com doença em estágio terminal com desesperança de cura e prolongado sofrimento” ¹¹². Este entendimento concerne com o de grande parte da sociedade mundial que, gradativamente, vem aceitando mais a realização da prática deste procedimento:

A revista *The Economist* realizou uma pesquisa em 15 países e, exceto na Polônia e na Rússia, a maioria dos entrevistados se disse favorável à eutanásia. A ideia de que os médicos podem ter permissão para executar um procedimento de eutanásia ou suicídio assistido ganha cada vez mais espaço por parte da sociedade civil. Nos Estados Unidos, mais de três quintos dos entrevistados aceitam a ideia da eutanásia, no entanto, alguns não sabem dizer ao certo como o procedimento deveria ser realizado. Processos de aprovação de lei ocorreram no ano de 2015 na África do Sul, na Alemanha, no Canadá e na Grã-Bretanha e em 20 estados dos Estados Unidos ¹¹³.

¹¹⁰ Ibid. p. 3.

¹¹¹ GEZONDHEID. Euthanasie leidde niet tot meer euthanasie, 10 Juli 2012. Disponível em: [www.nu.nl/gezondheid/2856077/euthanasiewet-leidde-niet-meer-euthanasie.html]. Acesso em: 06 jan. 2015 *apud* CAVALHEIRO, Carmela Marcuzzo do Canto. **A tolerância da eutanásia nos Países Baixos e o debate no Brasil: aspectos jurídicos.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 126/2016. p. 15 – 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez, 2016, p. 4.

¹¹² CAVALHEIRO, Carmela Marcuzzo do Canto. **A tolerância da eutanásia nos Países Baixos e o debate no Brasil: aspectos jurídicos.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 126/2016. p. 15 – 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez, 2016, p. 4.

¹¹³ THE ECONOMIST. Campaigns to let doctors help the suffering and terminally ill to die are gathering momentum across the West, v. 415, n. 8944, June 27th 2015. London: The Economist Newspaper Limited, p. 16 *apud* Ibid. p. 4.

Ainda que seja uma aceitação que vem ganhando cada vez mais força em grandes países de primeiro mundo, no Brasil encontramos intensa resistência contrária ao tema. Esbarramos em forte respaldo religioso, paralelo ao tema “morte”, considerado tabu por parte da sociedade civil.

A vida é tida como sagrada, não devendo seu fim ser interferido pelo homem, tornando a eutanásia como inviável, uma vez que só cabe a Deus determinar quando a vida deve findar. Sob esta ótica, não cabe discussão sobre a possibilidade da eutanásia ou suicídio assistido, em vista de impossibilidade de por fim a um bem que é inerente à uma força maior, sobrenatural.

Em nossa legislação penal brasileira a eutanásia não possui uma classificação específica, sendo tipificada como crime de homicídio privilegiado, disposto no Código Penal brasileiro, em seu §1º do art. 121, que regra sobre o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sobre o domínio de violenta emoção, com previa provocação da vítima, onde a pena pode ser reduzida de um sexto a um terço. Todavia, como bem dispõe Fragoso, ainda que se trate de um homicídio privilegiado, a

redução da pena é facultativa, submissa à interpretação do juiz. Igualmente, este homicídio faz referência acerca dos interesses particulares do agente, e não à manifestação de vontade da vítima, sendo este último fator irrelevante para a tipificação desta conduta¹¹⁴.

Nota-se, portanto, a falta de importância que é dada para a demonstração de vontade da vítima, situação que se difere totalmente à legislação vigente neerlandesa, supracitada. Como bem alude Sá, nosso ordenamento se faz indiferente em relação à devida qualificação jurídica da eutanásia, sendo irrelevante que o paciente demonstre sua vontade, ou mesmo implore para que seja submetido ao procedimento¹¹⁵.

Insta salientar o Projeto de Lei 236, que foi apresentado ao Senado Federal no ano de 2012, que resta em trâmite desde então. Neste, é previsto em seu art. 12, §1º, a pena de 2 a 4 anos para quem “matar por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave”. Este ainda traz a previsão de ilicitude para a prática de ortotanásia no §2º do mesmo artigo,

¹¹⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes contra a pessoa. Crimes contra a vida. Homicídio. p. 12. Disponível em: [www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/helena_artigos/arquivo58.pdf]. Acesso em: 28 jun 2016 *apud* CAVALHEIRO, Carmela Marcuzzo do Canto. **A tolerância da eutanásia nos Países Baixos e o**

debate no Brasil: aspectos jurídicos. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 126/2016. p. 15 – 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez, 2016, p. 7.

¹¹⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de. Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 2. *apud* *ibid.* p. 7.

instituto este que já fora explanado neste estudo ¹¹⁶.

O projeto traz uma visão inovadora, que foge de parâmetros antigos, baseados em conceitos religiosos. Em contrapartida, vislumbra sua fundamentação num entendimento de que nenhum direito fundamental deve ser absoluto. Como bem descreve Lopes, em citação feita por Cavalheiro, esta linha de raciocínio é plenamente cabível e lógica, sendo ainda concernente com o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça:

Segundo a visão do Supremo Tribunal Federal (STF), nenhum direito deve prevalecer de maneira absoluta sobre outro. Segundo o STF, não há direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto. Para os casos concretos, a ponderação de princípios é frequentemente utilizada no judiciário brasileiro. Nesse diapasão, os direitos fundamentais são considerados um conjunto de valores objetivos básicos, em vez de ser observados sob uma perspectiva exclusivamente subjetiva ¹¹⁷.

Esta linha de raciocínio, relativa à maleabilidade dos direitos fundamentais,

numa maneira de se ajustarem às mudanças sociais, é assunto que já fora explanado neste estudo, que agora se mostra totalmente vinculado à prática, no que tange a aceitação da eutanásia, em conformidade com princípios constitucionais.

Ainda, cumpre destacar que, ainda que de forma lenta, é um tema que vem sendo discutido no Brasil com mais intensidade, até mesmo pela aceitação que vem sendo dada à eutanásia em grandes nações em torno do mundo. Igualmente, como bem destaca Carmela Cavalheiro ¹¹⁸, “A crescente longevidade da população mudou os parâmetros para abordar a morte”. Ao longo dos anos, a morte vem deixando de ser um tabu para a sociedade, que começa a lhe enxergar com mais naturalidade, culminando em uma análise da eutanásia que parte da percepção de cada indivíduo, e não mais sob exclusividade de parâmetros éticos e morais. Há, portanto, a busca pela autonomia da vontade e liberdade do indivíduo, caminhando em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que traz uma nova percepção ao debate, numa abordagem mais realista.

¹¹⁶ PINHEIRO, Filipe. **A tipificação da eutanásia no Projeto de Lei n. 236/2012 do Senado Federal** (novo Código Penal). Portal de E-Governo. Disponível em:

[\[www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/tipifica%C3%A7%C3%A3o-da-eutan%C3%A1sia-no-projeto-de-lei-n\]](http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/tipifica%C3%A7%C3%A3o-da-eutan%C3%A1sia-no-projeto-de-lei-n). Acesso em: 08 jan. 2016 *apud* ibid. p. 7.

¹¹⁷ LOPES, Lorena Duarte Santos. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal, *Âmbito Jurídico*. Disponível em:

[www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242]. Acesso em: 08 jan. 2016 *apud* ibid. p. 7.

¹¹⁸ CAVALHEIRO, Carmela Marcuzzo do Canto. **A tolerância da eutanásia nos Países Baixos e o debate no Brasil: aspectos jurídicos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 126/2016. p. 15 – 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez, 2016, p. 7.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Lidar com a morte sempre foi uma realidade difícil para o homem conseguir realizar sem que houvesse dor, sofrimento e angústia. Desde os primórdios, o homem sempre relutou em não se entregar, quando este se deparava a ideia de que seu fim estava próximo, seja por causa natural ou por intervenção de terceiros. O que é bem sabido, é que este sentimento, que é algo inerente ao instinto humano, de buscar sobreviver sempre, perdura até os dias atuais.

Todavia, existem situações que podem provocar no homem um sentimento de tristeza e angústia tão profundas, que, ocasionalmente, levá-lo-ão à ter vontade de findar sua própria vida. Seja por dor física que lhe tortura, estado de inaptidão física, que lhe gera profunda depressão, por não poder exercer funções básicas, doença grave, que não apresenta quaisquer chances de reversibilidade. Tais situações existem, e a história nos mostra que, por vezes, ensejou com que o homem, a partir da intervenção de terceiros, lhe auxiliando, posse fim à própria vida.

Esta prática, denominada de eutanásia, ainda é atual, e fomenta discussões pelo mundo. Não obstante, existem legislações que a admitem, outras estão em processo de adaptação, bem como algumas, como a nossa legislação pátria, que a tipifica como crime de homicídio, imputando o delito para o indivíduo que tirou a vida de praticante da eutanásia, ainda que a pedido do mesmo.

Como demonstrado no trabalho, se trata de matéria que se vincula aos mais diversos ramos de estudo, principalmente ao direito, medicina,

filosofia e religião. Como se trata de um trabalho acadêmico de cunho jurídico, tomou-se como norte os princípios constitucionais que estão diretamente apontados para o tema.

A partir daí, fora demonstrado que existe plausibilidade para aplicação da eutanásia no Brasil, tendo-se em mente que devemos alinhar a autonomia da vontade e o princípio da liberdade do homem, garantidos na Constituição, ao da dignidade da pessoa humana. Não obstante, bem como o homem tem direito à vida, outra garantia que lhe é dada pela nossa Lei Maior, este também tem direito à morte digna, uma vez que é um acontecimento contemplado no decorrer da vida, devendo ocorrer com a máxima dignidade que lhe seja possível.

Em tese de arremate, fora demonstrado como a eutanásia é aceita em algumas nações, em especial pelos Países Baixos, que positivou lei regulamentadora do procedimento. Ainda, mencionou-se o testamento vital, que pode ser instrumento de efetivação da eutanásia, como já é da ortotanásia, e a projeto de lei, que tramita no Congresso Federal, que regulamentaria a eutanásia. Este, se aprovado, ainda que a trate como crime, lhe imputaria pena inferior, distinguindo-a do crime de homicídio.

Ante todo o estudo que fora feito, chegou-se a conclusão de que, ainda que em tese de hipótese, a eutanásia poderia ser realizada no Brasil, sem ser tipificada como crime, uma vez que fosse efetivada a partir da vontade expressa do indivíduo, ainda que por testamento vital. Esta ideia possui respaldo nos princípios constitucionais que foram analisados, possuidores de maleabilidade, que devem se

moldar às mudanças sociais iminentes no cenário brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, José Rubens Demoro. **Liberdade: Contribuição do Pensamento de Hannah Arendt à Filosofia do Direito**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 98/2016. p. 49 – 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov-dez, 2016.
- ANDRADA, José Bonifácio Borges de. **Direito à vida: Processo Legislativo e Constituição**. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. vol. 5. p. 517. São Paulo: R. São Paulo: Revista dos Tribunais, out, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade Da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.
- BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. **A morte como ela é: Dignidade e autonomia individual no final da vida**. Vol. 38, p. 235-274. Uberlândia: Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia – UFU, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70054988266. Apelante: Ministério Público. Apelado: João Carlos Ferreira. Relator: desembargador Irineu Mariani. Porto Alegre, 20 de novembro de 2013. **Lex**: Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, vol. 6, p. 335, 2013
- BOTTEGA, Clarissa; de CAMPOS, Luíz Sávio Fernandes. **Considerações sobre eutanásia, distanásia e ortotanásia e a bioética**. Vol. 13, p. 39-62. Cuiabá: Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá – UNIC, julho-dezembro, 2011.
- CAVALHEIRO, Carmela Marcuzzo do Canto. **A tolerância da eutanásia nos Países Baixos e o debate no Brasil: aspectos jurídicos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 126/2016. p. 15 – 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez, 2016.

DIAS, Roberto. **Disponibilidade do Direito à Vida e Eutanásia**: Uma Interpretação Conforme a Constituição. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2010.

ESTEVES, Luciana Batista. **(In)Disponibilidade da Vida?**. Revista de Direito Privado, vol. 24, 2005, p. 89-111, out-dez, 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FARAH, Elias. **Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia – Reflexões básicas em face da ciência médica e do direito**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Vol. 28/2011. p. 131 – 178. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-dez, 2011.

FERNANDES, Antônio Teixeira. **Modernidade e Eutanásia**. Lisboa: Colóquio sobre a Eutanásia, Academia das Ciências de Lisboa, Portugal, p. 67-78, novembro, 1990.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Jus, 2016

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella Bicalho. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico**. Senado Federal. a. 48 n. 189, p. 105-131. Brasília, jan./mar., 2011.

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. **Eutanásia**: novas considerações penais. 339 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MARINS, Ives Gandra da Silva. **Alguns aspectos constitucionais sobre a família**. Revista de Direito de Família e das Sucessões. Vol. 2, p. 71-80. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Fundamentos do Direito Natural à Vida. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. vol.2. p.611-618. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal**. OBSERVATÓRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. Brasília: IDP, Ano 6, no. 2, jul./dez. 2013. ISSN 1982-4564.

MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade**: Proteção e Promoção da Pessoa Humana. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

NERY Jr., Nelson. **Direito fundamental à liberdade religiosa.** Soluções Práticas de Direito. Vol. 1, p.31-107. São Paulo: Revista dos Tribunais, set, 2014.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **O direito à vida, o direito ao corpo e às partes do corpo, o direito ao nome, à imagem e outros relativos à identidade e à figura social, inclusive intimidade.** Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Vol. 9, p. 399-435. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto, 2015.

PESSOA, Laura Scaldaferrri. **Pensar o final e honrar a vida: Direito à Morte Digna.** 2011. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2011.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social.** Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Vol. 2, p. 49-67. Fortaleza: RIBDH, julho-setembro, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 102, p. 13-44. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio-junho, 2013.

SEGRE, Marco; e SILVA, Franklin Leopoldo; SCHRAMM, Fermin. **O Contexto Histórico, Semântico e Filosófico do Princípio de Autonomia.** Revista Bioética. Vol. 6, n. 1. s/ dt.