

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANTONIO JOSÉ FRANCO DE SOUZA PÊCEGO

**EUTANASIA: UMA (RE) LEITURA DO INSTITUTO SOB A ÓTICA DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E CIDADANIA**

RIBEIRÃO PRETO - SP

2015

ANTONIO JOSÉ FRANCO DE SOUZA PÊCEGO

**EUTANASIA: UMA (RE) LEITURA DO INSTITUTO SOB À
ÓTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E
CIDADANIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania, sob a orientação do Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira.

RIBEIRÃO PRETO - SP

2015

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

Pêcego, Antonio José Franco de Souza, 1960-

P348e Eutanasia: uma (re) leitura do Instituto sob a ótica da dignidade
da pessoa humana e cidadania / Antonio José Franco de Souza
Pêcego. - - Ribeirão Preto, 2015.
180 f.

Orientador: Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto –
UNAERP, Direito, Ribeirão Preto, 2015.

1. Direito. 2. Eutanasia. 3. Dignidade da pessoa humana.
4. Cidadania. I. Título.

CDD 340

ANTONIO JOSÉ FRANCO DE SOUZA PÊCEGO

EUTANASIA: UMA (RE) LEITURA DO INSTITUTO SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE
DA PESSOA HUMANA E CIDADANIA

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão
Preto – UNAERP, como requisito parcial para
obtenção do título de Mestre em Direitos
Coletivos e Cidadania.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania.

Data da defesa: 23/03/2015

Resultado: Aprovado

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

Prof. Dr. César Roberto Bitencourt
Faculdade Damas da Instrução Cristã

Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho ao meu querido pai, **Joaquim Guerra de Sousa Pêcego**, que veio a óbito em 23 de junho de 2013, depois de cinco seguidas paradas cardíacas, quando já se encontrava em estágio terminal do mal de Alzheimer, tendo ficado diretamente e indiretamente sob os meus cuidados por seis longos anos.*

AGRADECIMENTOS

À minha esposa *Mônica* e aos meus filhos *Eduardo, Ana Paula e Tatiana* que me incentivaram e souberam compreender a minha ausência, para me dedicar ao curso de mestrado e ao presente trabalho;

Ao meu orientador, *Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira*, por sua competência e confiança depositada na minha pessoa, viabilizando a conclusão deste trabalho;

Ao corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito que tanto contribuiu para a minha evolução como pessoa humana, abrindo-me a mente para um novo e próspero conhecimento, assim como ao *Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva* e *Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira*, que integraram a Banca de Qualificação e trouxeram observações enriquecedoras ao presente trabalho.

Os que desejam uma morte prematura e serena para si mesmos ou para seus parentes não estão rejeitando ou denegrindo a santidade da vida; ao contrário, acreditam que uma morte mais rápida demonstra mais respeito para com a vida do que uma morte protelada.

Ronald Dworkin

RESUMO

A presente dissertação procura viabilizar um novo olhar sobre a eutanásia, tema polêmico e milenar, mas sempre atual, que tem ao longo do tempo acarretado calorosos debates prós e contra a sua prática. Inúmeros países já prevêm em sua legislação a eutanásia ativa ou passiva, alguns legalizando outros criminalizando expressamente com pena aquém da do homicídio, muitas das vezes com denominação própria, sendo que está em curso no Brasil o Novo Projeto de Reforma do Código Penal que trata dessa prática, ainda que no relatório final tenha sido excluído do seu texto original a eutanásia ativa para manter apenas o dispositivo que descriminaliza a ortotanásia (eutanásia passiva), enquanto vemos a crescente aceitação norte-americana pela prática da eutanásia ativa. Enquanto isso, a prática da eutanásia ativa continua a ser considerada crime de homicídio privilegiado pela jurisprudência nacional, todavia a ortotanásia já se encontra disciplinada a sua prática no Código de Ética Médica de 2009 que isenta o médico que assim proceder e, agora, mais recentemente, nas Diretivas Antecipadas de Vontade da Pessoa ou Testamento Vital da Resolução n. 1995/2012 do CFM. Necessário se faz enfrentar essa questão em aberto da eutanásia ativa, em especial, levando-se em consideração a doutrina e o direito comparado, tendo-se como eixo norteador a Lei Maior, por ter a mesma relação direta com os direitos humanos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à liberdade, de não ser submetido à tortura, tratamento degradante ou desumano, à autodeterminação e autonomia da vontade. A Constituição Federal de 1988 que se destina a assegurar esses e outros direitos como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, tem como princípios fundamentais, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e a cidadania que tem implicações com a prática da eutanásia. Diante disso, há de se questionar a quem pertence o domínio da vida para se obter respostas às inquietações intelectuais de forma que possam transcender à Academia. Se viver é um direito ou um dever; se a vida, como bem jurídico, é ou não indisponível; qual o papel da pessoa nesse cenário e a influência da dignidade humana, como algo intrínseco ao ser, são algumas das inquietações que se busca sossegar ao longo desta dissertação. Também, cumulativamente, necessita-se saber qual o tipo de direito à liberdade se encontra prestigiado constitucionalmente e sua relação com a autonomia da vontade e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade para que se possa melhor enfrentar a questão tormentosa da eutanásia num país onde o laicismo se faz presente num Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Eutanásia. Direito à vida. Dignidade da pessoa humana. Cidadania.

ABSTRACT

This essay seeks to make possible a new look at euthanasia, controversial and ancient topic, but always current, that has over the time called warm debates pros and against their practice. Many countries already provide in their legislation the active or passive euthanasia, some legalizing it and others explicitly criminalizing it with a penalty less severe than the one for murder, often with an specific name. We should also consider that Brazil is now studying the New Project of Amendment of the Criminal Code and it deals with this practice, even considering that in the final report it has been deleted from the original text the active euthanasia to maintain only the decriminalization of orthothanasia (passive euthanasia), while at the same time we see the growing US acceptance by the practice of active euthanasia. Meanwhile, the commitment of active euthanasia is still considered manslaughter crime under judge-made law, even though orthothanasia is already predicted in the 2009 Code of Medical Ethics that exempts the doctor who practices it and, and more recently, in the Person's Will Anticipated Directive or Living Will of Res. 1995/2012 CFM. It is necessary to confront this open question about the active euthanasia, in particular taking into account the doctrine and comparative law, having as a guide line the Constitution, as it has the same direct relationship with fundamental human rights, such as the dignity of the human person, the right to live, to liberty, not to be subjected to torture or to degrading or inhuman treatment, self-determination and freedom of choice. The Federal Constitution of 1988 that aims to ensure these and other rights as the supreme values of a fraternal, pluralistic and without prejudice society, has as its fundamental principles, among others, the human dignity and the citizenship that has implications for the practice of euthanasia. Therefore, one has to question who owns the domain of life to get answers to intellectual concerns so they can transcend the Academy. If life is a right or a duty; if life as a legal right, is or is not disposable; which is the role of the person in this scenario and the influence of human dignity, as something intrinsic to human being, are some of the concerns that we seek to settle along this essay. Also, cumulatively, it is needed to know what kind of right to freedom is constitutionally predicted and how it relates to freedom of choice and the right to freed envelopment of personality so that we can better face the stormy issue of euthanasia in a country where the secularism is present in a Democratic State.

Keywords: Euthanasia. Right to life. Dignity of the human person. Citizenship

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 VIDA E MORTE.....	16
1.1 PRINCÍPIOS E REGRAS	18
1.2 PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	20
1.2.1 Dignidade da Pessoa Humana	22
1.2.2 Cidadania	300
1.2.2.1 Cidadania num estado democrático de direito	307
1.2.3. Personalidade	39
1.2.4 Autodeterminação e da Autonomia da Vontade	466
1.2.5 Cidadania	48
2 EUTANÁSIA.....	533
2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS	55
2.2 CONCEITO	58
2.3 CLASSIFICAÇÕES.....	61
2.3.1 Distanásia.....	62
2.3.2 Mistanásia	64
2.3.3 Ortotanásia	69
2.3.3.1 Breves apontamentos da ortotanásia no âmbito nacional e internacional.....	72
2.4 EUTANÁSIA NO ÂMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL	73
2.4.1 Na América do Sul e Central	74
2.4.1.1 No Brasil	74
2.4.1.2 Em outros países.....	76
2.4.2 Na América do Norte.....	81
2.4.3 Em Alguns Países da Europa	83
3 EUTANÁSIA NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.....	92
3.1 NA DOCTRINA	92
3.1.2 O consentimento como requisito necessário à eutanásia	109
3.2 NA JURISPRUDÊNCIA	116
4 EUTANÁSIA NA ÓRBITA MÉDICA E PENAL.....	122
4.1 ASPECTOS MÉDICOS: BREVES CONSIDERAÇÕES.....	122
4.1.2 Testamento Vital	123

4.2 ASPECTOS PENAIS	128
4.2.1 Breve Intróito	128
4.2.2 Trajetória da Eutanásia no Direito Penal	131
4.2.3 A Vida: Bem Jurídico e a Tutela Penal	135
4.2.4 Teoria do Consentimento e do Acordo no Âmbito Penal	142
4.2.4.1 O consentimento como causa de atipicidade e justificação	143
4.2.4.2 A doutrina dualista e monista do consentimento	146
4.2.4.3 Dos requisitos ou pressupostos do consentimento	151
4.2.4.4 O consentimento em sua concretude	152
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	161
REFERÊNCIAS	165

INTRODUÇÃO

O direito à vida a quem pertence? Se a morte faz parte do processo natural de uma vida que tem sua razão de existir na dignidade da pessoa humana, que é o princípio vetor dos demais direitos e garantias fundamentais, que inclui, dentre outros, os direitos da personalidade, da liberdade, igualdade e autonomia da vontade, por que negar ao detentor do direito à vida o de ter uma morte digna? A morte não está umbilicalmente ligada à vida? Não faz parte dela? A vida como um bem personalíssimo é indisponível até que medida? Qual a razão dessa indisponibilidade e seu alcance? Estas e outras perguntas serão objeto de enfrentamentos ao longo desse trabalho, pela importância de sua abordagem em face da polêmica que há sobre o direito à vida e à morte ao longo dos séculos e que perdura até os dias atuais, com foco na linha de pesquisa escolhida para investigar a fundamentação da conquista de novo direito, por meio de uma cidadania moderna num Estado Democrático de Direito.

Com efeito, é sabido que ao longo da história humana, muitas culturas adotaram, outras não e há ainda aquelas que adotam essa prática, havendo um crescimento mundial de sua aceitação que reclama uma ampla investigação que alcance o direito comparado, uma vez que, dentre outros países, a Bélgica que adota a prática da eutanásia, apesar de apresentar duas características semelhantes a do Brasil, como o laicismo estatal e a predominância da religião católico-romana, o que, com certeza, permitirá uma melhor compreensão sobre a quem pertence o *domínio da vida* humana, assim como a interface dessa questão com a necessária reconstrução e reformulação da cidadania por meio do direito.

Filósofos como Sócrates e Platão eram favoráveis a eutanásia, enquanto Aristóteles e Pitágoras eram contra, contudo, com o judaísmo e o cristianismo começou-se a condenar essa prática que ocorria em certos povos de outrora, por passar a ter a vida um caráter sagrado e, com isso, o atentado contra ela passou a ser criminalizado.

Entretanto, justamente por causa do avanço da ciência e da humanidade, assim como a separação da Igreja do Estado no passado, esse caráter delituoso também vem sendo mitigado ao longo do tempo em certas circunstâncias peculiares em que a *dignidade da pessoa humana*

começa a ter seus reflexos não só mais no direito à vida, mas também a uma morte digna, livre de sofrimentos irrenunciáveis, que fomentam a solidariedade diante de quadros clínicos incuráveis, alterando-se, com isso, a concepção absoluta da vida.

Superada a fase do positivismo jurídico onde se tinha uma desvinculação entre direito e moral, a mesma que deu ensejo às nefastas Leis de Nuremberg de 1935, surge o pós-positivismo que, para alguns, como Robert Alexy e Ronald Dworkin, há conexão entre o direito e a moral de forma a se criar um padrão moral-racional a ser observado, sob pena de, na sua falta, ser objeto de críticas, contudo temos que tentar buscar qual seria esse padrão diante de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

É sabido que a *vida* da pessoa humana se inicia com o nascimento e termina com a *morte*, mas não há como separar um acontecimento do outro por estarem umbilicalmente ligados. Vale dizer que toda pessoa humana passa, necessariamente, por essas fases em sua vida, visto que iniciada esta, também se inicia a contagem regressiva para a sua morte, esta a mais temida por ser, para nós humanos, uma desconhecida até o momento que ela se apresenta.

A prática da *eutanásia* (morte boa ou sem sofrimento), por meio de suas múltiplas faces existentes, sempre teve defensores e opositores, como ainda há nos dias atuais. Esse tema tem caráter multidisciplinar por envolver aspectos filosóficos, sociológicos, morais, éticos, religiosos e jurídicos.

Embora não admitida no Brasil, a prática da *eutanásia* vem sendo praticada ocasionalmente neste país na modalidade denominada *mistanásia* (eutanásia social) por omissão do poder público com o direito coletivo e fundamental à saúde, o que vemos com repugnância e reclama uma (re) leitura da questão, uma vez que o Estado deixa de cumprir com a sua obrigação de prestar esse direito fundamental de segunda dimensão, num Estado Democrático e Social de Direito.

Lado outro, a medicina vem admitindo a prática da *ortotanásia* (eutanásia passiva), conforme se constata em recente Resolução do Conselho Federal de Medicina, que se ajusta ao Código de Ética Médica de 2009. Aliado a isso, temos o recente Testamento Vital (Resolução n. 1995/2012), instituído pelo CFM e o Projeto do Novo Código Penal, que passou num primeiro momento a criminalizar a prática da *eutanásia ativa*, prevendo a possibilidade, nesses casos, excepcionalmente, do perdão judicial, contudo quando da

relatoria no Senado, a regra que tratava da *eutanásia ativa* foi suprimida, mantendo-se apenas aquela que descriminaliza a prática da *ortotanásia*.

Em sendo o direito à vida - um dos aspectos do direito à personalidade - um direito fundamental de primeira dimensão que reclama um atuar estatal negativo perante a pessoa humana numa democracia, necessário se faz o seu enfrentamento sobre a *problemática do domínio da vida* sob a ótica da dignidade da pessoa humana e da cidadania, tendo-se esta na máxima de Hannah Arendt de que representa o *direito a ter direitos*, fazendo-se um recorte epistemológico visando alcançar o objetivo delineado.

Diante dessa problemática, questiona-se a quem efetivamente pertence o domínio da vida? Pode-se ter o direito ou não de dispor com dignidade da vida? Quais os reflexos do direito à vida na dignidade da pessoa humana que engloba os direitos à personalidade, à liberdade e à autonomia de vontade, dentre outros? Há um direito ou um dever de viver? Há obrigação de se viver?

Dessa forma, tendo como referencial teórico Ronald Dworkin, optamos por fazer uma abordagem deontológica, bem como traçar fundamentos teóricos para que se possa investigar o tema em consonância com os direitos fundamentais que integram o nosso Estado Democrático e Social de Direito e Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Para tanto, procuramos realizar um estudo sistematizado da legislação brasileira e estrangeira sobre o tema, visando apurar a realidade dos casos de *eutanásia* e sua interpretação na doutrina e no o atual sistema judiciário nacional e internacional, bem como quais medidas efetivas têm ou não sido adotadas no Brasil e no estrangeiro sobre o direito a uma morte digna, bem como suas eventuais implicações multidisciplinares conforme a cultura predominante do país.

Por outro lado, em sendo o ser humano, para Kant, um fim em si mesmo e não um meio há de se investigar a razão da obstinação terapêutica numa democracia que valora prioritariamente a dignidade da pessoa humana e sua interrelação com os princípios e direitos fundamentais, na busca de uma melhor compreensão dessa antinomia existente para muitos entre a vida e a morte, suas implicações jurídico-penais, individuais e sociais.

Há de se ressaltar que não temos a pretensão, como todo trabalho de pesquisa deve perseguir, de construir uma verdade, mas sim argumentos com qualidade que possam permitir uma melhor e maior reflexão do tema e suas reais implicações.

Examinar o real alcance do direito a uma vida digna é o que se impõe. A inviolabilidade do direito à vida, como direito individual fundamental a assegurar à pessoa humana uma existência digna dentro de seu contexto, sem violação por parte de terceiros, implica reflexões fundamentadas se na verdade é um *direito* ou uma *obrigação* apenas, ou mesmo um direito que decorre do dever de ser exercido com dignidade perante todos no âmbito vertical e horizontal das relações interpossuais.

Fator motivador de toda a pesquisa inicial sobre o tema e a decisão de nos aprofundar na investigação partiu do fato de termos vivenciado diretamente, no dia-a-dia, a progressão irreversível do mal de Alzheimer, doença terrível e atualmente incurável que assolou nosso genitor, a partir de 2006, e culminou com a sua morte quando se encontrava em seu último estágio de evolução da doença, em 23 de junho de 2013.

Essa doença que causa a demência é terrível para qualquer um, mas com certeza foi talvez pior para quem, a maior parte de sua vida, trabalhou com criação e arte como publicitário nas melhores agências de publicidade do país. Essa doença tirou gradativamente a sua memória recente e depois a mais distante, para, em seguida, lhe tirar a possibilidade de coexistência, autonomia e locomoção, ou seja, de qualquer liberdade, impondo-lhe a condição de objeto sujeito a um tratamento paliativo que a obstinação terapêutica de preservar a vida ao máximo impunha, fazendo com que vivesse, a partir de então, sem qualquer dignidade para, por último, lhe sugar o ar que o mantinha vivo.

Por fim, destaca-se que a presente pesquisa encontra-se ancorada à linha de pesquisa Cidadania e Concreção dos Direitos Coletivos, na medida em que problematiza questões que colocam em evidência o papel que o Estado deve assumir quando exerce a proteção do direito à vida. Essa problematização, a toda evidência, promove um movimento de recomposição da dinâmica da cidadania em um contexto mais amplo, de tematização de questões ligadas à esfera da justiça política e da concepção de bem que lhe é correspondente. Nesse aspecto, aumenta a importância dos elementos interdisciplinares que permeiam a estrutura deste trabalho, uma vez que – para além das questões estritamente jurídicas – há outros planos da normatividade que são empurrados para além de seus limites quando se trava uma discussão

como esta que pretendemos realizar, tais quais a ética e a moral que, por si só, esbarram em pontos que são caros, tanto à cidadania quanto à justiça política.

Assim, esperamos apresentar propostas, embasamentos teóricos e práticos para uma melhor compreensão da questão da eutanásia. Espera-se também que possamos trazer uma visão, não só jurídica sobre o aspecto crítico, mas também humanitária e multidisciplinar sobre a temática proposta, sem nos afastar dos ditames legais vigentes, que fomente a reflexão sobre o tema. Pretende-se com o presente trabalho incentivar a busca de soluções que possam incrementar esta pesquisa, aprofundando a investigação científica sobre o tema que visa prestigiar a dignidade da pessoa humana em uma sociedade democrática e pluralista, que tem por base a cidadania.

O processo metodológico foi o hipotético-dedutivo como principal, trabalhando com o procedimento racional que transita do geral para o particular, assim como com o procedimento experimental como sua condição fundante, modelo metodológico atribuído a Karl Popper, que o desenvolveu nas suas obras *A lógica da pesquisa científica* (1934) e *Conjecturas e refutações* (1963). Como auxiliar utilizamos o método histórico-evolutivo para promover o acompanhamento da evolução do nosso objeto de pesquisa através do tempo.

1 VIDA E MORTE

Vida e morte, para nós, de difícil definição, são aspectos intrínsecos e umbilicalmente interligados que permitem a comprovação material de uma *existência* animal ou vegetal, sendo a vida “um dos valores construídos pela pessoa humana”¹.

Sobre a 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?²

Entretanto, não há como negar que a pessoa humana à luz do elemento biológico surge com o nascimento com vida, que é a definição que nos interessa neste trabalho, em que pese as existentes sob o ponto de vista multidisciplinar.

A argumentação é uma confissão da racionalidade que decorre da razão e inteligência, que são características do ser humano que reclama uma vida com dignidade, liberdade e esperança, como razão de sua própria existência, onde a *dignidade humana* é o valor e o propósito mais alto, sendo, portanto, a dignidade outro elemento da vida.

¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer:** eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

² CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo:** intersexualidade, transsexualidade, transplantes. 2. ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 13.

A vida sem um desses elementos não dá razão à existência humana, pois em havendo apenas o elemento biológico, não haverá emoção, esperança, consciência, capacidade, liberdade com autonomia, ou seja, dignidade que a justifique.

Sobre a morte, podemos dizer que é o fim de uma existência material, algo que simboliza, por integrá-la, o término da vida, consignando que “se é árdua a ideia de vida, o de morte, seu antônimo é mais singelo: cessação de toda atividade funcional peculiar a animais e a vegetais, tempo decorrido entre o começo e o fim da existência”.³

Portanto, a morte pode ser um *estado* (estar morto) ou *processo* de extinção (morrer); também poderia ser análoga a um ou dois *eventos* durante o processo morte: o *preâmbulo da morte* ocorre quando o processo de morte atinge o ponto de irreversibilidade, ao passo o *desfecho da morte* ocorre quando o processo de morte se completa.⁴

Para melhor se compreender esse ciclo, bem como se viver e morrer com dignidade é uma obrigação, direito ou mesmo proibição, necessário se faz uma (re) leitura do sentido ou razão de se viver com dignidade, dos princípios e direitos humanos fundamentais inerentes ao homem, e até que ponto não há de influir e/ou preponderar a liberdade como autonomia da vontade no controle da própria vida de cada um, sobre a liberdade como coexistência que decorre da heteronomia em sociedade.

Com relação à existência humana, Ronald Dworkin, ao tratar da morte e da vida, assinala ser:

Uma obviedade afirmar que vivemos toda nossa vida à sombra da morte; também é verdade que morremos à sombra de toda nossa vida. O horror central da morte é o esquecimento – o absoluto e terrível colapso da luz. O esquecimento, porém, não é tudo; se assim fosse, as pessoas não se preocupariam tanto com a questão de suas vidas técnicas e biológicas terem ou não continuidade depois que se tornaram inconscientes e caíram no vazio, depois que a luz já morreu para sempre. A morte domina porque não é apenas o começo do nada, mas o fim de tudo, e o modo como pensamos e falamos sobre a morte – a ênfase que colocamos no “morrer com dignidade” – mostra como é importante que a vida termine *apropriadamente*, que a morte seja um reflexo do modo como desejamos ter vivido.⁵

³ CHAVES, 1994, p. 51.

⁴ LUPER, Steven. **A filosofia da morte**. BONAMINE, Cecília (Trad.). São Paulo: Madras, 2010, p. 58-59.

⁵ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. CAMARGO, Jefferson Luiz (Trad.). VIEIRA, Silvana (Rev.). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 341.

Em sendo assim, ainda que se entenda que a “vida é um bem, mas a morte não é só, nem principalmente, privação de um bem. O morrer é também dar, dar-se, é amar, é um bem, é a culminação do viver”.⁶

Entretanto, sobre a vida, para os fins que se destina a presente pesquisa, sob uma perspectiva deontológica do direito que adotamos em face do nosso referencial teórico, Ronald Dworkin, comungamos do posicionamento de Carlos Augusto Canedo e Lúcio Antônio Chamon Júnior, que melhor permite a construção de uma adequada argumentação jurídica.

A vida há de ser encarada, no campo do Direito, não como um bem, mas sim como um *objeto de tutela jurídica*. O direito à vida aplica-se, ou não, de acordo com um código binário, e não no sentido gradual da “melhor” e da “maior” forma *possível*, de maneira a sacrificar o mínimo *possível* outro direito. Se a vida fosse enfocada sob a perspectiva de sua utilidade ou do interesse que por ela se tem, complexa seria a solução de controvérsias penais quando, por exemplo, uma vida fosse sacrificada em defesa do patrimônio. A aplicação da norma referente à legítima defesa aqui estaria condicionada a uma *ponderação de valores*: o que valeria mais no caso concreto: a vida ou o patrimônio? A impossibilidade desse raciocínio é porque ele se funda em uma perspectiva eticizante. Isto não deixa de ser bastante problemático em um Estado Democrático de Direito, em que há uma pulverização axiológica incompatível com uma aplicação *certa* do Direito – ou submetida a um *juízo de correção* – nos moldes de uma leitura como a de Alexy. Em uma argumentação jurídica de aplicação, a vida, o patrimônio, a liberdade há de ser enfocados sob uma mesma perspectiva: enquanto objetos de tutela jurídica, devendo a discussão ser concernente ao devido, e não ao *bom*, pois não mais é possível afirmar, sequer, uma falsa padronização dos valores.⁷

1.1 PRINCÍPIOS E REGRAS

Falar de *princípios* e *regras* numa acepção contemporânea nos afasta, necessariamente, do positivismo jurídico e nos faz ingressar no pós-positivismo de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Humberto Ávila, principalmente quando nos deparamos com *hard*

⁶ BERISTAIN, Antonio. Prolegomenos para a reflexão penal-criminológica sobre o direito a culminar a vida com dignidade (a eutanásia). In: Eutanásia. **Fascículos de ciências penais**. Ano 4, V. 4, n. 4, out./nov./dez. 1991, p. 27.

⁷ CANEDO, Carlos Augusto; CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. Eutanásia e dogmática penal: por uma compreensão paradigmaticamente adequada do direito penal através de uma teoria da adequabilidade normativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 9, n. 36, out./dez. 2001, p. 73.

*cases*⁸ que envolvem questões multidisciplinares, os direitos à vida, à dignidade humana, à autonomia da vontade, liberdade e a uma morte digna, em que a mera subsunção do fato à norma não nos permite um atuar com justiça e respeito a direitos e garantias constitucionais, à ética e à moral.

Comungamos do entendimento de que *regras e princípios* são espécies de normas, portanto, de observância obrigatória, como sustenta Robert Alexy em sua teoria principiológica⁹, que é desenvolvida tendo como base a construída por Ronald Dworkin¹⁰, mas vamos além para incluir, na esteira de Humberto Ávila, os postulados entre as espécies de normas que, diferentemente das *regras e princípios*, “estabelecem diretrizes metódicas, em tudo e por tudo, exigindo uma aplicação mais complexa que uma operação inicial ou final de subsunção”¹¹, razão pela qual, para nós, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é um postulado.

Sob o aspecto estrutural, dentre as diversas diferenciações teórico-estruturais, como salienta Robert Alexy, é a *distinção entre princípios e regras a mais importante para a teoria dos direitos fundamentais*, por ser essa distinção “a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”¹², sendo para o autor essa distinção “uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”¹³.

Tanto *regras* como *princípios* são normas que expressam um *dever ser*, ou seja, têm um caráter deontológico, sendo que coadunamos com o posicionamento de Robert Alexy, de que na colisão de duas regras, uma será inválida, todavia com relação aos princípios divergirmos por nos filiar a Ronald Dworkin, por entender que estes atuam como referencial interpretativo apontando o caminho a ser observado na motivação de uma decisão numa perspectiva *dworkiana* (deontológica), mas não *alexiana* (axiológica).

Como bem assinala Carlos Augusto Canedo e Lúcio Antônio Chamon Júnior, os

⁸ Casos difíceis.

⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. SILVA, Virgílio Afonso da (Trad.). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. BOEIRA, Nelson (Trad.). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 144.

¹² ALEXI, op. cit., p. 85.

¹³ Ibid., p. 85.

Princípios jurídicos devem ser entendidos, portanto, enquanto normas, e não como valores, como pretendido por Alexy. A introdução de uma perspectiva que entenda os princípios como valores acaba conduzindo a uma transmutação do código do Direito. Ao invés de se discutir o que é devido, ou não, passa-se a perguntar o que é *mais* ou *menos* interessante naquele caso, o que sem dúvida destoa do momento paradigmático atual.¹⁴

Por fim, não nos filiamos ao que sustenta com profundidade Humberto Ávila, que estende às regras a possibilidade de ponderação das razões, talvez por uma visão, diríamos, simplista de nossa parte, afinal *regras*, como o próprio nome induz, são manifestações certas e objetivas de conduta que se ajustam ou não a determinado caso concreto, daí sustentar Ronald Dworkin o *tudo ou nada*; vale dizer, ou é certa determinada *regra* ou não é diante da prática, o que consagra o código binário da validade x invalidade.

1.2 PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não restam dúvidas no cenário atual que princípios são espécies de normas, não mais se aceitando o entendimento juspositivista que são fontes normativas secundárias e, por assim não ser, são, portanto, de observância obrigatória por terem natureza cogente, esteja ou não positivado, considerando a universalidade dos mesmos quando dizem respeito à própria constituição do ser humano.

Nos *hard cases* “os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicos particulares”¹⁵, tendo um caráter deontológico, ao contrário de Robert Alexy que com base na teoria de Ronald Dworkin sustenta que os princípios são mandados de otimização dentro de uma perspectiva axiológica.

Se a dignidade humana é algo que se reconhece em decorrência da convivência em sociedade, ou seja, não é algo inato à sua constituição social, e que tem sua relevância num contexto de liberdade e igualdade num plano dos direitos e garantias fundamentais, não há como negar “que valores como liberdade, igualdade e dignidade foram erigidos à categoria de

¹⁴ CANEDO; CHAMON JÚNIOR, 2001, p. 74.

¹⁵ DWORKIN, 2009, p. 46.

princípios constitucionais”¹⁶, razão pela qual, Jürgen Habermas discursa em sintonia com Ronald Dworkin em contraposição à Robert Alexy, ou seja, “princípios jurídicos são normas jurídicas e não valores”¹⁷, devendo ser abordados sobre um aspecto deontológico e não teleológico.

Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; [...]. [...] A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretendido ser igualmente bom para todos. Ao passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim).¹⁸

Arremata Jürgen Habermas:

Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistema de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, elas não podem ser aplicadas da mesma maneira. Posso orientar o meu agir concreto por normas ou por valores, porém a orientação da ação não é a mesma nos dois casos. [...] À luz de normas, é possível decidir o que deve ser feito; ao passo que, no horizonte de valores, é possível saber qual comportamento recomendável. O problema da aplicação exige naturalmente, em ambos os casos, a seleção da ação correta; porém, no caso de normas, “correto” é quando partimos de um sistema de normas válidas, e a ação é igualmente boa *para todos*; ao passo que, numa constelação de valores, típica para uma cultura ou forma de vida, é “correto” o comportamento que, em sua totalidade e a longo prazo, é bom *para nós*.¹⁹

¹⁶ SÁ; MOUREIRA, 2001, p. 57.

¹⁷ Ibid., p. 57.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. SIEBENEICHLER, Flávio Beno (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 316-317, v. I.

¹⁹ Ibid., p. 316-317.

1.2.1 Dignidade da Pessoa Humana

Antes de abordarmos a *dignidade da pessoa humana* temos que tratar da *dignidade humana*, esta que diz respeito à humanidade e não se confunde com aquela que se refere à determinada (s) pessoa (s) ou ao indivíduo.

No âmbito internacional encontra-se a palavra *dignidade humana*, conceito novo na teoria do direito, nos seguintes textos: 1) Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1949; 2) Convenção Relativa aos Direitos da Criança de 1959; 3) Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos de 1966, e, 4) Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos de 1977.²⁰

A *dignidade humana* é algo que não se adquire porque na sua dimensão ontológica é inerente ao ser humano, a sua própria existência, por isso mesmo embora essa questão já se encontrasse nas obras de Aristóteles, Santo Agostinho, Boécio, Alcuino e Santo Tomás²¹, não podemos deixar de citar Giovanni Pico Della Mirandola em o *Discurso Sobre a Dignidade do Homem* (1486), como um grande clássico da Filosofia do Renascimento que tem o homem como centro do mundo, sendo pioneiro na utilização da expressão *dignidade humana* em seu famoso discurso.²²

Giovanni Pico Della Mirandola, Conde de Concórdia, socorrendo-se de fontes históricas, filosóficas e religiosas, estabelece, para si, como verdadeira natureza e dignidade humana, o fato de que:

O homem como um ser que livremente pode determinar e escolher o seu próprio destino, porque a sua marca distintiva é o facto de estar privado de propriedades fixas, sendo que, ao mesmo tempo, tem a capacidade de partilhar de todas as propriedades dos outros seres em consonância com a sua própria livre escolha.²³

²⁰ BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 64.

²¹ Ibid, p. 64.

²² Ibid., p. 69.

²³ MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. GANHO, Maria de Lourdes Sirgado (Trad.). Portugal/Lisboa: Edições 70, LDA, 2010, p. XLIV.

Sob esse aspecto, Vicente de Paulo Barreto afirma que a “dignidade humana aparece como o sustentáculo sobre o qual os indivíduos poderão realizar-se como pessoas, agentes morais dotados de autonomia da vontade e arbítrio”.²⁴

Para o referido autor, para poder conceituar juridicamente a *dignidade humana*, antes se deve separar os conceitos de *direitos humanos* e de *dignidade humana* por meio de uma análise da filosofia dos direitos humanos e da filosofia da dignidade humana, que propicia uma compreensão de que a *dignidade humana* se encontra num plano epistemológico distinto dos *direitos humanos*, evitando-se assim uma identificação simplória dos dois conceitos.²⁵

A *dignidade humana* se encontra fora do conceito de *direitos humanos*, porque aquela “na sua acepção jurídica, não pode ficar restrita a campos definidos pelo direito positivo, mas pressupõe para a sua materialização jurídica perspectivas mais amplas do que permite o espaço jurídico positivado”.²⁶

Enquanto os *direitos humanos* encontram sua razão de existir na defesa do indivíduo contra o poder, sobretudo estatal, visando assegurar a sua liberdade com igualdade por meio do sistema jurídico positivado, a *dignidade humana* diz respeito à humanidade “como um qualificativo do gênero humano, que torna possível identificar todos os homens como pertencentes a um mesmo gênero”²⁷, sendo, portanto, a sua essência.

Das três acepções que a genealogia do conceito de *dignidade humana* nos apresenta (social, honorífica e moral), nos interessa a *moral* que “representa, ou encontra-se vinculada, ao respeito a si mesmo, à autoestima”, já que as demais dizem respeito àquela atribuída ao indivíduo pela sociedade.²⁸

A *acepção moral da dignidade humana* se identifica com a teoria kantiana de que o homem é um fim em si mesmo, e não um objeto ou coisa.

Dignidade (*dignitas*, palavra de origem latina), significa ‘o que tem valor’, no caso, a pessoa humana, qualidade intrínseca do ser, ou seja, que com ele existe naturalmente, sendo inalienável e irrenunciável “na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade

²⁴ BARRETO, 2013, p. 70.

²⁵ Ibid., p. 64.

²⁶ Ibid., p. 64-65.

²⁷ MIRANDOLA, 2010, p. 66.

²⁸ BARRETO, op. cit., p. 68.

de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade”²⁹, devendo ser reconhecida, protegida e respeitada por ser inerente ao ser humano.

Para Immanuel Kant, o homem tem na sua existência *um fim em si mesmo*, “*não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”³⁰, não se podendo por isso se tratar a dignidade humana como mero argumento da autoridade ou figura retórica sem qualquer justificativa do porque ou como se aplica a determinado caso concreto, já que:

O conteúdo do princípio da dignidade humana pode desdobrar-se em duas máximas: *não tratar a pessoa humana como simples meio e assegurar as necessidades vitais da pessoa humana*. Ambas as máximas deitam suas raízes na teoria moral de Kant e podem servir como bases para justificar a natureza jurídica da dignidade humana.³¹

Portanto, o discurso deve ser o da autoridade do argumento já que a *dignidade humana* impede que o homem seja utilizado como coisa ou objeto, ou seja, como meio de um fim que não seja ele mesmo, assim como exige para a sua própria preservação que tenha acesso à cultura, saúde pública, educação, moradia, segurança pública, ao trabalho etc., com liberdade e autonomia da vontade sem que tenha maculada a sua integridade física e/ou mental.

Como bem registra Luís Roberto Barroso e Leticia de Campos Velho Martel:³²

Na sua expressão mais essencial, dignidade significa que toda pessoa é um fim em si mesma, consoante uma das enunciações do imperativo categórico kantiano. A vida de qualquer ser humano tem uma valia intrínseca, objetiva. Ninguém existe no mundo para atender aos propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade. O valor ou princípio da dignidade humana veda, precisamente, essa instrumentalização ou funcionalização de qualquer indivíduo. Outra expressão da dignidade humana é a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos. Como regra geral, as decisões cruciais na vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a ela. No mundo contemporâneo, a dignidade humana tornou-se o centro axiológico dos sistemas jurídicos, a fonte dos direitos materialmente fundamentais, o núcleo essencial de cada um deles.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2012, p. 101.

³⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. QUINTELA, Paulo (Trad.). Lisboa: EDIÇÕES 70, LDA, 2011, p. 72.

³¹ BARRETO, 2013, p. 74.

³² BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *In*: GOZZO, Débora e LIGIERA, Wilson Ricardo (Orgs). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

Já a *dignidade da pessoa humana*, na reconstrução dos direitos humanos, no pós-guerra de 1945, tornou-se palco de inúmeros documentos internacionais, como Constituições e Leis, bem como de citações na doutrina e jurisprudência, “sendo um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais ao homem, desde o direito à vida”.³³

Assinala Luis Roberto Barroso que:

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.³⁴

Princípio constante do art. 1º, III, da nossa Constituição Federal de 1988, como salienta Ingo Wolfgang Sarlet, ao mencionar o posicionamento recente da doutrina pátria, a *dignidade da pessoa humana* constitui “o valor unificador de todos os direitos fundamentais, que, na verdade, são uma concretização daquele princípio, também cumpre função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos”³⁵, estes decorrentes de tratados e convenções internacionais de que o país seja signatário.

A *dignidade da pessoa humana*, inerente ao homem, precede à previsão constitucional como um dos princípios fundamentais do nosso Estado Democrático e Social de Direito, demonstrando esta que o Estado existe em função *da* pessoa humana, *pela* pessoa humana e *para* a pessoa humana, indiferente de sua nacionalidade ou origem, ou seja, o legislador constituinte “reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa

³³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 109.

³⁴ 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, dez. de 2010, p. 3. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2014.

³⁵ SARLET, 2012, p. 95.

humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”³⁶; vale dizer, o governo, conglomerado de representantes eleitos direta ou indiretamente pelo povo, tem na servidão aos governados a sua razão de existir, devendo atuar sempre na busca do bem-estar da sociedade, com respeito aos direitos humanos e sociais previstos na Constituição.

Dessa forma, a dignidade como de “importância intrínseca da vida humana”³⁷ é:

Um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.³⁸

JJ. Gomes Canotilho ao se perguntar qual o sentido de uma República baseada na *dignidade da pessoa humana*, responde que se:

Deve tomar em consideração o princípio material subjacente à ideia de dignidade da pessoa humana. Trata-se do *princípio antrópico* que acolhe a ideia pré-moderna e moderna de *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plastes et factor*).³⁹

Falar de *dignidade da pessoa humana* é necessariamente reconhecer estarem presentes a liberdade, igualdade e autonomia da vontade, uma vez que não há o direito à liberdade sem os demais direitos assegurados que expressam a noção de dignidade, o que o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em 1948, já previa como marco da reconstrução dos direitos humanos no pós-guerra de 1945.

³⁶ SARLET, 2012, p. 98.

³⁷ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais, op. cit., p. 337.

³⁸ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 128-129.

³⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Portugal: Almedina, 1998, p. 221.

Nesse ponto consigna Ingo Wolfgang Sarlet que:

O Tribunal Constitucional da Espanha, inspirado igualmente na Declaração Universal, manifestou-se – em decisão proferida em 1985 – no sentido de que “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais”.⁴⁰

Sem embargo, podemos afirmar que a *dignidade da pessoa humana* engloba os direitos à personalidade que diz respeito, dentre outros, à vida, liberdade e igualdade; vale dizer, “é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro super-princípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo”⁴¹, para nós, na esteira dos ensinamentos de Humberto Ávila, um verdadeiro postulado.

“Vivemos em uma época na qual se privilegia a busca do prolongamento da vida a todo custo, a época da *medicamentalização da vida*, a época da indústria da doença, todavia, a busca de um prolongamento da vida”⁴², muitas vezes de modo artificial por meio de uma obstinação terapêutica ou mesmo por todos os meios ordinários e extraordinários o que, não raro, acaba esbarrando na dignidade da pessoa humana.

Sobre esse aspecto, consigna Maria de Fátima Freire Sá:

O prolongamento da vida somente pode ser justificado se oferecer às pessoas algum benefício, ainda assim, se esse benefício não ferir a dignidade do viver e do morrer. A liberdade e a dignidade são valores intrínsecos à vida, de modo que essa última não deve ser considerada bem supremo e absoluto, acima dos dois primeiros valores, sob pena de o amor natural pela vida se transformar em idolatria. E a consequência do culto idólatra é a luta, a todo custo, contra a morte. A vida deve ser encarada no seu ocaso, para que lhe seja devolvida a dignidade perdida. São muitos os doentes que se encontram jogados em hospitais, a um sofrimento em perspectiva, muitos em terapias intensivas e em emergências. O desdobramento disso? Uma parafernália tecnológica que os prolonga e os acrescenta. Inutilmente.⁴³

⁴⁰ SÁ, 2001, p. 101.

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 31.

⁴² PÊCEGO, Antonio José Franco de Souza; SILVA, Juvêncio Borges. **Ortotanásia: uma visão do instituto sob o foco da cidadania moderna num estado democrático de direito**. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/view/4361/3433>>. Acesso em: 27 jan. 2015.

⁴³ SÁ, op. cit., p. 60.

Se há o direito a uma vida digna, deve também haver o direito a uma morte digna por envolver essa questão terminal o conceito de uma existência humana com dignidade.

A *dignidade da pessoa humana* se apresenta, portanto, como elemento axiológico exponencial do direito, em torno do qual gravitam os demais valores e direitos humanos fundamentais.

Não é suficiente que se tenha vida, mas é necessário que até o fim a vida seja vivida com dignidade, não havendo dignidade sem autonomia uma vez que a dignidade encontra sua expressão na autonomia privada, que por sua vez deriva da liberdade e da igualdade nas relações intersubjetivas entre os indivíduos, visto que o homem respira *esperança* que, na falta, leva-o ao vazio, a perda de sentido de se viver ou de se continuar a viver.

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a *capacidade de autodeterminação*, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. [...]. O segundo aspecto destacado diz respeito às *condições para o exercício da autodeterminação*. Não basta garantir a possibilidade de escolhas livres, mas é indispensável prover meios adequados para que a liberdade seja real, e não apenas retórica. Para tanto, integra a ideia de dignidade o denominado *mínimo existencial*, a dimensão material da dignidade, instrumental ao desempenho da autonomia. Para que um ser humano possa traçar e concretizar seus planos de vida, por eles assumindo responsabilidades, é necessário que estejam asseguradas mínimas condições econômicas, educacionais e psicofísicas. O terceiro e quarto aspectos da dignidade como autonomia – universalidade e inerência – costumam andar lado a lado. O cunho ontológico da dignidade, isto é, seu caráter inerente e intrínseco a todo ser humano, impõe que ela seja respeitada e promovida de modo universal.⁴⁴

Ao abordar a concepção moderna de *dignidade humana*, Vicente de Paulo Barreto, depois de afirmar, na esteira de Ingo Wolfgang Sarlet, que o conceito tem suas raízes nas duas obras de Immanuel Kant⁴⁵, sustenta que na *Doutrina da Virtude* ele atribui um cunho valorativo à pessoa humana semelhante ao dado por Giovanni Pico Della Mirandola na sua acepção moral, de forma que ambos “atribuem à pessoa a possibilidade de criar, aperfeiçoar-

⁴⁴ BARROSO; MARTEL, 2012, p. 39-40.

⁴⁵ KANT, 2011.

se ou então degradar-se, sujeitando-se à lei da heteronomia, externa à consciência da pessoa”.⁴⁶

Dessa forma, o ser humano tem o poder de autodeterminar a sua própria vida, de escolher a vida que quer viver, sob sua ótica, com dignidade, não cabendo a ninguém determinar como deve pautar a sua existência no dia-a-dia, já que tem liberdade para definir seus valores, suas próprias metas ou objetivos, o que para Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel se trata de *dignidade humana como autonomia*.⁴⁷

Sobre a *dignidade da pessoa humana* e sua autonomia para decidir sobre sua vida, sem embargo, preconiza Letícia Ludwig Möller:

Optamos por expressar a defesa de um direito à morte com *dignidade e autonomia* por entendermos que ambos os princípios se encontram entrelaçados na questão do fim da vida e da determinação de rumos de tratamento de pacientes terminais, possibilitando a conformação da noção de um direito do doente a morrer de acordo com seus valores e crenças. Desejamos defender que o ser autônomo é capaz de decidir, para si próprio, o que significa morrer com dignidade. [...]. No que tange a uma decisão que diz respeito exclusivamente ao paciente em estado terminal, à sua esfera de liberdade e ação, não invadindo a esfera de liberdade de outros indivíduos – a tomada de decisão acerca do prolongamento, ou não, de sua vida terminal, da limitação, ou não, do tratamento médico – entende-se que cabe apenas a ele definir o conteúdo de “morte digna”.⁴⁸

Lado outro, a *dignidade humana como heteronomia* se “traduz uma visão da dignidade ligada a valores compartilhados pela comunidade, antes que a escolhas individuais. Nela se abrigam conceitos jurídicos indeterminados como bem comum, interesse público, moralidade, ou a busca do bem do próprio indivíduo”⁴⁹, ou seja, nela há interferência do meio em que o ser humano vive, o que interage com a liberdade sob o aspecto da coexistência e limita a sua liberdade como autonomia.

A concepção da dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. A dignidade como heteronomia, por sua vez, funciona como uma limitação à liberdade individual, pela imposição de valores sociais e pelo

⁴⁶ MIRANDOLA, 2010, p. 71.

⁴⁷ BARROSO; MARTEL, 2012, p. 34-37.

⁴⁸ MÖLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**. O direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade. Juruá: Curitiba, 2012, p. 98.

⁴⁹ BARROSO; MARTEL, op. cit., p. 38-39.

cerceamento de condutas próprias que possam comprometer a dignidade do indivíduo.⁵⁰

Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel, depois de consignarem que tanto a *dignidade como autonomia* como a *dignidade como heteronomia* possuem inconsistências teóricas e práticas, registram que competem entre si sem se excluírem⁵¹ e concluem que:

À luz do sistema jurídico brasileiro, é possível afirmar uma certa predominância da dignidade como autonomia, sem que se deslegitime o conceito de dignidade como heteronomia. O que significa dizer que, como regra geral, devem prevalecer as escolhas individuais. Mas não invariavelmente.⁵²

Portanto, se o princípio da dignidade da pessoa humana se apresenta sobre os aspectos de direito individual protetivo com relação aos semelhantes e ao próprio Estado, bem como “dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes” que se expressa pela “exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria”, forçoso reconhecer que essa concepção de *dever fundamental* se resume “a três princípios do Direito Romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido)”.⁵³

1.2.2 Cidadania

A dignidade da pessoa humana e a cidadania, dentre outros, são princípios fundamentais do nosso Estado Democrático e Social de Direito (CF; art. 1º, II e III), fazendo assim com que o ente público sirva ao povo e não ao contrário, afinal é o povo, que detém o poder, que por meio de seus representantes cria e estrutura o funcionamento do Estado a cada nova Constituição Democrática, com direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, que impõem uma ação e/ou abstenção estatal; vale dizer, o governo, conglomerado

⁵⁰ BARROSO; MARTEL, p. 59.

⁵¹ Ibid., p. 43-44.

⁵² Ibid., p. 50-51.

⁵³ MORAES, 2002, p. 129.

de representantes eleitos direta ou indiretamente pelo povo, tem na servidão aos governados a sua razão de existir, devendo atuar sempre na busca do bem-estar da sociedade, com respeito aos direitos humanos individuais, coletivos e sociais fundamentais previstos na Constituição.

A ideia de cidadania, que não se pode abordar por um viés reducionista para se tratar como um “conjunto de direitos e obrigações sob o ângulo exclusivamente jurídico”⁵⁴, está interligada aos direitos humanos fundamentais, por essa razão Marcelo Neves aclara que:

A noção de direitos do homem ou direitos humanos, quando surgiu no âmbito das revoluções liberais, distinguiu-se do conceito de cidadania. Enquanto a primeira referia-se a direitos de toda e qualquer pessoa humana, o segundo dizia respeito aos direitos dos membros de uma determinada coletividade política e, mais precisamente, de um Estado. Porém a ideia de direitos humanos importava também o direito de toda e qualquer pessoa de ter cidadania (“um direito a ter direitos”). Essa situação passou a ter uma certa relevância na semântica mais recente dos direitos humanos, conforme a qual esses direitos implicam direitos civis (“liberdades negativas”), políticos (“liberdades positivas”), sociais (“direitos a prestação em sentido estrito” ou “*droits-créances*”).⁵⁵

Dessa forma, numa democracia fundada nesses princípios fundamentais não há espaço para uma cidadania liberal, mas sim para uma cidadania moderna ou plena em que se concretizem, por meio de instrumentos ou mecanismos próprios, os direitos civis do século XVIII, os políticos do século XIX e os sociais do século XX⁵⁶, sob pena de não passar da denominada cidadania institucionalizada que não deixa de ser um viés acentuado da cidadania tutelada que inibe o controle social do poder político.⁵⁷

Sobre esse aspecto, J.J. Calmon de Passos, ao tratar da cidadania plena, consigna:

Em nosso século, algo foi acrescido a esse binômio – direitos civis, direitos políticos: os denominados direitos sociais. Se antes os direitos políticos de participação objetivavam a compartilhada definição dos interesses tutelados e a institucionalização do direito de resistir às ingerências do poder na esfera da autonomia privada – dever de abstenção – a dimensão nova dos direitos sociais amplia o âmbito do poder político, que se mantendo como direito à participação, abrange, agora, também, o direito de exigir do Estado prestações asseguradoras de

⁵⁴ BARRETO, 2013, p. 179.

⁵⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 249-250.

⁵⁶ MARSHALL, T. H. Cidadania e classe social. In: _____. **Cidadania, classe social e status**. CADELHA, Meton Porto (Trad.). Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967. Cap. 3, p. 66.

⁵⁷ PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania Tutelada. In: FERREIRA, Luis Alexandre (Org.). **Hermenêutica, Cidadania e Direito**. Campinas: Millennium, 2005, p. 40-41.

condições sociais que propiciem a igualdade substancial entre os cidadãos, somada àquela igualdade formal antes já proclamada e assegurada.⁵⁸

Não mais se admite a omissão estatal na tutela do direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à liberdade, no respeito à autonomia da vontade humana e a de que ninguém será submetido à tortura, a tratamento degradante ou desumano, que fomenta, dentre outras coisas, uma eugenia social por meio da *mistanásia* em que os invisíveis da sociedade só ganham visibilidade na imprensa quando do óbito por falta de leitos e/ou médicos nos hospitais públicos para o devido atendimento.

A abstenção estatal perante os direitos fundamentais de primeira dimensão tem o condão de fazer com que os mesmos não sejam violados, no que para isso, precisam ser tutelados por quem tem o objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como promover o bem de todos sem preconceitos (CF; art. 3º), sob pena do manto do totalitarismo fazer sombra à democracia de forma a negar o direito à liberdade com autonomia e o exercício pleno da cidadania que se expressa no *direito a ter direitos*, primeiro direito humano.⁵⁹

No que tange ao respeito à igualdade que só se conquista com liberdade, registra Celso Lafer:

Na esfera do público, que diz respeito ao mundo que compartilhamos com os outros e que, portanto, não é propriedade privada de indivíduos e/ou do poder estatal, deve prevalecer, para se alcançar a democracia, o princípio da igualdade. Este não é dado pois as pessoas não nascem iguais e não são iguais nas suas vidas. A igualdade resulta da organização humana. Ela é um meio de se igualizar as diferenças através das instituições. É o caso da *polis*, que torna os homens iguais por meio da lei – *nomos*. Por isso, perder o acesso à esfera do público significa perder o acesso à igualdade. Aquele que se vê destituído da cidadania, ao ver-se limitado à esfera do privado fica *privado* de direitos, pois estes só existem em função da pluralidade dos homens, ou seja, da garantia tácita de que os membros de uma comunidade dão-se uns aos outros.⁶⁰

Concretizar a cidadania plena é permitir a igualdade substancial num exercício pleno de liberdade nas dimensões política (participação), civil (autodeterminação) e social

⁵⁸ PASSOS, J.J. 2005, p. 13.

⁵⁹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 154.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 152.

(prestações públicas positivas), sob pena de não se passar de uma cidadania tutelada que se expressa por aquela concedida formalmente, mas sem os mecanismos ou instrumentos que permitam a sua materialização.

Por isso mesmo, aponta Dalmo de Abreu Dallari que:

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social. Por extensão, a cidadania pode designar o conjunto das pessoas que gozam daqueles direitos.⁶¹

Negar o reconhecimento de que o homem é protagonista da sua própria vida da qual é titular e que, assim sendo, com consciência possa exercer a sua liberdade como autonomia da vontade, é negar de que deve ser tratado com dignidade por todos seus semelhantes e por quem o governa, não o reconhecendo como um fim em si mesmo, com sua moral interna e poder de se autodeterminar como deseja dignamente viver e/ou morrer, ou seja, em síntese, é negar a cidadania, *o direito a ter direitos*, como se faz nos regimes totalitários.

Uma atuação nesse sentido obsta o exercício de uma cidadania moderna que dá sustentação às democracias, macula a dignidade da pessoa humana, direito inato ao ser humano e “valor unificador de todos os direitos fundamentais”⁶², não se podendo negar que todo aquele que tem negado o direito de autodeterminar a sua própria vida e como deseja conscientemente morrer, em estando comprovadamente num estado terminal de uma doença incurável e irreversível, tem negado o seu sagrado direito à liberdade com autonomia em detrimento da com coexistência, bem como ao livre desenvolvimento de sua personalidade, portanto o direito a ter uma existência (vida e morte) digna, o que não se coaduna com qualquer democracia.

Sustentamos que a prática da *eutanásia*, nos termos acima elencados, constitui-se um exercício de cidadania de conquistar um direito a ter uma morte digna.

Maria de Fátima Freire de Sá procede à seguinte reflexão:

⁶¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed., ref. São Paulo: Moderna, 2004, p. 22.

⁶² SARLET, 2012, p. 95.

A evolução tecnológica fez com que a cidadania moderna se deparasse com duas exigências igualmente legítimas, mas logicamente em conflito: de um lado, o particularismo das liberdades, preferência e interesses pessoais, pertencente ao campo dos direitos de cada indivíduo e, de outro, o universalismo das necessidades e interesses coletivos, pertencente ao campo dos direitos de todos os indivíduos.⁶³

Se de um lado há a necessidade de se garantir a autonomia a todos os indivíduos, de outro se faz necessário leis que se imponham a todos, indistintamente, de forma coletiva, ou seja, respectivamente, de um lado há *autonomia*, de outro há *heteronomia*.

Nesse sentido, exsurge Maria de Fátima Freire de Sá:

Como garantir a efetividade do princípio da igualdade entre pessoas sãs e sadias, que têm a vida atrelada à saúde do corpo e da mente, e aquelas que sofrem as consequências de doenças várias, tendo a vida, nesses casos, se transformado em dever de sofrimento?⁶⁴

A resposta a esta indagação somente pode ser encontrada na autonomia da vontade, na liberdade de escolha para aquelas pessoas que se encontram em uma situação terminal, em uma situação de sofrimento atroz, de agonia. Neste caso, “é inadmissível que o direito à vida, constitucionalmente garantido, se transforme em dever de sofrimento e, por isso, dever de viver”⁶⁵, dever este inexistente na legislação, uma vez que sequer se pune a tentativa de suicídio.

O direito à vida não é considerado atualmente como absoluto, em que pese autorizadas vozes em contrário, sendo que em algumas situações específicas é legítimo tirar a vida de outrem, bem como escolher entre a vida de um e de outrem. Como exemplo, podemos citar o caso de um médico que fica entre salvar a vida da gestante ou a vida de seu filho que está sendo gestado, ou a interrupção da gravidez uma vez constatada a anencefalia do feto.

Obrigar o indivíduo a viver contra a sua vontade, valendo-se de recursos tecnológicos e medicamentosos para prolongar a vida de quem está sofrendo e na iminência de morrer é privá-lo do exercício da cidadania, de sua liberdade como autonomia, forçando-o a ter que suportar sofrimentos físicos e psicológicos imensuráveis, torturando-o veladamente, em total desrespeito à dignidade da pessoa humana.

⁶³ SÁ, 2001, p. 94-95.

⁶⁴ Ibid., p. 95.

⁶⁵ Ibid., p. 95.

O *direito a ter direitos* que é a expressão da cidadania para Hanna Arendt, não se resume à prerrogativa de exercer os direitos vigentes, mas de lutar por direitos que ainda não existem.

Essa concepção não se limita portanto a conquistas legais ou ao acesso a direitos previamente definidos, ou à implementação efetiva de direitos abstratos e formais, e inclui fortemente a invenção/criação de novos direitos, que emergem de lutas específicas e da sua prática concreta.⁶⁶

A *eutanásia* se circunscreve a esta concepção de cidadania, pois se faz mister lutar, conquistar, não o direito de morrer, mas o direito a ter uma morte digna.

Necessário se faz que o legislador moderno faça constar no ordenamento jurídico o direito do paciente a uma morte que lhe propicie libertação de seu sofrimento decorrente de enfermidade para a qual a medicina não tem solução, com a interrupção de tratamentos que somente prolongarão o sofrimento do paciente, tornando sua vida indigna e sem esperanças.

Viver deve ser um direito, não uma obrigação imposta por todos os meios imagináveis sob o fundamento da indisponibilidade da vida que se lastreia na retórica da sua sacralidade, característica das religiões monoteístas.

Impõe-se que o direito vigente seja flexível e garanta a liberdade com autonomia da pessoa humana, mormente no que tange à possibilidade de esta escolher morrer dignamente, preterindo a qualquer forma de tratamento que lhe prolongue desnecessariamente a vida, seu sofrimento, sua agonia, trazendo-lhe uma condição indigna de vida, contrária à sua vontade.

Se o indivíduo tem liberdade para com autonomia de vontade de se recusar a receber certo tipo de tratamento médico, ainda que seja para o seu bem, dispondo assim, do seu modo de viver a seu bel-prazer, por que teria que, quando comprovadamente, mais nenhuma esperança de vida lhe resta ter um dever inexistente de viver de forma que entende indigna?

Há que se fazer respeitar os valores que permeiam a vida da pessoa humana, dentre eles, o de ser livre para partir deste mundo sem ficar impedido de fazê-lo por conta de uma

⁶⁶ DAGNINO, Evelina. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. In: DAGNINO, Evelina (Org.). **Anos 90**. Política e sociedade no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 108.

parafernália de equipamentos médicos que somente prolongam o sofrimento da pessoa por um sentimento paternalista, fazendo com que ela continue a viver quando dentro dela há um clamor para que o deixem descansar em paz, uma vez que não suporta mais a agonia causada pelo prolongamento artificial da sua vida.

José Henrique Rodrigues Torres assim coloca a questão:

A morte não é o resultado do fracasso da medicina. A obstinação terapêutica não pode ser justificada pela onipotência daqueles que acreditam ser possível vencer a morte ou que praticam uma medicina defensiva, adotando recursos inúteis com o objetivo de fazer prova de uma boa atuação profissional, diante do infundado temor da responsabilização civil ou criminal. [...]. Eis um grande desafio para os médicos: admitir a impotência da medicina diante da inexorabilidade da morte e, assim, saber conduzir os doentes terminais, como Caronte, até o mundo dos mortos, cuidando deles, com resignação e com respeito à sua dignidade humana, certos de que não estarão praticando nenhuma conduta ilícita, e muito menos criminoso, ao suspender tratamentos inúteis e gravosos, nos exatos termos da Res. 1.805/2006 do CFM.⁶⁷

Não há dignidade em uma vida marcada por suplício desnecessário que se arrasta por dias, meses e anos quando a pessoa deseja por um fim à sua situação angustiante de sofrimento físico e/ou psicológico e está perfeitamente consciente de sua vontade momentânea, ou ainda, na sua impossibilidade, em face da demência, que se respeite a sua vontade que anteriormente tenha se feito presente por qualquer meio idôneo, ou na sua falta, do responsável legal ou seus familiares, afinal, a dignidade é intrínseca à pessoa humana que é um fim em si mesmo, devendo sempre, em qualquer hipótese, ser tratada com humanidade, cabendo à equipe médica fazer um levantamento histórico do modo de vida do doente terminal, de forma a permitir fazer um juízo de coerência ou não com o consentimento dado por familiares ou responsável legal.

Neste caso, a abreviação digna da morte inevitável sem o prolongamento a todo custo da vida, deve ser ter como um direito à cidadania plena, pois não é razoável querer exigir conduta adversa por parte de quem está em agonia depois de uma vida vivida com dignidade, na ótica da moral interna de cada indivíduo.

Necessário se faz que o ordenamento jurídico brasileiro contemple este direito as pessoas, bem como eximam os profissionais da saúde de responsabilidade no atendimento da

⁶⁷ TORRES, José Henrique Rodrigues. A omissão terapêutica a pacientes terminais sob o ponto de vista jurídico: deixar morrer é matar? CREMESP. **Revista Ser Médico**. 43. ed. abr./maio/jun. 2008. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=361>>. Acesso em: 04 dez. 2014.

vontade do paciente e de seus familiares, em respeito ao direito de escolha do paciente, como pessoa humana e cidadão.

Faz-se necessário enfrentar a *eutanásia* sob a ótica da dignidade da pessoa humana e cidadania, afinal, repita-se, viver é um direito ou uma obrigação? Poder-se-ia falar em um direito de morrer? Poder-se-ia falar em morte digna? Pode a eutanásia, realizada segundo o princípio da autonomia da vontade, ser considerada como um exercício da cidadania?

1.2.2.1 Cidadania num estado democrático de direito

A cidadania e a dignidade da pessoa humana como princípios e fundamentos estruturantes de um Estado Democrático de Direito fazem com que o Estado tenha a razão da sua existência na pessoa humana, como já salientado, estando ultrapassado o modelo de cidadania liberal do século XIX, que se caracterizava por privilegiar a organização e controle do Estado.

É o povo que detém o poder soberano, que por meio de seus representantes cria e deve governar o Estado numa democracia, sendo certo que na medida em que se inviabiliza o exercício pleno da cidadania moderna, se está maculando a dignidade da pessoa humana e a concretude da própria democracia.

É nesse modelo de cidadania que se concretizam as democracias num mundo globalizado, fazendo-se necessário, mais do que nunca, o respeito às diferenças, ao princípio da igualdade social, à liberdade e à autonomia da vontade para que possamos ter uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, o que, na sua falta de observância, tem como efeito grave a opressão por se negar o exercício de direitos humanos fundamentais e deixar de materializar os princípios e objetivos que informam um Estado Democrático de Direito.

Ao tratar da cidadania e direitos fundamentais, Luigi Ferrajoli fala da internacionalização desses direitos, sustentando que depois da criação da ONU e aprovação de cartas e convenções internacionais, esses direitos passaram do caráter nacional ou estatal que tinham quando previstos nas constituições, para supraestatais ou internacionais, em que todos os Estados ficam vinculados a nível de direito internacional, não sendo, numa concepção

ampla e universal, “*derechos de ciudadanía, sino derechos de las personas con independencia de sus diversas ciudadanías*”.⁶⁸

Dessa forma, há de se ficar atento para que tipo de cidadania que se quer ou se oferece nas “democracias” de um mundo globalizado, para que não seja apenas mais que um indício precário de liberdade, já que, como leciona Juan Ramón Capella em sua visão crítica:

“Liberdade de expressão”: tem-na todo “cidadão”. *Para expressar o quê?* Também têm “liberdade de expressão”, ilimitada, as multinacionais da indústria audiovisual que, elas sim, vozeiam suas preferências e as dos *trusts* econômicos aos que estão *vinculadas*; também a tem formalmente, mas não de fato, como provavelmente sabe o jornalista que trabalha para qualquer grande *meio de massa*. “Liberdade de pensamento”: a consciência dos indivíduos está *colonizada* por mensagens audiovisuais ou discursivas incessantemente reproduzidas por meios industriais; umas mensagens coerentes no fundo entre si mas sobretudo com os imperativos do poder empresarial privado. “Liberdade de reunião”: quem eficazmente congrega é o receptor de televisão, permanentemente instalado no santuário da vida privada e crescentemente repetida por toda a casa.⁶⁹

Concomitantemente, na mesma trilha, temos a dignidade da pessoa humana, reconhecida “como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”⁷⁰ pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, aqui importando a sua relação vertical em âmbito internacional, nacional e local, bem como a sua posição como direito individual e coletivo protetivo perante o Estado que tem o dever de se abster de ações nocivas a esse direito fundamental que apresenta como exigências mais elementares o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à autodeterminação e ao mesmo tempo de prestar serviços, mais precisamente, de realizar “condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade do indivíduo”⁷¹ e da coletividade.

Na medida em que esse modelo de globalização hegemônica, indiscutivelmente, restringe, seletivamente, as liberdades públicas e o *direito a ter direitos* numa sociedade contemporânea pluralista por meio de uma governança que se afasta da necessária e obrigatória observância restrita aos direitos humanos fundamentais, inegavelmente se está

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 40.

⁶⁹ CAPELLA, Juan Ramón. **Os cidadãos servos**. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 146.

⁷⁰ MORAES, 2002, p. 144.

⁷¹ SARLET, 2012, p. 106.

maculando também a dignidade da pessoa humana que “constitui o valor unificador de todos os direitos fundamentais”.⁷²

Assim, dignidade da pessoa humana, embora seja espécie do gênero dignidade humana, esta de essência coletiva e aquela individual, numa concepção contemporânea está associada à coletividade quando se desprende dos direitos fundamentais à vida, a liberdade, e a propriedade para, concomitantemente, alcançar a exigência de uma prestação positiva por parte do Estado em sociedade com respeito às diferenças, na busca da materialização da igualdade e liberdade com autonomia.

Nessa linha, podemos constatar que o exercício de uma cidadania moderna tem que se concretizar com respeito à dignidade da pessoa humana, este o princípio referência de todos os demais direitos fundamentais, dentre os quais, de ter o indivíduo o direito de gerenciar a própria vida como protagonista e não como coadjuvante de outrem, podendo em situações extremas de uma vida em fase terminal, optar livremente em autorizar ou pedir que o corpo médico abrevie a sua morte por não mais suportar viver indignamente naquele estado de saúde em que se encontra, sem qualquer esperança.

1.2.3 Personalidade

Personalidade é atributo inerente ao ser humano, sendo adquirida ao nascimento com vida e deve ser tutelada nas esferas pública e privada, por isso mesmo os direitos da personalidade estão ligados de forma perpétua e permanente à pessoa humana, “não se podendo mesmo conceder um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, a sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra”⁷³, até porque “a personalidade não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui a precondição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto”.⁷⁴

De qualquer maneira, como bem aponta Carlos Alberto Bittar sobre as dificuldades do tema:

⁷² SARLET, 2012, p. 95.

⁷³ RODRIGUES, Silvío. **Direito civil** – Parte geral. 25. ed., atual., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1.

⁷⁴ CUPIS, Adriano de. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008, p. 21.

O tema dos direitos da personalidade está eivado de dificuldades que decorrem, principalmente: *a)* das divergências entre os doutrinadores com respeito à sua existência, à sua natureza, à sua extensão e à sua especificação; *b)* do caráter relativamente novo de sua construção teórica; *c)* da ausência de uma conceituação global definitiva; *d)* de seu enfoque, sob ângulos diferentes, pelo direito positivo (público, de um lado, e privado, de outro), que lhe imprime feições disciplinações distintas.⁷⁵

Nesse aspecto o Código Civil de 2002 quando trata dos direitos da personalidade no seu art.11 e ss., se harmoniza com a Constituição de 1988 que nos trouxe um Estado Democrático e Social de Direito, dando um *status* constitucional aos direitos da personalidade que estão disciplinados no catálogo dos direitos e garantias fundamentais, que, para Pablo Stoze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, são “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.”⁷⁶

O reconhecimento desses direitos no campo do direito público conduz à necessidade de seu reconhecimento no campo do direito privado; neste caso, encaram-se as relações entre particulares e o jurista se propõe a propiciar meios para defender esses direitos não patrimoniais não mais contra a ação do poder público, mas contra as ameaças e agressões advindas de outros homens.⁷⁷

Dessa forma, os direitos da personalidade públicos e privados é uma dicotomia que se encontra superada pelo Estado Social, sendo que na Alemanha o regime nazista da Segunda Guerra Mundial deixou um legado que impôs profundas mudanças na vida dos alemães que se expressa na Constituição de Bonn de 1949, bem como pela introdução do *direito geral da personalidade* pelo Tribunal Federal, o que se tornou de observância obrigatória por todos.⁷⁸

A grande vantagem do Direito Geral de Personalidade é que, em razão de sua amplitude, ele atua subsidiariamente na falta da previsão específica de um determinado direito da personalidade em espécie. Neste caso, o ordenamento amplia a possibilidade de proteção aos aspectos do ser humano por não depender de direitos

⁷⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade e o projeto do código civil brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, v.15, nº 60, out./dez. 1978, p. 106.

⁷⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Parte Geral** (contém análise comparativa dos códigos de 1916 e 2002). 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 152.

⁷⁷ RODRIGUES, 1995, p. 82.

⁷⁸ SÁ, 2001, p. 45.

especiais de personalidade, podendo-se recorrer a um repositório modelo. Tanto no Direito alemão, quanto no brasileiro, o recurso ao Direito Geral de Personalidade far-se-ia com a dignidade do ser humano. Mas qual o significado de *dignidade do homem*, quando se está diante de uma infinidade de valores em sociedades plurais? Significativamente, por dignidade do homem entendeu-se ‘o maior dos valores’, ou o ‘princípio jurídico supremo’, ou, ainda, o ‘princípio constitucional supremo’.⁷⁹

Lado outro, sem embargo há não unanimidade de sua classificação pela doutrina, podemos dizer que os direitos da personalidade “destinam-se a resguardar a dignidade humana”⁸⁰ que engloba o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à imagem, à saúde, à integridade física, psíquica e moral, ou seja, são direitos subjetivos originários ou derivados, embora haja quem discorde com propriedade dessa divisão sob o fundamento de que todos são inatos ao homem⁸¹.

Carlos Alberto Bittar, ao tratar da sua discordância sobre a divisão em originários e adquiridos ou derivados, conclui que: “devem os direitos da personalidade ser entendidos como: *a)* os próprios da pessoa em si, por sua própria natureza, como ente humano; *b)* ou em suas projeções para o mundo exterior”⁸², contudo, considerando-se a possibilidade de aquisição ao longo de uma existência de novos direitos da personalidade, como o direito moral do autor e do inventor, comungamos do entendimento de Adriano de Cupis:

Os direitos da personalidade, pelo seu caráter de essencialidade, são na maioria das vezes direitos inatos, no sentido em que presentemente se pode empregar essa expressão, mas não se reduzem ao âmbito destes. Os direitos inatos são todos eles direitos da personalidade, mas pode-se verificar a hipótese de direitos que não têm por base o simples pressuposto da personalidade, e que, todavia, *uma vez revelados*, adquirem caráter de essencialidade.⁸³

Quando se fala em livre desenvolvimento da personalidade, que é uma das formas de institucionalizar a liberdade, direito público subjetivo⁸⁴, como direito fundamental, necessariamente se está falando de *liberdade negativa* que nega a heteronomia da *liberdade positiva*.

⁷⁹ SÁ; MOUREIRA, 2001, p. 60-61.

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 8. ed., atual. de acordo com o Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 28.

⁸¹ BITTAR, 1978, p. 114.

⁸² Ibid., p. 115.

⁸³ CUPIS, 2008, p. 27.

⁸⁴ Ibid., 106-107.

A liberdade negativa tem um conteúdo universal, que compreende todas as opções humanas que possam ser compreendidas, quer dizer, todas as condutas possíveis. [...]. Nesse passo, o objeto da liberdade evolui com os tempos, recria-se, transforma, e por isso ultrapassa as previsões de todo poder constituinte, por mais visionário e garantista que este possa ser. De tudo isto que se segue que, além do âmbito das liberdades constitucionais específicas, a liberdade negativa tem um *plus* ou um conteúdo adicional. Este *plus* ou conteúdo adicional constitui o âmbito do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.⁸⁵

É certo que o direito à vida integra os direitos da personalidade, direito fundamental de primeira dimensão, no que reclama se “saber se a autonomia para morrer integra o direito à vida como direito da personalidade”⁸⁶, afinal toda “liberdade ainda não regulada pelo Estado, forma parte, pelo menos *prima facie*, do conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, já que “as liberdades ainda não reguladas se somam às liberdades expressamente protegidas pela Constituição e conformam o conjunto do constitucionalmente permitido *prima facie*”.⁸⁷

Enquanto no Estado liberal tudo o que não está proibido está permitido como parte da liberdade natural, sem nenhuma proteção jurídica, no Estado constitucional tudo o que não está proibido ou ordenado pela Constituição está permitido *prima facie* pelas liberdades constitucionais específicas ou, de maneira residual, pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade.⁸⁸

Os direitos da personalidade com foco no direito público integram os “direitos humanos fundamentais, portanto, colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a toda as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana”⁸⁹, que não implica em apenas sobreviver, mas viver e morrer dignamente.

Muda-se o paradigma, ou melhor, constata-se com o tempo uma evolução humana na construção constante da teoria dos direitos da personalidade que se baseou, inicialmente, na essência, no cristianismo, na escola do direito natural e nos filósofos e pensadores do iluminismo, passando, num Estado laico e mais sólido, a valorizar a necessidade de se

⁸⁵ PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 234-235.

⁸⁶ SÁ, 2001, p. 65.

⁸⁷ PULIDO, op.cit., p. 237.

⁸⁸ Ibid., p. 237.

⁸⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 2.

positivar os direitos inatos ao homem como fundamentais de observância e respeito por todos, sem deixar de agregar o surgimento de novos direitos da personalidade ao longo do tempo, fortalecendo cada vez mais o indivíduo como um fim em si mesmo perante o Estado, por ser aquele a razão da existência deste.

Maria de Fátima Freire de Sá aponta que os direitos da personalidade, como características, “são absolutos, necessários, vitalícios, intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais ou não pecuniários, imprescindíveis e impenhoráveis”⁹⁰, enquanto Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho acrescentam a esse rol as características de serem *gerais* e *imprescritíveis*, optando por incluir o da *indisponibilidade* em decorrência do entendimento que abrange as expressões de *intransmissibilidade* e *irrenunciabilidade* que consta do atual art. 11 do Código Civil de 2002⁹¹. No mesmo sentido, Maria Helena Diniz.⁹²

O caráter *absoluto* decorre do fato de que a sua imposição é *erga omnes*, impondo ao Estado uma abstenção ou prestação, conforme se enquadrem, respectivamente, entre os de primeira ou segunda dimensão, e nas relações horizontais ou interpessoais em sociedade a obrigação de não serem violados.

São *necessários* e *vitalícios* por serem inerentes à pessoa humana estão presentes no decorrer de sua existência, cessando apenas com a morte.

São também *extrapatrimoniais* por serem imensuráveis, ou seja, não permitem qualquer avaliação econômica, assim como são *imprescindíveis* por dizerem respeito à própria constituição da pessoa humana.

Irrenunciáveis na medida de que não podem sair da esfera do indivíduo por serem intrínsecos à pessoa de seu titular que, muitos, já os exerce a partir da sua própria existência, o que não alcança o fato de que “ninguém deve dispor de sua vida, da sua intimidade, da sua imagem”⁹³, ou até mesmo de sua integridade física, como preconiza Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, porque “não se pode confundir o direito em si com o exercício de tais direitos, e também os efeitos patrimoniais do exercício de tais direitos”.⁹⁴

⁹⁰ SÁ, 2001, p. 46.

⁹¹ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 162 e 164.

⁹² DINIZ, 2002, p. 26.

⁹³ Ibid., p. 165.

⁹⁴ RODRIGUES, Okçana Yuri Bueno. **Pacientes terminais: direitos da personalidade e atuação estatal**. Birigui-SP: Boreal Editora, 2014, p. 25.

Sobre essa distinção, também José Luis Díez Ripollés, em seu ensaio *eutanasia y derecho*, assinala que:

La doctrina ha puesto de manifiesto la distinción existente entre la renuncia al derecho mismo y la renuncia a su ejercicio en un caso particular. Para ello hay que dejar previamente en claro que la irrenunciabilidad consiste, no en que su titular no pueda abstenerse de ejercer el derecho sino en que no puede traspasarlo a terceras personas de manera definitiva.⁹⁵

Intransmissíveis porque não há como uma pessoa se colocar no lugar de outra; vale dizer que é intransmissível o direito de um sujeito a outro por lhe ser igualmente inerente, ou seja, há um nexó orgânico entre o objeto e o sujeito que lhe deu origem, daí a impossibilidade de se transmitir a outrem, o que, ao contrário do que se sustenta, não se pode confundir com a capacidade de se dispor desse direito.

A *intransmissibilidade* não implica, necessariamente, em caráter absoluto, assim como a sua *indisponibilidade* sob uma ótica intrínseca do titular desse direito.

Em sentido contrário, Carlos Alberto Bittar sustenta que não há o que se falar em indisponibilidade do direito sobre a vida, mas sim à vida por ser um direito que se reveste de todas as características dos direitos da personalidade, de caráter negativo que impõe o devido respeito a todos da coletividade, sendo que diante disso:

Tem-se presente a ineficácia de qualquer declaração de vontade do titular que importe em cerceamento a esse direito, eis que se não pode ceifar a vida humana, por si, ou por outrem, mesmo sob consentimento, porque se entende, universalmente, que o homem não vive apenas para si, mas para cumprir missão própria da sociedade.⁹⁶

Entretanto, temos posicionamento diverso. O indivíduo não pode dispor, por exemplo, do direito à vida que lhe é inerente há outra pessoa, ou seja, não tem como dispor a outrem o que lhe é essencial à própria existência, assim como renunciar a um direito essencial que já o exerce desde o seu nascimento, contudo, como titular desse direito subjetivo que compõe a

⁹⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Eutanasia y derecho. Eguzkilore: **Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología**. San Sebastian, n. 9, dez. 1995, p. 126.

⁹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 67.

sua personalidade, com liberdade como autonomia, pode dispor do mesmo que lhe é próprio, exclusivo e personalíssimo, principalmente se levarmos em consideração que “a faculdade de consentir a lesão de um direito está compreendida na faculdade de disposição, entendida no sentido lato como faculdade de determinar o destino do direito subjetivo”.⁹⁷

Do mesmo modo que a faculdade de transferir para outrem o direito subjetivo, ou lhe pôr fim, este aspecto particular da faculdade de disposição não atinge a essência do mesmo direito. Realmente, não poderia falar-se de direito subjetivo se o indivíduo tivesse unicamente poder para suspender a eficácia normativa do preceito para com certas pessoas e, por outro lado, estivesse fora da sua iniciativa a coercibilidade do preceito. Quando, pois, esteja estabelecida a qualidade de “direito subjetivo”, a possibilidade ou impossibilidade do “consentimento” só é relevante para determinar uma qualificação ulterior.⁹⁸

Descabe se vedar a liberdade do exercício consciente e razoável desse direito humano fundamental e universal à sua própria existência, este que por dizer respeito à personalidade tem correlação direta com a dignidade da pessoa humana, sob pena de se sobrepor a heteronomia à autonomia da vontade, afinal a “indisponibilidade da vida precisa ceder à autonomia daquela pessoa que se encontra na fase terminal da sua existência, em meio a agonia, sofrimento e limitações.”⁹⁹

Nada obsta o regular e oportuno exercício que se faça necessário do direito de resistência à opressão e/ou grave violação aos direitos humanos fundamentais, afinal, o homem é o legislador universal porque age conforme o seu próprio querer, principalmente quando se sabe que o “ordenamento positivo existe em função do homem em sociedade: esquecer isso é olvidar as conquistas do pensamento moderno, desde os filósofos políticos, como LOCKE, ROUSSEAU, MONTESQUIEU, até os filósofos do direito”.¹⁰⁰

Negar, em casos excepcionais, o reconhecimento da *disponibilidade* da vida pelo próprio titular do direito, é torná-lo um coadjuvante e não um protagonista de sua própria vida. É tornar a existência humana um dever inexistente juridicamente, uma obrigação decorrente da sua natureza sagrada, o que não condiz com o laicismo do Estado moderno e democrático que envolve a multiplicidade de ideias, convicções e condutas,

⁹⁷ CUPIS, 2008, p. 61,

⁹⁸ Ibid., p. 61.

⁹⁹ SÁ, 2001, p. 110.

¹⁰⁰ BITTAR, p. 114.

independentemente da fé religiosa, numa sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. É não admitir o direito humano a se ter uma vida e morte digna com base num discurso ético parenético¹⁰¹, implicitamente religioso, mas não ético científico, ou seja, é se utilizar de subterfúgios para não reconhecer a dignidade da pessoa humana como direito fundamental vetor de todos os demais, princípio fundamental do nosso Estado Democrático e Social de Direito.

1.2.4 Autodeterminação e da Autonomia da Vontade

Não há como se falar em autonomia da vontade sem se interligar à ideia de liberdade, uma vez que só há aquela com esta, ou melhor, aquela é a medida desta que confere dignidade à existência humana, temas de fortes debates na Ética, Bioética e na Filosofia.

Falar de autonomia e dignidade na Filosofia Política é tratar do conceito de autodeterminação que é o termo principal na democracia, porque é o que há de mais importante na liberdade humana. O direito de autodeterminação é aquele “mais fundamental na efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana”.¹⁰²

Para Vicente de Paula Barretto, ao abordar a questão com foco no imperativo categórico de Kant que destoa de Rosseau porque este ao tratar do princípio da vontade soberana despreza a base histórica do estado moderno, assinala com esteio no imperativo kantiano que o “princípio da autonomia da vontade consiste na sujeição do homem à lei moral, que o torna livre na medida em que se submete a sua lei própria, no entanto universal. Esse princípio obriga o indivíduo ao agir conforme o seu próprio querer, que o torna legislador universal”.¹⁰³

Em matéria de cuidados com a saúde, é fato que pode o maior de idade com plena capacidade de direitos e obrigações recusar a se submeter a determinado tratamento médico, ainda que em seu benefício, não se podendo compelir que o faça, principalmente se o referido cuidado médico tiver implicação com o risco de vida, uma vez que sobre o prisma “ético, o

¹⁰¹ É aquele que induz para o que já é conhecido e intelectualmente claro.

¹⁰² WEBER, Thadeu. **Ética e filosofia do direito**: Autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 228.

¹⁰³ BARRETO, 2013, p. 49.

respeito à autonomia e à dignidade constitui-se no princípio orientador e fundamentador do comportamento moral dos homens em sociedade”.¹⁰⁴

Tal atuar, não tem, por si só e necessariamente, ligação com uma vontade de morrer, mas sim com o exercício de um direito subjetivo, com sua autonomia da vontade, com a sua liberdade de dispor da sua saúde como bem entenda, afinal é um direito e não uma obrigação à saúde. É um direito fundamental de segunda dimensão que reclama por parte do Estado uma prestação que viabilize o exercício desse direito, não uma imposição como se norma cogente fosse.

Forçar o cidadão ao tratamento médico que não queira, autoriza o exercício do direito à resistência para que a liberdade, direito fundamental de primeira dimensão, nos seus elementos de *autonomia* e *coexistência*, segundo a teoria kantiana da liberdade, seja assegurada como uma coisa justa e digna, afinal “quando o uso de uma liberdade pessoal consubstancia-se em obstáculo ao exercício de outra liberdade pessoal segundo leis universais ocorre uma injustiça”.¹⁰⁵

A liberdade é o conceito-chave para explicar o princípio de autonomia. A liberdade da vontade é autonomia ou, em outras palavras, uma vontade livre é equivalente a uma vontade autônoma. Este é o único princípio da moralidade. Vontade autônoma é vontade livre e vontade livre é a que obedece à lei moral que ela mesma se dá. Desse modo, vontade livre é a vontade submetida e autora das leis morais; é a vontade sujeita a si mesma.¹⁰⁶

Thadeu Weber ao tratar da autonomia em *dignidade da pessoa humana e respeito em Kant*, pontua que a “autonomia é o princípio da moralidade. O que concede valor moral a uma ação é o fato de ela ter sido realizada de forma autônoma, isto é, de ter ser originado da própria vontade do sujeito agente”.¹⁰⁷

¹⁰⁴ WEBER, 2013, p. 226.

¹⁰⁵ BARRETO, 2013, p. 60.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 35.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 38.

1.2.5 Liberdade

Direito fundamental de primeira dimensão ou geração, como alguns constitucionalistas preferem, impõe ao Estado o dever de se abster de o violar numa relação vertical, assim como na esfera horizontal o das pessoas nas suas relações interpessoais em sociedade, salvo se violado o contrato social em alguma parte, autorizando então o Estado a intervir para restringi-la em prol do bem-estar coletivo e/ou a paz social, ou mesmo o exercício pelo indivíduo da autodefesa ou do direito fundamental implícito à desobediência ou resistência à opressão estatal num Estado Democrático de Direito.

De qualquer modo, podemos reconhecer que:

Um dos pilares do Estado constitucional e democrático de direito consiste em reconhecer a cada indivíduo um âmbito de liberdade que lhe é inerente por pertencer ao gênero humano, por ser digno, e que está protegido contra as intervenções provenientes do Estado e das demais pessoas. É nesse sentido que a Constituição Política destaca em seu preâmbulo a liberdade como um fim para cuja garantia se estabelece o Estado.¹⁰⁸

Assim, falar de liberdade na esfera constitucional é admitir tratar de um direito humano fundamental complexo que inclui a autonomia da vontade e igualdade, direitos estes que dão sustentação ao exercício da liberdade, visto que são os medidores da liberdade do indivíduo em uma democracia, afinal a “liberdade é o conceito-chave para explicar o princípio de autonomia. A liberdade da vontade é autonomia ou, em outras palavras, uma vontade livre é equivalente a uma vontade autônoma”.¹⁰⁹

Sob esse aspecto e o direito, consigna Vicente de Paulo Barreto:

O direito pretende, assim, limitar a liberdade pessoal irrestrita de cada indivíduo, própria da natureza humana no estado de natureza. Nesse contexto é que Kant desenvolve a teoria da liberdade, idéia angular em todo o sistema do pensamento ético-filosófico e político kantiano. Para Kant, o conceito de liberdade explica-se através de dois elementos, que se articulam e complementam um ao outro: a) Liberdade como coexistência, que consiste na limitação recíproca da vontade de cada e tem como limite a esfera individual do outro; esse aspecto da liberdade torna-se possível na medida em que a liberdade é considerada também como obediência;

¹⁰⁸ PULIDO, 2013, p. 232.

¹⁰⁹ WEBER, 2013, p. 35.

b) Liberdade como autonomia, que é a propriedade da vontade graças à qual está é para si mesma a sua lei, somente sendo livre aquele que se torna, através da vontade própria, fonte das suas próprias leis, ou seja, autônomo.

Kant reconsidera então o conflito entre a possível contradição entre a liberdade como autonomia e a liberdade como coexistência. De forma imediata, o direito restringe a autonomia, obrigando o indivíduo a curvar-se diante de uma vontade que não lhe é própria. Esse possível conflito será solucionado por Kant com o uso da idéia do contrato social. Através do contrato social as autonomias individuais irão refletir-se na vontade geral, que assegura a manifestação da autonomia e da coexistência de forma complementar. Dessa vontade geral, todos participam na sua elaboração e na submissão aos seus ditames.¹¹⁰

O indivíduo tem a liberdade de dispor do seu próprio corpo e da sua imagem com autonomia, direitos inerentes à personalidade. Pode fazer tatuagem, pode se autolesionar por meio de drogas ou não, assim como se automutilar e até se suicidar ou tentar o suicídio que não haverá sanção jurídica, podendo no máximo existir reprovação social e moral, esta que pertence à legislação interna dos indivíduos na forma de imperativos categóricos¹¹¹, no que podemos afirmar que o “direito à inviolabilidade corporal importa a possibilidade para o titular do direito de dispor do seu próprio corpo, inclusive para após a sua morte, devendo dar o seu consentimento em casos de operações cirúrgicas”.¹¹²

No Brasil, inclusive a remoção de órgãos, tecidos e parte do corpo humano para fins de transplante e tratamento tem previsão legal¹¹³, entendendo-se o transplante como “um tratamento que consiste na substituição de um órgão ou de um tecido doente de uma pessoa (chamada de receptor) por outro sadio, de um doador vivo ou falecido”¹¹⁴, o que se comprova que até de próprios órgãos internos podemos dispor por meio de doação.

Pode-se dispor do próprio corpo, de sua saúde e da própria imagem, porque não se pode dispor da vida excepcionalmente? Sim, numa concepção personalística, a vida é um bem personalíssimo e indisponível, mas seria essa a melhor concepção a ser adotada para se permitir um argumento jurídico? Juridicamente, no campo da argumentação que envolve a disponibilidade ou não da vida, não se deve ter a vida apenas como mais um *objeto de tutela jurídica* sob o aspecto deontológico e não teológico? Se é um direito, quem seria o seu titular?

¹¹⁰ BARRETO, 2013, p. 60.

¹¹¹ SÁ, 2001, p. 90.

¹¹² WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro: introdução e parte geral**. 6. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 109.

¹¹³ Lei n. 9434, de 04 fev. de 1997, alterada em partes pela Lei n. 10.211, de 23 mar. de 2001.

¹¹⁴ SOCIEDADE BENEFICIENTE ISRAELITA BRASILEIRA – ALBERT EINSTEIN. **Transplante de órgãos**. Disponível em: <<http://www.einstein.br/hospital/transplantes/transplanteorgaos/Paginas/transplante-de-orgaos.aspx>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

Por que o titular de um direito extrapatrimonial não pode dispor do mesmo livremente em determinadas e específicas ocasiões que envolve o direito a uma vida e morte digna? Seria o discurso ético da sacralidade da vida compatível com um discurso ético científico? Qual o discurso que devemos adotar para se ter uma adequada argumentação jurídica sobre o tema eutanásia? Por que num Estado Democrático de Direito há de se tolher a liberdade com autonomia sobre a sua própria pessoa quando não ocasione ameaça ou lesão a direito de outrem? A moral social é a medida da liberdade como coexistência, mas até que ponto pode-se agir impondo-a a todos numa democracia que tem como princípios fundamentais a cidadania e a dignidade da pessoa humana, sem que a moral, como legislação interna dos indivíduos, não seja oprimida no convívio social?

Viver não é uma obrigação, mas sim um direito inerente a todo ser humano que nasce com vida, por isso não se pode conceber que seja razoável se exigir que um indivíduo sofra desnecessariamente num processo irreversível no fim de sua vida tida como digna, por vontade de terceiro, desconsiderando a sua vontade consciente para subjulgá-lo a ter sofrimentos físicos e/ou psíquicos em decorrência da liberdade como heteronomia, em flagrante desrespeito à sua moral interna, à sua autodeterminação e à sua liberdade como autonomia que faz do homem um fim em si mesmo nas democracias.

Tal atuar macula a dignidade humana na medida em que a autonomia da vontade que decorre das leis que criamos, lei da liberdade que são autoimpostas e que também o fundamento de uma democracia, que não nos obriga a ter que suportar tanta dor e sofrimento físico indesejável, muitas vezes degradante e desumano, este que em muitas vezes pode se equiparar à tortura que é uma conduta hedionda e viola frontalmente o direito humano fundamental de não ser assim tratado (CF; art. 5º, III).

Querer que médicos me deixem morrer (não que me matem), em casos de extremo sofrimento, em consequência de uma doença terminal, é um exemplo de uso dessa autonomia, tomada como autodeterminação. Eu poderia querer que nas mesmas circunstâncias todos pudessem querer a mesma coisa. É a vinculação entre autonomia e vida digna, o que talvez possa significar morte digna. Talvez fosse mais racional uma declaração anterior à doença autorizando a permissão da morte do que quando já acometido de doença grave. Nessas circunstâncias, eu deveria poder querer que não fosse feito uso de meios extraordinários para me manter vivo.¹¹⁵

¹¹⁵ WEBER, 2013, p. 47.

Não há o dever de viver, como já afirmado, do contrário a tentativa de suicídio seria criminalizada, razão pela qual podemos entender que possa existir um dever correspondente a se ter uma existência digna, com liberdade e autonomia, que se encerra com a morte, afinal, na acertada concepção kantiana, o homem é um fim em si mesmo e não um meio ou objeto “para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”,¹¹⁶ sendo a dignidade humana algo inerente ao próprio ser que se expressa por meio de suas ações.

As ações humanas encerram em si mesmas a expressão do dever, seja quando tal ação é *por dever* ou *conforme o dever*. Uma ação por dever é aquela que exterioriza o conteúdo moral que determina a prática de tal ação, longe de quaisquer inclinações que venham a condicioná-la, pois uma vez que isto acontece não haverá ação por dever, mas ação conforme o dever.¹¹⁷

Ora, se a vida e a morte são acontecimentos naturais que integram uma existência humana, porque há de se ter apenas direito a uma vida digna, como se a morte não fosse um fato natural, inevitável e inerente a todo ser. Absoluta na vida é a morte que um dia se apresenta e encerra o ciclo de existência de um homem na terra.

O direito à vida e à morte digna são igualmente direitos humanos fundamentais, o primeiro explícito e o segundo implícito, este igualmente e umbilicalmente ligado a existência humana e aos direitos da personalidade, daí dizerem respeito à dignidade da pessoa humana, sustentando, com propriedade, Ingo Wolfgang Sarlet, ser inviável a “concepção segundo a qual os direitos fundamentais formam um sistema em separado e fechado no contexto da Constituição”.¹¹⁸

Na linha do acima exposto, o que aqui realmente se deve reivindicar é a **liberdade negativa**, entendida esta como aquela em que “o indivíduo não somente é livre para fazer o razoável ou necessário, mas livre para fazer ou deixar de fazer o que quiser, sem intervenções externas provenientes do Estado ou de outros indivíduos”, não a **liberdade positiva** em que se atribui ao indivíduo a “liberdade de cometer apenas aquelas condutas que sejam razoáveis e necessárias”, conceito este que surge nas “doutrinas religiosas, morais e éticas que buscam a

¹¹⁶ KANT, 2011, p. 72.

¹¹⁷ SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 102.

¹¹⁸ SARLET, 2012, p. 71.

salvação ou perfeição do homem”, uma vez que à *negativa*, “em seu âmbito se nega o poder externo, a heteronomia”.¹¹⁹

Sobre esse ponto acerca da liberdade e dignidade, Ronald Dworkin faz preciosa colocação:

Insistimos na liberdade porque prezamos a dignidade e colocamos em seu centro o direito à consciência, de modo que um governo que nega esse direito é totalitário, por mais livres que nos deixe para fazer escolhas menos importantes. É por honrarmos a dignidade que exigimos a democracia, e, nos termos em que definimos esta última, uma Constituição que permita que a maioria negue a liberdade de consciência será inimiga da democracia, jamais sua criadora. Qualquer que seja nosso ponto de vista sobre o aborto e a eutanásia, queremos ter o direito de decidir por nós mesmos, razão pela qual deveríamos estar sempre dispostos a insistir em que qualquer Constituição honorável, qualquer Constituição verdadeiramente centrada em princípios, possa garantir esse direito a todos.¹²⁰

Dessa forma, deve preponderar a liberdade como autonomia que é a *negativa*, esta que prestigia o indivíduo em detrimento de uma meta coletiva, como a própria Constituição Federal o fez a partir de 1988, em respeito à dignidade da pessoa humana como direito fundamental vetor de todos os demais, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, sob pena de se permitir que a heteronomia que se identifica com a *liberdade positiva*, não tenha como solucionar, em se tratando da morte consentida de alguém que se encontra em fase terminal de doença incurável, irreversível e com intensos sofrimentos físicos e/ou psíquicos, a dicotomia que há entre as suas duas proposições: uma que valoriza a vida e a sua preservação com um bem em si, e outra que impõe a vedação de impor ao ser humano tratamento desumano e degradante.¹²¹

¹¹⁹ PULIDO, 2013, p. 233-234.

¹²⁰ DWORKIN, 2009, p. 342-343.

¹²¹ BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, v. 13, n. 50, 2010, p. 51.

2 EUTANÁSIA

Falar de *eutanásia* é falar a respeito de algumas formas de antecipar o fim de uma existência humana. A morte pode dar-se por ação ou omissão para abreviar dores e sofrimentos insuportáveis de um paciente terminal, atendendo pedido claro ou presumido do paciente para evitar uma morte lenta e sofrida contra a sua vontade consciente que caracteriza um ato de tirania. Pode também se dar depois de prolongado e desnecessário tratamento artificial de se manter a vida de um paciente terminal, submetendo-o, muitas das vezes, na ânsia da preservação da vida, a tratamentos desumanos e degradantes, assim como em decorrência do descaso ou omissão estatal com a saúde pública, dando causa a mortes de moribundos em trânsito ou na porta e/ou corredores de hospitais por falta de médicos e/ou leitos disponíveis.

Como forma introdutória para reflexão de como se pode dar a morte de uma pessoa em duas hipóteses, dentre outras, passamos a falar rapidamente da mamba-negra, serpente altamente peçonhenta e a mais longa da África que pode matar um ser humano em 20' com o seu veneno, causando paralisia muscular e dores terríveis, eventualmente matando a sua vítima por insuficiência respiratória, sendo que as mortais neurotoxinas e cardiotoxinas injetadas afetam o sistema nervoso e o coração.¹²²

Assim, a vítima fatal ao invés de ter uma morte rápida a tem lenta e dolorosa, quando se fosse dado a escolher entre uma e outra, certamente, dentro de certo padrão de normalidade comportamental teria preferência pela primeira opção.

Sobre essa questão, que envolve meios paliativos ou não de retardar a morte certa, registramos que:

¹²² TERRA SELVAGEM. **Mamba-negra**. Disponível em: <<http://www.terraselvagem.com/animais/repteis/mamba-negra/>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

Em maio de 1991, o jornal The Washington Post publicou o artigo assinado pelo médico John H. Flashen intitulado “Escolhendo morte ou mamba na UTI” no qual, em história de ficção, três missionários religiosos estavam aprisionados por canibais e o chefe tribal oferecia duas opções: morte ou mamba. Dois deles, sem saber o significado de mamba a escolheram na suposição que seria melhor que a morte, a qual bem conheciam. Souberam, então, que mamba era uma cobra venenosa cuja picada impunha enorme e insuportável sofrimento antes de culminar, após algumas horas, em morte. Viveram, assim, uma longa agonia antes do final. Após presenciar o insólito sofrimento dos companheiros, o terceiro missionário rogou ao chefe canibal que lhe concedesse a morte. Recebeu como resposta que a teria sem dúvida, porém, precedida de um pouquinho de mamba. A questão apresentada pelo autor aos médicos é sobre a quantidade de mamba imposta diariamente a inúmeros pacientes internados em UTIs.¹²³

Essa obstinação terapêutica (*distanásia*) que ainda ocorre nas unidades hospitalares “tornou-se problema ético de primeira grandeza na medida em que o progresso técnico-científico passou a interferir de forma decisiva nas fases finais da vida humana”¹²⁴, passando a se tornar um paradoxo à preservação da vida humana nessas condições.

Em face dessas considerações, não coadunamos com Ferrando Mantovani quando critica o atuar das perspectivas utilitaristas de criação de um espaço para o Direito, assinalando que a ciência jurídica não lhe parece legitimada a tratar da eutanásia que é uma questão exclusiva da religião e da filosofia por dizer respeito a se estabelecer se não mais existe a vida humana ou está desprovida de valor, ou até mesmo porque pode se situar como um problema exclusivo de ética profissional.¹²⁵ A questão está diretamente ligada à morte de um ser humano que, quer queiramos ou não, conforme o caso pode justificar uma intervenção penal e na atualidade temos o Biodireito que se associa à Bioética no estudo das relações jurídicas entre o direito e a tecnologia da medicina e da biotecnologia, com atenção especial ao corpo e à dignidade da pessoa humana, portanto tem tudo deve haver com o Direito.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

Luis Jiménez de Asúa, em sua clássica obra “*Libertad de amar y derecho a morir*”, ao nos trazer breves apontamentos históricos sobre a *eutanásia*, consigna que “*alguns pueblos*

¹²³ HILKNER M., HILKNER R.R. **A questão da terminalidade**. Saúde, Ética & Justiça, 2012, p. 78.

¹²⁴ PESSINI, Léo. **Distanásia**: até quando investir sem agredir. Bioética, Brasília, Conselho Federal de Medicina, v. 4, n. 1, p. 31-43, 1996.

¹²⁵ MANTOVANI, Ferrando. Aspectos jurídicos da eutanásia. In: Eutanásia. **Fascículos de ciências penais**. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris Editor, ano 4, v. 4, n. 4, out./nov./dez., 1991, p. 36.

pretéritos – como entre los celtas -, el desígnio eugênico se completaba com el propósito eutanásico, puesto que se daba muerte a los ancianos veletudinarios”¹²⁶, sendo que sua prática se dava também em algumas tribos antigas e selvagens:

Que aún se conserva, que imponen como obligación sagrada al hijo administrar la muerte buena al padre viejo y enfermo, es una de las muestras más paladinas de que la Eutanasia tiene remoto origen y algunos ejemplos vigentes de los que pueden enorgullecerse poco sus partidarios.

Nos aponta Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, que a *eutanásia*:

[...] parece ter sido previsto pela primeira vez no direito territorial da Prússia (*Allgemeine Landrecht* de 1794), que castigava como responsável de homicídio culposo ao que “com boa intenção encurtasse a vida de um enfermo ou ferido mortalmente”. Em 1902 o Código Penal da Noruega autorizou *redução da pena* para a morte por piedade do enfermo em estado desesperado. O Código Penal russo de 1922, hoje revogado, autorizou a *eutanásia*.¹²⁷

Os **Espartanos**, “lançavam os recém-nascidos deformados e até anciões” por não servirem aos seus propósitos bélicos¹²⁸, assim como na **Índia** de antigamente, os incuráveis eram lançados à morte, e em **Atenas**, o Senado facultava o fornecimento de bebida com veneno em banquetes especiais aos velhos e incuráveis.

Sócrates e **Platão** eram favoráveis, enquanto **Aristóteles** e **Pitágoras** eram contra, registrando Jiménez de Asúa ao tratar dos primeiros defensores da *morte boa* que:

Acaso recogiendo las enseñanzas de los índios, los filósofos griegos y romanos se mostraron partidarios de ayudar a morir a los ancianos, a los agónicos y a los

¹²⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Libertad de amar y derecho a morir**. 5. ed. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1942, p. 427.

¹²⁷ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Transplante de Órgãos e Eutanásia (liberdade e responsabilidade)**: abordagem filosófica, religiosa e penal, limites éticos e jurídicos da experimentação humana, responsabilidade penal dos médicos, eutanásia, ortotanásia e distanásia, aborto eugênico e ética médica. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 215-216.

¹²⁸ FRANÇA, Genival Veloso; SOUTO MAIOR, Hermano José. Direito de viver e direito de morrer (um enfoque pluridisciplinar sobre eutanásia). Et al. **Eutanásia**. Fascículos Ciências Penais. Trimestral. ano 4. n. 4. out - nov - dez - 1991. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 54.

incurables. Platón, Epicuro y Plinio fueron los primeros pensadores eutanásistas. El primero, em su República, expone ya conceptos de carácter seleccionador, alabando a Esculapio por haber propuesto el cuidado tan solo de los enfermos curables y el abandono a su propio destino de los desahuciados, y patrocinando el homicidio de los ancianos, de los débiles y de los enfermos. Epicuro, por su parte, pensaba que debíamos hacer lo posible por que la vida no nos fuera odiosa; pero una vez que se nos hiciera insoportable debíamos terminarla. Plinio, en fin, llega a discutir las enfermedades en que “los físicos podían dar la muerte”.¹²⁹

A *eutanásia* ao longo da história humana tem causado sempre muita polêmica pelos inúmeros aspectos multidisciplinares que envolvem a questão, sendo que desde os primórdios dos tempos o direito de matar ou de morrer sempre teve seus defensores e opositores mais extremados.

Charles Darwin (1809-1882) por meio da *teoria da seleção das espécies* teve a ideia da seleção natural dos animais superiores ou não, por isso na natureza os fracos, deficientes e velhos são deixados de lado, muitas vezes desde o ninho.

Assim como na natureza em que nascem seres mais debilitados, deficientes ou deformados, os seres humanos fracos acometidos de doenças irremediáveis e/ou velhos eram deixados de lado ou para trás, entregues à própria sorte, por não terem forças para acompanhar os mais jovens e fortes, ficando ao sabor do destino, quando não mortos pelos próprios pares ou pais quando recém-nascidos, numa verdadeira atividade de eugenia em que só os mais fortes tinham direito à vida. Entretanto, há de se registrar que com o judaísmo e o cristianismo começou-se a condenar essa prática, passando a vida a ter um caráter sagrado e com o tempo a *eutanásia* passou a ser considerada uma prática criminosa.¹³⁰

Lado outro, **Francis Galton** (1822-1911), primo de Charles Darwin, desviou o foco da *teoria da seleção das espécies* para desenvolver o objetivo de aperfeiçoar a espécie humana com auxílio da genética, sendo o criador do termo *eugenia*.¹³¹

Tal fato não se pode comparar com que fez a Alemanha do Terceiro Reich em 1939 durante a 2ª Grande Guerra Mundial por meio do regime nazista que instalou o *Programa de Eutanásia* quando da vigência do partido nacional-socialista, como reporta a história mundial.

¹²⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, 1942, p. 447.

¹³⁰ MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. Direito à morte digna: Eutanásia e morte assistida. **Âmbito Jurídico.com.br**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 28 set. 2012.

¹³¹ GOLDIM, José Roberto. **Eugenia**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eugenia.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

Durante esse regime fascista se deu um verdadeiro Holocausto, ou seja, um extermínio de milhões de judeus e pessoas *não arianas* que foram cremadas ou mortas após experiências genéticas, incluindo nesse rol os deficientes físicos ou mentais, portadores da síndrome de Down, comunistas, homossexuais, membros de elites de outros países, prisioneiros de guerra, ativistas políticos, sacerdotes católicos, testemunhas de Jeová, sindicalistas, pacientes psiquiátricos, criminosos comuns e outros mais, caracterizando um verdadeiro genocídio, sendo que essa ocorrência histórica deu causa há repugnação de muitos ao termo *eutanásia* que, na verdade, não tem nada haver com essa prática desenvolvida.

Como bem pontua Roberto Dias, “o extermínio em massa levado a efeito pelos nazistas, após a ascensão de Hitler ao poder na Alemanha, com o intuito de “purificação da raça”, é um dos exemplos mais marcantes de genocídio baseado na eugenia, que remetem à equivocada ideia de eutanásia”.¹³²

De qualquer forma, diante dessa tragédia humana que assombrou o mundo no decorrer do regime nazista, melhor não andou posteriormente o Tribunal Norte-Americano de Nuremberg que depois de processar e julgar esses “crimes contra a humanidade”, proferiu sentença “em 19 de agosto de 1947 contra o Dr. Karl Brandt, que dirigiu a execução do *programa eutanásico*, e contra outros médicos que colaboraram com ele, condenou-os à morte por “haverem assinado centenas de milhares de seres humanos”¹³³, ou seja, teve um atuar que retrocedeu no tempo, contrário à filosofia utilitarista que trabalha com os fins preventivo geral e especial da pena, para lhe dar um nítido caráter retributivo inerente à pena de Talião do Código de Hamurabi que remonta à 1.700 a.C.

Entretanto, com o avanço da ciência e da evolução humana esse caráter delituoso da *eutanásia* vem sendo mitigado em certas circunstâncias peculiares, em que a dignidade da pessoa humana começa a ter seus reflexos não só mais no direito à vida digna, mas também a uma morte digna, livre de sofrimentos irrenunciáveis que fomentam a compaixão e a solidariedade diante de quadros clínicos incuráveis.

¹³² DIAS, Roberto. **O direito fundamental à morte digna**: uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 144.

¹³³ SANTOS, 1992, p. 219-220.

2.2 CONCEITO

O termo *eutanásia*, que na sua etimologia grega significa “boa morte”, foi usado pela primeira vez por Francis Bacon no século XVII¹³⁴, registrando nesse sentido Jiménez de Asúa, com mais profundidade, que a:

Palabra “Eutanasia” está compuesta de dos voces griegas que significan “muerte buena”. El vocablo fué creado en el siglo XVII por el famoso Canciller inglés Francisco Bacon, al estudiar en uno de los capítulos de sus conocidas obras, el “tratamiento de las enfermedades incurables” que, según Bacon no es outro que la “eutanasia”. El Canciller de Inglaterra queria que el final de la vida se acepte por la razón y que el arte aplique todos los recursos para lograrlo, “como un poeta dramático consagra los esfuerzos de su gênio al último acto de su obra”.¹³⁵

José Luis Díez Ripollés aos tratar dos problemas conceituais da *eutanásia*, quando de seu ensaio sobre *eutanasia y derecho* que:

Por eutanasia, en términos genéricos, debe entenderse aquel comportamiento que, de acuerdo com la voluntad o interés de otra persona que padece una lesión o enfermedad incurable, generalmente mortal, que le causa graves sufrimientos y/o le afecta considerablemente a sua calidad de vida, da lugar a la producción, anticipación, o no aplazamiento de la muerte del afectado.¹³⁶

A *eutanásia* se dá quando o agente atua ativamente para interromper a vida de um paciente em estado terminal e irreversível, sendo que:

Atualmente o conceito é confinado a uma acepção bastante estreita, que compreende apenas a forma ativa aplicada por médicos a doentes terminais cuja morte é inevitável em um curto lapso. Compreende-se que a eutanásia é a ação médica intencional de apressar ou provocar a morte – com exclusiva finalidade benevolente – de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos.¹³⁷

¹³⁴ SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 66.

¹³⁵ JIMÉNEZ ASÚA, 1942, p. 402.

¹³⁶ Díez Ripollés, José Luis. Eutanasia y derecho. **Eguzkilore: Cuaderno Del Instituto Vasco de Criminología**, San Sebastian, n. 9, dez. 1995, p. 114.

¹³⁷ BARROS; MARTEL, 2010, p. 24.

Com este conceito exclui-se a denominada *eutanásia passiva e indireta* do conceito estrito de *eutanásia*, tendo em vista que a primeira é ocasionada por omissão e a segunda por ação desprovida da intenção de provocar a morte. Entretanto, “de acordo com o consentimento ou não daquele que padece, a *eutanásia* pode ser *voluntária, não voluntária e involuntária*”.¹³⁸

A *eutanásia não voluntária* se caracteriza por não ter o moribundo há capacidade de consentir ou anuir com a sua prática, lecionando com acerto Roberto Dias que há

[...] distinção entre eutanásia voluntária e involuntária. Enquanto aquela é praticada levando em conta os interesses fundamentais e a solicitação do destinatário, esta última é praticada contra a vontade da pessoa. Mas também há a hipótese de não se saber a vontade do paciente e, nesse caso, será preciso discutir a legitimidade de um consentimento presumido, o que se fará mais adiante.¹³⁹

George Salomão Leite conceitua em sentido *lato sensu* a *eutanásia* como “o ato deliberado de matar alguém por motivo de compaixão, em razão de uma enfermidade grave ou incurável”.¹⁴⁰

Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira sustentam que na atualidade a *eutanásia*;

Vem sendo utilizada como a ação médica que tem por finalidade abreviar a vida de pessoas. É a morte de pessoa – que se encontra em grave sofrimento decorrente de doença, sem perspectiva de melhora – produzida por médico, com o consentimento daquela. A *eutanásia*, propriamente dita, é a promoção do óbito. É a conduta, através da ação ou omissão do médico, que emprega, ou omite, com consentimento da pessoa, meio eficiente para produzir a morte em paciente incurável e em estado de grave sofrimento, diferente do curso natural, abreviando-lhe a vida.¹⁴¹

¹³⁸ BARROS; MARTEL, 2010, p. 25.

¹³⁹ DIAS, 2012, p. 145.

¹⁴⁰ SALOMÃO LEITE, George. Direito fundamental a uma morte digna. Et al. **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. SALOMÃO LEITE, George. SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). São Paulo: RT; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009, p. 143.

¹⁴¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 88.

Sergio A. Paduczak e Maria A. Squillaci, depois de definir também a *eutanásia* como boa morte, partindo da origem etimológica da palavra que vem do grego (*eu*: bom e *tanatos*: morte), nos apresenta várias derivações conceituais:

Como: “muerte sin sufrimiento”, o “la que se provoca voluntariamente”, “muerte sin dolor”, “supresión de la vida de un enfermo incurable”, sea a petición propia o de su familia, el médico o el Estado, decisión de abstenerse de medios extraordinarios, considerados desproporcionados en la fase terminal y vistos como “encarnizamiento terapéutico”.¹⁴²

Por sua vez, José Luis Medina Frisancho ao apresentar as classificações da *eutanásia* quanto à decisão da vítima; quanto ao sujeito executor do ato e quanto à forma da conduta, acentua que:

Eutanasia activa es aquélla consistente en provocar la muerte del paciente cuando éste así lo solicita, a través de acciones positivas, mediante un hacer del agente.[...]. **Eutanasia pasiva**, comporta la no iniciación de un determinado tratamiento médico necesario (terapéutico o quirúrgico) o interrumpir uno ya iniciado. Lo propio respecto a cualquier otro medio que contribuya a la prolongación de la vida que presenta um deterioro irreversible o se encuentra mortalmente afectada por una enfermedad grave o incurable.¹⁴³

Finalizamos com Claus Roxin que assinala ser *eutanásia* “a ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção da dignidade humana”¹⁴⁴, assim como com José Luis Díez Ripollés que registra a necessidade de um entendimento genérico da *eutanásia* como:

Aquel comportamiento que, de acuerdo con la voluntad o interés de otra persona que padece una lesión o enfermedad incurable, generalmente mortal, que le causa graves

¹⁴² PADUCZAK, Sergio A.; SQUILLACI, María A. Ciencias Penales Contemporáneas: **Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología**, Mendoza, v. 4, 7/8, 2004, p. 554-555.

¹⁴³ MEDINA FRISANCHO, José Luis. Tipología de la eutanasia. In: MEDINA FRISANCHO, José Luis. **Eutanasia e imputación objetiva em derecho penal: una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte**. Lima: Ara, 2010, p. 75.

¹⁴⁴ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. Tradução de Luis Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, n. 32, out./dez. 2000, p. 10.

sufrimientos y/o le afecta considerablemente a su calidad de vida ,da lugar a la producción, anticipación, o no aplazamiento de la muerte del afectado.¹⁴⁵

2.3 CLASSIFICAÇÕES

A doutrina nos apresenta inúmeras classificações para a *eutanásia*, mas, em regra, temos como comum a *eutanásia ativa* (interrupção ativa da vida), *ortotanásia* ou *eutanásia passiva* (cessação do tratamento), *mistanásia* ou *eutanásia social* (morte miserável por falta de assistência médico-hospitalar), *distanásia* (oposto de eutanásia porque nesta devem-se utilizar de possibilidades para prolongar a vida, ainda que a cura não seja uma possibilidade e o sofrimento se torne demasiadamente penoso), *suicídio assistido* (morte auxiliada por terceiros), *homicídio a pedido (eutanásia ativa)* e outras mais denominações são comumente abordadas pela comunidade acadêmica mundial, sendo que nosso trabalho estará focado na *eutanásia ativa* que é a figura nuclear.

De plano, se a palavra *eutanásia* vem do grego que significa “boa morte” por ser livre de dores e sofrimentos desnecessários em casos terminais, não se justifica e só discrimina o termo a sua utilização vinculada à *mistanásia*, esta sim, uma morte miserável sofrida e desnecessária ocasionada por descaso do poder público, erro médico ou negligência médica.

Ferrando Mantovani, de forma mais aprofundada, a divide em: **1) eutanásia coletiva** que se subdivide em *eutanásia eugênica*, *eutanásia econômica*, *eutanásia criminal*; *eutanásia experimental*; *eutanásia profilática* e *eutanásia solidária*; **2) eutanásia individualista ou piedosa** que compreende a *passiva ou paraeutanásia* e a *eutanásia ativa*.¹⁴⁶

A *eugênica* visa o apuramento da raça, com eliminação dos fracos, deficientes físicos e mentais. A *econômica* visa à eliminação sem dor daqueles doentes terminais para aliviar a sociedade dos custos inúteis de sua manutenção. A *criminal* repousa na eliminação, obviamente que sem dor, dos tidos como socialmente perigosos. A *experimental* decorre do sacrifício de vidas humanas em nome do progresso da ciência médica. A *profilática* decorre da aceitação da “supressão indolor da vida de pessoas afetadas por doenças epidêmicas”. A

¹⁴⁵ RIPOLLÉS, 1995, p. 114.

¹⁴⁶ MANTOVANI, Ferrando. Aspectos jurídicos da eutanásia. SANTOS, Gérson Pereira dos (Trad.). In: **Fascículos Ciências Penais**, v. 4, n. 4, out-dez, 1991, p. 32-33. (grifo nosso)

solidária decorre do sacrifício de uma vida em favor da vida ou saúde de outros, como os decorrentes de transplante de órgãos.¹⁴⁷

Por último, nos apresenta a *eutanásia individualista ou piedosa* que nada mais é que a conhecida *eutanásia* nas vertentes *ativa* e *passiva* (ortotanásia).

Mais uma vez, a nosso sentir, temos como discriminatório o uso generalizado do termo *eutanásia* quando o vincula com fins que não se identificam, na essência, com a sua origem e o seu fim nuclear, utilizando-se de uma generalização perniciosa do termo, o que se ajusta ao fato de que não é favorável à prática da *eutanásia*.

Apuramento de raça é eugenia ou mesmo um genocídio, o que não tem nada haver com *eutanásia*. A **eliminação sem dor de doentes terminais para desonerar a sociedade** é higienização sócio-econômica ou homicídio qualificado, mas não *eutanásia*. A **eliminação sem dor de pessoas socialmente perigosas** é outra forma de higienização social ou de homicídio, mas não de *eutanásia*. A denominada *experimental* é a que em parte foi feita nos campos de concentração nazistas e nada tem haver também com *eutanásia*, assim como a *profilática* e *solidária*, o que, por si só, sem maior profundidade, se pode extrair que o autor, italiano, igualmente à Constituição da Itália, aparentemente adota uma concepção personalística no que diz respeito à vida, certamente decorrente das fortes influências da ética da sacralidade da vida em seu posicionamento em virtude do Estado do Vaticano.

Lado outro, George Salomão Leite nos apresenta como tipos a *eutanásia ativa*; *eutanásia passiva* (ortotanásia); *eutanásia voluntária* e a *involuntária*¹⁴⁸, como também aponta, dentre outros, Luis Roberto Barrosos, Letícia de Campos Velho Martel e Roberto Dias.

2.3.1 Distanásia

A *distanásia*, diferentemente da *eutanásia*, “se dedica a prolongar ao máximo a quantidade de vida humana, combatendo a morte como grande e último inimigo”¹⁴⁹, ou como afirma José Renato Nalini “é o emprego da tecnologia médica para prolongar o processo

¹⁴⁷ MANTOVANI, 1991, p. 32-33.

¹⁴⁸ SALOMÃO LEITE, 2009, p. 145.

¹⁴⁹ SÁ, 2009, p. 68.

agônico”¹⁵⁰, ou seja, se caracteriza por postergar inutilmente a ‘vida’ de um moribundo que se encontra em um processo terminal irreversível, por meios paliativos, dando a essa situação um “cunho paternalista”.¹⁵¹

Para Gisele Mendes de Carvalho:

A chamada *distanásia* (do grego *dys*, mau, anômalo, e *thanatos*, morte) consiste no emprego de recursos médicos desproporcionados com o objetivo de prolongar o máximo possível a vida humana. Em realidade, a *distanásia* deve ser entendida como o ato de prolongar o processo de falecimento iminente em que se encontra o paciente terminal, já que implica a administração de um tratamento inútil. Trata-se de uma atitude médica que, como o objetivo de salvar a vida do moribundo, o submete a um sofrimento ainda mais intenso. O que se prolonga não é, portanto, a vida humana em si mesma, mas sim o próprio processo de morte.¹⁵²

A prática rotineira da *distanásia* é a presença ainda do retrógado *Juramento Hipocrático*, quando na visão contemporânea cabe ao médico aliviar o sofrimento do paciente, curando-o de todos os males, ainda que este possa significar em continuar a viver, por exemplo, num estado vegetativo, uma vez que, como bem dito por Drauzio Varella, é ao corpo de bombeiros que cabe salvar vidas.¹⁵³

A insistência, diríamos, paternalista, de preservar a vida a todo custo, tornou-se um sério problema ético.

Como vemos, a *distanásia* (obstinação terapêutica), tornou-se problema ético de primeira grandeza na medida em que o progresso técnico-científico passou a interferir de forma decisiva nas fases finais da vida humana. O que ontem era atribuído aos processos aleatórios da natureza ou a “Deus”, hoje o ser humano assume essa responsabilidade e inicia o chamado “oitavo dia da criação”. A presença da ciência e tecnologia começa a intervir decisivamente na vida humana, e essa novidade exige reflexão ética.¹⁵⁴

¹⁵⁰ NALINI, José Renato. **Reflexões jurídico-filosóficas sobre a morte**. Pronto para partir? São Paulo: RT, 2011, p. 28.

¹⁵¹ SALOMÃO LEITE, 2009, p. 143.

¹⁵² CARVALHO, Gisele Mendes. Considerações acerca do impacto da Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina no tratamento jurídico-penal da eutanásia passiva no Brasil. **Ciências Penais**: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 4, n. 6, jan/jun 2007, p. 234.

¹⁵³ VARELLA, Drauzio. **O juramento de hipócrates**. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/drauzio/o-juramento-de-hipocrates/>>. Acesso em: 28 set. 2014.

¹⁵⁴ PESSINI, Léo. *Distanásia: até quando investir sem agredir*. **Bioética**, Brasília, v. 4, n. 1, p. 31-43, 1996, p. 32.

Com o avanço tecnológico da medicina a relação médico-paciente ficou mais distante, mais fria em face dos aparelhos utilizados na tentativa de obter a cura, se postergando ao máximo, a todo custo, a vida daqueles que de forma irreversível se encontram no leito de morte, quando o discurso que se impõe é de aliviar a dor e o sofrimento que pode proporcionar um bem-estar ao paciente, sendo certo que “enquanto a medicina está relativamente bem equipada para combater a dor, em relação ao sofrimento estamos frente a uma categoria mais complexa, que pode, mas não necessariamente envolve a presença da dor”¹⁵⁵, afinal, “lidar efetivamente com a dor em todas as suas formas é algo crítico para um cuidado digno dos que estão morrendo”.¹⁵⁶

Sobre essa questão, que envolve a obstinação terapêutica como meio de retardar a morte certa mediante grande sofrimento do moribundo, consignamos que em 1991 o médico John H. Flashen publicou artigo de sua autoria no jornal *The Washington Post* intitulado “Escolhendo morte ou mamba na UTI”.

O articulista conta uma história de ficção, antes já reportada em outro tópico, que envolve três missionários e uma tribo de canibais, sendo facultado a eles pelo chefe da tribo, escolher entre a morte e mamba. Sem saber o significado, dois deles escolheram a mamba pensando que se livrariam da morte, vindo a ter uma morte lenta e dolorosa, ao contrário do terceiro missionário que teve uma morte rápida. Mamba-negra é uma serpente altamente venenosa que causa a morte lentamente às suas vítimas, o que no jogo de ficção se transforma em realidade equiparada à *distanásia*, considerando “a quantidade de mamba imposta diariamente a inúmeros pacientes internados em UTIs.”¹⁵⁷

2.3.2 Mistanásia

A *mistanásia*, também denominada de *cacotanásia*, é a morte miserável a destempo “por falta de assistência (a vítima nem sequer ingressa no sistema de saúde ou ingressa e não recebe a assistência devida)”¹⁵⁸, restringindo-se essa ocorrência às camadas mais carentes e

¹⁵⁵ PESSINI, 1996, p. 37.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 38.

¹⁵⁷ HILKNER M., HILKNER R.R. A questão da terminalidade. **Saúde, Ética & Justiça**, 2012, p. 78.

¹⁵⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Eutanásia e o novo código de ética médica**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

necessitadas da sociedade, ou seja, àquelas mais vulneráveis socialmente que acabam por serem excluídas do contexto social por meio de uma morte prematura e miserável.

Para Leonard M. Martin, com razão, o termo *eutanásia social* é totalmente inapropriado, devendo:

Ser substituído pelo uso do termo *mistanásia*: a morte miserável fora e antes do seu tempo. A eutanásia, tanto em sua origem etimológica (“boa morte”) como em sua intenção, quer ser um ato de misericórdia, quer propiciar ao doente que está sofrendo uma morte boa, suave e indolor. As situações a que se referem os termos *eutanásia social* e *mistanásia*, porém, não tem nada de boas, suaves nem indolores.¹⁵⁹

Na *mistanásia* as vítimas são doentes e necessitadas de saúde pública, em regra, por motivos que antecedem à internação ou o atendimento médico, sendo que sequer chegam a ser atendidas pela rede pública de saúde e isto por motivos políticos, sociais e/ou econômicos, ou seja, por falta de uma política pública eficaz e/ou em razão da política do próprio hospital público.

Os doentes que se tornam pacientes em potencial ou não, quando há atendimento, são mal atendidos, muitos deixados à própria sorte por motivos prioritariamente econômicos.

Leonard M. Martin, vai além e divide a prática da *mistanásia* em três grandes blocos: **1) Mistanásia em doentes e deficientes que não chegam a ser pacientes; 2) Mistanásia em pacientes vítimas de erro médico, e, 3) Mistanásia em pacientes vítimas de má prática.**¹⁶⁰

A primeira modalidade decorre da ausência ou precariedade de serviços de atendimento médico, em muitos lugares, havendo a conduta *omissiva* que mais assola o chamado Terceiro Mundo, assim como a ativa. Nas demais modalidades acima, o que as diferencia é a fraqueza humana na primeira e a maldade na seguinte.¹⁶¹

A mais comum das modalidades, a primeira elencada acima, pertence aos pacientes denominados oficiosamente pelos que trabalham na saúde pública de SPP (se parar parou), ou

¹⁵⁹ MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. In: **Iniciação à bioética**. Conselho Federal de Medicina. COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (Coords.). Brasília: CMJ On Line, 1998, p. 174.

¹⁶⁰ Ibid., p. 175-178.

¹⁶¹ MARTIN, 1998, p. 175-178.

seja, aqueles que não receberão os socorros necessários em caso de uma parada cardíaca ou congênere, mas sim que serão deixados à mercê de si mesmos, entregues à própria sorte.

Ao se falar de morte indesejada, obrigatoriamente temos que abordar o direito à vida, direito fundamental de primeira dimensão, diria, de maior importância universal, cabendo ao Estado se abster de realizar condutas comissivas e/ou omissivas que violem esse direito individual, prestando as que viabilizem um bem-viver por meio de ações positivas nos direitos sociais, no caso, do direito à saúde, direito fundamental de segunda dimensão de alcance individual e coletivo que está umbilicalmente ligado ao direito à vida.

Sobre os direitos fundamentais, Luigi Ferrajoli nos apresenta interessante colocação teórica desse conceito:

Propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de “derechos fundamentales”: son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.¹⁶²

Em face da dimensão desse direito à saúde, obrigatoriamente, o Estado tem que prestar esse direito social de forma satisfatória visando minimizar as mazelas das causas decorrentes da falta de saneamento básico em algumas comunidades, de médicos, leitos e atendimento médico-hospitalar digno, bem como de condições razoáveis de moradia com salubridade, todavia ao longo da história só vem tratando dos efeitos que custam enganosamente menos aos cofres públicos, mas tem um maior efeito simbólico de uma ação política positiva perante a sociedade.

Tal atuar promove permanentemente a exclusão social das camadas invisíveis da população em detrimento de interesses econômicos que alimentam a elite numa visão individualista do século XIX que ainda perdura em face da política neoliberal dominante, violando flagrantemente direitos humanos fundamentais.

Sobre esse aspecto, Marcelo Neves aponta, *mutatis mutandis*:

¹⁶² FERRAJOLI, 1998, p. 19.

Assim como a reação a violações escandalosas e flagrantes aos direitos humanos que se manifestam, por exemplo, na tortura e no genocídio, constitui um dos “mais importantes indícios de um sistema jurídico mundial”, não se pode negar que também a falta de condições mínimas de sobrevivência para grande parte da população na sociedade mundial de hoje, implicando como que uma exclusão social absoluta dos respectivos grupos humanos, também tem sido vista como violação gritante e escandalosa à “dignidade humana” e, pois, aos direitos humanos enquanto inclusão jurídica generalizada.¹⁶³

Para minimizar esse grave problema social da saúde, bem como atender parte desses direitos coletivos fundamentais, o legislador constituinte originário criou o Sistema Único de Saúde (CF; art. 200) e estabeleceu a sua competência, vindo posteriormente o legislador infraconstitucional, por meio da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990 (“Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”)¹⁶⁴, disciplinar o funcionamento do sistema ao dispor em seu artigo 3º e parágrafo único:

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.864, de 2013).

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

É certo, como disciplina expressamente o próprio parágrafo segundo do artigo 2º da Lei n. 8.080/1990, numa sociedade pluralista, o *dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade*, contudo empiricamente não temos constatado um atuar do SUS que promova a inclusão social de forma que cada um dos atores acima citados possam cumprir, a contento, com o seu dever, afinal um estado democrático e social de direito existe para servir ao povo e não ao contrário, uma vez que tem como um dos seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁶³ NEVES, 2009, p. 251-252.

¹⁶⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 14 fev. 2014.

O *sistema de regulação* do SUS, que é aquele em que um paciente em risco de vida necessita de transferência para uma Unidade de Tratamento Intensivo ou Centro de Tratamento Intensivo, tem se demonstrado seletivo de forma discriminatória em face da carência de leitos disponíveis, mas num nível que se aproxima da denominada *mistanásia*, quiçá numa dissimulada *razão econômica* como pano de fundo, uma vez que idosos nessas condições precárias são preteridos em detrimento dos mais jovens, o que causa uma assimetria social por não ser esse atuar a exceção, mas sim a regra.

Dessa forma, constatamos que esse instrumento (SUS)¹⁶⁵ no decorrer do tempo, na falta de reais investimentos contínuos ao longo desses quase vinte e quatro anos de sua criação, perde referencial e simbolicamente só está tratando dos efeitos e não das causas que lhe compete constitucionalmente participar, executar e incrementar, justamente por falta de políticas públicas concretas de maior investimento no social em detrimento de interesses econômicos privados.

Esse atuar deficiente do Estado, no viés social, fomenta a desigualdade social e a discriminação daqueles que são reféns da saúde pública, em detrimento dos que podem se valer da saúde privada, sobrepondo aos interesses sociais os econômicos, que tanto interessam a uma globalização hegemônica neoliberal, fomentadora da exclusão social, deixando assim, os entes públicos, de cumprir a contento com o seu papel social que lhe incumbe constitucionalmente, impedindo o exercício da cidadania ao não fazer observância obrigatória ao direito fundamental da igualdade e, em consequência, da consolidação da democracia.

O descaso com a saúde pública tem levado ao longo do tempo muitas pessoas ao desespero nas portas dos hospitais públicos, havendo até pontuais *dias de fúria* por parte de algum integrante do corpo médico ou de familiares/amigos, que quando não desabafam perante as câmaras de televisão sobre o caos da saúde pública, promovem verdadeiro quebra-quebra no local, deixando ainda mais precário aquele posto ou local de atendimento médico.

É uma ocorrência de extrema gravidade, na medida em que incumbe ao Estado prestar uma saúde pública a contento que, por não a realizar desse modo, acaba, por via oblíqua, negando esse essencial e fundamental direito social coletivo e, em consequência, o exercício de uma cidadania moderna que permanece apenas tutelada.

¹⁶⁵ Tem sido visto como uma das melhores reformas na área social nesse nosso regime democrático, tendo em vista o seu perfil universal e igualitário.

Promove, assim, uma verdadeira higienização social por meio do óbito a destempo das camadas da sociedade mais vulneráveis, atuando os governantes, como garantes, com comissão por omissão na promoção contínua de um genocídio social que reclama denúncia e intervenção internacional por grave violação dos direitos humanos.

Essa ação nefasta a que se denomina *mistanásia* - morte prematura, miserável dos que vivem em precárias condições de vida na sociedade -, reclama uma releitura dos direitos sociais, como direitos fundamentais que integram o catálogo da nossa Constituição Federal de 1988 e dos fins do Estado numa democracia.

O caminho a ser perseguido repousa na materialização da cidadania por meio de uma maior participação popular na gestão e políticas públicas, propiciando um controle social da eficiência, transparência, moralidade e legitimidade da Administração, atuar que vai ao encontro das aspirações democráticas em que se devem estruturar as instituições públicas, fomentando por meio de mecanismos próprios a concretude plena de uma cidadania moderna, com respeito efetivo aos direitos fundamentais individuais e coletivos em todos os níveis da nossa federação.

Para tanto, não mais se justifica a existência de cidadãos-servos como “os sujeitos dos *direitos sem poder*”¹⁶⁶ por confiarem apenas ao Estado a proteção de seus direitos e garantias, suportando “uma democratização falsa e insuficiente que não impede o poder político privado modelar a ‘vontade estatal’, facilitando o crescimento, supra-estatal e extra-estatal, desse poder privado”¹⁶⁷ e, em consequência, faz com que o Estado deixe de lado o social em detrimento de interesses econômicos hegemônicos que alimentam o sistema capitalista selvagem neoliberal decorrente do fenômeno da globalização, ignorando que *todo o poder emana do povo*.¹⁶⁸

2.3.3 Ortotanásia

Ortotanásia - morte por cessação do tratamento ou também literalmente *a morte no tempo certo* -, se dá com a interrupção do tratamento destinado a manutenção da vida do

¹⁶⁶ CAPELLA, 1998, p. 147.

¹⁶⁷ Ibid., p. 147.

¹⁶⁸ Art. 1.º, parágrafo único da Constituição da República Federativa do Brasil.

paciente, ou mesmo com o não início desse tratamento, fazendo que o grave e irreversível quadro clínico se abrevie com a sua morte a pedido próprio ou de ente querido, em virtude dos graves sofrimentos que padecia em vida o moribundo, e sem perspectivas de melhora ou cura.

A *ortotanásia* é assim conceituada por Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel:

Trata-se da morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por ação intencional externa, como na eutanásia. É uma aceitação da morte, pois permite que ela siga seu curso. É prática “sensível ao processo de humanização da morte, ao alívio das dores e não incorre em prolongamentos abusivos com aplicação de meios desproporcionados que imporiam sofrimentos adicionais”.¹⁶⁹

Por sua vez, Maria Elisa Villas-Bôas, médica pediatra, bacharel, mestra e doutora em direito, consigna:

A ortotanásia tem seu nome proveniente dos radicais gregos: *orthos* (reto, correto) e *thanatos* (morte). Indica, então, a morte a seu tempo, correto, nem antes nem depois. Na ortotanásia, o médico não interfere no momento do desfecho letal, nem para antecipá-lo nem para adiá-lo. Diz-se que não há encurtamento do período vital, uma vez que já se encontra em inevitável esgotamento. Também não se recorre a medidas que, sem terem o condão de reverter o quadro terminal, apenas resultariam em prolongar o processo de sofrer e morrer para o paciente e sua família. Mantêm-se os cuidados básicos.¹⁷⁰

Alguns autores, como Nogueira, denominam a *ortotanásia* como *eutanásia passiva*, consignando esse autor:

Consideremos como verdadeira, portanto, apenas a eutanásia terapêutica ou libertadora, que será dividida em ativa e passiva, modalidades distintas. A *passiva* consiste em *deixar morrer* naturalmente, sem o uso de aparelhos que prolonguem a vida artificialmente e proporcionem vida puramente vegetativa. A passiva denomina-se também *ortotanásia*, que vem do grego: *orthós* – normal, correta; *thánatos* – morte. Trata-se de não empregar os meios artificiais de prolongamento inútil da vida humana. Aliás, o emprego desses meios tem várias

¹⁶⁹ BARROSO; MARTEL, 2012, p. 25-26.

¹⁷⁰ VILLAS-BOÁS, Maria Elisa. A Ortotanásia e o Direito Penal Brasileiro. **Revista Bioética**, vol, 16, n. 1, 2008, p. 66. Disponível em <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/56/59>. Acesso em 11 de jan. de 2014.

inconveniências, tanto para o próprio enfermo como para seus familiares, além de acarretar gastos elevados.¹⁷¹

De qualquer forma, seja qual for a denominação atribuída à ortotanásia, podemos afirmar que, como aponta Luiz Flávio Gomes:

Ortotanásia não se confunde com a eutanásia porque nesta um terceiro por sentimento de piedade, abrevia a morte do paciente terminal portador de doença grave e incurável a pedido dele. Uma coisa é aplicar uma injeção letal no paciente (eutanásia), abreviando sua morte; outra distinta é suspender os tratamentos médicos inúteis que prolongam (artificialmente) a vida desse paciente, deixando a morte acontecer no tempo dela (ortotanásia).¹⁷²

Essa modalidade de eutanásia, como a *ativa*, tem sido objeto de intensos debates jurídicos, religiosos, morais, filosóficos e éticos ao longo do tempo, por envolver diretamente o direito à vida e a uma morte digna.

Não restam dúvidas que essas questões multidisciplinares, em especial a religiosa, têm tido influência nas decisões políticas, contudo nos resta saber, no caso, até que ponto na seara jurídica pode influenciar de forma a não autorizar a brevidade da morte de quem se encontra no leito vegetando ou não, num quadro clínico irreversível, prolongando, desnecessariamente, a vida de quem quer ter uma morte digna e sem sofrimentos.

Até que ponto esse atuar de preservação da vida é ético e moral socialmente e não representa um paradoxo com o direito fundamental de quem não é obrigado a se submeter a tratamento desumano ou degradante?

Imprimir um tratamento indigno e desumano ao moribundo em nome da liberdade como coexistência, forçando-o a sofrer tratamentos paliativos para proporcionar uma sobrevida que atenda apenas a sentimentos de outrem ou mesmo interesses outros, é tirania.

Tal agir obsta o direito a uma morte digna, sem dores e sofrimentos, maculando diretamente a *dignidade da pessoa humana* e a *cidadania* como *um direito a ter direitos* princípios fundamentais do nosso Estado Democrático de Direito que consolidam a democracia na medida em que se respeita a liberdade como autonomia da vontade desde que não macule direito de outrem.

¹⁷¹ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em defesa da vida**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 45.

¹⁷² GOMES, Luiz Flávio. Ortotanásia: Morte Digna? **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Magister, v. 8, n. 43, ago./set. 2011, p. 56.

2.3.3.1 Breves apontamentos da ortotanásia no âmbito nacional e internacional

A *ortotanásia* (eutanásia passiva) ainda sem previsão legal em âmbito nacional, por alguns é tratada como homicídio.

Em 2009, no Brasil, o Senador Gerson Camata por meio do Projeto de Lei do Senado Federal nº 116/2000, tentou excluir a ilicitude da *ortotanásia*, lastreado em Resolução de 2006 do Conselho Federal de Medicina, contudo a mesma foi suspensa judicialmente em 2007, por meio de liminar concedida em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, o que não impediu que esse projeto de lei fosse remetido à Câmara dos Deputados em 22/12/2009, todavia lá se encontra parado até os dias atuais, apesar de, ao final, o pedido ministerial contido na referida ação judicial acima ter sido indeferido judicialmente, sem resolução do mérito.

No **Equador** e **Venezuela** não há legislação penal que permita expressamente a *eutanásia* ou a *ortotanásia*, entretanto, neste último país há vários anos vem se discutindo o tema, como nos aponta Jesús Enrique Rincón Rincón.¹⁷³

[...] em dezembro de 2003 o juiz Alejandro Angulo Fontiveros, o então Presidente da Câmara Criminal do Supremo Tribunal de Justiça, apresentou publicamente projecto de Código Penal, que propõe, entre outras coisas, a legalização da eutanásia, tanto passiva como ativa. Quase um ano depois, em Setembro de 2004, este projecto tornou-se o projeto oficial do Supremo Tribunal de Justiça, a ser aprovado pelo Plenário do mesmo e sendo consignado para análise e discussão pela Assembleia Nacional, onde está atualmente para a discussão em um futuro próximo.

Em harmonia com essa tendência o Projeto de Reforma do Novo Código Penal Brasileiro (Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012), uma vez que o Senador Pedro Taques, Relator do Projeto no Senado, manteve em seu relatório final de 10/12/2013 a discriminação da *ortotanásia* que já era prevista no relatório inicial.

¹⁷³Tratamiento jurídico penal de la eutanásia: Venezuela. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, jul. 2005, p. 200. Tradução nossa. ([...] en diciembre de 2003 el Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros, en ése entonces Presidente de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, presentó públicamente un anteproyecto de Código Penal, el cual propone, entre otras cosas, la legalización de la eutanasia, tanto pasiva como activa. Casi un año después, en septiembre de 2004, este anteproyecto se convirtió en el proyecto oficial del Tribunal Supremo de Justicia, al resultar aprobado por la Sala Plena des mismo y al ser consignado paa su análisis y discusión por ante la Asamblea Nacional, donde actualmente se encuentra para su discusión em um futuro cercano.)

Embora em **Portugal** com a reforma do CP de 1982 (Lei n.º 65/98, de 2 de setembro) haja o enquadramento das situações de *ortotanásia* no rol dos crimes homicídios dolosos, Frederico de Lacerda da Costa Pinto, assinala que:

A doutrina portuguesa aceita que os casos de eutanásia activa indirecta (ou ortotanásia) se podem considerar no âmbito das cláusulas de risco permitido, sempre que a intervenção clínica destinada a minorar o sofrimento do paciente (de acordo com a sua vontade expressa ou presumida) tenha como consequência lateral indesejada (mas clinicamente valiosa no caso concreto) um encurtamento (não muito significativo) do período de vida.¹⁷⁴

Esse fato, segundo o autor supracitado, decorre de interpretação desses enquadramentos, sendo relevante também que constatamos no Código Penal Português em vigor, que com essa reforma¹⁷⁵, a tentativa de inclusão da *eutanásia* se deu no artigo 134º (“*Homicídio a pedido da vítima*”).

De qualquer forma, constatamos que está ocorrendo, ainda que gradual, uma mudança de paradigma sobre a *ortotanásia*, tomando mais corpo a sua necessária discussão aberta, livre de preconceitos e discriminações, como deve ser numa sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos em um Estado Democrático e Social de Direito, em que tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, “valor unificador de todos os direitos fundamentais”.¹⁷⁶

2.4 EUTANÁSIA NO ÂMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL

Nesse âmbito, alguns países têm adotado posturas pró e outros contra a adoção da eutanásia. Começando pelo Brasil, procuramos de forma aleatória selecionar alguns que compõem a América do Norte, Central e do Sul, assim como a Europa que lidam com a questão em ambos os sentidos para uma melhor reflexão sobre as suas razões da adoção ou não dessa prática.

¹⁷⁴ COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da. Tratamento jurídico de la eutanásia: Portugal. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, jul. 2005, p. 194-195.

¹⁷⁵ Lei n.º 65, de 2 de setembro de 1998.

¹⁷⁶ SARLET, 2012, p. 95.

2.4.1 Na América do Sul e Central

2.4.1.1 No Brasil

A eutanásia ativa ainda sem previsão legal é considerada pela jurisprudência como homicídio privilegiado do art. 121, § 1º, do Código Penal:

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

O item 39 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal de 1940, ao tratar desse “privilegio” - tecnicamente é uma causa de diminuição da pena prevista na parte especial -, expõe que o projeto entende por *motivo de relevante valor social, ou moral*, aquele que é aprovado pela *moral prática*, dando como exemplo a *compaixão* ante o irremediável sofrimento da vítima que denominam de *homicídio eutanásico*¹⁷⁷, entendimento que não tem o condão de atenuar ou mesmo afastar a ilicitude de eventual crime doloso contra a vida nessas condições do nosso direito penal pátrio, sujeitando o agente, de qualquer forma, ao julgamento pelo Tribunal do Júri.

Posteriormente, Ana Raquel Colares dos Santos, consigna:

O Anteprojeto da Parte Especial do Código, de 1984, em atitude inédita, isenta de pena a prática da eutanásia feita pelo médico que, ‘com o consentimento da vítima, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, para eliminar-lhe o sofrimento, antecipa morte iminente e inevitável, atestada por outro médico’. Não tendo seguido seu curso a referida reforma, outras tentativas houve de tirar o ordenamento jurídico da omissão em que se encontrava.¹⁷⁸

Atualmente, houve nova tentativa por meio da Comissão do Anteprojeto de Reforma do Novo Código Penal, que por meio do seu artigo 122 criminalizou expressamente a

¹⁷⁷ BRASIL. Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 213.

¹⁷⁸ Eutanásia: direito de morrer ou direito de viver? In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 155.

eutanásia e, seu parágrafo primeiro, previu a possibilidade do perdão judicial, bem como instituiu no seu parágrafo segundo uma exclusão de ilicitude em se tratando de ortotanásia:

Eutanásia

Art. 122. 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:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§ 1º O juiz deixará de aplicar à pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Exclusão de ilicitude

§ 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.¹⁷⁹

Entretanto, o Senador Pedro Taques em seu relatório final de 2013 do referido Anteprojeto de Lei, exclui do texto da parte especial do código penal a criminalização da *eutanásia*, sob a justificativa surreal de que não possui dignidade penal e que a sua criminalização banaliza o direito penal porque a sua ofensividade social não alcança a necessidade de intervenção penal que pode se ocorrer por outros ramos do direito, como pelo civil e pela via administrativa.¹⁸⁰

Nesse ponto, dentre outros, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, por meio de sua Comissão de Código Penal, teceu importantes comentários ao relatório final do Senador Pedro Taques, e fez duras críticas à supressão da criminalização da *eutanásia*, consignando resumidamente que:

Não se compreende porque o Senador Pedro Taques resolveu eliminar a *eutanásia* do Projeto de Reforma do Código Penal de 2012, e menos ainda porque o fez com a justificativa de que essa conduta estaria melhor regulada pelo Direito Civil ou pelo

¹⁷⁹ BRASIL. Senado Federal. **PLS nº 236, de 2012**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

¹⁸⁰ BRASIL. Senado Federal. **Relatório Final do PLS nº 236, de 2012**. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/08/veja-a-integra-do-relatorio>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

Direito Administrativo. Considerando que no Direito Penal impera o princípio da legalidade (art. 1º, CP), não é possível aceitar o entendimento de que seria legalizada pelo mero fato de não mais constar do texto do Código Penal. Trata-se de pura ingenuidade imaginar que figura do calão do homicídio eutanásico, ou da participação no suicídio de outrem nas mesmas circunstâncias, seriam imediatamente legalizadas simplesmente porque foram suprimidas ou porque não constam dos textos de lei brasileiros. Pelo contrário, o entendimento que se impõe é que continuariam a ser crime e, o que é pior, nos mesmos moldes do que ocorre na atualidade – punidos com severas penas ou, no máximo, com a diminuição de pena por motivo de relevante valor moral. E essa conclusão se impõe não só em razão da legalidade penal, como também por motivo de respeito à segurança jurídica: caso a eutanásia (tanto no homicídio quanto na participação no suicídio) seja finalmente legalizada no Brasil, ou mereça algum tratamento especial por parte do legislador, o mínimo que se espera é que o seja de forma expressa, com a previsão específica das circunstâncias fáticas que imporiam a redução da pena ou a exclusão da ilicitude do comportamento. [...]. Por tudo isso, estima-se que o tratamento que deve ser dedicado à eutanásia no Projeto de Código Penal há de ser expresso, como originalmente constava do PLS 236/2012.¹⁸¹

2.4.1.2 Em outros países

O **Uruguai** foi talvez o pioneiro em disciplinar por meio de seu Código Penal essa questão em 1934. A doutrina uruguaia tem definido a eutanásia como “la acción u omisión que por su naturaleza, o en la intención, causa la muerte, con el fin de eliminar el padecimiento insoportable, por compasión”¹⁸², sendo que o artigo 37 do referido Código Penal de 1934 reconhece como causa de impunidade a figura da *eutanásia*, chamada de *homicídio piedoso*, ou seja, aquele que mata à pedido, motivado pelo sentimento de piedade, possibilitando o perdão judicial o seu artigo 127.¹⁸³

Para o seu reconhecimento judicial devem estar presentes os seguintes requisitos: **1)** súplicas reiteradas; **2)** falta de antecedentes penais do autor, e, **3)** que a atuação tenha como motivação a piedade.¹⁸⁴

Tal atuar se coaduna com uma cultura que vê na dignidade da pessoa humana o valor estruturante da vida humana e, ao mesmo tempo, vetor de todos os demais direitos humanos fundamentais. É uma atuação que respeita a liberdade como autonomia e entende o homem

¹⁸¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM. Comissão de Código Penal. **Comentários ao Relatório Senador Pedro Taques em face do PLS nº 236/12**. 2013, p. 65-66.

¹⁸² GALAIAN PALERMO, Pablo. Tratamiento jurídico penal de la eutanásia: Uruguay. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, jul. 2005, p. 196.

¹⁸³ RIO GRANDE DO SUL. **Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/penaluru.htm>>. Acesso em: 26 nov. 2014.

¹⁸⁴ GALAIAN PALERMO, 2005, p. 197.

como protagonista de sua própria vida, ou seja, na esteira do *imperativo categórico* de Kant, que vê o homem como um fim em si mesmo e não como coisa ou objeto, afinal a ação não chega a ser perigosa para o bem jurídico que é disponibilizado pelo seu titular, não justificando, portanto, a intervenção penal.

No **Chile** não existe previsão legal sobre a *eutanásia ativa ou direta*, contudo a *ortotanásia* (eutanásia passiva ou indireta), sempre que contar com o consentimento da vítima, não resulta em punição no direito chileno, sendo certo que Brun Caballero consigna que existe um projeto de lei, de 2004, que pretende regular a eutanásia ativa ou direta, não acreditando que a médio prazo possa esse projeto se converter em lei em face da clara oposição por parte de atores políticos que têm representação no parlamento.¹⁸⁵

Na **Venezuela**, como já salientado, não tem legislação penal que permita expressamente a eutanásia, entretanto neste último país, em 2003, o Juiz Alejandro Angulo Fontiveros, Presidente da Câmara Criminal do Supremo Tribunal de Justiça propôs projeto de lei, que se tornou oficial a partir de 2004, que legaliza a *eutanásia*, estando na Assembleia Nacional para análise e discussão oportuna.¹⁸⁶

Registra Jesús Enrique Rincón Rincón que o delito de *assassinato por misericórdia*, está previsto no art. 217 do Projeto do Novo Código Penal da Venezuela que assim preceitua:

Artículo 217. Dar muerte por piedad. No comete delito quien para evitar o aliviar el inaguantable dolor o sufrimiento al que padezca una enfermedad terminal o incurable, haga cesar el tratamiento médico a sabiendas de que podría sobrevenir la muerte o aun que la producirá. Tampoco comete delito quien administre a un enfermo tal calmantes en dosis masivas que puedan mitigar el dolor pero también provocar la muerte. Ni cometerá delito el que por piedad y de modo directo cause la muerte par mitigar su dolor o sufrimiento.¹⁸⁷

O Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros justifica a legalização da eutanásia sob o fundamento de que a vida é um direito não um dever, bem como que se deve respeitar a vontade do ser humano que em fase terminal de sua vida resolve negar a receber tratamento

¹⁸⁵ CABALLERO, Brun. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: Chile. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, jul. 2005, p. 178-179.

¹⁸⁶ RINCÓN RINCÓN, Jesús Enrique. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: Venezuela. **Revista Penal**, Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, jul. 2005, p. 200.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 200.

médico, e que a Constituição também consagra o direito a não receber tratamentos degradantes e se respeitar o livre desenvolvimento da personalidade.¹⁸⁸

Com relação ao **Equador**, Efraín Torres Chaves afirma que não há lei que trate da *eutanásia* no país, mas que, de vez em quando ela é lá praticada, como noticiou o jornal da Capital Quito, em março de 2005, sobre a sua ocorrência em um hospital público em que o filho, com o coração partido e consciente, fechou a passagem de oxigênio que mantinha o seu pai desacreditado ainda vivo, sendo que tal fato ocorreu após avaliação secreta do corpo médico e consentimento da família¹⁸⁹, mas como assevera: “la ‘eutanasia’ es un semillero de divisiones filosóficas y sociológicas, en el mundo entero y no solamente en Ecuador, se plantea el problema entre el valor del dinero de un lado; y la defensa de la vida humana, de otro”.¹⁹⁰

Em 24 de maio de 2012 foi promulgada na **Argentina** a Lei 26.742/2012¹⁹¹, chamada de “Lei da morte digna”¹⁹² que passou a autorizar a eutanásia passiva ou indireta (ortotanásia), porém continua vedada a *eutanásia ativa* ou direta.

Com relação à **Colômbia** consta que a Corte Constitucional Colombiana julgou em 20/05/1997 uma ação de inconstitucionalidade (C-239/97) que impugnava a validade do art. 326 do Código Penal que assim dispunha:

Homicidio por piedad. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intenos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años.¹⁹³

George Salomão Leite registra que o autor da ação se sustentou em dois pontos: 1) de que a Constituição assegurava a inviolabilidade do direito à vida, sendo que o ato de alguém

¹⁸⁸ RINCÓN RINCÓN, 2005, p. 200.

¹⁸⁹ TORRES CHAVE, Efraín. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: Ecuador. **Revista Penal**, Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, jul. 2005, p. 182.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 183.

¹⁹¹ ARGENTINA. Taringa!. **Ley sobre muerte digna (Ley 26.742) Argentina**. Disponível em: <<http://www.taringa.net/post/info/14870304/Ley-Sobre-Muerte-Digna-Ley-26-742-Argentina.html>>. Acesso em: 26 nov. 2014.

¹⁹² ARGENTINA. Clarín. **Argentina se suma a una pequeña lista de países que permiten la muerte digna**. Disponível em: <http://www.clarin.com/sociedad/Argentina-sumara-pequena-paises-permiten_0_697_130542.html>. Acesso em: 26 nov. 2014.

¹⁹³ SALOMÃO LEITE, 2012, p. 149.

dispor da vida de outrem, em razão deste estar em estado grave ou incurável, deveria ser punido com sanções mais severas e não com aquelas do art. 326 que eram mais brandas e constituíam em uma autorização para matar; 2) violação do princípio da igualdade ao prever penas mais brandas para as vítimas que estivessem padecendo de grave enfermidade, criando categorias de cidadãos por meio de discriminação.¹⁹⁴

Arremata dizendo que a corte colombiana declarou constitucional o dispositivo hostilizado, mas ficou registrada a impossibilidade de se aplicar a “pacientes terminais que tenham manifestado seu desejo de morrer em que o ato venha a ser praticado por um médico, eximindo este de qualquer responsabilidade penal.”¹⁹⁵

Sobre a apreciação judicial do caso, assim consignou:

Ao realizar uma análise constitucional, a corte aponta para o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado democrático de direito, de onde decorrem os demais direitos fundamentais, encontrando no livre desenvolvimento da personalidade sua máxima expressão. A pessoa é um sujeito moral, dotada de autonomia, consciência e responsabilidade quando aos seus direitos e deveres. De igual modo, invoca o princípio da solidariedade, que se traduz “no dever positivo de todo cidadão de socorrer a quem se encontra em uma situação de necessidade, com medidas humanitárias. Ora, quem retira a vida de outrem para atenuar-lhe a dor e o sofrimento o faz por solidariedade, mesmo sendo este um ato por demais repugnante.”¹⁹⁶

Já na **América Central**, vemos que também no **México** não “existe nenhuma lei específica sobre a eutanásia, e os Códigos Penais expostos, sem dúvida nos deixam ver, que a discussão na esfera legislativa, é nova e precária”¹⁹⁷, contudo Díaz-Aranda assinala:

Desde mi punto de vista, conforme a una interpretación histórica, teológica y sistemática de la Constitución y el Derecho Penal mexicano se puede permitir la

¹⁹⁴ SALOMÃO LEITE, 2012, p. 150.

¹⁹⁵ Ibid., p. 150.

¹⁹⁶ Ibid., p. 150.

¹⁹⁷VIDAURRI ARÉCHICA, Manuel. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: México. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, jul. 2005, p. 189. Tradução nossa. (.no existe una ley específica sobre la eutanasia, y los Códigos Penales expuestos, sin duda nos dejan ver, que la discusión en la esfera legislativa, es novedosa y precaria.)

práctica del homicidio solicitado de enfermos terminales que piden su muerte de manera seria, reiterada e informada.¹⁹⁸

Na **Nicarágua** diferentemente, pelo menos a questão da eutanásia é enfrentada legalmente com a sua criminalização expressa no projeto do novo código penal, contudo a sua prática tem pena atenuada à do homicídio propriamente dito, como nos é anunciado:

El Proyecto de Ley de Código Penal de 1999, prohíbe expresamente la eutanasia, aunque la castiga con una pena atenuada frente a la sanción del homicidio (de 10 a 15 años de prisión, art. 138 PCP de 1999): <El que ocasionare la muerte de otro a petición expresa suya a causa de una enfermedad incurable o un padecimiento insoportable, será sancionado con la pena de tres seis años de prisión> (art.142, inc. 4 PCP de 1999).¹⁹⁹

Ana Cecilia Morún Solano salienta que na **República Dominicana** quando se pratica *eutanásia* se considera homicídio, como no Brasil, mas registra que em 2005 faziam cerca de cinco anos que estavam naquele país envolvidos com reformas de novo sistema jurídico, sendo que desde setembro de 2004 estavam tentando um novo Código de Processo Penal e finalizando o que seria o novo Código Penal, mas que continua a não tratar da *eutanásia*.

Sustenta que carecem de regulação jurídica sobre o assunto no país, em que pese os direitos que envolvem a questão estarem disciplinados no sistema jurídico nacional, como o direito à vida além de “en su artículo 8, en el título II, la Constitución dominicana establece el deber de garantizar la libertad y la dignidad plena del individuo, es decir que la protección y garantía de la vida es un derecho protegido por nuestra Constitución”.²⁰⁰

No **Panamá** a legislação penal não se ocupa da *eutanásia*, sendo que quando há ações que aceleram a morte de uma pessoa enferma que esteja padecendo de graves sofrimentos, esteja ou não em fase terminal, nesse país o agente comete o homicídio pelo Código Penal que gira em torno de se causar a morte de outrem, contudo pode se beneficiar da atenuante do

¹⁹⁸ DÍAZ-ARANDA, Enrique. Eutanasia. **Revista de Derecho Penal**, Buenos Aires, n. 1, 2003, p. 300.

¹⁹⁹ CUAREZMA TERÁN, Sergio J. Tratamiento jurídico penal de la eutanásia: Nicaragua. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, jul. 2005, p. 189.

²⁰⁰ MÓRUN SOLANO, Ana Cecilia. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: República Dominicana. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, jul. 2005, p. 195. (grifo nosso)

inciso I do artigo 132 do Estatuto Substantivo Penal, quando haja um certo grau de parentesco entre o autor e a vítima, frisando Carlos Enrique Muñoz Pope que a partir da vigência da Lei 68 de 25 de novembro de 2003, a eutanásia, por meio de seu artigo 32, está expressamente proibida na República do Panamá.²⁰¹

Na **Costa Rica** a prática de eutanásia está criminalizada expressamente no artigo 116 do Código Penal, mas com o nome de *homicidio por piedad*, preceituando uma pena mais branda de que o homicídio ao dispor: “Se impondrá prisión de seis meses a tres años al que, movido por un sentimiento de piedad, matare a un enfermo grave o incurable, ante el pedido serio e instistente de éste aun cuando medie vínculo de parentesco”, viabilizando ainda, o seu artigo 93 da parte geral do referido código, a aplicação do perdão judicial nesses casos, “cuando el agente activo accedió a reiterados requeimientos de la víctima y su propósito fue acelerar una muerte inevitable.”²⁰²

Essa previsão legal na **Costa Rica** se assemelhava à proposta constante da Comissão do Anteprojeto de Reforma do Novo Código Penal Brasileiro, retirada pelo Relator em seu relatório final, sob o fundamento, em síntese, repita-se, de que o assunto não possui dignidade penal e que a sua criminalização banaliza o direito penal porque a sua ofensividade social não alcança a necessidade de intervenção penal que pode se ocorrer por outros ramos do direito, no que resultou em severa, oportuna e justa crítica da Comissão de Direito Penal do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

2.4.2 Na América do Norte

Na atualidade os Estados de **Oregon, Vermont, Montana e Washington** já tratam da eutanásia, seja por meio da legislação, seja por meio de decisões judiciais.

²⁰¹ MUNÓZ POPE, Carlos Enrique. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: Panamá. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, jul. 2005, p. 191.

²⁰² MADRIGAL ZAMORA, Roberto. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: Costa Rica. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A, n. 16, jul. 2005, p. 180. (grifo nosso)

Em maio de 2013 o Estado de **Vermont** passou a admitir a morte assistida de doentes incuráveis, a exemplo dos Estados de **Oregon** e **Washington** (março de 2009)²⁰³, contudo foi o primeiro a adotar a eutanásia por processo legislativo e não por referendo, sendo que em **Montana** se deu por meio de decisão judicial da Suprema Corte.²⁰⁴

Pacientes terminais com expectativa de vida inferior a seis meses poderão solicitar ao corpo médico que lhes seja aplicada uma dose letal de medicamentos que apresse sua morte, contudo exige que pelo menos haja parecer de dois médicos, que o paciente passe por uma avaliação psiquiátrica e espere por dezessete dias antes da aplicação da dose letal.²⁰⁵

Semelhante exigência é a constante da **Death with Dignity Act do Oregon** (Lei da Morte com Dignidade de **Oregon**) que afirma, estranhamente, que não se constitui em *eutanásia*, *suicídio* ou *suicídio assistido*²⁰⁶, contudo depois de sua entrada em vigor em 1997, há o registro até então em 2006 de mais de 200 pessoas que solicitaram a *eutanásia* aos seus médicos ao amparo dessa lei, embora tivessem ocorrido tentativas frustradas junto ao Supremo Tribunal de inviabilizar a aplicação dessa lei.²⁰⁷

Recentemente se tornou notícia no mundo a decisão da californiana Brittany Maynard que, com 29 anos de idade, tinha câncer terminal e se mudou de São Francisco para o Estado de Oregon nos EUA, porque lá se permite o suicídio assistido que queria realizar, o que aqui seria o auxílio ao suicídio. Diagnosticada com um tumor no cérebro, foi lhe dada uma expectativa de vida de seis meses, tendo no dia 01 de novembro de 2014 decidido por fim a sua vida, deixando o seguinte trecho em uma mensagem: "Adeus a todos os meus queridos amigos e parentes que amo.

²⁰³ TSF-RÁDIO NOTÍCIAS. **Eutanásia legalizada quinta-feira em Washington**. 03 mar. 2009. Disponível em: <http://www.tsf.pt/PaginaInicial/Internacional/Interior.aspx?content_id=1159444>. Acesso em: 28 nov. 2014.

²⁰⁴ DIARIO MEDICO.COM. **La Corte Suprema exige al facultativo de responsabilidad: Montana, tecer Estado de EEUU em legalizar la eutanasia**. 11 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.diariomedico.com/2010/01/11/area-profesional/normativa/montana-tercer-estado-de-eeuu-en-legalizar-la-eutanasia>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

²⁰⁵ TERRA. EUA: **Vermont torna-se o terceiro Estado a legalizar a eutanásia**. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/estados-unidos/eua-vermont-torna-se-o-terceiro-estado-a-legalizar-a-eutanasia,e4ec2278212ce310VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

²⁰⁶ GOLDIM, José Roberto. **Suicídio Assistido – Oregon – EEUU**. 24 fev. 2000. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanore.htm>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

²⁰⁷ **P. Leis do Estado devem prevalecer: Supremo dos EUA reconhece direito à eutanásia no Oregon**. 18 jan. 2006. Disponível em: <<http://publico.pt/sociedade/noticia/supremo-dos-eua-reconhece-direito-a-eutanasia-no-oregon-1245077>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

Hoje é o dia que escolhi partir com dignidade diante de minha doença terminal, este terrível câncer cerebral que tirou tanto de mim ... mas que poderia ter tomado muito mais".²⁰⁸

2.4.3 Em Alguns Países da Europa

A **Espanha**, apesar da Lei Geral de Saúde (LGS – Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986), prima pela liberdade sobre a vida.

Na visão de Ramón Martín Mateo, a *eutanásia* é crime, contudo essa discussão retornou a ter lugar de destaque para a sua regulamentação jurídica em meados do século passado (1920), após proposta de grande repercussão do renomado penalista Luis Jiménez de Asúa de “não punição do autor da eutanásia em caso de bons antecedentes do agente e do pedido da vítima”, todavia a mesma serviu para a regulamentação do tema no Uruguai.²⁰⁹

Atualmente, o artigo 134.4 do Código Penal Espanhol disciplina a *eutanásia*, dispondo ao aplicar pena menor que a do homicídio:

El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior a la señalada en los números 2 y 3 de este artículo.²¹⁰

Em **Portugal** não há previsão expressa sobre a eutanásia, ou seja, a sua incriminação, exclusão ou atenuação perante o agente provocador de situação dessa natureza. Com a reforma do CP de 1982 (Lei n.º 65/98, de 2 de setembro): “Resulta do elenco de crimes de

²⁰⁸ G1. **Morre americana com câncer terminal que anunciou suicídio assistido**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/11/morre-americana-com-cancer-terminal-que-anunciou-suicidio-assistido.html>>. Acesso em: 02 jan. 2015.

²⁰⁹ BORGES, Roxana Cardoso. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (coord.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 300.

²¹⁰ NIETO MARTÍN, Adán. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: España. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, jul. 2005, p. 184. (grifo nosso)

homicídio doloso (arts. 131.º a 134.º do Código Penal) o enquadramento das situações de eutanásia.”²¹¹

Esse fato, segundo Frederico de Lacerda da Costa Pinto²¹², decorre de interpretação desses enquadramentos, sendo relevante também que se constata no Código Penal Português em vigor que, com essa reforma (Lei n.º 65/98, de 2 de setembro), a tentativa foi incluída no artigo 134º (“*Homicídio a pedido da vítima*”), deixando o legislador ao prudente arbítrio judicial a pena mínima a ser aplicada (em 1982 era de 6 meses de prisão) fazendo da máxima abstratamente combinada de outrora (3 anos de prisão) o teto máximo.

Art. 134.º - Homicídio a pedido da vítima

1 – Quem matar outra pessoa determinada por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até 3 anos.

2 – A tentativa é punível.

Registre-se, particularmente, numa visão garantista, que não vemos com bons olhos esse livre arbítrio judicial português que pode facilmente tornar arbitrária e desproporcional uma decisão judicial que, a nosso sentir, deve sempre encontrar seus parâmetros mínimos e máximos na lei, garantia do jurisdicionado contra a arbitrariedade judicial e forma de limitar a intervenção estatal.

Na **Itália**, segundo Maria Beatrice Magro²¹³, toda forma de fenomenologia de *eutanásia voluntária* ou *involuntária*, incluída a *passiva* em que se deixar morrer, se manifesta incompatível com o sistema de normas do direito positivo italiano, o que pensamos ser compreensível em virtude da forte presença, influência e importância do Estado do Vaticano, contudo, consigna que o art. 579 do Código Penal italiano contém outras formas de *eutanásia voluntária*, seja *ativa* ou *passiva*, com uma pena menos grave do que do homicídio.

Registra que essa norma:

²¹¹ COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: Portugal. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, jul. 2005, p. 192.

²¹² Ibid., p. 192.

²¹³ MAGRO, Maria Beatrice. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: Italia. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, jul. 2005, p. 186. (grifo nosso)

Si bien por un lado representa una excepción que restringe la eficacia justificante de la eximente del consentimiento del titular del derecho (art. 50 CP), por otro lado, reconociendo un determinado peso a la eutonomía individual del titular del derecho a la vida, atribuye a la voluntad de éste una fuerza especializadora y atenuante del tipo penal a nivel de la lesividad del hecho.²¹⁴

Recentemente, houve a morte da italiana Eluana Englaro que vivia em estágio vegetativo há 17 anos, vítima de um acidente automobilístico, tendo ocorrido o óbito três dias após ter sido interrompido, pela equipe médica, o sistema de hidratação e alimentação que a mantinha viva, com base em autorização judicial, em que pese os infrutíferos esforços governamentais em aprovar a tempo projeto de lei que invertesse a decisão judicial, bem como da ameaça do Vaticano de excomunhão da Igreja Católica quem apoiasse a *eutanásia* da italiana.²¹⁵

Na **Alemanha** a doutrina se utiliza do termo *ajuda a morrer* ao se referir à eutanásia, para afastar qualquer pretensão de ligação ou associação com o malfadado *programa de eutanásia* do regime nazista que tinha por objeto a morte de doentes mentais²¹⁶, no que, se diga de passagem, para nós o programa era de *eugenia* e não de *eutanásia*, coisas distintas que têm causado ao longo do tempo tanta desinformação e discriminação sobre essa prática.

O código penal alemão juntamente com o homicídio (§ 212 StGB), prevê o homicídio a pedido (§ 216 StGB) com uma pena mais branda no que implica, em tese, que:

Toda conducta activa que acorta la vida es objeto de sanción penal. Por otra parte, ningún enfermo puede ser obligado a someterse a un tratamiento médico, aun cuando la omisión del tratamiento le causae la muerte. En esta especie de marco regulatorio se discuten por la doctrina las diferentes situaciones a las que se puede ver enfrentada una persona gravemente enferma y cercana a la muerte.²¹⁷

²¹⁴ MAGRO, 2005, p. 187.

²¹⁵ O GLOBO. **Eutanásia: morre na Itália Eluana Englaro**. 10 fev. 2009, atual. 05 jan. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/eutanasia-morre-na-italia-eluana-englaro-3576051>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

²¹⁶ ALDONEY RAMÍREZ, Rodrigo. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: Alemania. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, jul. 2005, p. 171.

²¹⁷ ALDONEY RAMÍREZ, 2005, p. 171.

O referido §212 (*Totschlag*) prevê pena privativa de liberdade não inferior a cinco anos, e em casos especialmente graves a aplicação da prisão perpétua, enquanto na *morte a pedido* (§216 StGB), além de punir a tentativa, consigna que deve ser aplicada pena de seis meses a cinco anos, “se alguém foi levado a matar, por solicitação expressa e séria do morto”.²¹⁸

A doutrina penal alemã considera a unanidade conduta não punível a aplicação de medidas paliativas para abreviar a dor, em que pese poderem as mesmas acelerar a morte, sendo que parte da doutrina fundamenta a sua posição no fato de ser uma conduta adequada socialmente, embora não encontre ressonância nos §§212 e 216 StGB, enquanto outra parte, tida como majoritária, no que inclui Claus Roxin, entende que essa conduta é típica, todavia encontra justificativa na excludente de ilicitude do estado de necessidade justificante do §34 do Código Penal Alemão²¹⁹, sendo certo que este dispositivo preceitua:

Aquele que pratica uma conduta para afastar de si ou de outrem um perigo atual para a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, o patrimônio ou qualquer outro bem jurídico, que de outro modo não possa ser afastado, não atua de modo antijurídico, quando, na avaliação dos interesses conflitantes, especialmente tendo em vista os bens jurídicos atingidos e o grau de perigo que os ameaça, o bem jurídico defendido supera substancialmente o prejudicado. Isto só vale na medida em que a conduta represente um meio adequado para afastar o perigo.²²⁰

Por sua vez, na **Polónia**, Barbara Kunicka-Michalska registra que a *eutanásia*, no sentido de que “el dar la muerte (el matar) a otra persona a petición de la misma y por sentimiento de compasión hacia ella”²²¹, ou seja, é proibida de maneira tradicional e é criminalizada desde o Código Penal de 1932, tendo continuado assim no de 1969 e no mais recente de 1997, sendo que este, igualmente aos anteriores, ao dispor da *eutanásia* em seu art. 150 consigna: “Quién mata a la persona humana a petición de la misma y por sentimiento de compasión hacia ella”.²²²

²¹⁸ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Código penal alemão**: tradução, comparação e notas. Porto Alegre, RS: Núria Fabris Ed., 2014, p. 272-273.

²¹⁹ ALDONEY RAMÍREZ, op. cit., p. 171.

²²⁰ DECOMAIN, op. cit., p. 170.

²²¹ KUNICKA-MICHALSKA, Barbara. Tratamiento jurídico de la eutanasia: Polónia. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, jul. 2005, p. 191-192.

²²² *Ibid.*, p. 191-192.

Entretanto, embora a prática da *eutanásia* tenha uma pena menor que a do homicídio, sendo considerado um homicídio privilegiado, no Código Penal polaco vigente de 1997, no § 2º do art. 150, há uma novidade ao prever “también en los casos excepcionales la posibilidad de la atenuación extraordinária de la pena e incluso la renuncia de sua imposición”²²³, ou seja, existe a possibilidade de incidir uma atenuante da pena em casos excepcionais, sendo que a parte final nos aponta que há uma possibilidade de algo similar ao perdão judicial, já que pode haver a renúncia de aplicação da pena, certamente na (s) hipótese (s) que disciplina.

Por fim, noticia Kunicka-Michalska que em 2005 a **Polonia** estava se preparando para uma nova reforma do Código Penal, todavia no seu projeto não havia modificações quanto à legalização da *eutanásia*, até porque os seus autores não eram favoráveis, embora uma parte da doutrina seja favorável.²²⁴

Na **Dinamarca** a eutanásia ativa é ilegal, contudo em:

1993, o Comitê Dinamarquês de Ética começou a considerar as questões relacionadas com a eutanásia, e estas considerações levaram à publicação de um relatório de 293 páginas, em abril de 1996. No final, 16 dos 17 membros do Comitê recomendaram que a eutanásia ativa não deveria ser legalizada na Dinamarca.²²⁵

Os favoráveis à eutanásia, como se dá no âmbito global, que se deveria permitir que as pessoas terminassem a sua vida da forma desejada em respeito à autodeterminação inerente à pessoa humana, até porque lá também não é incriminado o suicídio, sendo que muitos que são contra centraram sua fundamentação no pensamento de que a eutanásia não é uma opção moral aceitável²²⁶, no que podemos constatar que, na verdade, ao que parece, nada mais é que querer se sobrepor a moral social/coletiva sobre a moral individual de cada ser humano, é querer que a liberdade de coexistência se sobreponha à liberdade com autonomia do próprio indivíduo que detém o livre arbítrio de se autodeterminar em vida, maculando assim a dignidade da pessoa humana e o exercício de uma cidadania moderna inerente às democracias.

²²³ KUNICKA-MICHALSKA, p. 191-192.

²²⁴ Ibid., p. 192.

²²⁵ HOLM, Soren. Legalizar a eutanásia: uma perspectiva dinamarquesa. **Bioética**, Brasília, v. 7, n. 1, 1999, p. 104.

²²⁶ HOLM, 1999, p. 103.

Luxemburgo, Holanda e Bélgica autorizam a eutanásia com controle médico, enquanto a **Suíça** apenas descriminalizou em 11 de dezembro de 2001 a assistência ao suicídio.²²⁷

Luxemburgo descriminalizou a eutanásia e o suicídio assistido em 2008, se assemelhando os requisitos para sua prática legal àqueles exigidos pela **Holanda e Bélgica**, ou seja, de que ela “só possa ocorrer em pacientes com doenças incuráveis, por solicitação da própria pessoa maior de idade e com avaliação prévia de dois médicos e por um painel de peritos”.²²⁸

Na **Holanda** foi aprovada em 2001 a Lei sobre Comprovação da Extinção da Vida por Solicitação Própria e do Auxílio ao Suicídio, que entrou em vigor em 2002, alterou os arts. 293 e 294 do Código Penal, sendo que passaram a preceituar²²⁹:

Art. 293.

1. Aquele que extinguir a vida de outra pessoa, segundo o desejo expresso e sério da mesma, será punido com pena de prisão de até doze anos ou com uma pena de multa da categoria quinta.

2. A hipótese a qual se refere o § 1º não será punível no caso de que tenha sido praticado por um médico que tenha cumprido com os requisitos de cuidados recolhidos no art. 2º da Lei sobre Comprovação da Extinção da Vida por Solicitação Própria e do Auxílio ao Suicídio, e que se o tenha comunicado ao cartório municipal conforme o art. 7º, § 2º, da Lei Reguladora dos Funerais.

Art. 294.

1. Aquele que de forma intencionada induzir outrem ao suicídio será, no caso de que o suicídio se produza, castigado com uma pena de prisão de até três anos ou com uma pena de multa da categoria quarta.

2. Aquele que de forma intencionada prestar auxílio a outrem para que se suicide ou lhe facilitar os meios necessários pra este fim será, no caso de que o suicídio se produza, castigado com uma pena de prisão de até três anos ou com uma pena de prisão de até três anos ou com uma pena de multa de categoria quarta. Se aplicará por analogia o art. 293, § 2º.

²²⁷ SWI SWISSINFO. CH. **Mitos e realidades sobre o suicídio assistido na Suíça**. 17 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.swissinfo.ch/por/mitos-e-realidades-sobre-o-su%C3%ADc%C3%ADdio-assistido-na-su%C3%AD%C3%A7a/893224>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

²²⁸ GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia – Luxemburgo**. Atual. 03 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutalux.html>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

²²⁹ SALOMÃO LEITE, 2009, p. 148-149.

Para George Salomão Leite²³⁰, os artigos supracitados não dizem que a eutanásia é totalmente permitida na Holanda, porque apesar de tipificar a prática, comporta uma exceção que está contida no art. 293.2, contudo temos entendimento em contrário.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes consigna que a Holanda foi o país precursor nessa questão da eutanásia ativa que:

[...] consiste em praticar atos que conduzem à morte do paciente terminal. Mas é preciso ser médico para praticar a eutanásia e, ademais, isso só é possível quando não há mais chance de vida e desejo expresso do paciente (ou da família, quando ele está inconsciente e já tinha manifestado antes interesse pela eutanásia). Um outro especialista (médico) deve atestar a irreversibilidade da morte. Como se vê, várias são as medidas cautelares que antecedem a eutanásia.²³¹

Entendemos que a norma do art. 293.2 apenas deu as condições necessárias para que se reconheça a legalidade do ato eutanásico praticado por um médico, preenchidos os requisitos legais, razão pela qual comungamos do entendimento de Luiz Flávio Gomes de que a Holanda adotou em 2002 a prática da eutanásia.

Por sua vez, na **Bélgica**, país em que a laicidade se faz presente igualmente ao **Brasil**, a eutanásia foi legalizada logo após a **Holanda**, em 2002, mas com sua prática sendo assegurada mediante o anonimato, inviável para menores de 18 anos de idade e extensível a pessoas de poucos recursos financeiros, com o Estado viabilizando a sua prática, sendo que caso haja a solicitação de um paciente que não esteja em estado terminal, necessário se faz a participação de um terceiro médico para dar o seu parecer.

Entretanto, em 13 de fevereiro de 2014, com aprovação de 73% da população, em que pese à resistência da Igreja Católica e a divergência entre médicos e cientistas, o Parlamento Belga aprovou uma proposta de lei alterando em parte a de 2002²³², que permite, indiferente da idade, a prática da eutanásia que “será permitida apenas para pacientes em estado terminal,

²³⁰ SALOMÃO LEITE, 2009, p. 148.

²³¹ GOMES, Luiz Flávio. **Eutanásia: dono da vida, o ser humano é também dono de sua própria morte?**. 07 mar. 2005. LFG. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2005030714252575&mode=print>. Acesso em: 29 nov. 2014.

²³² RFI PORTUGUÊS. **Deputados da Bélgica aprovam lei da eutanásia para crianças e adolescentes**. 13 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.portugues.rfi.fr/europa/20140213-deputados-da-belgica-votam-hoje-lei-de-eutanasia-para-criancas-e-adolescentes>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

com grande sofrimento, por solicitação da própria criança, quando possível e com o entendimento de quem tem discernimento para tomar tal decisão, e com a concordância do pai e da mãe.”²³³

Nesse ponto, compreendemos a resistência católica decorrente de sua ideologia, mas como aqui, lá também é um país laico, todavia não vemos como se atestar o discernimento de uma criança, salvo por meio de avaliação psicológica, mas mesmo assim, ainda que se tenha que ter o aval concomitante dos pais, temos dificuldade em assimilar a questão, não com relação à dignidade da pessoa humana que é inata a todo ser humano, mas sim no que diz respeito à sua capacidade avaliar o seu aceite para a morte com bom senso e clareza.

Tal dificuldade da aceitação dessa capacidade infanto-juvenil exigida pela lei, decorre do que representa para a evolução humana essa fase e a da adolescência.

Sobre esse aspecto, fundamentamos o nosso entendimento no fato de que a adolescência:

Compreende a faixa etária situada entre os dez e vinte anos incompletos, segundo a Organização Mundial de Saúde, e se constitui como uma fase crítica do processo de crescimento e desenvolvimento humano, marcada por numerosas transformações relacionadas aos aspectos físicos, psíquicos e sociais do indivíduo.²³⁴

De qualquer forma, vemos que está ocorrendo, ainda que gradual, uma mudança de paradigma sobre a eutanásia, tomando mais corpo a sua necessária discussão aberta, livre de preconceitos, conceitos ortodoxos e discriminações, como deve ser num Estado Democrático e Social de Direito que se lastreia numa sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, e que tem como princípios fundamentais a cidadania e a dignidade da pessoa humana, este “valor unificador de todos os direitos fundamentais”.²³⁵

Assim, constatamos a necessidade de que a prática da *eutanásia* seja enfrentada como uma realidade pungente, criminalizando-a expressamente de forma mais amena que a do

²³³ GOLDIM, José Roberto. Eutanásia – Bélgica. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutabel.htm>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

²³⁴ LOURENÇO, Benito; QUEIROZ, Lígia Bruni. Crescimento e desenvolvimento puberal na adolescência. In: **Revista Médica (São Paulo)**, abr-jun., 2010, p. 70. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revistadc/article/viewFile/46276/49930>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

²³⁵ SARLET, 2012, p. 95.

homicídio, com a previsão de atenuantes e, quiçá, de excepcional perdão judicial, ou mesmo legalizando a sua prática de forma regrada, não se admitindo mais que essa necessária discussão passe ao largo das atinentes aos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito, pelas eventuais barreiras que se queiram impor, por exemplo, de cunho religioso porque, na hipótese, de longa data não mais se pode confundir Estado com religião.

3 EUTANÁSIA NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

3.1 NA DOUTRINA

Há doutrinadores a favor e contra a eutanásia, sendo que os que são desfavoráveis, em regra, rejeitam essa possibilidade por defenderem, na essência, que a vida é sagrada, ou seja, para nós, ao invés do discurso ético científico, dão ênfase ao discurso ético parenético que é aquele que “exorta para algo que já é conhecido e intelectualmente claro”²³⁶, ou mesmo religioso num Estado laico que envolve “a pluralidade de ideias, convicções e ações, independentemente das crenças religiosas”.²³⁷

Outros sustentam que não há o direito de morrer, mas sim o de morrer dignamente, o que são coisas distintas, consignando Roxana Cardoso Brasileiro Borges:

O direito de morrer dignamente é a reivindicação por vários direitos, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consciência, refere-se ao desejo de se ter uma morte humana, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil. Isso não se confunde com o direito de morrer. Esse tem sido reivindicado como sinônimo de eutanásia ou de auxílio a suicídio, que são intervenções que causam ou antecipam a morte. Não se trata de defender qualquer procedimento que antecipe ou cause a morte do paciente, mas de reconhecer sua liberdade e sua autodeterminação.²³⁸

Maria Helena Diniz defende que a vida exerce prioridade sobre todas as coisas, no que está correta partindo da concepção personalista, contudo para nós não anda bem quando sustenta que deve ser protegida “até mesmo contra o seu titular, por ser irrenunciável e inviolável”²³⁹, bem como que na existência de “conflito entre dois direitos, incidirá o princípio do primado do mais relevante”.²⁴⁰

²³⁶ PESSINI, 1996, p. 35.

²³⁷ DIAS, 2012, p. 170.

²³⁸ BORGES, 2001, p. 284-285.

²³⁹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 5. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 24.

Tal posicionamento se alinha à corrente teleológica do direito e não deontológica, para nós, incompatível com um Estado Democrático de Direito que não pode dar margem a valorações, sob pena de não se decidir em benefício de todos, mas de poucos.

Acompanhando a posição de Pontes de Miranda, sustenta Maria Helena Diniz o fato de que se houver necessidade de “mutilar alguém para salvar sua vida, ofendendo sua integridade física, mesmo que não haja seu consenso, não haverá ilícito nem responsabilidade médica”.²⁴¹

Ao que parece, adota uma concepção humanística monoteísta do homem, que apresenta “raízes vétero-testamentárias (cristianismo, hebraísmo, islamismo) e consideram o homem ser pessoal, material-espiritual, dotado de alma imortal, talvez destinado a uma vida sem fim”²⁴², contudo entendemos que, em face da laicidade do nosso Estado, que por acaso também vigora na Bélgica, que a problemática melhor se ajusta, se for o caso, a uma concepção humanística laica que, “recusando tal antropologia, reconhecem no homem uma dignidade que o torna um sujeito com um fim em si mesmo”²⁴³, uma vez que, inclusive, se harmoniza com o imperativo categórico de Immanuel Kant que não vê no homem um meio ou objeto.

Com efeito, se o ser humano é o titular do direito à vida que integra os direitos fundamentais da personalidade, como, juridicamente ou cientificamente se aceitar que com base na ética da sacralidade “não há o direito de uma pessoa sobre si mesma”?²⁴⁴ Quem acima dele pode impedir que exerça esse direito com liberdade e autodeterminação? O Estado?

A argumentação jurídica não pode ser constantemente ameaçada por argumentos éticos e religiosos²⁴⁵, sendo que com precisão pontua a questão Carlos Augusto Canedo e Lúcio Antônio Chamon Júnior quando assinalam:

Sob uma perspectiva ética a vida pode ser encarada de variadas maneiras, porque aqui o norte da discussão é aquilo *bom, interessante* e inclusive referente aos projetos de *auto-realização* do indivíduo ou de determinado grupo. Em uma leitura levada a cabo em campo ético, os valores de cada um, ou compartilhados pelo grupo, assumem grande relevo. A vida será considerada como útil, ou não, dependendo das considerações referentes aos valores tidos como *seus* ou *nostros*

²⁴¹ DINIZ, 2008, p. 24.

²⁴² MANTOVANI, 1991, p. 35.

²⁴³ Ibid., p. 35.

²⁴⁴ DINIZ, op. cit., p. 395.

²⁴⁵ CANEDO; CHAMON JÚNIOR, 2001, p. 72.

enquanto integrantes de determinado grupo. O aborto, a eutanásia e a clonagem são temas que permitem uma discussão acirrada quando o embate é, por exemplo, realizado entre determinado grupo religioso, que em razão dos valores compartilhados se mostra contrário, e um grupo de cientistas experimentais. Toda a discussão a ser desenvolvida será pautada em argumentos construídos sobre valores e interesses: cada grupo, em defesa de seu ponto de vista ético, apresentará argumentos que refletem suas posições e pretensões de validade. Essa dimensão ética não se confunde, em um Estado Democrático de Direito, com uma discussão jurídica. Argumentos éticos, enquanto referentes a valores, não podem ser trazidos à baila, de maneira *determinante*, quando de uma argumentação jurídica de aplicação. Isso porque, enquanto uma discussão ética envolve argumentos que se referem aos valores ligados à questão, bem como interesses, a argumentação jurídica se desenvolve no campo do *devido* e não do *melhor* ou do *bom*. Isso é que levou Habermas, em crítica à teoria da argumentação de Alexy, a afirmar que o código do Direito é binário e não gradual.²⁴⁶

Lado outro, o Estado nada mais é numa democracia do que um governo eleito *pelo* povo *para* administrar a boa convivência social que permita o bem-estar dos governados, afinal, todo poder emana *do* povo (CF; art. 1º, parágrafo único).

Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF; art. 5º, II), a se submeter à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (CF; art. 5º, III), sendo inviolável a liberdade de consciência e de crença (CF; art. 5º, VI), podendo inclusive se insurgir por meio do reconhecido direito à resistência ou desobediência se efetivamente o próprio texto legal ou os agentes públicos violarem direitos e garantias fundamentais. A Constituição Federal assegura o direito à vida, objeto de tutela jurídica personalíssimo, na esfera vertical e horizontal da convivência em sociedade, mas isso não assegura que alguém se arvore no direito de se insurgir contra a vontade do titular a vida de se autodeterminar como quer conduzir sua vida sem causar danos a outrem.

Ponderação pode haver de princípios, mas não de regras, estas que são válidas ou não, conforme teoria dworkiana, por isso não vemos como se ponderar direitos com a incidência do alegado *princípio do primado do mais relevante* até porque a autora revela simpatia, como já dito, com a forma teleológica dos princípios de Robert Alexy e não deontológica, esta com a qual comungamos daqueles que a defendem, como Ronald Dworkin²⁴⁷, Jürgen Habermas²⁴⁸ e Klaus Günther.²⁴⁹

²⁴⁶ CANEDO; CHAMON JÚNIOR, 2001, p. 72-73.

²⁴⁷ **Levando os direitos a sério.** BOEIRA, Nelson (Trad.). 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

²⁴⁸ **Direito e democracia:** entre a facticidade e validade. SIEBENEICHLER, Flávio Beno (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

²⁴⁹ **The sense of appropriateness:** application discourses in morality and law. FARRELL, John (Trad.). Albany: State University of New York, 1988.

Os princípios jurídicos devem ser entendidos, portanto, enquanto normas, e não como valores, como pretendido por Alexy. A introdução de uma perspectiva que entenda os princípios como valores acaba conduzindo a uma transmutação do código do Direito. Ao invés de se discutir o que é devido, ou não, passa-se a perguntar o que é *mais* ou *menos* interessante naquele caso, o que, sem dúvida destoava do momento paradigmático atual.²⁵⁰

Salienta ainda Maria Helena Diniz na sua contrariedade à prática da *eutanásia*, dentre outros pontos:

A incurabilidade, a insuportabilidade da dor e a inutilidade do tratamento não justificam a eutanásia porque: a) a incurabilidade é prognóstico e como tal falível é, e, além disso, a qualquer momento pode surgir um novo e eficaz meio terapêutico ou uma técnica de cura. [...]; b) a medicina já possui poderosos meios para vencer a dor física ou neurológica; e c) o conceito de inutilidade de tratamento é muito ambíguo.²⁵¹

Um prognóstico advém de um diagnóstico médico, ou seja, de que certa doença diagnosticada é incurável, como, por exemplo, o mal de Alzheimer que não é falível porque ainda não há cura e a morte se aproxima de forma irreversível, tirando primeiramente da vítima a memória, em seguida a liberdade de coexistência e autonomia, ou seja, a dignidade da pessoa humana e a capacidade de autodeterminação, para fazê-lo ainda ter que suportar sofrimentos terríveis num processo de retorno à posição fetal até que a morte se faça presente, em muitas vezes sendo tratado como coisa ou objeto e não como um fim em si mesmo, tornando o tratamento, de fato, degradante ou desumano, inútil e contrário ao espírito fraterno e solidário ao sofrimento humano.

O juramento de Hipócrates²⁵², até hoje é prestado nas cerimônias de formatura em medicina, contudo Drauzio Varella ao abordar a questão com propriedade sustenta que já está na hora de acabar com esse ritual, sob o fundamento de que “curar é finalidade secundária da

²⁵⁰ CANEDO; CHAMON JÚNIOR, 2001, p. 74.

²⁵¹ DINIZ, 2002, p. 364.

²⁵² CREMESP. **Juramento de Hipócrates**. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>>. Acesso em 28 set. 2014.

medicina, se tanto; o objetivo fundamental de nossa profissão é aliviar o sofrimento humano”.²⁵³

De fato, não se pode mais, nos dias atuais, se adotar um conceito limitado do que vem a ser *aliviar o sofrimento humano*, mas sim amplo pelos reflexos que dele decorrem, afinal esse alívio pode ocorrer pela cura da doença ou do mal acometido, mas também pelo término de uma vida que se encontra agonizante em estado terminal, considerando o vital aspecto da dignidade da pessoa humana.

O médico Lincoln Ziviani em rede social de relacionamento postou a seguinte mensagem em nosso perfil, sobre o sofrimento humano e a dignidade:

As civilizações mais avançadas entendem a eutanásia como um capítulo de uma especialidade médica chamada tanatologia ... em situações de emergência no dia a dia do samu é feita uma escolha por quem tem chance de viver e terá o apoio da equipe, isto é comum principalmente em grandes acidentes ou catástrofes sendo assim não é digno permitir que os humanos que não terão a possibilidade de assistência morram com muita dor ou agonizando com falta de ar !!! Existe na medicina intensivista um conceito de ordem natural das coisas ... o que vem a ser isto? O organismo doente ou debilitado passa a não responder ou pior ainda necessita de doses venenosas o que resulta em efeito paradoxal ! A eutanásia é um capítulo delicado pois todas as pessoas, sem exceção, merecem dignidade neste certo fim de todos nós.²⁵⁴

Tavares de Freitas, igualmente à Maria Helena Diniz, sustenta que até mesmo o próprio titular do direito à vida não pode dela dispor ou a prejudicar, mas logo apresenta a essência do seu pensamento ao tratar das características do direito à vida, com clara conotação religiosa, registrando que esse respeito se traduz no mandamento bíblico de que “não matarás”.²⁵⁵

No intuito de desvincular o seu pensamento da religião ou da filosofia religiosa, relaciona o sentido sagrado da vida com algo inviolável ou intocável,²⁵⁶ o que não deixa de ter, para nós, a clara conotação que tenta afastar, por mais que enfatize em sentido contrário,

²⁵³ **O Juramento de Hipócrates**. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/drauzio/o-juramento-de-hipocrates/>>. Acesso em 28 set. 2014.

²⁵⁴ ZIVIANI, Lincoln. **Eutanásia [mensagem pessoal]**. 16 dez. 2014. Disponível em: <<https://www.facebook.com/antoniopecego>>. Acesso em: 17 dez. 2014.

²⁵⁵ FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Tutela penal do direito à vida**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 17.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 23.

essa sua pretensão, até porque em outro momento assinala que destruir a vida humana “é uma terrível profanação”.²⁵⁷

Também, sob o mesmo aspecto, rejeitando a prática da *eutanásia* por ser sagrada a existência humana, ou seja, indisponível, já se posicionou outrora Nelson Hungria em Comentários ao Código Penal²⁵⁸, contudo, como bem pontua José de Faria Costa “a vida é um bem jurídico indisponível quando e só quando a sua violação é praticada por terceiros”²⁵⁹, do contrário a tentativa de suicídio seria penalizada.

Sobre o aspecto de que a vida é sacrada, seja por uma ótica de interpretação secular ou religiosa, Ronald Dworkin não deixa de lado os ateus que também, instintivamente, pode tê-la como sacrada na medida em que tenham a vida humana como um valor intrínseco, afirmando que esses fatos “sugerem que a convicção de que a vida humana é sacrada pode acabar fornecendo um argumento crucial *em favor* da eutanásia, e não contra ela.”²⁶⁰

Com precisão cirúrgica, Flávia Piovesan assim se posiciona:

Confundir Estado com religião implica a adoção oficial de dogmas incontestáveis, que, ao impor uma moral única, inviabilizam qualquer projeto de sociedade aberta, pluralista e democrática. A ordem jurídica em um Estado Democrático de Direito não pode se converter na voz exclusiva da moral de qualquer religião. Os grupos religiosos têm o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática. Mas não têm o direito de pretender hegemonizar a cultura de um Estado constitucionalmente laico.²⁶¹

Por isso mesmo, não há como deixar de trazer à colação importante trecho do acórdão do histórico do Supremo Tribunal Federal proferido na ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo proferido em 11 e 12 de abril de 2012, que espanca de vez as considerações religiosas que se queiram colocar sobre a questão.

²⁵⁷ FREITAS, 2009, p. 25.

²⁵⁸ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**: Arts. 121 a 136, 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 127.

²⁵⁹ FARIA COSTA, José de. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Portugal: Coimbra Editora, 2005, p. 125.

²⁶⁰ DWORKIN, 2009, p. 276.

²⁶¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50.

Ao frisar que laicidade não se confundiria com laicismo, rememorou orientação da Corte, proferida na ADI 2076/AC (DJU de 8.8.2003), no sentido de que a locução “sob a proteção de Deus”, constante no preâmbulo da Constituição, não seria norma jurídica. Logo, enfatizou que o Estado seria simplesmente neutro — não seria religioso, tampouco ateu. Ademais, a laicidade estatal revelar-se-ia princípio que atuaria de modo dúplice: a um só tempo, salvaguardaria as diversas confissões religiosas do risco de intervenção abusiva estatal nas respectivas questões internas e protegeria o Estado de influências indevidas provenientes de dogmas, de modo a afastar a prejudicial confusão entre o poder secular e democrático e qualquer doutrina de fé, inclusive majoritária. Ressaltou que as garantias do Estado secular e da liberdade de culto representariam que as religiões não guiariam o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como os direitos à autodeterminação, à saúde física e mental, à privacidade, à liberdade de expressão, à liberdade de orientação sexual e à liberdade no campo da reprodução.²⁶²

A secularização de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos que tem, dentre outros, na liberdade o seu valor supremo assegurado por um Estado Democrático e Social de Direito orientado pela laicidade, bem como a cidadania e a dignidade da pessoa humana como princípios fundamentais, reclama um olhar contemporâneo sobre o direito à vida e de seu protagonista, sendo que os:

[...] que desejam uma morte prematura e serena para si mesmos ou para seus parentes não estão rejeitando ou denegrindo a santidade da vida; ao contrário, acreditam que uma morte mais rápida demonstra mais respeito para com a vida do que uma morte protelada. [...]. Contudo, ainda que possamos sentir que nossa própria dignidade está em jogo nas atitudes que os outros tomam diante da morte, e que às vezes possamos desejar que os outros ajam como nos parece correto, uma verdadeira apreciação da dignidade argumenta decisivamente na direção oposta – em favor da liberdade individual, não da coerção; em favor de um sistema jurídico e de uma atitude que incentive cada um de nós a tomar decisões individuais sobre a própria morte. A liberdade é a exigência fundamental e absoluta do amor-próprio: ninguém concede importância intrínseca e objetiva à própria vida a menos que insista em conduzi-la sem intermediação alguma e não ser conduzido pelos outros, por mais que os ame ou respeite.²⁶³

Léo Pessini ao abordar a vida como um bem fundamental e o olhar de sua sacralidade, leciona com propriedade que podemos:

Ter dois tipos de discursos éticos no âmbito da ética da vida: o parenético e o científico. Ao se falar de sacralidade da vida, utiliza-se a explicação parenética e ao se falar em qualidade de vida, o discurso científico. [...]. A ética da sacralidade da vida utiliza um discurso parenético. A vida é considerada como propriedade de Deus, dada ao homem para administrá-la. É um valor absoluto que só a Deus

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo**. Plenário. ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12/04/2012. Informativo STF nº 661 de 09 a 13 abr. 2012.

²⁶³ DWORKIN, 2009, p. 341-342.

pertence. O ser humano não tem nenhum direito sobre a vida própria e alheia. As exceções no respeito à vida são concessões de Deus. O princípio fundamental é a inviolabilidade da vida. O segundo tipo de ética da vida utiliza uma abordagem científica. A vida é um dom recebido, mas que fica à disposição daquele que o recebe, com a tarefa de valorizá-lo qualitativamente. O ser humano é protagonista e o princípio fundamental é o valor qualitativo da vida.²⁶⁴

Gisele Mendes de Carvalho entende, com acerto, que não é possível se afirmar que há constitucionalmente um direito à disponibilidade da própria vida se desenvolvendo uma interpretação literal do disposto no seu art. 5º, *caput*, compartilhando a posição de uma significativa parte da doutrina que entende que há apenas a “*vertente positiva* do direito à vida, que impõe ao Estado o dever de proteção da vida humana frente às suas próprias agressões e às agressões de terceiros”²⁶⁵, contudo, ciente de que a melhor interpretação dos dispositivos constitucionais é a sistemática, logo a seguir deixa claro que essa afirmação não afasta a possibilidade de disponibilidade da vida pelo próprio titular desse direito, se for levado em conta nessa exegese outros valores superiores como da dignidade da pessoa humana, a de que ninguém pode ser submetido a tratamento desumano ou degradante e à tortura, bem como a liberdade individual, como autonomia.²⁶⁶

Outros autores, levando em consideração aspectos médico-legais e éticos, sustentam ser ilegal e imoral a prática da eutanásia que distorce e avilta o exercício da medicina ao subverter a doutrina contida no juramento de Hipócrates,²⁶⁷ este que Drauzio Varella numa visão contemporânea entende já estar ultrapassado porque a medicina tem como função precípua aliviar o sofrimento humano.²⁶⁸

Sobre o aspecto médico-legal combatem os três fundamentos daqueles que são favoráveis à eutanásia: **1)** incurabilidade; **2)** sofrimento insuportável e, **3)** inutilidade. Nesse sentido também Genival Veloso França sob um enfoque ético-político.²⁶⁹

²⁶⁴ PESSINI, 1996, p. 35.

²⁶⁵ CARVALHO, Gisele Mendes de. Considerações acerca do impacto da Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina no tratamento jurídico-penal da eutanásia passiva no Brasil. **Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, n. 6, jan./jun. 2007, p. 246.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 247.

²⁶⁷ FRANÇA, Genival Veloso de; SOUTO MAIOR, Hermano José. Direito de viver e direito de morrer (um enfoque pluridisciplinar sobre eutanásia). Et al. **Eutanásia**. Fascículos Ciências Penais. Trimestral. ano 4. n. 4. out - nov - dez- 1991. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 64.

²⁶⁸ VARELLA, op. cit., Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/drauzio/o-juramento-de-hipocrates/>>. Acesso em 28 set. 2014.

²⁶⁹ FRANÇA, op. cit., p. 115.

Afirmam esses autores, que a incurabilidade é um prognóstico e, como tal, falível uma vez que o incurável de hoje pode não sê-lo amanhã, contudo além de sabermos que antes há um diagnóstico, também é de conhecimento geral doenças que são tidas como incuráveis há anos e que a medicina ainda não encontrou a sua cura, sendo certo que para a prática de uma *eutanásia* propriamente dita, há de se ter, pelo menos, um prognóstico de três médicos.

O erro médico pode causar a morte não apenas nos casos de eutanásia, mas em inúmeras outras hipóteses, como, por exemplo, na inexatidão de diagnósticos de câncer, de meningite, traumatismo craniano ou até mesmo de apendicite. Nessas situações, o sistema jurídico já contempla uma série de medidas voltadas não somente a prevenir o erro como a punir o profissional de saúde que agiu com imprudência, negligência e, especialmente nesse caso, imperícia.²⁷⁰

Dessa forma, deve-se de perguntar se o paciente moribundo tem o dever de aguardar uma possível cura que possa ocorrer amanhã ou depois, quando o seu sofrimento é insuportável de forma a entender que não é digno viver mais naquele estado de saúde sem esperanças, por meio de um consentimento válido e espontâneo.

O direito a condições dignas de vida é pleiteado até para os animais, efetivado através de órgão próprio de proteção a eles. Inclusive aos criminosos que praticaram atos nocivos à humanidade, a Constituição garante tratamento humano e digno. Isso porque a dignidade é direito universal, intangível, irrenunciável, que abrange uma gama de situações existenciais sem as quais a pessoa não é digna, termina restrita ao submundo do sofrimento, da agonia, da dor, da miséria e da conseqüente indignidade. Se é um conceito universal que a vida humana deve ser digna, respeitada e honrada, a morte, como consectário natural da vida digna, evidentemente, deve ser também e igualmente digna, sem dor, preservando-se os direitos da personalidade, em atendimento ao princípio norteador do vigente ordenamento jurídico – a dignidade da pessoa humana. Que importância teria uma vida digna, respeitada e bem vivida que, ao final, se transforma em um estado miserável e indigno? Além disso, a morte deve ser digna porque sinaliza o final da vida, talvez, a fase mais delicada desta. [...]. Atualmente, uma vida destituída de dignidade não possui nenhum valor para seu titular, pois a dignidade é um princípio maior, seria uma fonte da qual são emanados todos os outros princípios, o núcleo essencial dos demais direitos da personalidade.²⁷¹

²⁷⁰ DIAS, 2012, p. 170.

²⁷¹ CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. Eutanásia: dignidade da pessoa humana como fundamento ético e jurídico do direito à morte digna. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Magister, v. 8, n. 43, ago./set. 2011, p. 77-78.

Ninguém pode ser obrigado a ter que suportar sofrimentos e dores terríveis quando não as aceita, nem mesmo ficando dopado para não senti-las, afinal temos que respeitar a pessoa humana, a sua dignidade que nesse compasso se expressa por meio da liberdade como autonomia da vontade, afinal, tudo é feito em prol da existência humana, porque, como bem assinala Immanuel Kant, o homem é um fim em si mesmo, não uma coisa ou meio, por isso tem o direito a ter uma vida e morte dignas, devendo a sua vontade última ser respeitada por todos.

A dignidade da pessoa humana, na sua expressão mais essencial, significa que todo indivíduo é um fim em si mesmo. Não deve, por essa razão, servir de instrumento à satisfação dos interesses de outros indivíduos ou à realização de metas coletivas. A dignidade é fundamento e justificação dos direitos fundamentais, que devem conviver entre si e harmonizar-se com valores compartilhados pela sociedade. Ela pode se apresentar com uma condição interna ao indivíduo – dignidade como autonomia – ou como produto de uma atuação externa a ele – dignidade como heteronomia.²⁷²

No mesmo sentido já se posicionou Vera Lúcia Raposo se dizendo adepta de “uma concepção da dignidade fundada na pessoa humana como ser capaz de auto-determinação consciente da própria vida, como de resto já resultava do próprio pensamento kantiano.”²⁷³

A vida no seu aspecto contemporâneo não mais se resume ao seu aspecto biológico, mas com ele há intrinsecamente o aspecto da dignidade da pessoa humana que necessariamente deve se levar em consideração, inclusive o que este último aspecto abrange na seara dos direitos humanos fundamentais.

A dor pode causar sérios reflexos na integridade física, mas o sofrimento físico e mental destrói a dignidade humana, principalmente quando não há mais esperanças.

No que tange à inutilidade, o sentido não é o que os autores mencionados preconizam, de que a vida humana naquele estado se torna inútil a sua manutenção, mas sim que postergar certo tratamento inútil não acrescenta em nada à dignidade da pessoa humana que dá valor à vida, quando esta já tenha se manifestado livremente que opta por não continuar a viver naquelas circunstâncias terminais e de grande sofrimento degradante e desumano.

²⁷² BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 58.

²⁷³ RAPOSO, Vera Lúcia. Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida. **Revista do Ministério Público de Lisboa**. Lisboa: SMMP, v. 32, n. 125, jan./mar. 2011, p. 208.

Sobre essa questão, pontua Ronald Dworkin que conduzir “alguém a morrer de uma maneira que outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida, é uma devastadora e odiosa forma de tirania.”²⁷⁴

No que tange aos aspectos éticos em que se lastreiam Genival Veloso de França e Hermano José Souto Maior²⁷⁵, é certo que comungamos do entendimento de que o médico não pode ser obrigado a dispor da vida de seu semelhante, mas também é certo que, como bem já disse Drauzio Varella, repita-se, o juramento de Hipócrates utilizado até os dias atuais nas cerimônias de formatura dos médicos está ultrapassado porque o dever do médico, na essência, é aliviar o sofrimento do paciente, uma vez que a cura é a finalidade secundária e é ao Corpo de Bombeiros que cabe salvar vidas.²⁷⁶

De certa forma, esse pensamento contemporâneo se ajusta à atual postura do Conselho Federal de Medicina que não tem como aética a *ortotanásia* (eutanásia passiva) em seu Código de Ética de 2009, e nos trouxe também o Testamento Vital, demonstrando que a relação médico-paciente de outrora não mais pode subsistir pela aproximação que se impõe e o respeito aos direitos humanos fundamentais, até porque numa visão utilitarista, “do ponto de vista moral, não é relevante se se põe fim a uma vida por ação ou omissão”²⁷⁷, razão pela qual deve vigorar a máxima de que “a ortotanásia não pode ser considerada inadequada aos padrões morais aceitos pela sociedade brasileira”.²⁷⁸

Luiz Flávio Borges D’Urso, repugnando veemente a prática de *eutanásia* que considera um crime hediondo, sustenta que é hipocrisia se pensar que a morte nessa hipótese se dá por compaixão ou piedade, quando na verdade sustenta ser em virtude de um “propósito mórbido e egoístico de poupar-se ao pungente drama da dor alheia”²⁷⁹, em que se livra do fardo que tem que carregar, se aplicando, na sua visão, aos familiares, médicos, advogados, amigos etc.

Esse discurso que beira a radicalidade por falta de argumentos científicos que em nada acrescenta à ciência, se lastreia apenas no fundamento público e notório de que a prática da

²⁷⁴ VARELA, 2014, p. 307.

²⁷⁵ FRANÇA; SOUTO MAIOR, 1991, p. 59.

²⁷⁶ **O Juramento de Hipócrates**. Disponível em: <<http://drauzioarella.com.br/drauzio/o-juramento-de-hipocrates/>>. Acesso em: 28 set 2014.

²⁷⁷ HORTA, Márcio Palis. **Eutanásia: problemas éticos da morte e do morrer**. Bioética, Brasília, v. 7, n. 1, p. 30, 1999.

²⁷⁸ GARCIA, Iberê Anselmo. Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, n. 67, jul/ago, 2007, p. 271.

²⁷⁹ D’URSO, Luiz Flávio. **A eutanásia no direito brasileiro**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre, v. 1, n. 5, abr/mai, 2005, p. 6.

eutanásia é crime no ordenamento pátrio, demonstrando insensibilidade em seu curto discurso despido de cientificidade em seu escrito publicado em importante periódico, mas compreende-se a sua repulsa, embora não coadunemos com ela, quando a mesma repousa na retórica de que a vida é uma “dádiva de Deus”.²⁸⁰

Sustenta, equivocadamente, que a sociedade não aceita a pena de morte.

Com efeito, a própria Constituição da República Federativa do Brasil permite a sua ocorrência no caso de guerra declarada (CF; art. 5º, XLVII, “a”), e o nosso Código Penal não pune o aborto quando necessário ou no caso de gravidez resultante de estupro (CP; art. 128), sem deixar de considerar que implicitamente a sociedade admite a pena de morte quando nada se faz ao longo do tempo com as nossas prisões que são verdadeiros depósitos de pessoas humanas invisíveis que vivem em total estado de insalubridade e higiene, sem qualquer esperança a não ser de sobreviver mais um dia naquelas condições sub-humanas que faz do homem uma coisa e não um ser racional digno de direitos humanos fundamentais, tornando-o um meio e não um fim em si mesmo em que se deve respeitar a dignidade da pessoa humana.

Alberto Silva Franco, de forma temperada, em 1993 quando do editorial do Boletim do IBCCRIM, depois de corretamente consignar que não se deve interpretar isoladamente o direito fundamental à liberdade, mas se fazendo um link com o direito à vida, à proibição de tratamentos desumanos e degradantes e o princípio da dignidade da pessoa humana, discursa que nesse contexto não se pode admitir que esse direito legitime a morte por um terceiro²⁸¹, contudo consigna que:

Isto não significa, no entanto, que se deva equiparar o homicídio consentido ao homicídio simples. A reprovabilidade de um e de outro é diversa, pois sem dúvida o consentimento diminui o desvalor da ação. Assim, a morte cometida, por exclusivo motivo de piedade, a pedido da vítima que se encontra, em razão de doença grave, em condições permanentes e insuportáveis de sofrimento físico, não deixa de ser um homicídio, embora mereça um tratamento punitivo mais benigno.²⁸²

Entretanto, entendemos que essa questão de ser homicídio ou não, como aponta Alberto Silva Franco, reclama enfrentamento próprio em outro capítulo que trate dos aspectos penais, para se aquilatar se, efetivamente, com base nela pode-se sustentar que há crime ou

²⁸⁰ D'URSO, 2005, p. 6 (grifo nosso).

²⁸¹ FRANCO, Alberto Silva. **A eutanásia no novo C.P.** Boletim de IBCCRIM, São Paulo, n. 4, maio 1993, p. 1.

²⁸² Ibid., p. 1.

exclusão da ilicitude ou até mesmo de tipicidade quando dessa necessária ocorrência do consentimento na *eutanásia*, até porque, forçoso reconhecer, de plano, que não há uma *morte arbitrária* nesses casos, esta, e apenas esta que é expressamente vedada no artigo 4, item I do Pacto de São José da Costa Rica, norma devidamente incorporada ao ordenamento jurídico pátrio com o *status* de materialmente constitucional, por força do disposto no Decreto 678/1992 c/c artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Por outro lado, Maria de Fátima Freire de Sá defende a prática da *eutanásia passiva* como algo inerente a prática da medicina que, uma vez reconhecida como “exercício regular da medicina, sequer haveria necessidade do consentimento do paciente e/ou da família”.²⁸³

Para essa autora, a *eutanásia ativa* “seria possível se preenchidos certos requisitos, quais sejam, a efetivação da morte por profissional da medicina; o requerimento do paciente, livre e desimpedido; a iminência da morte e o motivo piedoso”.²⁸⁴

Salienta Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moreira que a efetividade do princípio da igualdade entre as pessoas sãs e sadias e aquelas que padeçam as consequências de uma doença incurável ou que estejam em um estado terminal, reside justamente no respeito à liberdade de escolha, sendo, em decorrência, “inadmissível que o direito à vida, constitucionalmente garantido, transforme-se em dever de sofrimento e, por isso, dever de viver”.²⁸⁵

George Salomão Leite sustenta com razão que a vida humana é dotada de um valor intrínseco, não no sentido de uma dádiva de Deus, mas porque quando se nasce é de se esperar que seja da consciência geral de que deva a vida transcorrer da melhor forma até o seu término, proporcionando um bem-estar à pessoa humana²⁸⁶, um sentido à razão de sua existência.

Manter viva uma pessoa artificialmente contra a sua vontade consciente, anteriormente exercida, à custa de fortes dores e sofrimentos físicos e/ou psíquicos, visando atender interesses de terceiros, a moral social ou o sentimento religioso, numa sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, como apregoa o preâmbulo de nossa Constituição da República Federativa do Brasil, é negar o exercício da cidadania moderna numa democracia, e violar

²⁸³ SÁ, 2001, p. 186.

²⁸⁴ Ibid., p. 187.

²⁸⁵ SÁ; MOREIRA, 2012, p. 109-110.

²⁸⁶ Ibid., p. 158.

frontalmente os direitos fundamentais à liberdade de autonomia, ao livre desenvolvimento da personalidade, a não sofrer tortura, tratamento degradante ou desumano e, por consequência a própria dignidade da pessoa humana que é o vetor de todos os demais direitos.

Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel na busca de consensos comuns sobre o direito à morte digna com intervenção médica, sustentam que a dignidade como autonomia deve prevalecer sobre a com heteronomia, pelas seguintes razões: **1)** a Constituição dá mais valor à liberdade individual do que aos propósitos coletivos; **2)** a melhor posição filosófica é aquela que reconhece no indivíduo um ser moral, com capacidade de se autodeterminar e responder por suas escolhas, sejam elas, no caso de pacientes terminais, de abreviar o sofrimento intenso por meio de uma morte célere, ou até mesmo por querer prolongar o tratamento, ainda que comprovadamente inútil e doloroso, e, **3)** com relação aos médicos, permite a eles se utilizar de procedimento que não seja degradante ou desumano, ou seja, inadequado, mas que atenda àquele que for mais útil e atenda à vontade do paciente sem lhe causar maior sofrimento, assim como a sua própria objeção em atender a vontade do paciente, por não estar conscientemente de acordo com a (s) escolha (s) daquele que está sob seu tratamento.²⁸⁷

Sobre essa questão, aponta George Salomão Leite:

O ser humano é detentor de livre-arbítrio, sendo responsável pelas decisões que venha tomar no que diz respeito ao exercício dos seus direitos e cumprimento de suas obrigações. A capacidade de autodeterminação do indivíduo associada à dignidade constitui os fundamentos do direito de morrer.²⁸⁸

O *direito de morrer* não pode se confundir com o *direito a uma morte digna*, para nós, duas coisas distintas, até porque a “morte é uma fatalidade, não uma escolha” o que não dá sustentação ao alegado direito de morrer²⁸⁹, uma vez que o querer morrer dignamente “é a reivindicação por vários direitos, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consciência, refere-se ao desejo de se ter uma morte humana, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil. Isso não se confunde com o direito de morrer”.²⁹⁰

²⁸⁷ BARROSO; MARTEL, 2012, p. 51.

²⁸⁸ SALOMÃO LEITE, p. 161.

²⁸⁹ BARROSO; MARTEL, op. cit., p. 58.

²⁹⁰ BORGES, 2001, p. 284-285.

Opção ou escolha pode fazer com liberdade um paciente terminal, vítima de uma doença incurável e irreversível, por meio de sua autodeterminação em consentir que se abrevie a própria morte por não mais suportar receber tratamento indigno, degradante e desumano que o faz ter que suportar dores terríveis por meio de medicamentos, e sofrimentos físicos e psíquicos irreparáveis na sua dignidade humana, equiparados à tortura.

Negar a autonomia da vontade do ser humano de se autodeterminar com relação à disposição de sua própria vida é lhe negar o direito de liberdade por quem não tem esse direito e, em consequência, violar a sua dignidade humana. É negar a materialização da liberdade individual inerente aos regimes totalitários que não condizem com uma sociedade pluralista e democrática.

Mercedes Alonso Álamo ao abordar essa questão referente à autonomia discorre:

El principio de autonomía y el eventual derecho de la persona a decidir sobre su vida operan, pues, tal y como aquí lo entendemos (frente a las tesis que vinculan esencialmente la libertad a la dignidad), con independencia del concepto de dignidad. La libertad de disposición es una concreción de la dignidad. A la esencia de la dignidad pertenece, no el derecho a disponer sobre la vida, sino el derecho a una vida y, por lo mismo, a una muerte “digna”.²⁹¹

Esse atuar com foco no coletivo interesse moral de coexistência, social e/ou religioso da preservação da vida, ainda que por meio de tratamentos indignos, desfoca o primeiro plano que reside na moral interna do indivíduo, protagonista de sua vida e titular desse inerente direito de se autodeterminar que, para se exercer com plenitude, reclama a conquista do exercício de uma liberdade com autonomia para que, com dignidade, se faça presente o homem com um fim em si mesmo, porque não se dizer de conquistar o “primeiro direito humano que é o *direito a ter direitos*”²⁹², como realça Hannah Arendt ao tratar da cidadania.

Celso Lafer bem acentua que os “direitos reconhecidos como do homem na sua singularidade – sejam eles os de primeira ou de segunda geração – têm uma titularidade inequívoca: o indivíduo”²⁹³, direitos estes, dentre outros, correspondentes à personalidade, por

²⁹¹ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. La eutanasia hoy: perspectivas teológicas, bioética, constitucional y jurídico-penal (a la vez, una contribución sobre el acto médico). **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 21, jan. 2008, p. 36.

²⁹² LAFER, 1998, p. 153-154.

²⁹³ *Ibid.*, p. 132.

isso se sustentar que, nessa condição, o homem é o protagonista de sua vida, não mero administrador ou coadjuvante.

O direito à vida, direito humano fundamental de primeira dimensão, reclama sua tutela em sociedade nos planos vertical (Estado) e horizontal (relações interpessoais). Ambos devem abster-se de violar a vida de outrem em razão do pacto social de convivência harmônica em sociedade.

O Estado como pessoa jurídica gerenciadora do bem-estar e do bem-comum de seus governados numa democracia, constituído pelo povo que detém todo o poder que é exercido direta ou indiretamente por meio de seus representantes (CF; art. 1º, parágrafo único), também deve tutelar o direito à vida que é assegurado constitucionalmente a todos, de forma a fortalecer a dignidade da pessoa humana como propulsora do desenvolvimento da personalidade e princípio fundamental do próprio Estado Democrático e Social de Direito.

Por essa razão, o cientista do direito não pode ficar apegado a conceitos jurídicos como se estes fossem eternos, de maneira a permitir que eles possam ser utilizados tanto em uma situação ocorrida do ano de 1945 quanto em outra vivenciada em 2009. As coisas mudaram, a tecnologia evoluiu, logo, o direito deve evoluir para se adequar a estas novas realidades sociais.²⁹⁴

Luiz Flávio Gomes, sob um viés penal e com o fundamento de que a morte consentida de quem se encontrava acometido de um mal incurável, irreversível e em insuportável sofrimento físico e/ou mental, não é uma morte arbitrária na esteira do que dispõe o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sustenta que:

A eutanásia, desde que esgotados todos os recursos terapêuticos e cercada de regramentos detalhados e razoáveis, não pode ser concebida como um fato punível, porque não é um ato contra a dignidade humana senão, todo o contrário, em favor dela. Pensar de modo diferente levaria ao seguinte paradoxo: quem não padece nenhum sofrimento e tenta dar cabo a sua vida (tentativa de suicídio) não é penalmente punível; seria passível de sanção o ato de pôr em prática, não

²⁹⁴ SALOMÃO LEITE, 2009, p. 138.

arbitrariamente, o pedido de morte de quem, em condições terminais, já não suporta sofrimento físico e/ou mental ?²⁹⁵

Por outro lado, não podemos deixar de enfrentar a questão que a doutrina dos “passos sucessivos” ou do “efeito do arrastamento” nos apresenta, de *lege leferenda* sobre a legalização da *eutanásia ativa* (aquela em que se dá em paciente terminal a seu pedido consciente, aliviando-o de sofrimentos psíquicos e intensos, após parecer de mais de um médico, permitindo que tenha uma morte digna e não lenta e dolorosa em nome da preservação de uma vida que se esvai) e os seus reflexos possam quebrar barreiras sociais perante situações futuras inusitadas e semelhantes, *arrastando* a não punibilidade de sua prática para certos casos, ou até mesmo que amanhã ou depois, dentro dessa doutrina, se dê *passos sucessivos* para passar alcançar também a *eutanásia ativa não consentida*.

A concepção absoluta ou personalística da vida (de inviolabilidade, de sacralidade) está na face de uma moeda (coroa) e na outra está o “absoluto de um ‘eu’ que assume a autodeterminação na plenitude de sua própria nadificação”²⁹⁶ (cara), não podendo essa mudança de paradigma que a legalização da *eutanásia ativa* iria acarretar, “ser olhada como uma simples operação teórica sem consequências no domínio da razão prática”.²⁹⁷

Sobre a concepção absoluta de um “eu”, depois de tratar das linhas de força fundamentais, vertical e horizontal que a autodeterminação traz com o poder jurídico que lhe acarreta, com receio de que seja compreendida erradamente, José de Faria Costa esclarece que:

Se para a realização completa e global da “minha” personalidade a “minha” morte é um elemento essencial, então, os “outros” têm o dever de criar as condições para que a “minha” personalidade se cumpra integralmente. Este modo de olhar dá sentido e densifica axiologicamente o segmento horizontal que trabalhamos. [...]. Se a “minha” morte é seguramente um pedaço do meu “eu singular” o meu “eu social” parece exigir, naquela precisa tensão dialéctica, dialéctico-normativa, a satisfação da sua plenitude.²⁹⁸

²⁹⁵ GOMES, Luiz Flavio. Eutanásia: dono da vida, o ser humano é também da sua própria morte. In: **Notáveis do direito penal: livro em homenagem ao emérito Professor Doutor René Ariel Dotti**. Brasília: Consulex, 2006, p. 262.

²⁹⁶ FARIA COSTA, 2005, p. 133.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 133.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 128. Referente à nota de rodapé (46).

Entretanto, em que pese se tratar de um risco real e inevitável os reflexos dessa situação, não se pode negar também que com a evolução da sociedade novos paradigmas com assunção de novos riscos vão surgindo enquanto outros vão se tornando ultrapassados, razão pela qual embora seja significativa as considerações da doutrina dos “passos sucessivos” que se ajusta à concepção absoluta da vida, não mais se pode aceitar, na atualidade, que esse caráter seja o único capaz de macular a possibilidade de um moribundo ter uma morte digna, após seu pedido ser levado a efeito pelo corpo médico.

Com efeito, quando a esperança de vida é nula, segundo os dados da ciência, a qualidade de vida atinge níveis de humilhação, o sofrimento é para lá do razoável, então o “deixar de viver” não é indigno de ser visto como uma alternativa, uma saída. Por isso, o conteúdo e o sentido ético-jurídico daquele que reivindica para si o poder “deixar de viver” é um valor – talvez, por enquanto, de baixa densidade – a que a ordem jurídica não pode ficar indiferente.²⁹⁹

Ronald Dworkin sobre essa doutrina dos “passos sucessivos”, ao tratar dela dá o nome de “encosta escorregadia” porque a legalização da *eutanásia* para os simpatizantes dessa argumentação poderia dar ensejo amanhã ou depois, ainda que cuidadosamente limitados os casos, a ampliação dos casos de forma a alcançar os duvidosos, quiçá esse processo não possa trazer de volta uma eugenia nazista³⁰⁰, contudo como bem assinala alicerçado na solidariedade humana:

Esse argumento também perde sua força assim que compreendemos que a *não*-legalização da eutanásia é, em si, danosa a muitas pessoas; então nos damos conta de que fazer o melhor possível para traçar e manter uma linha defensiva, reconhecendo o risco de que outros tracem uma linha diferente no futuro, e tentando nos proteger de tal risco, é melhor que abandonar totalmente essas pessoas. Existem riscos tanto na legalização quanto na recusa a legalizar; é preciso atentar para o equilíbrio desses riscos concorrentes, e nenhum deles deve ser ignorado.³⁰¹

3.1.2 O consentimento como requisito necessário à eutanásia

Sobre o consentimento do paciente ou de seus familiares na sua impossibilidade nos casos de *eutanásia ativa*, como requisito necessário para o reconhecimento dessa prática na pesquisa em foco, grande parte da doutrina sustenta ser viável o consentimento manifestado por pessoa diversa do paciente terminal quando este não tem mais condições de assim fazê-lo

²⁹⁹ FARIA COSTA, 2005, p. 147.

³⁰⁰ DWORKIN, 2009, p. 279.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 279.

e que, seja do conhecimento familiar que se pudesse, o paciente assim se manifestaria em face de toda uma história de vida que teve anteriormente a se encontrar no estado de inconsciência ou demência irreversível. Outra parte entende que não, somente é válido o consentimento do próprio paciente porque a ninguém é autorizado tirar a vida de seu semelhante, e outra ainda que, indo mais fundo na questão, entende que depende do quadro clínico do paciente e de sua capacidade de se autodeterminar.

Roberto Dias sustenta, com razão, que para o paciente decidir sobre a própria vida e morte, ele tem o direito como cidadão de ser informado de forma ampla e objetiva sobre os diagnósticos e os tratamentos recomendados, assim como os riscos inerentes e os prognósticos que podem advir, em respeito inclusive à dignidade de ser informado sobre suas condições de saúde, até porque, como sustenta, a informação é pressuposto para exercer a liberdade com autonomia sobre a sua própria vida e morte.³⁰²

Maria Celeste Cordeiro Leite Santos ao tratar do âmbito dilatado da *eutanásia* que engloba, para ela, os demenciados, idiotas sem remédio e os inconscientes que se recuperaram, entende que para esses não seria possível invocar o consentimento³⁰³, mas que “seria possível suprir sua vontade pela dos pais e representantes legais, mas é extremamente difícil fugir aos riscos de arbitrariedade que dariam lugar, oriundos de concupiscência econômica ou do desejo de livrarem-se da carga pesada”³⁰⁴, sustentando que, com isso, não se deve considerar o consentimento, em que pese posição de autores que vê nele a causa da impunidade da *eutanásia*.³⁰⁵

Por sua vez, Roxana Cardoso Brasileiro Borges entende que é de vital importância que o consentimento seja do próprio paciente em se tratando do direito à vida, afastando, em consequência, a possibilidade de familiares consentirem em nome do paciente, sob o fundamento de que ninguém pode dispor da vida de outrem³⁰⁶, inclusive nos casos em que se esteja diante de doenças graves e incuráveis, inconscientes incuráveis, mas apenas o próprio paciente terminal em havendo capacidade de manifestar o seu consentimento, salvo no caso

³⁰² DIAS, 2012, p. 174.

³⁰³ SANTOS, 1992, p. 224.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 224.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 224.

³⁰⁶ BORGES, 2001, p. 293.

de incapacidade legal em que se tem admitido que o mesmo ocorra pelos representantes legais, embora registre que é uma situação polêmica.³⁰⁷

É certo que o consentimento de terceiros para que seja realizada a prática da *eutanásia* em um paciente terminal incapacitado de consentir é sempre uma coisa delicada pelas intenções que por detrás possa estar impulsionando àqueles que, mesmo sendo representantes legais da vítima de uma doença incurável, contudo, partindo da máxima do direito de que se presume a boa-fé e que a má-fé é que deve ser provada, entendemos que não se pode generalizar e inverter a ordem das coisas.

É diante do caso concreto, cercada a equipe médica dos cuidados necessários, inclusive da oitiva de parentes, amigos e/ou familiares, é quando poderá aquilatar até que ponto o direito à beneficência deve atuar, assim como à dignidade da pessoa humana, levando em consideração a profundidade e propriedade com que Ronald Dworkin aborda a questão, não se sustentando o argumento de que ninguém pode dispor da vida de outrem, quando a própria legislação constitucional autoriza a pena de morte em caso de guerra declarada, e o código penal contém as normas permissivas do aborto necessário, legítima defesa, estado de necessidade etc.

Assim, a problemática dessa questão, deixando o paternalismo de lado, reside em se saber até que ponto há de persistir a autonomia da vontade e a liberdade de consentir do paciente como direitos integrantes da dignidade da pessoa humana que exprimem os seus interesses críticos, ou até que ponto deve atuar o direito à beneficência que visa atender os seus interesses fundamentais, no caso, experienciais, ou seja, até que ponto pode um demenciado ter direitos?

Sem embargo à última hipótese suscitada por Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, entendemos que se no caso concreto restar comprovado em análise clínica por um corpo médico de três especialistas que o paciente se recuperou de um estado de inconsciência e tem restabelecida a sua autonomia da vontade compatível e coerente com a que tinha antes de forma a ser plenamente capaz de voltar a se autodeterminar, em estando em um estado terminal de doença comprovadamente incurável, nada obsta, muito pelo contrário, antes se recomenda que se prestigie a sua liberdade de autonomia, de se autodeterminar como deseja a sua própria morte que se aproxima, se quer de forma lenta e dolorosa como o veneno da

³⁰⁷ BORGES, 2001, p. 294.

mamba-negra³⁰⁸, ou de forma mais rápida, digna e indolor, afinal, o homem é senhor de si, protagonista de sua própria vida em que não se pode negar que o seja da própria morte, pela forma que julgar ser mais digna encerrar a sua existência.

Nesse aspecto, Ronald Dworkin ao tratar da capacidade de consentir pela própria morte ou pela morte de outrem apresenta três principais situações: **1) *Consciente e competente***; **2) *Inconsciente*** e, **3) *Consciente mas incompetente***.³⁰⁹

A situação daquele que é *consciente e competente* para consentir com a própria morte se apresenta como no caso daquele que se encontra totalmente incapacitado ou gravemente enfermo que, apesar de consciente de sua vontade, se encontra incapacitado de se suicidar sem ajuda, já que há proibição legal nos países ocidentais, com algumas exceções, que médicos possam antecipar a morte desses pacientes terminais³¹⁰, no que Ronald Dworkin aparentemente se servindo de ética utilitarista apresenta a existência de um paradoxo ao dizer que:

O direito produz o resultado aparentemente irracional: por um lado, as pessoas podem optar por morrer lentamente, recusando-se a comer, recusando-se a receber um tratamento capaz de mantê-las vivas ou pedindo para ser desligadas de aparelhos de respiração artificial; por outro, não podem optar pela morte rápida e indolor que seus médicos poderiam facilmente conseguir-lhes.³¹¹

À do *inconsciente*, Ronald Dworkin descreve como aquela em que os “médicos são frequentemente forçados a decidir se vão ou não prosseguir com o suporte vital para alguém que está inconsciente e moribundo – alguém com grave insuficiência cardíaca, por exemplo”³¹², este que se amolda perfeitamente àquele caso prático do dia-a-dia relatado pelo médico Lincoln Ziviani.³¹³

Por último, a situação que se apresenta é a do *consciente, mas incompetente*. Para tal, Ronald Dworkin diz que estudos apontam que cerca de um quarto à metade com mais de oitenta e cinco anos apresentam algum tipo de demência, como o mal de Alzheimer, sendo

³⁰⁸ Veja-se nota 119.

³⁰⁹ DWORKIN, 2009, p. 257-268.

³¹⁰ Ibid., p. 258.

³¹¹ Ibid., p. 259.

³¹² Ibid., p. 262-263.

³¹³ Veja-se nota 246.

que com o avanço dessa doença há perda de toda memória e da capacidade de atender às suas próprias necessidades ou funções.³¹⁴

É fato que se deve respeitar a autonomia da vontade do indivíduo de querer ter uma morte digna, fechando o ciclo de vida que se autodeterminou a viver, pois uma morte indigna não se compactua com toda a dignidade que possa entender que tenha vivido, entretanto fica a pergunta mais problemática que se refere à última hipótese acima: Há como respeitar a vontade de alguém que se tornou inconsciente de forma irreversível?

Para Ronald Dworkin o caminho a ser observado para se obter o melhor deslinde da questão, reside em que se deve “considerar a autonomia e os interesses fundamentais das pessoas que sofrem de demência grave e permanente e também aquilo que exige o devido respeito para com o valor intrínseco de *suas vidas*”³¹⁵, mas alerta com propriedade que se deve considerar:

Os direitos e interesses não de alguém que sempre sofreu de demência, mas de alguém que foi competente no passado. Portanto, ao examinar os direitos e interesses de tal pessoa, podemos pensar nela de duas maneiras distintas: como uma pessoa *demenciada*, enfatizando seu estado e suas capacidades atuais, ou como uma pessoa que se *tornou* demenciada, levando em consideração toda a sua trajetória de vida.³¹⁶

Ronald Dworkin, se referindo às pessoas com demência grave, assinala que nesse caso entra em cena dois tipos de autonomia: **1)** a autonomia do paciente demente, por exemplo; e **2)** a autonomia da pessoa que se tornou demente, sendo que ambas podem entrar em conflito, gerando problemas complexos e difíceis.³¹⁷

Adotando a concepção de *autonomia centrada na integridade* que, para se tornar plausível, como teoria, “deve fazer uma distinção entre o objeto geral ou o valor da autonomia, por um lado, e suas consequências para uma determinada pessoa em uma situação específica por outro”³¹⁸, afirma que adotando essa concepção as opiniões sobre os incapacitados terem ou não direito à autonomia vai depender do grau de capacidade que

³¹⁴ DWORKIN, 2009, p. 267.

³¹⁵ Ibid., p. 309.

³¹⁶ Ibid., p. 314.

³¹⁷ Ibid., p. 271.

³¹⁸ Ibid., p. 319.

dispõem para conduzir as suas vidas³¹⁹, ou seja, o caso concreto é que vai permitir essa apuração.

Para aqueles moderadamente demenciados, para que sejam respeitadas as suas escolhas, estas têm que ser compatíveis ou razoavelmente estáveis e coerentes com as suas vidas antes da demência, o que demonstra que ainda tem autonomia da vontade pelo controle que ainda desfruta sobre a própria vida, do contrário não, presumindo-se então que perdeu a capacidade de decidir que a própria autonomia tutela³²⁰, podendo-se afirmar que “nem a concepção comprobatória de autonomia, nem a concepção mais plausível, que tem por base a integridade, recomendam qualquer direito à autonomia para pacientes gravemente demenciados”.³²¹

Se manifestada a vontade anteriormente ao estado em que se encontra o paciente terminal, seja formalmente ou até mesmo informalmente por meio de reiteradas vezes em que manifestou perante parentes e/ou familiares, como bem assinala Ronald Dworkin³²², deve-se respeitar a vontade livremente declarada com antecipação em respeito à integridade da autonomia.

Sem embargo de ser cediço que o tempo é o senhor da razão e que efetivamente a vontade de outrora pode não ser a daquele que se encontra incompetente, mesmo assim se deve respeitar também a vontade antecedente expressada quando competente o paciente terminal, sob pena de grave violação à autonomia da vontade, no caso, centrada na integridade³²³, como bem argumenta Ronald Dworkin:

Em favor da concepção centrada na integridade tem por base uma verdadeira doutrina da autonomia precedente. O direito de uma pessoa competente à autonomia exige que suas decisões passadas sobre como devem tratá-la em caso de demência sejam respeitadas mesmo quando contrariem os desejos que venha a manifestar em uma fase posterior de sua vida. Se nos recusarmos a respeitar a autonomia precedente de Margo – se nos recusarmos a respeitar suas decisões passadas porque, apesar de tomadas quando ela ainda era competente, não são compatíveis com a incompetência revelada por seus desejos atuais -, estaremos violando sua autonomia nos termos da concepção centrada na integridade.³²⁴

³¹⁹ DWORKIN, 2009, p. 320.

³²⁰ Ibid., p. 320.

³²¹ Ibid., p. 322.

³²² Ibid., p. 269.

³²³ Ibid., p. 325.

³²⁴ Ibid., p. 325.

Lado outro, há de se considerar que os gravemente demenciados de forma irreversível, como aqueles que sofrem do mal de Alzheimer, conservam os seus interesses fundamentais, estes que repousam nos interesses experienciais que são voltados para o futuro, tornando-os extremamente sensíveis ou como mesmo se expressa Dworkin:

Radicalmente sensíveis ao tempo. Posso preocupar-me com a dor que já sofri, mas não o farei com a mesma intensidade, nem da mesma maneira, no que diz respeito à dor que ainda poderá sobrevir. Não quero morrer logo porque a morte irá privar-me de experiências ainda por vir, mas também não quero já ter vivido mais do que deveria, isto é, ter nascido antes da data em que nasci.³²⁵

Há esses interesses fundamentais e o paciente que sofre de demência grave tem o direito à beneficência³²⁶ por terem ainda interesses experienciais, mas não o direito à dignidade porque não mais possui interesses críticos, no que colocada “as coisas desse modo explica como e por que o direito à dignidade é diferente do direito à beneficência.”³²⁷

Isso não obsta a que continue a receber um tratamento humano e digno, sob pena de se flexibilizar o imperativo categórico de Immanuel Kant de que o homem é um fim em si mesmo, para passar a tratá-lo como um objeto ou coisa, afinal o “fato de continuar sendo uma pessoa e de o valor de sua vida continuar tendo importância intrínseca são verdades que pesam decisivamente em favor de seu direito à dignidade”³²⁸, como bem frisa Ronald Dworkin, “no contexto de sua guarda e custódia”.³²⁹

Com relação ao paciente que vive em estado vegetativo irreversível, sem a capacidade óbvia de ter qualquer interesse fundamental, nada obsta que antes não tenha se preocupado em quais seriam esses interesses se viesse a entrar nesse estado:

Se estou convencido de que minha vida seria arruinada se, durante anos, me mantivessem vivo como um vegetal, posso agir com base nessa convicção sem que isso acarrete qualquer perspectiva de conflito – posso assinar um testamento no qual determino que não quero ser mantido vivo. Mas sei que, se me tornar demenciado é

³²⁵ DWORKIN, 2009, nota 20, p. 327.

³²⁶ É aquele em que a pessoa a quem é confiada a tutela ou os cuidados do paciente, tem que tomar decisões que favoreçam os interesses fundamentais do paciente.

³²⁷ DWORKIN, op. cit., p. 327.

³²⁸ Ibid., p. 339-340.

³²⁹ Ibid., p. 339.

provável que queira continuar vivo e que então talvez seja capaz de experimentar alguns prazeres imediatos.³³⁰

Nesses casos de pacientes em estado vegetativo irreversível em que já houve morte cerebral - a que é caracterizada pela parada definitiva de toda a atividade cerebral, com suspensão de toda a atividade respiratória espontânea e a eletroencefalograma plano³³¹-, submetidos a uma obstinação terapêutica que só pode encontrar justificativa numa concepção personalística que presa a todo custo a inviolabilidade da vida e/ou numa concepção paternalista, não é digno que haja persistência nesse tratamento inútil de quem já se encontra clinicamente morto, assim considerado pela comunidade científica mundial.³³²

Casos como esses isentam o médico de responsabilidade criminal na eventual atuação de desligar os aparelhos que mantêm o paciente em estado vegetativo pelo simples fato de que a pessoa já se encontra falecida, não se podendo afastar a possibilidade do responsável legal ou parente, depois de confirmado por equipe médica esse quadro clínico, que possam consentir em nome do morto que se desligue os aparelhos artificiais, não se sustentando, nesses casos, o fundamento de que ninguém pode dispor da vida de outrem onde não há vida, esta entendida dentro de uma concepção global e não só biológica.

3.2 NA JURISPRUDÊNCIA

No Brasil, em regra, quando os raros casos de *eutanásia ativa* ocorrem, os autores são autuados como praticantes de crime doloso contra a vida e submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, sendo normalmente condenados pela prática de homicídio privilegiado (CP; art. 121, §1º) por terem cometido o crime impelido por motivo de relevante valor moral, a que Cezar Roberto Bitencourt denomina de *homicídio piedoso*.³³³

³³⁰ DWORKIN, 2009, p. 330.

³³¹ HOUAISS A; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 1964.

³³² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Cuida da caracterização da morte encefálica**. Resolução nº 1.480/97. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>. Acesso em: 02 jan. 2015.

³³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – Parte Especial: dos crimes contra a pessoa**. 14. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2014, p.77, V. 2.

Não temos conhecimento de decisões judiciais brasileiras autorizando ou não a *eutanásia ativa*, todavia com relação à *eutanásia passiva* ou *ortotanásia* temos duas decisões judiciais raras e recentes da justiça brasileira proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que está sempre na vanguarda de grandes decisões judiciais, abrindo importantes precedentes na seara judicial.

No primeiro acórdão de 2011, a 21ª Câmara Cível assim decidiu:

Ementa: CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE, ATUALMENTE, SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES MANIFESTADO. Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua hierarquia. O desejo de ter a "morte no seu tempo certo", evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória. No caso dos autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir.³³⁴

No segundo acórdão de 2012, a 1ª Câmara Cível decidiu:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 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. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, 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 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 Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (Apelação

³³⁴ BRASIL. TJRS-ACv 70042509562, 21ª Câmara Cível, Rel. Armínio José Abreu Lima da Rosa, j. 01/06/2011, RJTJRS, v-281/332.

Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013)³³⁵

Em ambos os casos acima se pode verificar a valorização da liberdade com autonomia em detrimento da com coexistência, prestigiando acima de tudo o valor maior da dignidade da pessoa humana, unificador de todos os demais direitos humanos fundamentais, bem como o que a Constituição assegura, como fartamente salientado pela doutrina, o direito à vida e não o dever à vida, o que reforça a tese de que a indisponibilidade da vida é relativa e não absoluta, como os partidários da ultrapassada concepção personalística sustentam.

De qualquer forma, é na justiça estrangeira que vamos encontrar inúmeros casos, muitos já rotineiramente apresentados de forma repetida em várias obras que tratam da *eutanásia* e do suicídio assistido, tendo como paradigmáticos os de Nancy Cruzan dos EUA, o de Ramón Sampedro da Espanha, o de Piergiorgio Welby da Itália e o de Vincent Humbert da França.

O da Nancy Cruzan se deu em virtude de um acidente de carro em 1983 quando tinha 24 anos de idade e entrou em estado vegetativo permanente, com expectativa de vida por 30 anos, contudo depois de algum tempo em que ficou constatado que não tinha como devolvê-la à vida, se iniciou uma longa batalha judicial no Missouri para que os aparelhos artificiais fossem desligados, sendo que só em 26/12/1990 o pedido foi deferido judicialmente e Nancy veio a falecer.³³⁶

O caso do espanhol Ramón Sampedro, que deu origem ao filme *Mar Adentro*, reporta o fato de que aos 26 anos de idade ficou tetraplégico em virtude de um acidente. Não suportando viver daquela maneira, ingressou na justiça espanhola para que fosse autorizada a *eutanásia*, contudo foi-lhe negado ao fundamento de que a *eutanásia ativa* era equiparada ao homicídio. Passou 29 anos de sua vida acamado, contudo com ajuda de amigos planejou a sua morte. Mudou-se para outra cidade em 1997 e em 1998 foi encontrado morto, tendo a autópsia indicado a ingestão de cianureto, o que foi compatível com o vídeo que deixou de seus últimos momentos em que aparece bebendo o veneno num copo que estava com canudo

³³⁵ BRASIL. TJRS-ACv 70054988266, 1ª Câmara Cível, Rel. Irineu Mariani, j. 20/11/2013, RJTJRS, 291/259.

³³⁶ SALOMÃO LEITE, 2009, p. 142-143.

ao seu alcance. Embora tenha restado evidenciado que teve ajuda, igualmente ficou que ingeriu o cianureto por vontade própria.³³⁷

Piergiorgio Welby, italiano, sofria de uma distrofia muscular há décadas que lhe ocasionou ficar tetraplégico. Pleiteou perante a justiça italiana uma autorização para que os médicos desligassem os aparelhos que lhe forneciam respiração assistida após ser sedado, contudo não obteve êxito sob o fundamento judicial de que o pedido não tinha amparo legal, todavia em 2007 o seu médico-anestesista praticou o ato, o sedando antes para evitar a sensação de falta de ar. Antes de vir a óbito enviou uma carta ao Presidente da Itália à época manifestando o seu desejo de morrer.³³⁸

Por último, desses casos históricos que servem de modelo, temos o do francês Vincent Humbert, bombeiro que aos 20 anos de idade sofreu um acidente de automóvel em 2000, ficando em estado comatoso por nove meses, sendo que ao sair desse estado de inconsciência, ficou constatado que tinha ficado tetraplégico, cego e mudo, sendo que apenas fazia uma leve pressão com o polegar da mão esquerda. Gradativamente, soletrando palavras com as pressões do dedo, começou a formar frases e a pedir aos médicos que praticassem a *eutanásia* porque o seu sofrimento era intenso e insuportável.

Diante da recusa médica, escreveu uma carta ao Presidente Francês, mas não obteve êxito na sua tentativa de autorização do ato em face da sua ilegalidade, sendo que então escreveu um livro denominado “Peço-vos o direito de morrer”, sendo que na primavera de 2003, em acordo com sua mãe, esta lhe ministrou uma dose elevada de barbitúricos. Passados três dias, após passar iguais três dias em coma, após suspensão das medidas terapêuticas pelos médicos, veio a óbito.³³⁹

Registramos que também na Itália, Eluana Englaro, aos 19 anos de idade, se acidentou de carro em 1992 e por mais de 16 anos permaneceu em estado comatoso, sendo que seu pai reclamava a suspensão do tratamento que a mantinha viva desde 1999. Em 09 de julho de 2008 a Corte de Apelação de Milão, entendendo que era uma decisão inevitável, autorizou a interrupção da alimentação e hidratação artificiais que mantinha viva a jovem Eluana, tendo

³³⁷ SALOMÃO LEITE, 2009, p. 139.

³³⁸ *Ibid.*, p. 138-139.

³³⁹ *Ibid.*, p. 140-142.

seu pai Beppino Englaro preferido falar de liberdade ao invés de *eutanásia* ou morte cerebral, enquanto o Vaticano se pronunciou contrariamente à decisão judicial.³⁴⁰

Na Grã-Bretanha Tony Nicklinson, de 58 anos, não teve o mesmo êxito. Paralisado do pescoço para baixo, sofrendo da denominada Síndrome do Encarceramento há anos que permite que só se comunique com piscada de olhos, teve o seu pedido de eutanásia negado pela Justiça que, como Tony só poderia vir a óbito com ajuda de terceiro, o caso seria de homicídio que a legislação britânica não permite, devendo o caso ser discutido pelo Parlamento e a sociedade.

Nicklinson vinha pleiteando na Justiça o direito de ser submetido a um suicídio assistido, diante de sua impossibilidade, sustentando que sua vida se tornou um pesadelo e se sente condenado a uma vida de sofrimento constante já que sua expectativa de vida é de mais de 20 anos e ele não quer viver isso.³⁴¹

Recentemente, a Corte Européia de Direitos Humanos foi provocada a decidir se quando uma pessoa perde a consciência, se os seus familiares podem decidir pela sua vida.

O caso envolve o francês Vincent Lambert que sofreu um acidente de carro em 2008 e desde então não se mexe, não fala e é alimentado por sondas, sem aparentemente qualquer consciência. Os médicos resolveram suspender a alimentação do paciente que contou com o aval da sua mulher, todavia a partir de então se iniciou uma batalha judicial porque os pais e irmão se opuseram a esse procedimento. A última decisão judicial francesa saiu em junho de 2014 autorizando a *eutanásia*, contudo foi suspensa pela Corte Européia de Direitos Humanos até julgamento definitivo da Câmara Principal de Julgamentos da Corte.³⁴²

Além desses há outros inúmeros casos pelo mundo, sendo que se observa uma mudança gradual de paradigma com relação ao direito à vida que se afasta de sua sacralidade e se aproxima e interage com a dignidade da pessoa humana que é direito da personalidade inato ao homem que é senhor de si por ter a capacidade de se autodeterminar com liberdade

³⁴⁰ BIMFELD, Marina. **Justiça italiana autoriza o fim da vida de jovem que se acidentou aos 19 de idade**. 10 jul. 2008. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/consulta/noticia_1er.php?id=11945>. Acesso em: 02 jan. 2015.

³⁴¹ BBC. **Justiça nega pedido de eutanásia a britânico que sofre de paralisia**. 16 ago. 2012. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/08/120816_nicklinson_justica_pai.shtml>. Acesso em: 02 jan. 2015.

³⁴² REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Direito de morrer**: Corte Européia dirá se eutanásia pode ser pedida pela família ou pelos amigos. 09 out. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-09/corte-europeia-dira-eutanasia-pedida-terceiros>>. Acesso em: 02 jan. 2015.

em sociedades pluralistas, fraternas e sem preconceitos iluminadas pela laicidade que são à base das democracias.

4 EUTANÁSIA NA ÓRBITA MÉDICA E PENAL

4.1 ASPECTOS MÉDICOS: BREVES CONSIDERAÇÕES

A relação médico x paciente ao longo do tempo tem sofrido alterações. De um modelo de atendimento personalíssimo em que o médico ia à casa do doente, estando mais próximo, inclusive da família, com o tempo passou-se, com a evolução tecnológica, a aumentar essa distância na relação de forma que com menos sensibilidade ela se desenvolvia, tornando-a mais fria e distante. Entretanto, atento a essa questão e à evolução do Estado e da sociedade, vislumbra-se uma busca pelos conselhos de medicina da reaproximação do médico e paciente, permitindo uma melhor compreensão do problema pelo profissional da saúde e respeito à dignidade humana e a autodeterminação do paciente, deixando de lado o ultrapassado modelo paternalista.

O ato de deixar viver ou não o paciente terminal de uma doença incurável deve ser sempre oriundo de um médico, considerando a importância da sua atuação nas sociedades contemporâneas, ganhando cada vez mais dignidade a sua atividade na medida em que reconhece e respeita o direito do doente de se autodeterminar, humanizando a sua atuação médica, ainda mais quando se evidencia em grande parcela de profissionais de saúde uma mudança de paradigma em relação ao juramento Hipocrático, de que na verdade na modernidade cabe ao médico prioritariamente aliviar o sofrimento do doente, podendo, em decorrência haver cura, mas não salvar vidas que, nas palavras do médico Drauzio Varella, cabe ao Corpo de Bombeiros.³⁴³

Dessa forma, para a prática da *eutanásia ativa* ou *passiva* há de estarem presentes os seguintes critérios: **1)** se tratar de doente terminal e que seja praticada exclusivamente por

³⁴³ VARELA, Drauzio. **O Juramento de Hipócrates**. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/drauzio/o-juramento-de-hipocrates/>>. Acesso em: 28 set. 2014.

médico; **2)** a comprovação de que se trate de doença incurável se dê por meio de um corpo médico composto por no mínimo três médicos; **3)** haja pedido consciente do paciente de antecipação de sua morte, consentindo com a atuação médica necessária para a sua concretização, mas na sua impossibilidade de consentir expressamente, que seja admitido o consentimento presumido ou, na sua falta, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro (a) ou irmão (ã), tomadas as cautelas devidas pelo corpo médico para a sua correta e isenta aferição de validade; **4)** em havendo manifestação de vontade antecipada do doente, quando capaz, que seja respeitada a sua liberdade com autonomia de autodeterminar a sua morte com dignidade, levando-se sempre em consideração a concepção da autonomia centrada na integridade.

4.1.2 Testamento Vital

Com relação ao testamento vital, conceitua Vera Lúcia Raposo que “é um documento escrito no qual uma pessoa dispõe acerca da sua vontade quanto aos cuidados médicos que pretende receber ou não receber quando perca a capacidade de exprimir os seus desejos, ou se encontrar em tal estado de incapacidade que não possa decidir por si”³⁴⁴, assinalando com razão que o “testamento não deve ser demasiado detalhado, ou correremos o risco de a situação nele prevista não se realizar na prática”.³⁴⁵

Essa *declaração antecipada de vontade* esta interligada com os aspectos médicos no exercício da medicina, tendo sido objeto de ato administrativo do Conselho Federal de Medicina no Brasil.

A Espanha em 2000 e o Uruguai em 2009 implantaram a *declaração antecipada de vontade*, sendo também admitida “em alguns países europeus e nos Estados Unidos, onde se consagrou o ‘living will’”.³⁴⁶

No Brasil, como anunciado, o Conselho Federal de Medicina, precocemente, por meio da Resolução n. 1805/2006 preconizou a prática da eutanásia passiva (ortotanásia), sendo que

³⁴⁴ RAPOSO, Vera Lúcia. **Directivas antecipadas de vontade**: em busca da lei perdida. Revista do Ministério Público de Lisboa, v. 32, n. 125, jan./mar. 2011, p. 173.

³⁴⁵ Ibid., p. 174.

³⁴⁶ GODINHO, Adriano Marteleto. Testamento vital e o ordenamento brasileiro. Jus Navegandi, 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15066/testamento-vital-e-o-ordenamento-brasileiro>>. Acesso em: 27 mar. 2013.

com a decisão judicial que em 2010 cassou a liminar concedida e indeferiu, no entanto, ao final, em decisão definitiva, o pedido do Ministério Público Federal formulado em ação civil pública. Assim, o médico voltou a - autorizado pelo paciente ou seu responsável legal - poder limitar ou suspender tratamentos que extrapolem a razoabilidade e passem a ser considerados desnecessários no prolongamento da vida do paciente em fase terminal de enfermidades graves e incuráveis.

Esse atuar, que já era previsto na resolução supracitada, se coaduna com o Novo Projeto de Reforma do Código Penal (PLS nº 236/2012) e com a atual Resolução n. 1931, de 17 de set. de 2009 do Conselho Federal de Medicina que aprovou o seu novo Código de Ética Médica e ratificou o entendimento sobre a eutanásia passiva (ortotanásia) da outrora Resolução nº 1805/2006.

Assim, sob o aspecto “[...] administrativo-disciplinar, a conduta do médico que pratica ortotanásia não é reprovável (não é aética)”³⁴⁷, e amanhã ou depois, quiçá não será também criminal em sendo aprovado, nessa parte, o relatório final do projeto de reforma do novo código penal que prevê a descriminalização de sua prática.

Na esteira da tendência atual, preocupado com a ética médica contemporânea que está mais centrada em aliviar o sofrimento humano, se possível pela cura, o Conselho Federal de Medicina por meio da Resolução 1995/2012³⁴⁸, instituiu o direito dos pacientes decidirem, prévia e expressamente, os cuidados e tratamentos a que desejam ser submetidos quando estiverem no leito, incapacitados de expressar com liberdade e autonomia as suas vontades, instituindo no Brasil o conhecido *Testamento Vital* ou *declaração antecipada de vontade*.

Tal instituto que prestigia o princípio da dignidade da pessoa humana, a liberdade e a autonomia da vontade, direitos fundamentais, permitindo o indivíduo exercer plenamente a cidadania por meio do direito de se autodeterminar de como deseja terminar a sua história de vida. Se não faz diferença, pode deixar o mesmo de firmar tal declaração, do contrário, se prefere, caso venha ficar na condição comprovada de doente incurável, sem capacidade de expressar livremente a sua vontade, ter a sua morte abreviada para evitar sofrimentos físicos

³⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio. Ortotanásia: Morte Digna? **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 43, ago./set. 2011, p. 57.

³⁴⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Dispõe sobre diretivas antecipadas de vontade dos pacientes**. Resolução nº 1.995/2012. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2015.

e/ou psicológicos que possa vir a ter, dando mais significado a uma vida digna sob a sua ótica, pode firmar tal *declaração antecipada de vontade* em um cartório por meio de instrumento próprio para que seja observada a sua vontade final por quem de direito.

Notícia O Estado de S. Paulo, um dos maiores jornais de circulação no Brasil, em 24 de janeiro de 2015, de que o juízo da 2ª Vara Cível do Fórum João Mendes de São Paulo concedeu em junho de 2013, em decisão inédita na justiça brasileira, o direito da Advogada Rosana Chiavassa, de 54 anos, ter uma *morte digna* no caso de no futuro vir a sofrer de doença irreversível que lhe comprometa a capacidade física e consciência, ou seja, informa que foi autorizada a *ortotanásia*, dizendo que essa manifestação prévia de vontade já é feita pelos Testamentos Vitais, mas que a Advogada tinha receio que parentes dificultassem o cumprimento de sua manifestação feita antecipadamente por meio desse documento.³⁴⁹

Correta a preocupação da Advogada Rosana Chiavassa em procurar, *ad cautelam*, a Justiça para assegurar um direito, uma vez que, embora §3º do art. 2º da Resolução CFM n. 1995/2012 expressamente assinale que a declaração de vontade antecipada do paciente se sobreponha à dos familiares e a qualquer outro parecer não médico, é certo que ela não é de aplicação compulsória, uma vez que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF; art. 5º, II), o que autoriza o próprio médico se recusar a cumprir essa última vontade do (a) paciente por convicções religiosas, pessoais ou profissionais sem qualquer responsabilidade ética perante o CFM que apenas editou um ato administrativo com vistas a disciplinar a conduta médica.

Sobre esse ponto ético da Resolução n. 1995/2012, embora nos amparemos o nosso fundamento no direito fundamental acima, assinala o médico Aucélio Gusmão³⁵⁰:

Os médicos que seguirem a mesma não serão naturalmente considerados negligentes. As Resoluções do CFM, embora não tenha força de lei, são consideradas como mandatárias para os médicos. Ao desobedecê-las, pode ser interpretado como quebra do Código de Ética Médica, podendo acarretar sérios contratemplos, até cassação da permissão para exercer a Medicina.

³⁴⁹ SÃO PAULO. Justiça autoriza advogada a ter 'morte digna'. **O Estado de S. Paulo**. Fabiana Cambricoli. 24 jan. 2015. 23h 39. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,justica-autoriza-advogada-a-ter-morte-digna,1624407>>. Acesso em: 26 jan. 2015.

³⁵⁰ GUSMÃO, Aucélio. **Testamento vital**. Conselho Federal de Medicina, 21 fev. 2013. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23585:testamento-vital&catid=46>. Acesso em: 30 nov. 2014.

No que tange à oposição de familiares ao cumprimento das diretivas antecipadas do paciente, é certo que pode ocorrer por meio de ações judiciais de familiares que visem constestar a sua aplicação, daí se reconhecer a prudência com que agiu a Advogada Rosana Chiavassa.

Se com relação às diretivas antecipadas da vida há esse ponto relevante, precisamos saber se há reflexos nessa disposição com relação à de tecidos, órgãos e partes do corpo humano vivo para transplante ou tratamento, ainda que se dê *post mortem*.

O §5º do art. 9º da Lei n. 9434/1997 prevê a possibilidade de revogação por parte do doador vivo de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano ou mesmo de seus responsáveis legais antes de sua concretização, sendo admitida esta última hipótese, para nós, apenas em não havendo declaração antecipada do doador em sentido contrário, considerando a concepção centrada na integridade da vontade que adotamos seguindo o nosso referencial teórico Ronald Dworkin, concepção essa que “tem por base uma verdadeira doutrina da autonomia precedente. O direito de uma pessoa competente à autonomia exige que suas decisões passadas sobre como devem tratá-la em caso de demência sejam respeitadas”.³⁵¹

Assim, entendemos que o mesmo fundamento se aplica à disposição *post mortem* de que trata o art. 4º da Lei n. 9434/1997, até porque a Resolução CFM n. 1995/2012 trata de disposição diversa do corpo humano, consignando em seu art. 1º que cuida apenas dos cuidados e tratamentos que o paciente queira ou não receber em vida, em estando incapacitado de se manifestar expressamente e com consciência a autonomia a sua última vontade.

Lado outro, o médico Aucélio Gusmão tem como controvérsia maior, o fato dessa Resolução CFM n. 1995/2012 ser recente e “carece de regulamentação no Código Civil, local onde ainda não foi recepcionada”.³⁵²

Sobre esse ponto, entendemos que o não acatamento pelo (s) médico (s) do que dispõe a referida Resolução não pode configurar negligência médica pelo simples fato de que se trata apenas de uma recomendação contida num ato administrativo que visa disciplinar uma melhor atuação médica nesses casos à luz do que dispõe a Lei n. 3.268/1957³⁵³, não sendo o fato de inexistir ainda regulamentação no CC sobre essa questão que vai fazer surgir a sua ocorrência,

³⁵¹ DWORKIN, 2009, p. 325.

³⁵² GUSMÃO, 2014.

³⁵³ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm>. Acesso em: 09 fev. 2015.

mas sim um atuar médico que autorize esse reconhecimento, não podendo a recusa do médico, por si só, autorizar tal responsabilidade, até porque, como já mencionado acima, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF; art. 5º, II).

José de Faria Costa aponta outras controvérsias a serem enfrentadas, sendo que:

A crítica que normalmente se faz à força do testamento de vida prende-se, sobretudo, com a distância temporal que intercede entre a verdadeira e real manifestação de vontade e o momento em que aquela precisa vontade vai ser percebida, interpretada e realizada. Se hoje se faz um testamento de vida e se este só vier a ser concretizado, por exemplo, passados vinte anos, será que se pode dizer que a vontade 'actual' é ainda aquela que então se manifestou? E é ou não verdade, sobretudo quando trabalhamos sobre questões do 'ser', que a actualidade é peça essencialíssima para se aferir da validade da vontade? As críticas fundadas que estas duas interrogações arrastam não podem deixar de nos fazer reflectir com ponderação. Na verdade, a bondade e a impressividade da crítica são enormes e inquestionáveis. Porém, das duas uma: ou se aceita o testamento de vida ou se rejeita. O que não se pode é querer admitir o testamento de vida com restrições que afastem aquelas críticas.³⁵⁴

Para nós, essa importante questão suscitada é corretamente enfrentada quando adotamos a autonomia da vontade centrada na integridade que defende Ronald Dworkin como resposta mais adequada, uma vez que essa concepção:

Tem por base uma verdadeira doutrina da autonomia precedente. O direito de uma pessoa competente à autonomia exige que suas decisões passadas sobre como devem tratá-la em caso de demência sejam respeitadas mesmo quando contrariem os desejos que venha a manifestar em uma fase posterior de sua vida. [...] - se nos recusarmos a respeitar suas decisões passadas porque, apesar de tomadas quando ela ainda era competente, não são compatíveis com a incompetência revelada por seus desejos atuais -, estaremos violando sua autonomia nos termos da concepção centrada na integridade. [...]. Está na mesma posição das pessoas que assinam testamentos de vida pedindo para serem mortas quando a possibilidade de recuperação for nula, ou quando ficarem em estado vegetativo permanente.³⁵⁵

Assim, como se diz, caminha a humanidade, acertando ou errando, mas sempre buscando mais racionalidade naquele que, por ser um fim em si mesmo, é o centro do

³⁵⁴ FARIA COSTA, José de. O fim da vida e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa. Et al (Org.). **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003, p. 793-794.

³⁵⁵ Op. cit., p. 325.

universo em que habita e que, por essa razão, busca a partir do que se denomina a reconstrução dos direitos humanos no pós-guerra de 1945 com a Carta da ONU de 1948 solidificar a dignidade humana como um direito universal.

Por isso coadunamos com Vera Lúcia Raposo, para quem não há um dever de viver em benefício próprio ou da sociedade, quando sustenta que “tal como qualquer outro direito, também o direito à vida terá de incluir em si a dimensão negativa de seu não exercício, especialmente em situações de intenso sofrimento e agonia, que tornam a vida numa não-vida”.³⁵⁶

Constatamos importantes avanços na medicina moderna que busca, diria, uma reaproximação na relação médico x paciente por meio do reconhecimento da necessidade de se respeitar a cidadania exercida por meio do direito à autonomia da vontade como expressão máxima da liberdade do indivíduo que deve ser plena numa democracia, de forma a dignificar a pessoa humana perante si e outrem em sociedade, desde que a sua plenitude não fira direito de terceiro de forma a abalar o convívio social.

Destarte, forçoso reconhecer que demos importante passo com o reconhecimento médico de que não é antiético a prática por esse profissional da saúde da *ortotanásia* ou *eutanásia passiva* a pedido do paciente, no que esperamos que se concretize logo no âmbito legal com a descriminalização prevista no Relatório Final do Projeto de Reforma do Novo Código Penal, em que pese a falta de oportunidade que está ocorrendo de se regulamentar a *eutanásia ativa* com a retirada do dispositivo que previa do referido projeto.

4.2 ASPECTOS PENAIIS

4.2.1 Breve Intróito

Ao abordarmos a *eutanásia* em outros tópicos e/ou capítulos anteriores pela sua complexidade e natureza multidisciplinar, não pudemos deixar de enfrentar, ainda que brevemente um ou outro, os argumentos contrários ou não à sua prática pelo seu sério e direto reflexo no direito à vida e uma morte digna, razão pela qual, tida a vida como bem jurídico

³⁵⁶ RAPOSO, 2011, p. 196.

tutelado também pelo direito penal, o seu término que não seja por causas naturais por meio de conduta humana pode gerar reflexos criminais que imponham uma sanção penal.

Em sendo assim, inevitavelmente há de se fechar este ciclo de estudos com essa necessária abordagem jurídico-penal por total ausência de previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, em que pese as inúmeras tentativas infrutíferas registradas até hoje.

Investidos na obrigação de realizar uma pesquisa sobre o tema neste tópico, embora o mesmo reclame uma profundidade que apenas uma tese de doutorado proporcionaria, dentro deste limitado espaço pretendemos, sem maiores pretensões, abordar aquilo que julgamos de maior relevância para o tema, não tendo como deixar de colacionar uma excepcional passagem sobre *o papel do penalista* que José de Faria Costa nos traz quando aborda *o direito penal e a dignidade humana*.

[...] ao penalista, enquanto cultor do pensamento global do direito penal, também se lhe pede que reflita sobre os temas novos que a realidade põe, que pondere sobre o sentido das soluções que a comunidade dos seus pares discute e que dê ou apresente soluções viáveis e credíveis ao legislador, dentro do quadro de legalidade e da correcta valoração dos bens ou valores em disputa. Por isso e em definitivo o penalista não pode ter um papel de passivo intérprete, por mais fulgurante que seja a sua interpretação, do direito positivo. Pede-se-lhe mais. Está na sua natureza, sem jamais abdicar daquilo que a dogmática solidificou, ir mais além: abrindo novas vias de reflexão; descobrindo sinais de novos sentidos, a partir dos dados do actual direito positivo; afirmando sempre, contudo, uma dose de ponderação, de equilíbrio e de adequação à realidade. O penalista deve ter a humildade, a humildade racionalmente ancorada, de saber que o seu papel social não é o de querer transformar o mundo mas antes o de o querer tornar humanamente vivível. Ao penalista deve-se-lhe, pois, exigir a virtude da contenção, da paciência e do estudo sem quebras.³⁵⁷

A exposição de motivos do nosso Código Penal em vigor de 1940 registra no seu item 39, que fez constar o homicídio com pena especialmente atenuada, dentre outros, pelo motivo de relevante valor social ou moral, consignando que “o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso de homicídio eutanásico)”.³⁵⁸

Contrário à prática da *eutanásia*, Nelson Hungria ao tecer comentários em 1953 ao art. 121 do Código Penal de 1940 na parte referente ao homicídio privilegiado, enfatizou que o “legislador brasileiro não se deixou convencer pelos argumentos que defendem, no tocante ao

³⁵⁷ FARIA COSTA, 2005, p. 153.

³⁵⁸ BRASIL. **Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal e Legislação Complementar**. (Colab.) Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 213.

homicídio piedoso, a radical impunibilidade ou a faculdade do perdão judicial. Rejeitou, assim, o exemplo dos Códigos Penais soviético e uruguaio”.³⁵⁹

Assim, a jurisprudência brasileira firmou o entendimento de que a prática da *eutanásia ativa* caracteriza o denominado homicídio privilegiado por relevante valor moral.

Entretanto, se o direito é o reflexo da evolução de uma sociedade, forçoso reconhecer que a inspiração de 1940, quando do Código Penal Brasileiro, não foi nem de perto a mesma da atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por isso mesmo impõe-se a tentativa de redimensionar a interpretação da imputação penal, do bem-jurídico vida e sua tutela penal de forma a permitir-se uma apropriada e aprofundada reflexão sobre o tema, quiçá o surgimento de possíveis novos paradigmas das condutas humanas nesse campo que, a princípio, possam ser ir ao encontro da tutela penal.

É cediço que a jurisprudência se forma, na essência, em decorrência de repetidos julgados judiciais no mesmo sentido, mas não podemos esquecer, antes, enaltecer e reforçar, que todo o saber jurídico dos juízes é alicerçado na doutrina, buscando colocar em prática aquilo que a melhor teoria informa, por isso mesmo essa interligação é fundamental para se julgar os atos de seus semelhantes com mais justiça.

Para isso, necessariamente abordaremos aspectos pertinentes à teoria do consentimento e do acordo, à vida como bem jurídico-penal e, de passagem, à imputação objetiva, sem qualquer maior pretensão que não seja de apresentar o suficiente à inquietação intelectual do leitor que gere reflexão sobre o tema proposto, até porque esses aspectos já deram ensejo há inúmeras obras jurídicas específicas decorrentes de teses de doutoramento ou não, por parte de Manuel da Costa Andrade³⁶⁰, Luiz Regis Prado³⁶¹, Claus Roxin³⁶², Luis Grecco³⁶³, dentre outros.

³⁵⁹ HUNGRIA, 1953, p. 123.

³⁶⁰ COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em direito penal**. Portugal: Coimbra Editora, 2004.

³⁶¹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e a constituição**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

³⁶² ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. GREGO, Luís (Trad.). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, n. 32, p. 9-38, out./dez. 2000. ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. GIACOMOLLI, Nereu José; CALLEGARI, André Luís. (Org. e Trad.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

³⁶³ GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

4.2.2 Trajetória da Eutanásia no Direito Penal

Tivemos o Código Criminal de 1830 e o Código Penal de 1890 e nenhum tratou especificamente da *eutanásia*, sendo que Nelson Hungria, em 1953, que entendia ser a existência humana sagrada³⁶⁴, ao fazer seus comentários ao artigo 121 do Código Penal de 1940, em especial à indicação na *exposição de motivos* do homicídio eutanásico ou piedoso, registra:

O primitivo Projeto Sá Pereira, no art. 130, n° IV, incluía entre as atenuantes genéricas a circunstância de haver o deliçente cedido “à piedade, provocada por situação irremediável de sofrimento em que estivesse a vítima, e às suas súplicas”, e, no art. 189, dispunha que “àquele que matou alguém nas “condições precisas do art. 130, n° IV, descontar-se-á por metade a pena de prisão em que incorrer, podendo o juiz convertê-la em detenção”... No Projeto da Subcomissão Legislativa (Sá Pereira, Evaristo de Moraes, Bulhões Pedreira), já não se contemplava expressamente o homicídio compassivo como *delictum exceptum*, mantendo-se, entretanto, a atenuante genérica que figurava no inciso IV do art. 130 do Projeto anterior. Também o novo Código não cuida explicitamente do crime por piedade; mas êste pode acolher-se à sombra da atenuante geral do “motivo de relevante valor moral”, e, quando se trate de homicídio ou de lesões corporais, terá ingresso, para especial redução da pena, nos arts. 121, §1º, e 129, §4º.³⁶⁵

Luiz Vicente Cernicchiaro asseverou, quando Presidente da Comissão de Reforma do Código Penal de 1984, a *via crucis* da reforma penal que se iniciou em 1961, com o anteprojeto apresentado em 1963 e promulgado por decreto em 1969, todavia não chegou a entrar em vigor. Em 1981 foi constituída comissão que resultou na reforma da parte-geral de 1984. Nova comissão apresentou anteprojeto da parte especial, sendo que o Ministro Maurício Correa constituiu nova comissão que resultou no esboço de um anteprojeto da parte especial do Código Penal que não chegou a ser publicado. Em 1995 o Ministro Nelson Jobim fez outra tentativa infrutífera. Depois, o Ministro Iris Resende concedeu o prazo de 90 dias para elaboração de um novo anteprojeto, todavia a comissão com o intuito de agilizar os trabalhos tomou como referência o esboço que já tinha sido feito do anteprojeto, não se descartando a hipótese de sua ampliação o quanto são demoradas as reformas.³⁶⁶

³⁶⁴ HUNGRIA, 953, p. 127.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 122-123.

³⁶⁶ CERNICCHIARO, Luis Vicente. **O texto será colocado à crítica da sociedade**. 08 mar. 1998. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff08039819.htm>>. Acesso em: 03 jan. 2015.

No relatório do anteprojeto da parte especial do código penal de 1984, feitas as adaptações necessárias, foi prevista a criminalização da *eutanásia* no parágrafo terceiro e já previa a denominada *ortotanásia* no seu parágrafo quarto como causa de exclusão da ilicitude, ambos do artigo 121 que assim disciplinava:

Art. 121 ...

...

Eutanásia

§ 3º Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar - lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave:

Pena - Reclusão, de três a seis anos.
Exclusão de ilicitude

§ 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 na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.³⁶⁷

Entretanto, essa salutar tentativa de regular essa prática não foi adiante, tendo inclusive o Prof. Luis Alberto Machado, indicado pelo Departamento de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Federal do Paraná, apresentado relatório sobre o anteprojeto da parte especial do código penal, em que, em sua primeira parte ao tratar dos crimes contra a vida, opinou pela eliminação do parágrafo terceiro do artigo 121 por entender que havia uma contradição ao isentar de pena o médico e não o parente próximo que sofre com o paciente, evidenciando, em seu entender, a teoria da substituição: o agente se substitui à vítima.³⁶⁸

Na atualidade, a Comissão do Anteprojeto de Reforma do Novo Código Penal criminalizou - com melhor redação técnica - em dispositivo próprio a *eutanásia* (art. 122) e no seu primeiro parágrafo a possibilidade do perdão judicial. No parágrafo segundo, voltou a tratar da ortotanásia (*eutanásia passiva*), esta possivelmente influenciada pelo Código de Ética Médica de 2009, prevendo a exclusão de ilicitude:

³⁶⁷ RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Legislação. **Reforma do Código Penal (Relatório e anteprojeto de lei)**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/legislacao/id2953.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2015.

³⁶⁸ MACHADO, Luis Alberto. **Relatório sobre o ante-projeto da parte especial do código penal**: parte primeira. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/8895/6204>>. Acesso em: 04 jan. 2015.

Eutanásia

Art. 122. 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:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§ 1º O juiz deixará de aplicar à pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Exclusão de ilicitude

§ 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.³⁶⁹

Não obstante, o acerto da Comissão na inclusão do tema em anteprojeto de lei, a parte que tratava especificamente da *eutanásia ativa* foi excluída do texto no relatório final que se deu em 2013, sob a justificativa de que o assunto não possuía dignidade penal e a sua criminalização banaliza o direito penal porque a sua ofensividade social não alcança a necessidade de intervenção penal que se pode dar por outros ramos do direito, como pelo civil e administrativo³⁷⁰, no que nos faz replicar com a lembrança de que “a autoridade de poucos é e sempre será a razão e argumento de muitos”.³⁷¹

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, inconformado com esse procedimento, por meio de sua Comissão de Código Penal, teceu duras críticas ao relatório final do Senador Pedro Taques, no caso, à supressão da criminalização da eutanásia, sem entender as suas razões, no que, diante do nosso igual inconformismo, tomamos a liberdade de repisar sem receio de estar sendo inconveniente, parte das críticas formalmente apresentadas.

[...] Considerando que no Direito Penal impera o princípio da legalidade (art. 1º, CP), não é possível aceitar o entendimento de que seria legalizada pelo mero fato de não mais constar do texto do Código Penal. Trata-se de pura ingenuidade imaginar que figura do calão do homicídio eutanásico, ou da participação no suicídio de

³⁶⁹ BRASIL. Senado Federal. **PLS nº 236, de 2012**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

³⁷⁰ BRASIL. Senado Federal. **Relatório Final do PLS nº 236, de 2012**. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/08/veja-a-integra-do-relatorio>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

³⁷¹ Marquês de Maricá - Pseudônimo de Mariano da Fonseca (1773-1848).

outrem nas mesmas circunstâncias, seriam imediatamente legalizadas simplesmente porque foram suprimidas ou porque não constam dos textos de lei brasileiros. Pelo contrário, o entendimento que se impõe é que continuariam a ser crime e, o que é pior, nos mesmos moldes do que ocorre na atualidade – punidos com severas penas ou, no máximo, com a diminuição de pena por motivo de relevante valor moral. E essa conclusão se impõe não só em razão da legalidade penal, como também por motivo de respeito à segurança jurídica: caso a eutanásia (tanto no homicídio quanto na participação no suicídio) seja finalmente legalizada no Brasil, ou mereça algum tratamento especial por parte do legislador, o mínimo que se espera é que o seja de forma expressa, com a previsão específica das circunstâncias fáticas que imporiam a redução da pena ou a exclusão da ilicitude do comportamento. [...]. Por tudo isso, estima-se que o tratamento que deve ser dedicado à eutanásia no Projeto de Código Penal há de ser expresso, como originalmente constava do PLS 236/2012.³⁷²

Com isso, o Brasil deixa de avançar no tempo e no espaço com, que fosse, a criminalização expressa da eutanásia, como previa o anteprojeto apresentado pela comissão temporária, com uma pena mais aquém a do homicídio, como já o fizeram Colômbia, Nicarágua, Costa Rica, Espanha, Polônia e Portugal, ainda que de forma diversa, por meio do denominado homicídio a pedido.

Neste aspecto, bem aponta Sebastian Soler que:

Sin embargo, la consideración especial que han merecido los casos llamados de eutanasia en algunos códigos (Alemán, § 216; Italiano, art. 579), em forma de crear figuras especiales atenuadas, com relación al homicidio simple, señala, de lege ferenda, el camino de la doctrina [...].Y no nos referimos solamente al caso del médico que precipita la muerte para evitar dolores inútiles a un paciente incurable, sino también a aquellos otros en que una acción semejante es ejecutada por un pariente o allegado del enfermo en el estado emotivo que es de suponerse en tan duro trance.³⁷³

Destarte, tal previsão legal, pelo menos, efetivamente permitira algum controle social sobre sua prática e daria abertura para um debate mais amadurecido com o passar do tempo sobre essa polêmica questão milenar e sempre atual, sendo certo que se observa uma mudança gradual de paradigma no mundo, com a legalização de sua prática de forma controlada por Luxemburgo, Holanda, Bélgica e a Suíça, esta com a assistência ao suicídio, assim como nos EUA os Estados de Oregon, Vermont, Montana e Washington, sem deixar de salientar o precursor Uruguai desde 1934.

³⁷² INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM. Comissão de Código Penal. **Comentários ao Relatório Senador Pedro Taques em face do PLS nº 236/12**. 2013, p. 65-66.

³⁷³ SOLER, Sebastin. **Derecho penal argentino**. Buenos Aires: Editora Argentina, 1970, p. 331, v. I.

4.2.3 A Vida: Bem Jurídico e a Tutela Penal

Por uma questão de coerência em face de tudo que já foi abordado neste trabalho sobre o direito à vida, sua titularidade e as características inerentes a um *direito geral da personalidade*, este que com o Estado Social tornou superada a dicotomia entre direitos da personalidade públicos e privados, não podemos ter dois entendimentos diversos sobre a relatividade ou não da vida como bem jurídico, ainda mais, como aponta Carlos Bernal Pulido, a jurisprudência constitucional da Colômbia admitiu, para nós corretamente, “que toda lei penal é uma intervenção no direito ao livre desenvolvimento da personalidade”.³⁷⁴

Não se pode desenvolver uma concepção penal sobre as características da vida como bem jurídico desassociado daquela que constitucionalmente se desenvolva em face da dignidade da pessoa humana e cidadania, dois princípios fundamentais que informam o atual Estado Democrático de Direito³⁷⁵, reclamando-se na atualidade uma interpretação da tutela penal da vida conforme a Constituição Federal de 1988.

Há que se redimensionar a vida como bem jurídico-penal, não se podendo ter uma valoração penal destoante da constitucional, o que implica a necessidade de se realizar uma exegese de cima para baixo, ou seja, da Lei Maior para o Código Penal, até porque, como bem assinala Paulo Cesar Busato numa concepção contemporânea o Direito Penal não protege concretamente os bens jurídicos por ser uma pretensão inalcançável, sendo que eles apenas compõem “um *elemento justificante* da intervenção penal”³⁷⁶, todavia não há como negar, como bem aponta Cezar Roberto Bitencourt, que a tutela do bem jurídico, “como fundamento de um Direito Penal liberal, oferece um critério material, extremamente importante e seguro na construção dos tipos penais”.³⁷⁷

O nosso Código Penal é de 1940, mas entrou em vigor em 01 de janeiro de 1942, ou seja, em pleno regime fascista do denominado Estado Novo da era Vargas da Constituição de 1937, num momento político em que sequer era previsto constitucionalmente o direito à vida

³⁷⁴ PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 120.

³⁷⁵ Exaustivamente enfrentados no tópico 1.2 PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.

³⁷⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 365.

³⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 20. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 348, v. 1.

e/ou à sua inviolabilidade, assim como que o seu artigo 13, “j”, admitia a pena de morte nos casos de homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade.³⁷⁸

Essa concepção se projetou no tempo e no espaço nas últimas décadas, em que pese o pioneirismo da Constituição de 1946 que passou, no seu art. 141, a *assegurar a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida*³⁷⁹, “tutela” essa igualmente seguida pelo art. 150 da Constituição de 1967³⁸⁰, mas não especificamente a *inviolabilidade do direito à vida* que só veio a ser conquistada quando foi incluída entre os direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988 que instituiu o Estado Democrático de Direito que, tendo como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e a cidadania, foi destinado a assegurar esse direito à vida e outros numa sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Por essa razão, o cientista do direito não pode ficar apegado a conceitos jurídicos como se estes fossem eternos, de maneira a permitir que eles possam ser utilizados tanto em uma situação ocorrida do ano de 1945 quanto em outra vivenciada em 2009. As coisas mudaram, a tecnologia evoluiu, logo, o direito deve evoluir para se adequar a estas novas realidades sociais.³⁸¹

Comungamos da assertiva de Luiz Regis Prado quando consigna:

Em um *Estado democrático e social de Direito*, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária. Isso vale dizer: quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade – verdadeira presunção de liberdade – e da dignidade da pessoa humana.³⁸²

A doutrina penal sempre considerou acertadamente de suma importância limitar a denominada tutela penal aos bens essenciais ao indivíduo, visto que não cabe ao direito penal

³⁷⁸ BRASIL. Incluído pela Lei Constitucional n. 1, de 16 de maio de 1938. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCT/LCT001.htm>. Acesso em: 06 jan. 2015.

³⁷⁹ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 06 jan. 2015.

³⁸⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 06 jan. 2015.

³⁸¹ SALOMÃO LEITE, 2009, op. cit., p. 138.

³⁸² PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-penal e a Constituição**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 72.

tutelar a moral, a ética, as preferências sexuais ou políticas, a cultura e a religião, afinal “o bem jurídico é visto como condição de uma vida próspera, fundada na liberdade e responsabilidade individual”³⁸³, e efetivamente o fundamento nuclear da razão do Direito Penal tutelar somente os bens jurídicos mais essenciais, como, no caso, a vida, reside categoricamente na *dignidade da pessoa humana* como valor máximo do nosso Estado Democrático de Direito.³⁸⁴

O ponto de partida da tese de que a *Constituição* exerce direta influência no conteúdo das normas penais consiste em considerar que os valores fundamentais constitucionalizados constituem os elementos axiológicos, de natureza ético-jurídica, que conferem unidade, fundamento e legitimidade ao conjunto da ordem jurídico-política da comunidade. São valores que estão em permanente inter-relação e que acabam conformando um autêntico sistema axiológico constitucional, vertebrado ao redor do valor-síntese que é o da *dignidade da pessoa humana*.³⁸⁵

A vida como um dos bens essenciais que integram os direitos à personalidade da pessoa humana, estes que têm como características a *intrasmisibilidade* e a *irrenunciabilidade*³⁸⁶, numa concepção garantista e democrática deve ser indisponível, mas apenas para terceiros e não para aquele que desfruta do direito a ter vida própria, do contrário estaremos sobrepondo à liberdade com autonomia a com coexistência, tolhendo o indivíduo de ter o direito de se autodeterminar como quer viver e/ou morrer com dignidade, oprimindo a sua liberdade em nome de uma moral social que flutua com o tempo como a pena que cai de uma ave que esteja voando, tratando-o com desigualdade na medida em que não lhe trata desigualmente com relação aos seus semelhantes.

É chegado o momento de se ter um olhar mais significativo não só sobre os tipos de ação, mas também sobre quando a intervenção penal se justifica perante os bens essenciais que o direito penal tutela, como no caso a vida que é essencial a uma existência humana digna, não se podendo tê-la, em certos e excepcionais momentos, como indisponível sob o aspecto biológico e de coexistência, quando a dignidade da pessoa humana transcende como

³⁸³ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 46.

³⁸⁴ GOMES, Luiz Flávio. Princípios Constitucionais Penais (i): Princípios da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos. In: **Direito penal: fundamentos e limites do direito penal**. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. 3. ed. ref. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 252.

³⁸⁵ GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 284.

³⁸⁶ BRASIL. **Art. 11 do Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 06 jan. 2015.

aspecto a ser também considerado na justificação da intervenção ou não, afinal a dignidade humana é usufruto da vida.

Ralphy Waldo de Barros Monteiro, ao tratar dos direitos da personalidade e dignidade humana, apresenta uma concepção mais sólida à natureza da vida como bem.

No caso do direito à vida, porém, é imperioso perceber que, em virtude do postulado moral do valor da pessoa humana, ou seja, em razão da dignidade do homem, o bem da vida não se define apenas pelo que se entende por vida biológica, como também pelo que as pessoas qualificam como vida digna. Está claro, no pormenor, que, se o bem da vida humana é a vida biológica acrescida do valor da dignidade, se houver a perda de algum atributo humano essencial, com a respectiva diminuição dessa dignidade a nível inadmissível ou mesmo com o seu total desaparecimento, não se estará falando em renúncia ao direito da personalidade à vida, mas em extinção do próprio bem, pela perda de um de seus elementos fundamentais.³⁸⁷

O titular do direito à vida, como paciente terminal de uma doença incurável, conscientemente com liberdade de se autodeterminar que queira traçar o seu destino com dignidade, pedindo que se abrevie a sua morte que, do contrário, será lenta e dolorosa com um sofrimento psíquico intenso, porque não dizer desumano e degradante, tornando-se um fim indigno com relação à vida que teve, não pode ser obstado de disponibilizar aquilo que somente a ele pertence na falta de esperanças de dias melhores.

Não se pode negar o exercício de uma cidadania moderna num Estado Democrático e Social de Direito que se expressa no *direito a ter direitos*, indiferente da sua natureza extrapatrimonial, afinal, como bem assinala Ronald Dworkin, conduzir “alguém a morrer de uma maneira que outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida, é uma devastadora e odiosa forma de tirania”.³⁸⁸

A obstinação terapêutica e a recusa em atender pedido legítimo e consciente de paciente terminal com capacidade ainda de se autodeterminar com base na alegada inviolabilidade da vida que reclama a sua preservação ao máximo, ainda que por meios artificiais sob o fundamento da sacralidade da vida, não condiz com a laicidade de uma democracia que tem fincada como pilar básico a dignidade da pessoa humana, princípio este

³⁸⁷ MONTEIRO, Ralphy Waldo de Barros. Direitos da personalidade e dignidade humana. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. **Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 300.

³⁸⁸ DWORKIN, 2009, p. 307.

que constitui “o valor unificador de todos os direitos fundamentais, que, na verdade, são uma concretização daquele princípio, também cumpre função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais, revelando, de tal sorte, sua íntima relação com o art. 5º, § 2º, de nossa Lei Fundamental”.³⁸⁹

Em sendo a dignidade da pessoa humana o princípio maior insculpido no nosso Estado Democrático de Direito, não se pode ver mais o direito à vida como algo absolutamente indisponível quando a dignidade é um dos aspectos intrínsecos à própria existência humana. Sim, continua a ser indisponível, como já enfatizamos, perante o Estado e terceiros em sociedade, mas não com relação ao próprio titular, sob pena de tornar sem efeito o poder de autodeterminar a sua própria vida, tornando-o um coadjuvante ou locatário de algo que lhe pertence, quando lhe é inato esse direito desde o momento que nasce com vida.

Como salienta José de Faria Costa, “a vida é um bem jurídico indisponível quando e só quando a sua violação é praticada por terceiros”³⁹⁰, afinal se do contrário fosse, a tentativa de suicídio seria incriminada, o que inclusive comprova que não há um dever de viver. Sobre esses aspectos, já exaustivamente enfrentados anteriormente, remeto o leitor.³⁹¹

A liberdade, a dignidade pessoal do homem – qualidades que lhe são inerentes – e a possibilidade de desenvolver-se livremente constituem um limite infranqueável ao Estado. Não se pode esquecer jamais que a pessoa humana não é um objeto, um meio, mas um fim em si mesmo e como tal deve ser respeitada.³⁹²

O indivíduo não pode dispor, por exemplo, do direito à vida que lhe é inerente a outra pessoa, ou seja, não tem como dispor a outrem o que lhe é essencial à própria existência, assim como renunciar a esse direito essencial que já o exerce desde o seu nascimento, contudo, como titular desse direito subjetivo que compõe a sua personalidade, com liberdade como autonomia, pode dispor do mesmo que lhe é próprio, exclusivo e personalíssimo, principalmente se levarmos em consideração que “a faculdade de consentir a lesão de um direito está compreendida na faculdade de disposição, entendida no sentido lato como faculdade de determinar o destino do direito subjetivo”³⁹³, até porque no “sentido de ‘disponibilidade’ como uso, a vida é o mais disponível dos bens jurídicos, porque

³⁸⁹ SARLET, 2012, p. 95.

³⁹⁰ FARIA COSTA, 2005, p. 125.

³⁹¹ Veja-se tópicos: 1.2.3 Personalidade; 3.1 NA DOCTRINA.

³⁹² PRADO, 2011, p. 89.

³⁹³ CUPIS, 2008, p. 61,

costumamos consumi-la a cada momento a nosso bel-prazer, mas ao decidir sobre ela frequentemente somos premiados e condecorados por arriscá-la”.³⁹⁴

Destarte, descabe se vedar a liberdade do exercício consciente e razoável desse direito humano fundamental e universal a sua própria existência, este que por dizer respeito à personalidade tem correlação direta com a dignidade da pessoa humana, sob pena de se sobrepor a heteronomia à autonomia da vontade, afinal a “indisponibilidade da vida precisa ceder à autonomia daquela pessoa que se encontra na fase terminal da sua existência, em meio a agonia, sofrimento e limitações.”³⁹⁵

Claus Roxin ao abordar a proteção dos bens jurídicos e a autonomia da vontade, registra com propriedade:

A consciente autolesão, [...], como também sua possibilitação e fomento, não legitimam uma sanção punitiva, pois a proteção de bens jurídicos tem por objeto a proteção frente à outra pessoa, e não frente a si mesmo. Um paternalismo estatal, enquanto este deve ser praticado através do Direito Penal, é por isto justificável somente tratando-se de déficits de autonomia do afetado (menores de idade, perturbados mentais que não compreendem corretamente o risco para si). Isso é assim. A participação no suicídio não deve ser punível, como ocorre na Alemanha, ao contrário de muitos outros países, quando aquele que consentiu com responsabilidade; isto é uma questão de grande importância na moderna discussão sobre a eutanásia.³⁹⁶

Negar em casos excepcionais o reconhecimento da *disponibilidade* da vida pelo próprio titular do direito, é tornar a existência humana um dever inexistente juridicamente, uma obrigação decorrente de uma concepção absoluta ou personalística da vida que não condiz com a laicidade do Estado moderno e democrático que envolve a multiplicidade de ideias, convicções e condutas, independentemente da fé religiosa. É não admitir o direito humano a se ter uma vida e morte digna com base num discurso ético parenético³⁹⁷, implicitamente religioso, mas não ético científico, ou seja, é se utilizar de subterfúgios para não reconhecer a dignidade da pessoa humana como direito fundamental, vetor de todos os demais, princípio fundamental do nosso Estado Democrático e Social de Direito.

³⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 441.

³⁹⁵ SÁ, MOUREIRA, 2012, p. 110.

³⁹⁶ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Orgs. e Trads.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 23.

³⁹⁷ É aquele que induz para o que já é conhecido e intelectualmente claro.

A vida é um bem extrapatrimonial, como o é a honra, a integridade física e a liberdade, e continua sendo indisponível nos planos vertical e horizontal, ou seja, com relação ao Estado e nas relações interpessoais em sociedade, respectivamente, mas não há ninguém acima do indivíduo que o coloque como locatário de sua vida ou mero ator coadjuvante, não mais se sustentando uma concepção absoluta da vida quando estamos na necessidade de criar novos paradigmas em uma sociedade pluralista, fraterna e sem preconceitos que informa um Estado Democrático de Direito que tem na pessoa humana sua principal razão de existir para promover o bem de todos, respeitando a dignidade da pessoa humana como um dos seus princípios fundamentais.

Se mantivermos entendimentos de outrora que são incompatíveis com uma democracia, entendimentos que se solidificaram no início do século XX quando da atual parte especial do código penal brasileiro, não podemos dizer que há liberdade com autonomia, mas sim só com coexistência e que não estamos numa democracia, mas sim num regime totalitário, porque negar o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio maior e informador de todos os direitos humanos fundamentais, é negar o direito à liberdade com autonomia, à igualdade, ao de poder se autodeterminar, ou seja, é tirania.

Em sendo assim, não mais se justifica se caracterizar a prática da *eutanásia ativa*³⁹⁸ como homicídio, ainda que privilegiado com base em relevante valor moral, até porque nessa relação interpessoal, em tese, não mais haveria a figura da vítima na medida em que com capacidade dispõe conscientemente e livremente de um bem do qual é titular (vida), renunciando à tutela penal, devendo-se ter esse fato como *causa supralegal de justificação*, motivo pelo qual há a necessidade de uma releitura dos casos que justificam uma intervenção penal decorrentes do significado de alguns tipos de ações e seu desvalor ou mesmo uma análise dos seus reflexos como desvalor do resultado na teoria do consentimento na esfera penal, o que se abordará a seguir.

³⁹⁸ Entendida esta como a abreviação da morte por um médico (por solidariedade, compaixão e respeito à autonomia da vontade e dignidade da vida do solicitante) de um capacitado paciente terminal de uma doença incurável à seu pedido consciente, aliviando-o de uma morte indigna, lenta e sofrível sob os aspectos físicos e psicológicos que não condiz com a dignidade com que o paciente viveu sua vida.

4.2.4 Teoria do Consentimento e do Acordo no Âmbito Penal

O *consentimento do ofendido*, se assim podemos chamar aquele que de forma consciente e voluntária cede a outrem o direito de lesionar um bem pessoal que lhe pertence, não tem previsão legal no ordenamento jurídico penal pátrio, contudo não há como negar que a dinâmica da vida “permite a incorporação de novas pautas sociais que passam a integrar o quotidiano dos cidadãos, transformando-se em normas culturais amplamente aceitas. Por isso, condutas outrora proibidas adquirem aceitação social, legitimando-se culturalmente”³⁹⁹, sendo certo que a concepção material da ilicitude permitiu o surgimento de *causas supralegais de justificação*.

A doutrina trata o *consentimento* da vítima, como a maioria prefere denominar, como um corpo estranho às causas de justificação legalmente previstas, aceitando-o excepcionalmente como *causa supralegal de justificação*.

Ao abordar a evolução e relação do *consentimento* e os bens jurídicos, Sergio A. Paduczak e Maria A. Squillaci registram:

Hasta después de la Segunda Guerra Mundial se consideraba unánimemente que el consentimiento constituía una causal de justificación. Solo se discutían ciertas cuestiones dogmáticas parciales, como por ejemplo el límite del consentimiento en casos de atentados contra las buenas costumbres o bien relativas a la capacidad de discernimiento y a la representación del consentimiento, mas no así su ubicación dentro de la estructura del delito.⁴⁰⁰

Na doutrina há o entendimento generalizado de que, em síntese, aquele que ‘lesiona’ ou ‘expõe a perigo’ bem jurídico-penal de outrem a pedido consciente e antecipado deste, livre de qualquer vício de vontade ou defeito, não configura uma ação punível na esfera penal, desde que o referido bem esteja na esfera de disponibilidade da pessoa do titular que, assim, renuncia à tutela penal por entender desnecessária a intervenção estatal no caso.

³⁹⁹ BITENCOURT, 2014, p. 405.

⁴⁰⁰ PADUCZAK, Sergio A; SQUILLACI, María A. Eutanásia. Ciencias Penales Contemporáneas: **Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología**, Mendoza, v. 4, 7/8, 2004, p. 561.

4.2.4.1 O consentimento como causa de atipicidade e justificação

O *consentimento* pode excluir a ilicitude ou a tipicidade da ação. No caso da tipicidade há duas hipóteses em que o consentimento influencia: 1) A *ausência do consentimento*, como bem aponta Cezar Roberto Bitencourt, que faz parte da estrutura do tipo como sua *característica negativa*⁴⁰¹, como o estupro (CP; art. 213) que exige o dissenso da vítima, fazendo com que na sua falta a conduta se torne atípica; 2) O *consentimento do ofendido* como elementar do crime, como no caso do aborto com consentimento da gestante (CP; art. 126) que exige a sua presença para a configuração típica. Para Paulo Cesar Busato, no caso de atipicidade, haveria o que denomina de *consentimento real* derivado de *concordância*.⁴⁰²

Portanto, em ambas as hipóteses, consentimento há de estar presente, seja de forma negativa ou positiva. É negativa quando há *ausência do consentimento da vítima* em tipo legal que exige essa característica, sendo, do contrário, atípica a conduta. É positiva se o *consentimento da vítima* é elementar do crime para a sua configuração.

Paulo Cesar Busato ao tratar da exclusão da ilicitude denomina a hipótese como *consentimento real consentido*, uma vez que “o consentimento a contraposição à vontade da vítima não compõe o conteúdo da figura típica, razão pela qual, mesmo diante do seu consentimento, remanesce um prejuízo para quem consente.”⁴⁰³

Esse mencionado autor, seguindo posicionamento de Francisco Muñoz Conde, entende que é no plano das justificações fora do âmbito das hipóteses legais, que se deve trabalhar o consentimento do ofendido, adotando essa linha com base em razões que entende serem muito fortes.

Essas razões coincidem com os limites à autonomia da vontade. O tema da autonomia da vontade – filho direto do liberalismo – vem ganhando força na doutrina especialmente como sucedâneo da teoria do bem jurídico. Com efeito, os grupos de casos destacados por Roxin de autocolocação em perigo e de heterocolocação em perigo consentida partem da ideia de autonomia da vontade,

⁴⁰¹ BITENCOURT, 2014, p. 407.

⁴⁰² BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 511.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 513.

conjugando-se com a disponibilidade do bem jurídico, para afirmar que tais situações encontram-se fora do alcance do tipo.⁴⁰⁴

Paulo Cesar Busato defende, com propriedade, que não se pode ter essa perspectiva como regra geral, devendo-se separar os bens disponíveis dos não disponíveis, como no caso dos bens coletivos e difusos, contudo consigna que:

Mesmo quanto a bens jurídicos que, em princípio, parecem possuir tão somente uma dimensão absolutamente individual, a regra encontra óbices conforme os costumes de cada povo. Que sirva de exemplo a tratativa dada pela matriz ibérico-católica própria do Direito penal brasileiro em contraposição à matriz germânico-protestante do Direito alemão em face do bem jurídico vida. A incriminação da participação no suicídio no Código Penal brasileiro é uma opção político-criminal pelo reconhecimento de uma dimensão do bem jurídico vida que transcende o âmbito individual e, por conseguinte, o âmbito de disponibilidade.⁴⁰⁵

Nesse ponto tomamos a liberdade e ousadia de divergir do respeitado penalista para manter uma linha de coerência com o que construímos ao longo da presente pesquisa, inclusive quando tratamos da disponibilidade da vida como bem jurídico-penal, tentando agora não deixar de lado “a importância da relevância sistêmico-social presente na tutela jurídico-penal de bens jurídicos”⁴⁰⁶, mas lembrando que o “direito penal não pode ignorar a realidade social de tais temores; pois eles prejudicam o sentimento de determinar autonomamente a própria vida e morte, que deve ser salvaguardado pelo Estado de Direito”.⁴⁰⁷

Sobre o caráter de disponibilidade da vida como bem jurídico, apesar de no tópico anterior e nos demais termos enfrentado a questão defendendo de forma fundamentada essa característica, salientamos que indo de encontro à concepção absoluta da vida, o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, relator da ADPF 54, que abordou a questão dos fetos com anencefalia e os direitos da gestante, quando de seu voto em 11 de abr. de 2012 deixou bem claro o entendimento contemporâneo da Corte Suprema sobre essa importante questão, ao consignar acompanhado da maioria:

⁴⁰⁴ BUSATO, 2013, p. 513.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 513.

⁴⁰⁶ COSTA ANDRADE, 2004, p. 250.

⁴⁰⁷ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. GRECO, Luís (Trad.). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, n. 32, p. 9-38, ou./dez. 2000, p. 27.

Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão. Aliás, no Direito comparado, outros Tribunais Constitucionais já assentaram não ser a vida um valor constitucional absoluto.

[...]

Além de o direito à vida não ser absoluto, a proteção a ele conferida comporta diferentes gradações consoante enfatizou o Supremo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Para reforçar essa conclusão, basta observar a pena cominada ao crime de homicídio (de seis a vinte anos) e de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (de um a três anos), a revelar que o direito à vida ganha contornos mais amplos, atraindo proteção estatal mais intensa, à medida que ocorre o desenvolvimento.⁴⁰⁸

Temos nossas reais dúvidas se a opção político-criminal brasileira foi pelo reconhecimento da dimensão vida como bem jurídico-penal que está além do individual, ou seja, fora do alcance da disponibilidade por parte de seu titular. Acreditamos que, ainda equivocados, se assim fosse, a tentativa de suicídio seria incriminada, no que não sendo, para nós comprova que: **1) Viver não é um dever**, podendo o titular do *direito à vida*⁴⁰⁹ dispor dela nas situações extremas que se anuncia ao longo desta pesquisa, buscando preservar a dignidade da pessoa humana como valor intrínseco de uma vida digna numa sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos; **2) Que uma das preocupações político-criminais do Estado sempre esteve centrada em inibir a violação arbitrária, mediante uma ação típica de outrem, de um bem jurídico-penal tutelado que pudesse, assim, causar um desequilíbrio na convivência social, uma danosidade social.**

⁴⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Feto anencéfalo e interrupção da gravidez**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Plenário. Requerente Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde e Intdo Presidente da República. Relator Ministro Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 18 jan. 2015.

⁴⁰⁹ Para Cezar Roberto Bitencourt “*não existe um direito sobre a vida, mas um direito à vida*”. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. Dos crimes contra a pessoa. 14. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 146, v. 2. Sobre esse aspecto convidamos o leitor a reler o Capítulo **1 VIDA E MORTE** para reflexão.

Entendemos que o fundamento que repousa em matrizes religiosas, seja ou não a ibérico-católica própria do Direito Penal brasileiro, se encontram superadas, não podendo ser a razão do não reconhecimento da disponibilidade da vida por parte de seu titular em situação extremas e específicas, como no caso da *eutanásia ativa*, em respeito à própria liberdade com autonomia do indivíduo que faz com que possa na laicidade de um Estado Democrático de Direito, autodeterminar a sua vida da qual é titular em respeito à dignidade da pessoa humana, desde que não cause qualquer mal a outrem.

Forçosamente, trazemos à colação mais uma vez o posicionamento que coadunamos de Flávia Piovesan:

Confundir Estado com religião implica a adoção oficial de dogmas incontestáveis, que, ao impor uma moral única, inviabilizam qualquer projeto de sociedade aberta, pluralista e democrática. A ordem jurídica em um Estado Democrático de Direito não pode se converter na voz exclusiva da moral de qualquer religião. Os grupos religiosos têm o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática. Mas não têm o direito de pretender hegemonizar a cultura de um Estado constitucionalmente laico.⁴¹⁰

Por outro lado, se efetivamente a matriz religiosa fosse a razão do fundamento da indisponibilidade da vida, no caso da *eutanásia ativa*, entendemos que esta não teria sido legalizada na Bélgica que é igualmente ao Brasil um estado laico, em que predomina também o cristianismo, em especial, a religião católica romana, por essa razão acreditamos que as razões estejam mais voltadas para questões culturais e dos bons costumes, estes sempre questionáveis pelo seu aspecto amplamente subjetivo que pode atender uma minoria qualificada em detrimento de uma maioria, afinal, o conceito do que vem a ser um bom costume se altera no tempo e no espaço, em muitas vezes decorrente de uma forte influência de uma mídia direcionada a atender interesses não revelados.

4.2.4.2 A doutrina dualista e monista do consentimento

Na seara do *consentimento* e do *acordo* há o paradigma dualista e o monista, sendo que o primeiro, ainda dominante, tem em Geerds a sua melhor associação, mas que também

⁴¹⁰ PIOVESAN, 2012, p. 50.

se liga às contribuições de Noll, Stratenwerth, Mezger, Sauer, Honig e Dohna, como nos informa Manuel da Costa Andrade.⁴¹¹

Essa doutrina, na sua base, fez distinção entre o *consentimento* e o *acordo* que ainda é objeto de discussão na doutrina até os dias atuais, sendo que “*consentimento e acordo* surgem como figuras diferenciadas de mediação de respostas de tolerância jurídico-penal a expressões similares de *danosidade social*”⁴¹², sendo que na doutrina de Geerds o *consentimento* estaria, em princípio, sujeito ao limite dos bons costumes, diferentemente do *acordo* em que essa questão não tem qualquer projeção ou importância para se saber “se o agente actua com violência e contra a vontade da vítima”⁴¹³.

Com o passar do tempo os autores dessa corrente foram tentando aperfeiçoar essa doutrina com suas importantes contribuições, como alguns fizeram em meados do século XX ao procurar concretizar uma novidade com “mais consistente fundamentação à arrumação dualista do consentimento penalmente relevante, a partir duma diferenciação referenciada logo em sede de estrutura axiológica e atenta ao significado das respectivas fenomenologias do ponto de vista da danosidade social”.⁴¹⁴

A partir da década de 70, do século XX, como nos informa Manuel da Costa Andrade, surgiu a doutrina monista por meio de Roxin, Arzt, Kientzy, Zipf e Schmidhäuser que se “assenta fundamentalmente na interpretação do sentido normativo e dogmático do tipo, privilegiando nomeadamente tópicos como a *área de tutela* e, sobretudo, uma concepção do *bem jurídico* onde avulta a dimensão relacional e subjetiva”⁴¹⁵, sendo que para essa doutrina o *consentimento* e o *acordo* são formas de exclusão da tipicidade.⁴¹⁶

Santiago Mir Puig assinala que a doutrina alemã ao tratar do *consentimento* da vítima, se divide em dois grupos. O primeiro é daqueles que entendem que em “*algunos casos el consentimiento del sujeto pasivo hace desaparecer la propia acción definida por la ley*”⁴¹⁷ configurando um *acordo* entre os envolvidos que exclui a tipicidade, o que se ajusta ao que Cezar Roberto Bitencourt⁴¹⁸ fala quando trata do *consentimento* como característica negativa

⁴¹¹ COSTA ANDRADE, 2004, p. 137.

⁴¹² Ibid., p. 142.

⁴¹³ Ibid., p. 146.

⁴¹⁴ Ibid., p. 161.

⁴¹⁵ Ibid., p. 176.

⁴¹⁶ Ibid., p. 188.

⁴¹⁷ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 9. ed. Buenos Aires: Euros Editores, 2011, p. 516.

⁴¹⁸ BITENCOURT, 2014, p. 407.

do tipo e quando ele se apresenta como elementar do crime. O segundo, que é a doutrina dominante, é adotado por aqueles que desenvolvem um conceito em sentido estrito de *consentimento* que diz respeito aos “*casos se contemplan los supuestos en que el consentimiento de la víctima tiene lugar en hechos que atacan un bien jurídico del que puede disponer su titular, pero cuya lesión no desaparece por virtud del consentimiento*”⁴¹⁹, ou seja, seriam as denominadas *causas supralegais de justificação*.

Sobre esses dois grupos, registra Santiago Mir Puig:

Todo depende, entonces, de si la conformidad del afectado impide ya la lesión imputable del bien jurídico o sólo la permite. En el primer caso excluiría el tipo, mientras que en el segundo sólo constituiría una causa de justificación. Como hemos visto, la doctrina dominante en Alemania entiende que en el supuesto de ‘acuerdo’ (primer grupo de caso examinados) éste impide incluso la lesión del bien jurídico, por lo que lo considera causa de falta de tipicidad, mientras que considera que en el segundo grupo de casos (del “consentimiento” en sentido estrito) el consentimiento no impide la lesión del bien jurídico, sino que sólo la permite, por lo que aquí constituiría sólo una causa de justificación. Esto último es lo que sucedería, por ejemplo, en las lesiones que pueda consentir el afectado: su consentimiento no impediría la lesión de su integridad física: si, pese a ello, justificara la conducta, sería bien por el abandono del interés y la renuncia a su protección jurídico-penal, bien porque el valor representado por la libertad de disposición del individuo pesaría más que la lesión producida – estructura de conflicto de intereses característica de toda causa de justificación.⁴²⁰

Lado outro, parte da doutrina buscando abranger o *consentimento* e o *acordo* em uma denominação única, passou a chamar de *aquiescência* que, “por vezes se mostra como excludente da tipicidade. Em outros momentos, é recebida como causa excludente de ilicitude, podendo, ainda, ser penalmente irrelevante”⁴²¹, ou seja, o “*acordo é precisamente o exercício da disponibilidad que o bem jurídico implica*, de modo que, por maior que seja a aparência de tipicidade que tenha a conduta, jamais o tipo pode proibir uma conduta para a qual o titular do bem jurídico tenha prestado sua conformidade”⁴²², enquanto o *consentimento*, que também é uma *aquiescência*, “se dá quando um preceito permissivo faz surgir uma causa

⁴¹⁹ MIR PUIG, 2011, p. 516-517.

⁴²⁰ Ibid., p. 516-517.

⁴²¹ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Eutanásia** – novas considerações penais. 2008. 339 f. Tese de Doutorado em Direito - Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 180.

⁴²² ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 527.

de justificação que ampara a conduta de um terceiro, na medida em que aja com o consentimento do titular do bem jurídico”.⁴²³

Jorge Figueiredo Dias comungando com a posição de Manuel da Costa Andrade, na mesma linha da posição externada por Cezar Roberto Bitencourt e Paulo Cesar Busato, ao tratar propriamente da doutrina dualista do *consentimento* entende que conforme o tipo de ilícito o *acordo* se projeta “**no mesmo sentido da tutela do bem jurídico**”, fazendo com que a ação, “antes que ‘lesar’ o bem jurídico, contribua para uma sua mais perfeita realização”, sendo que nessas hipóteses “o **acordo** do titular do bem jurídico empresta à conduta o signo indisfarçável da **atipicidade**”⁴²⁴, entretanto no *consentimento* há um conflito entre o *sistema pessoal* e o *sistema social* em que será solucionado pela prevalência que a lei pretenda dar, por isso para o autor, o **consentimento** “funciona como uma autêntica causa justificativa. É, em conclusão, isto que poderemos designar, ainda com Costa Andrade, como o ‘paradigma dualista’ do consentimento e que, em nossa opinião, corresponde à melhor doutrina tanto *de iure dato*, como *de iure dando*.”⁴²⁵

Jorge Figueiredo Dias ao abordar as concepções existentes sobre o *consentimento*, das mais atuais, trata da referente ao *abandono do interesse* que implica na *renúncia à proteção penal* por parte do titular do bem jurídico-penal tutelado, na medida em que o ordenamento jurídico confira *disponibilidade* do bem por força da autonomia da vontade e autodeterminação do titular, em detrimento da tutela que ao direito penal cabe preservar. Trata também da concepção que entende ser a mais correta, que advém de uma *intenção político-criminal* de legitimação do caráter justificante do consentimento, desde que, em respeito “a vontade de auto-realização do titular do bem jurídico, o direito penal permita que essa vontade se sobreponha ao interesse comunitário de preservação do bem jurídico e acabe por lhe conferir prevalência”.⁴²⁶

Entretanto, condiciona a ocorrência desta última concepção, dentre outros pressupostos, há *disponibilidade* do bem jurídico lesado à previsão legal referente ao seu titular, no que nesse ponto ousamos divergir sob o fundamento de que, dessa forma, a evolução da dogmática penal não acompanhará a evolução da sociedade, como entendemos que ocorreu com a parte especial do código penal brasileiro de 1940, construída sob um

⁴²³ Ibid., p. 527.

⁴²⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal**: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra Editora. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 474.

⁴²⁵ Ibid., p. 475.

⁴²⁶ Ibid., p. 471-472.

regime fascista sem alteração até a presente data, passados mais de 26 anos da criação do Estado Democrático e Social de Direito com a Constituição Federal de 1988, impondo, reforçando outros ou criando novos valores e direitos, mas de qualquer maneira, diferentemente de todas as anteriores, prestigiando com maior força e prioritariamente os direitos fundamentais individuais em relação aos coletivos, em especial a dignidade da pessoa humana, a liberdade com autonomia, a igualdade e a autodeterminação do indivíduo para com a sua própria vida.

Nesse ponto, dentro da realidade brasileira, tentando soltar-me das amarras de certos dogmas positivistas que vinculam à previsão legal a *disponibilidade* de bem jurídico, no caso, vida, por entender que, nessa seara, o que deve-se desenvolver é uma exegese que, na atualidade, deve advir da Lei Maior, novamente enfatizamos que comungamos do entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal, agora expressado no voto da Ministra Rosa Weber quando do julgamento pelo plenário da ADPF 54 em 2012, que tratou do feto anencéfalo e o direito à interrupção da gravidez, quando assinala que a Corte Suprema na ADI n. 3.510/DF, da relatoria do Ministro Ayres Britto assentou que:

[...] a vida protegida pelo Direito pressupõe a possibilidade de desenvolvimento de um indivíduo com capacidades humanas, não apenas possíveis condições biológicas. [...]. Esse direcionamento serve também para indicar qual é o uso de “vida” como direito previsto no espectro não mais do Biodireito, mas do Direito Constitucional, e é esse uso que deve direcionar a compreensão da vida como direito (e não como fato) em todos os demais microssistemas do nosso ordenamento jurídico.

Mais uma vez, vê-se que o conceito de vida, não delimitado pelas normas civis e penais, tratado como presença de atividade cerebral pelo Biodireito, é entendido como dependente da possibilidade do desenvolvimento de propriedades intrinsecamente humanas no âmbito do Direito Constitucional, em conformidade com o decidido na ADI n. 3.510/DF, características essas que não são apenas a presença de aspectos da genética humana, mas a capacidade dessas particularidades se desenvolverem em capacidades físicas e psíquicas mínimas que permitam identificar um indivíduo como pertencente ao universo humano.

Como se vê, a tendência do uso semântico do conceito de vida no Direito está relacionado com critérios voltados às ideias de dignidade, viabilidade de desenvolvimento e presença de características mentais de percepção, interação, emoção, relacionamento, consciência e intersubjetividade e não apenas atos reflexos e atividade referente ao desenvolvimento unicamente biológico.⁴²⁷

⁴²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Feto anencéfalo e interrupção da gravidez**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Plenário. Requerente Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde e Intdo Presidente da República. Relator Ministro Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Voto da Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 18 jan. 2015.

Destarte, a atualidade reclama uma releitura da função da tutela penal da vida como bem jurídico-penal, bem como da concepção de dolo do agente, visto que está mais que comprovado que é inacessível a qualquer outro tomar conhecimento do elemento volitivo do agente de praticar a ação típica, tornando fadado ao insucesso a clássica teoria psicológica do dolo, como vem fazendo autores brasileiros e estrangeiros, dentre os quais destaco, Paulo Cesar Busato⁴²⁸, Ingeborg Puppe⁴²⁹, Carlos Martínez-Buján Pérez⁴³⁰, Rodrigo Leite Ferreira Cabral⁴³¹, Tomás Salvador Vives Antón⁴³² e María del Mar Díaz Pita⁴³³, até porque urge a necessidade de se realinhar o direito penal com o processo penal, onde democraticamente, no curso do devido processo legal, se é provado ou não o dolo do agente quando do tipo de ação desenvolvida de forma a justificar a intervenção penal.

4.2.4.3 Dos requisitos ou pressupostos do consentimento

Para o *consentimento* proferido na esfera penal, adota-se “a capacidade natural de valorar” que reclama a análise se o mesmo configura uma expressão da liberdade com autonomia da pessoa⁴³⁴, sendo que Regis Prado quando trata dos requisitos para o seu reconhecimento válido, divide-os em objetivos e subjetivos. Os **objetivos** residem na *capacidade de consentir; anterioridade do consentimento; atuação nos limites do consentido*, enquanto os **subjetivos** estão na *ciência do consenso e vontade de atuar* em sintonia com a vontade do consentimento.⁴³⁵

⁴²⁸ **Dolo e significado.** In: Dolo e Direito Penal: modernas tendências. BUSATO, Paulo César (Coord.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 59-84 p., 2014.

⁴²⁹ **A distinção entre dolo e culpa.** GRECCO, Luís (Trad.). Barueri, SP: Manole, 2004.

⁴³⁰ **O conceito “significativo” de dolo:** um Conceito Volitivo Normativo. BUSATO, Paulo César (Trad.). In: Dolo e Direito Penal: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 23-58 p., 2014.

⁴³¹ **O elemento volitivo do dolo:** uma Contribuição da Filosofia da Linguagem de Wittgenstein e da Teoria da Ação Significativa. In: Dolo e Direito Penal: modernas tendências. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 119-145 p., 2014.

⁴³² **Fundamentos del sistema penal:** Acción Significativa y Derechos Constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

⁴³³ **A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade normativa.** BUSATO, Paulo Cesar (Trad.). In: In: Dolo e Direito Penal: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1-22 p., 2014.

⁴³⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro:** parte geral – arts. 1º a 120. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 377, v. 1.

⁴³⁵ Id., p. 379.

Cezar Roberto Bitencourt, acompanhando de perto Sebastian Soler⁴³⁶, assinala que a doutrina para aceitar o *consentimento justificante* tem apontado a necessidade de estarem presentes alguns requisitos:

- a) que a manifestação do ofendido seja livre, sem coação, fraude ou outro vício de vontade; b) que o ofendido, no momento de consentir, possua capacidade para fazê-lo, isto é, compreenda o sentido e as consequências de sua aquiescência; c) que se trate de bem jurídico disponível; d) que o fato típico se limite e se identifique com o consentimento do ofendido.

Por sua vez, Paulo Cesar Busato, seguindo o entendimento de Francisco Muñoz Conde, apresenta requisitos semelhantes aos de Cezar Roberto Bitencourt, frisando igualmente, por outras palavras, o que reputo importante, “que o consentimento seja dado antes da realização da ofensa e seja reconhecido como tal pelo autor da agressão”⁴³⁷, contudo simultaneamente, em contrapartida, não podemos esquecer que “levar alguém a morrer de uma maneira que outros aprovam, mas que para ele representa uma terrível contradição de sua própria vida, é uma devastadora e odiosa forma de tirania”⁴³⁸, pior ainda se ela for criminal que ainda por cima imputa uma sanção penal.

4.2.4.4 O consentimento em sua concretude

Boa parte da doutrina penal trabalha o *consentimento* no âmbito da teoria da *imputação objetiva* que acaba por excluir a tipicidade da conduta do agente com base no argumento de que representaria “o exercício de uma faculdade do titular do bem jurídico”⁴³⁹, como bem registra também Santiago Mir Puig⁴⁴⁰, o que será objeto de abordagem mais adiante.

No caso da *eutanásia ativa* em específico, em que o *interessado*, com capacidade de se autodeterminar, se encontrar na condição de paciente terminal de doença irreversível, à espera da morte que se aproxima lentamente lhe causando sofrimentos físicos e psíquicos terríveis,

⁴³⁶ SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino**. 4. ed. Buenos Aires: Editora Argentina, 1970, p. 326-331, v. I.

⁴³⁷ BUSATO, 2013, p. 514.

⁴³⁸ DWORKIN, 2009, p. 307.

⁴³⁹ BUSATO, Paulo Cesar, op. cit., p. 512.

⁴⁴⁰ Ibid., p. 518.

faz um pedido consciente, ainda que presumido, ao (s) médico (s) que o assistem para que abrevie a sua morte por estar vivendo indignamente como nunca desejou na vida, nada deve obstar o atendimento da vontade do moribundo, seu último exercício consciente de uma cidadania moderna, antes se recomenda que assim proceda com ética o profissional da medicina visando aliviar o sofrimento do paciente terminal, curando-o da dor e sofrimento em respeito à dignidade da vida do mesmo, à sua autodeterminação e liberdade com autonomia.

Em face do que já foi exposto, não deve gerar a responsabilidade penal do agente pela prática do homicídio, ainda que privilegiado, mas ser tida como uma *causa supralegal de justificação*, até porque os que desejam uma morte prematura “não estão denegrindo a santidade da vida; ao contrário, acreditam que uma morte mais rápida demonstra mais respeito para com a vida do que uma morte protelada”.⁴⁴¹

O Direito Penal não pode ficar alheio à evolução da humanidade e da própria sociedade em que ele atua como forma de controle social, mas também de limitação à intervenção estatal frente à nova ordem constitucional democrática que destoa por absoluto de todas as outras que foram outorgadas, não sendo a melhor política-criminal que se continue a doutrinar a ótica da indisponibilidade da vida na esfera penal quando da Constituição de 1937, uma vez que na atualidade não mais o povo existe em razão do Estado, mas o inverso se instalou com o Estado Democrático de Direito em 1988 que passou, pela primeira vez na história nacional, a ter como primeiro direito individual e fundamental a inviolabilidade do direito à vida, assim como à liberdade e à igualdade, direitos fundamentais de primeira dimensão ou geração, o que levou o próprio Supremo Tribunal Federal a pacificar o entendimento que a vida não é um bem absoluto, ou seja, indisponível.

Sobre este penúltimo sagrado e caro direito a toda democracia, consigna Ronald Dworkin:

Insistimos na liberdade porque prezamos a dignidade e colocamos em seu centro o direito à consciência, de modo que um governo que nega esse direito é totalitário, por mais livres que nos deixe para fazer escolhas menos importantes. É por honrarmos a dignidade que exigimos a democracia, e, nos termos em que definimos esta última, uma Constituição que permita que a maioria negue a liberdade de consciência será inimiga da democracia, jamais sua criadora. Qualquer que seja nosso ponto de vista sobre o aborto e a eutanásia, queremos ter o direito de decidir por nós mesmos, razão pela qual deveríamos estar sempre dispostos a insistir em que

⁴⁴¹ DWORKIN, 2009, p. 341.

qualquer Constituição honorável, qualquer Constituição verdadeiramente centrada em princípios, possa garantir esse direito a todos.⁴⁴²

Desse modo é incontestável o reconhecimento que a dignidade da pessoa humana integra intrinsecamente a vida humana, de tal forma que ela só existe se houver vida, assim como só há vida a ser vivida se houver dignidade, esta que repousa no âmbito subjetivo de cada pessoa que ao se autodeterminar como deseja vivê-la, comprova que há conceito próprio sobre essa concepção que reclama respeito pelos seus semelhantes em face dos direitos fundamentais da liberdade e igualdade.

Lado outro, nem se diga que o direito penal não está atento a essa concepção da vida como bem jurídico-penal, porque de uma exegese sistemática da parte especial do código penal, se extrai que a tutela penal faz distintas valorações de bens, como sempre foi apregoadado pela doutrina.

Poderíamos apresentar aqui inúmeros exemplos, como rotineiramente a doutrina penal o faz, contudo iremos nos ater ao que mais nos interessa e reforça o nosso posicionamento exposto ao longo deste trabalho e o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal sobre a disponibilidade, ainda que excepcional, do titular do direito à vida como bem jurídico-penal.

O delito de *aborto no caso de gravidez resultante de estupro* (CP; art. 128, II)⁴⁴³, que a doutrina penal denomina de *aborto humanitário ou ético*⁴⁴⁴, não pune o aborto praticado pelo médico, em havendo consentimento da gestante ou, em sendo incapaz, de seu representante legal.

Com efeito, é evidente que o legislador, nesse caso, em detrimento de uma vida - ainda que ulterior, produto de uma concepção que “tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica”⁴⁴⁵ -, optou por valorar com maior intensidade a honra, a imagem, a liberdade com autonomia e a dignidade da pessoa humana da gestante, o que comprova que o próprio código penal em certos casos admite a disponibilidade da vida quando, no caso

⁴⁴² Ibid., p. 343.

⁴⁴³ Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

[...]

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

⁴⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial**: dos crimes contra a pessoa. 14. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2014, p.175, v. 2.

⁴⁴⁵ Ibid., p. 165.

concreto, outros valores ou interesses individuais se sobreponham como mais importantes de se tutelar penalmente.

Da mesma forma, *mutatis mutandis*, se encontra o paciente terminal de uma doença incurável à espera da morte que vem chegando lentamente e lhe causando dores físicas e/ou psíquicas terríveis, de forma a tornar a sua vida um verdadeiro inferno e indigna de ser vivida nos últimos momentos, em face do que foi toda a sua vida que entenda ter sido digna.

Se esse mesmo paciente terminal, livre de coação, vícios ou defeitos, consente com consciência que o profissional médico abrevie a sua vida a seu pedido, por não mais suportar viver indignamente sem esperanças daquela forma, como se autodetermina com capacidade na impossibilidade física de fazê-lo sozinho, não vemos como possa atribuir responsabilidade penal ao médico pelo ato ou omissão praticada diante do contexto clínico em que se encontra o profissional desempenhando o seu papel.

O ato decorreria de uma ação médica de abreviar a morte ou a omissão de não mais tomar as medidas necessárias que a obstinação terapêutica recomenda sempre a pedido consciente expresso ou presumido do paciente terminal que nos leva a reflexão que estaríamos, em havendo, hipoteticamente justificativa para a intervenção penal, diante de um tipo de ação que se amolda ao denominado homicídio privilegiado (CP; art. 121, §1º), como considerado pela jurisprudência, este que na essência nada mais é que um homicídio simples em que incidi uma *causa de diminuição da pena* prevista na parte especial do código, ou mesmo, como em muitos países, diante de um homicídio a pedido.

De qualquer forma, numa visão utilitarista, não há diferença na morte ocasionada por ação ou omissão, contudo não especificamente nesse campo, aqui pretendemos trabalhar, mas sim em que medida que há desvalor da ação e/ou do resultado que justifique a intervenção penal.

Ora, eticamente falando, na modernidade é dever médico aliviar o sofrimento do paciente, buscando, se possível, a cura, esta que entendemos que pode dar-se de uma forma positiva ou negativa nos casos de *eutanásia* que estamos tratando, considerando que parte da medicina entende estar na contemporaneidade ultrapassado o juramento hipocrático, como

nos aponta, dentre outros, Drauzio Varella⁴⁴⁶, sendo esse o novo papel do médico na modernidade.

No caso, o médico estará diante de um paciente que sobre sofrimento intenso e imensurável, vítima de uma doença incurável, aguarda de forma agonizante a chegada da morte que está sendo retardada por meios paliativos, que perdeu esperanças de viver, mas não de morrer com dignidade sem dor. Nesses casos, inegavelmente a integridade física e psíquica do paciente terminal está sendo gravemente lesada, não raras vezes decorrente de um tratamento degradante produzido por uma obstinação terapêutica inócua, desenvolvida apenas para a preservação da vida ao máximo, quando se sabe que é direito humano fundamental de *ninguém ser submetido a tratamento degradante ou desumano* (CF; art. 5º, III), o que reclama atendimento médico prioritário para aliviar o sofrimento do doente que é o seu dever imediato.

O médico nessas hipóteses, certamente, se encontra perante um grande dilema. Há de aliviar intenso sofrimento do paciente terminal a seu pedido, ou deve ignorar e desrespeitar a sua liberdade com autonomia em nome de uma infrutífera preservação da vida que aguarda lentamente o seu final? Qual o papel do médico nesses casos? Que valoração de bens em jogo deve o direito penal considerar? Qual bem está sendo lesado? Qual reclama a sua tutela imediata? Qual o desvalor da ação e do resultado?

Juarez Cirino dos Santos, no mesmo sentido por nós defendido, ao tratar dos princípios da *lex artis* médica em sua obra de Direito Penal, sustenta que um deles diz respeito à **terapia médica** que ocasionalmente faz com que entre em conflito os **deveres de manutenção da vida** com o de **redução do sofrimento** do doente, no que, nesses casos, a prioridade deve repousar na *redução do sofrimento*, apesar do risco de redução de vida.⁴⁴⁷

María Luisa Silva Castaño ao tratar do consentimento do interessado, acentua que o:

Estado protege bienes jurídicos frente a los ataques de quienes, no sintiéndose motivados por el respecto a las normas vigentes, intervienen en los mismos, destruyéndolos. La relevancia penal de estos ataques se determina por la ausencia de consentimiento de los titulares afectados. De esta afirmación se deduce que cuando en el momento de la comisión del hecho delictivo hay consentimiento, el peligro jurídicamente desaprobado representado por la acción desaparecería, y con él el

⁴⁴⁶ VARELA, 2014.

⁴⁴⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de direito penal**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 149.

merecimiento de protección penal. Añadir que la eficacia del consentimiento se vincula a la concurrencia de un mínimo de requisitos como son la capacidad del sujeto para comprender la situación en la que consiente (apartándonos de la capacidad exigible en Derecho civil), y que, habiéndose manifestado con anterioridad a la realización del hecho típico, sea libre, voluntario y consciente, sin que quepa aceptarlo en los casos en los que se ha obtenido por erro o mediante engaño o amenaza.⁴⁴⁸

A teoria da imputação objetiva nos dá também as suas respostas, no que podemos dizer sucintamente como mencionado por Luís Greco, como sendo aquela que “acrescenta ao injusto um desvalor objetivo da ação (a criação de um risco juridicamente desaprovado), e dá ao desvalor do resultado uma nova dimensão (realização de um risco juridicamente desaprovado)”⁴⁴⁹, e reclama que se utilize critérios objetivos limitadores da causalidade que a teoria da *conditio sine qua non* apresentou no finalismo, por isso mesmo, como bem assinala Juarez Tavares, a “teoria da imputação objetiva, portanto, não é uma teoria para atribuir, senão para restringir a incidência da proibição ou determinação típica sobre determinado sujeito”⁴⁵⁰, razão pela qual aderimos àqueles que entendem que essa teoria é muito mais complexa do que se possa supor.

Partindo da premissa que “somente ações perigosas para um bem jurídico podem ser proibidas, porque tudo o mais seria uma intervenção inútil na liberdade dos cidadãos”⁴⁵¹, há de se considerar como ações perigosas todas aquelas que gerem a *criação de um risco* de lesão ou de ameaça de lesão ao bem jurídico-penal tutelado, contudo como bem assinala Luís Greco, “antes de valorarmos se o risco é proibido ou permitido, aprovado ou desaprovado, é preciso saber se ele sequer existe, se ele sequer foi criado”⁴⁵², sem esquecer que em sendo “o risco inerente à configuração social deve ser irremediavelmente tolerado como *risco permitido*”.⁴⁵³

Por sua vez, Juarez Tavares, partindo do pressuposto de incriminação de Claus Roxin de que atue o agente de forma a *incrementar um risco* para o bem jurídico-penal, “risco esse

⁴⁴⁸ SILVA CASTAÑO, María Luisa. La dignidad de la persona y su proceso de muerte: la eutanasia. In: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; ZULGADA ESPINAR, José Miguel (Coords.). **Dogmática y ley penal**: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 1240, V. 2.

⁴⁴⁹ GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 24.

⁴⁵⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 222.

⁴⁵¹ GRECO, op. cit., p. 34.

⁴⁵² Ibid., p. 31.

⁴⁵³ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. CALLEGARI, André Luís (Trad.). 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 36.

indevido e materializado como resultado no âmbito da *extensão do tipo de delito*⁴⁵⁴, sustenta que não haverá imputação se: 1) houver diminuição do risco para o bem jurídico por parte do agente; 2) o agente, com sua conduta, não houver aumentado esse risco; 3) o risco não era proibido; 4) não houver a materialização desse risco no resultado; 5) o resultado ocorrido estiver fora do alcance do tipo⁴⁵⁵, critérios que podem ter acolhida, na falta de outros, “desde que subordinados às condições pessoais do sujeito e de sua liberdade contextual”⁴⁵⁶.

Günther Jakobs com a sua teoria da imputação objetiva que, corretamente, não despreza a relação de causalidade ao contrário de Claus Roxin na origem de sua teoria, que vincula a do comportamento ao portador de um papel, seus desvios e expectativas, não sendo “decisivas as *capacidades de quem atua*, mas as *capacidades do portador de um papel*, referindo-se a denominação *papel* a um sistema de posições definidas de modo normativo, de uma instituição que se orienta com base nas pessoas”⁴⁵⁷, consignando que “fica esboçado o traslado da ideia do comportamento social, como comportamento vinculado a papéis, a quatro instituições jurídico-penais: (1) risco permitido, (2) princípio da confiança, (3) proibição de regresso e (4) competência (capacidade) da vítima”⁴⁵⁸, sendo crítico da teoria do incremento do risco, defendida por Claus Roxin e outros, que nega que a explicação da causação seja objeto de prova no processo, no que estamos de acordo.

Não temos qualquer pretensão de nos aprofundar nessa teoria em comento nesta investigação, mas apenas extrair dela o que entendemos que possa ser aplicável na presente pesquisa. Em sendo assim, nos crimes materiais, ou de resultado naturalístico, que no caso nos interessa, o comportamento, como se sabe, se alia ao resultado ao se estabelecer uma necessária relação de causalidade.

Nessa ótica, estabelecida a causação que não pode ser desprezada na teoria da imputação objetiva, não vemos como, no caso acima mencionado, esteja o profissional médico com o seu comportamento *incrementado o risco, criando um risco* ou mesmo realizando *um risco proibido*, caso ele mediatamente abrevie a vida do paciente terminal a seu pedido consciente ou presumido, suprimindo-o de forma imediata das dores imensuráveis que está sofrendo e da indignidade que entende estar vivendo, muito pelo contrário, entendemos que o médico com essa conduta não estará aumentando ou criando o risco que já existe

⁴⁵⁴ TAVARES, op. cit., p. 224.

⁴⁵⁵ Ibid., p. 222.

⁴⁵⁶ Ibid., p. 222.

⁴⁵⁷ JAKOBS, 2014, p. 20.

⁴⁵⁸ Ibid., p. 32.

inevitavelmente e acompanha o paciente, aumentando gradualmente com o passar do tempo e a proximidade da morte, muito pelo contrário, ao aliviar o sofrimento imediato do doente estará atuando dentro da esfera do risco permitido.

Não há como negar que - numa perspectiva deontológica adotada por nós no decorrer deste trabalho - ao aliviar o paciente do intenso sofrimento físico e/ou psíquico que esteja lesando gravemente a sua integridade, curando-o desse mal, diante do conflito aparente com a vida que a terapia médica possa apresentar, estará o médico exercendo seu papel de garante, o que impede que seja responsabilizado criminalmente por não haver, sequer, desvalor da ação a ser considerado penalmente, uma vez que não vislumbramos qualquer imoralidade ou danosidade social com esse atuar que deixa de lado uma perspectiva teleológica para optar por tratar da doença imediata que está lesando a integridade e a dignidade do paciente.

No que diz respeito à vida, partindo da premissa defendida neste trabalho que, nesses casos, ela se torna disponível para o seu titular que se encontra despidido de dignidade, um dos seus aspectos intrínsecos que justifica a sua existência como pessoa humana, ao abreviar a vida a pedido do próprio interessado e titular do bem, seja por ação ou omissão, o profissional da medicina estará demonstrando respeito com a vida de seu semelhante e seus direitos fundamentais de liberdade com autonomia, igualdade e autodeterminação. Comprovado se tratar de uma vítima de uma doença incurável, não pode a autodeterminação do bem sobre a sua própria vida, ser substituída pela vontade decorrente de uma liberdade de coexistência que o faça se tornar um objeto, um meio, não um fim em si mesmo.

Embora a vida como bem jurídico-penal tutelado venha a ser lesada, há de se reconhecer que não há desvalor da ação do médico que assim procede visando aliviar o sofrimento do doente incurável, até mesmo, considerando como válido o consentimento do titular que com isso renuncia à tutela penal, se pode questionar até que ponto que há desvalor de resultado quando o bem, nesses casos, se encontrar na esfera de disponibilidade do interessado e essa ação não é socialmente danosa.

Ainda que se possa sustentar que há, nesses casos, um desvalor do resultado secundário (morte) não se encontra presente qualquer desvalor da ação que justifique uma intervenção penal para apurar a responsabilidade do médico que assim agir, sendo, portanto, em se adotando essa teoria, um tipo de ação que não justifica a intervenção penal.

Destarte, em nenhuma das hipóteses tratadas acima (*consentimento como causa supralegal* ou *imputação objetiva*) há de se falar na presença de uma dirimente que isentaria o médico de pena pela exclusão da culpabilidade, em considerando a mesma como elemento do crime num conceito analítico adotado pela teoria tripartida, e nem mesmo que a sua conduta seria culpável como juízo de reprovação ou censurabilidade penal.

Portanto, nesta seara, descabe ter-se o *consentimento do interessado* como *causa dirimente supralegal*, mas não como *causa de justificação supralegal* que, como acima fundamentado, exclue a ilicitude da conduta do médico que assim atua nos casos específicos, preenchidos os requisitos legais, sendo que para aqueles que abordem a questão da *eutanásia* com base na teoria da imputação objetiva, estaríamos diante de uma conduta médica atípica criminalmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema *eutanásia* nos despertou interesse em pesquisar diante da sua inerente polêmica secular e da necessidade preeminente de sua discussão, na medida em que a evolução humana e da sociedade reclama a (re) leitura de paradigmas referentes à vida, sem deixar de considerar que há um aumento gradual da expectativa de vida em sociedade que acarreta um maior número de doenças em pessoas idosas, algumas ainda incuráveis que as tornam pacientes terminais, em muitas vezes com demência, como o mal de Alzheimer, gerando reflexos na concepção moderna que se há de ter sobre a vida.

Iniciamos a investigação do tema numa especialização em ciências penais e resolvemos aprofundar e ampliar a pesquisa neste mestrado acadêmico, agora, precipuamente sob a ótica da dignidade da pessoa humana e de uma cidadania moderna inerente às democracias, dentro da linha de pesquisa adotada perante o programa, o que reclamou o necessário enfrentamento de questões multidisciplinares e as inerentes aos direitos civil, penal e constitucional que permitisse um convencimento sobre a quem pertence o *domínio da vida*.

A vida que é essencial à existência humana, seus direitos concernentes e o direito a ela própria, necessita de uma releitura como bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico a partir do instante em que nas democracias a liberdade com autonomia deve-se sobrepor à de coexistência para que o indivíduo, com cidadania, possa se autodeterminar como deseja viver a sua vida em sociedade, permitindo-se, com isso uma maior igualdade no trato social e respeito à dignidade da pessoa humana.

Nos doentes terminais com a cessação total ou não da capacidade de se expressar, locomover e de ter qualquer controle sobre o próprio corpo, constatamos que a obstinação terapêutica por meios paliativos se transforma num verdadeiro tratamento degradante e indigno na medida em que não há mais esperança e a vida passa a não ter mais qualquer sentido para muitos que a viveram intensamente com muita dignidade, passando-se, em muitas vezes, a ser tratado o indivíduo como um objeto ou coisa e não como um fim em si

mesmo, na medida em que se despreza a sua última vontade manifestada por meio de um consentimento válido, de ter antecipada a sua morte que se aproxima inevitavelmente, tornando-a mais digna e menos dolorosa.

A vida permanece como um bem jurídico indisponível, mas apenas com relação a terceiros, não mais subsistindo na atualidade constitucional a concepção personalística ou absoluta da vida, o que reclama uma readequação dessa questão no sistema jurídico infraconstitucional porque não há um dever de viver, mas sim apenas um direito à vida por aquele a quem ela lhe é inerente à existência humana.

Portanto, a vida não se resume, conceitualmente, ao aspecto biológico, mas também de outros intrínsecos que permitam o exercício da capacidade física e psíquica com dignidade, de forma a permitir que a pessoa humana possa conservar e desenvolver a percepção, emoção, interação, a consciência e intersubjetividade em seus relacionamentos sociais, sob pena, na ausência desses aspectos não mais se justificar a sua indisponibilidade por ter se tornado indigna de ser vivida por seu titular que não pode ser obrigado, democraticamente, a ter que aguardar com intenso sofrimento físico e/ou psíquico a lenta aproximação da morte decorrente de uma doença terminal.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento no plenário da questão que abordou a interrupção de gravidez de feto anencéfalo em 2012, firmou entendimento que a vida é um bem disponível em determinadas hipóteses, cabendo à doutrina, em especial, a penal, se adequar a essa nova realidade que assegura a vida, a dignidade da pessoa humana e a liberdade como direitos fundamentais e individuais em um Estado Democrático de Direito a partir de 1988, livrando-se das amarras de certos dogmas do passado, não muito distante, oriundos de uma concepção absoluta da vida.

Em sendo, então, na ótica jurídico-constitucional a vida um bem disponível em determinadas hipóteses extremas em que a dignidade da pessoa humana fique comprometida, embora não se trate de um bem patrimonial, a sua disponibilidade a pedido por meio do *consentimento* daquele que detém a sua titularidade, deve ser respeitada pelo corpo médico na medida em que não cause mal a terceiros ou qualquer danosidade social. Em se assim agindo, permite-se a concretude de uma cidadania plena por meio do exercício de uma liberdade com autonomia e, em consequência, se trata os iguais na medida de suas desigualdades e se fortalece a democracia.

Sob esse aspecto, o Conselho Federal de Medicina, em face da realidade contemporânea com que lidam os profissionais da saúde, preocupado com a ética profissional, deu importante passo ao disciplinar a atuação médica, seguindo tendência mundial, perante eventual *diretiva antecipada de vida* do paciente (Testamento Vital) que conduza à prática da *ortotanásia* ou *eutanásia passiva*, em que pese ainda perdurar certa insegurança médica nesse atuar por falta de previsão legal que pode ocasionar uma responsabilidade civil e/ou penal.

Lado outro, se reconhece que a parte especial do código penal em vigor foi idealizada num momento histórico em que se firmava um regime de exceção, e que conceitos de outrora sobre a indisponibilidade da vida como bem jurídico-penal tutelado e do dolo, este como desvalor da ação que justifique uma intervenção penal, devem ser redimensionados para se ajustarem à evolução humana e de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito, assegurada por um Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, se deve na atualidade desenvolver uma exegese da tutela de bens jurídico-penais partindo-se do que preconiza a própria Constituição sobre os direitos fundamentais de forma a criar novos paradigmas que permitam uma diretriz de atuação penal mais democrática, garantista e contemporânea;

O *consentimento* como *causa supralegal de justificação penal* deve ser aceita quando se tratar da prática de *eutanásia ativa e passiva* praticada por médico, em estando presentes os critérios necessários, livrando o profissional da saúde de qualquer responsabilidade criminal, ou mesmo, que seja aceita sua ação médica como *causa de atipicidade* em se adotando, como complementar a relação de causalidade do código penal em vigor, a moderna teoria da imputação objetiva;

Demos importante passo com uma das pernas ao prever no relatório final do projeto de reforma do novo código penal a descriminalização da *ortotanásia* ou *eutanásia passiva*, mas não avançamos como deveríamos quando a outra perna permaneceu inerte ao se retirar do texto da comissão a possibilidade de regulamentação expressa da *eutanásia ativa* e, ocasionalmente, o seu perdão judicial, sob fundamentos surreais que não condizem de forma alguma com essa questão polêmica e milenar, que vem gradativamente ganhando espaço mundial, a partir, em especial, da denominada reconstrução dos direitos humanos em 1948, pela ONU, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos;

Entretanto, apesar dessa oportunidade legislativa estar se perdendo, há de se continuar a discussão sobre a prática da *eutanásia* porque novos horizontes se apresentam com a eleição pelo constituinte originário da cidadania e a dignidade da pessoa humana como princípios fundamentais do nosso Estado Democrático de Direito, diria, postulados que devem ser o vetor dos direitos fundamentais e a conquista de novos direitos com liberdade como autonomia de forma a permitir a consolidação da democracia.

Assim, o *consentimento* consciente do paciente terminal capaz, de disposição da própria vida para que possa ter uma morte digna, deve ser acolhido sob pena da imposição ou obrigação de se viver com indignidade até o último sopro se configurar um ato de tirania.

Para tanto, impõe-se a desmistificação da *eutanásia* (morte boa) para sua melhor compreensão, como muitos países vêm gradativamente fazendo com a regulamentação criminal ou mesmo a legalização de sua prática desvinculada de razões religiosas, mas não daquelas inerentes aos direitos fundamentais da pessoa humana que só por meio do exercício de uma cidadania moderna vem conseguindo assegurar o direito a uma morte digna e antecipada em detrimento de uma lenta e sofrida.

A dignidade da pessoa humana e a cidadania, como princípios fundamentais de uma democracia não podem ser apenas tutelados constitucionalmente, mas sim devem ser materializados de forma a solidificar o regime democrático, permitindo-se que todo cidadão possa - aqui entendido na acepção de Hannah Arendt, como aquele que deve *ter direito a ter direitos* - conquistar o direito de ter respeitada a sua liberdade com autonomia ao se autodeterminar como deseja terminar com dignidade os seus dias de intenso sofrimento físico e/ou psíquico, sob pena de não passarmos de cidadãos servos que por debaixo de suas vestes utilizam camisas de força, num regime totalitário que se autointitula “democráticos”.

REFERÊNCIAS

- ALDONEY RAMÍREZ, Rodrigo. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: Alemania. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley S.A., n. 16, p. 171-173, jul. 2005.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. SILVA, Virgílio Afonso da (Trad.). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. **Conceito e Validade do Direito**. MENDES, Gercélia Batista de Oliveira (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes. La eutanasia hoy: perspectivas teológicas, bioética, constitucional y jurídico-penal (a la vez, una contribución sobre el acto médico). **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 21, p. 24-52, jan. 2008.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. 707 f. Dissertação (Doutoramento em ciências jurídico-criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. RAPOSO, Roberto (Trad.). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ASÚA, Luis Jiménez de. **Libertad de Amar y Derecho a Morir**: ensayos de um criminalista sobre eugenesia y eutanásia. 5. ed. Buenos Aires: Editorial Losada S.A, 1942.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais ?** COSTA, José Manuel M. Cardoso da (Trad.). Coimbra: Almedina, 2008.
- BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas**. 2. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. A Morte como ela é: Dignidade e Autonomia Individual no Final da Vida. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, v. 13, n. 50, p. 19-63, 2010.
- _____. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. de 2010, p. 3. Disponível em: <http://www.luisroberto-barroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2014.
- _____. MARTEL, Letícia de Campos Velho. In: GOZZO, Débora e LIGIERA, Wilson Ricardo (Orgs). **Bioética e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BBC. **Justiça Nega Pedido de Eutanásia a Britânico que Sofre de Paralisia**. 16 ago. 2012. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/08/120816_nicklinson_justica_pai.shtml>. Acesso em: 02 jan. 2015.

BERISTAIN, Antonio. Prolegomenos para a reflexão penal-criminológica sobre o direito a culminar a vida com dignidade (a eutanásia). In: Eutanásia. **Fascículos de Ciências Penais**. Ano 4, v. 4, n. 4, p. 11-31, out./nov./dez. 1991.

BIMFELD, Marina. **Justiça Italiana Autoriza o fim da Vida de Jovem que se Acidentou aos 19 de idade**. 10 jul. 2008. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/consulta/noticia_ler.php?id=11945>. Acesso em: 02 jan. 2015.

BITENCOURT, Ceza Roberto. **Tratado de Direito Penal** – parte especial: dos crimes contra a pessoa. 14. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2014, V. 2.

_____. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 20. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade e o projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v.15, nº 60, p. 105-128, out./dez. 1978.

_____. **Os Direitos da Personalidade**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BORGES, Roxana Cardoso. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (coord.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 283-305 p.

BRASIL. **Cientistas Defendem 5 Momentos para Início da Vida Humana**. Folha de São Paulo, 15/10/2010. Giuliana Miranda. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/814968-cientistas-defendem-5-momentos-para-inicio-da-vida-humana.shtml>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

_____. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 06 jan. 2015

_____. **Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal e Legislação Complementar**. (Colab.) Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 06 jan. 2015.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 06 jan. 2015.

_____. **Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969). (Pacto de São José da Costa Rica)**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 24 fev. 2013.

_____. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 24 fev. 2013.

_____. **Incluído pela Lei Constitucional n. 1, de 16 de maio de 1938**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCT/LCT001.htm>. Acesso em: 06 jan. 2015.

_____. **Lei nº 3268, de 30 de setembro de 1957.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm>. Acesso em: 09 fev. 2015.

_____. **Lei nº 9434, de 04 de fev. de 1997.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em: 28 jan. 2015.

_____. **Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110211.htm>. Acesso em: 28 jan. 2015.

_____. **Lei Constitucional n. 1, de 16 de maio de 1938.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCT/LCT001.htm>. Acesso em: 06 jan. 2015.

_____. **Ortotanásia:** Senado aprova lei que exclui de ilicitude a ortotanásia. *news.med.br*. Notícias e informações sobre saúde.2013. Disponível em: <<http://www.news.med.br/p/saude/52543/ortotanasia+senado+aprova+lei+que+exclui+de+ilicitude+a+ortotanasia.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

_____. Senado Federal. **PLS – Projeto de Lei no Senado, nº 116 de 2000.** Autor: Senador Gerson Camata. Ementa: Exclui de ilicitude a ortotanásia. (Altera o Código Penal). Data da apresentação: 25/04/2000. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=43807>. Acesso em: 03 mar. 2013.

_____. Senado Federal. **PLS – Projeto de Lei no Senado nº 236, de 2012.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

_____. Senado Federal. **Relatório Final do PLS – Projeto de Lei no Senado nº 236, de 2012.** Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/08/veja-a-integra-do-relatorio>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF e interrupção de gravidez de feto anencéfalo.** Plenário. ADPF 54/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, 11 e 12/04/2012. Informativo STF nº 661 de 09 a 13 abr. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Feto anencéfalo e interrupção da gravidez.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Plenário. Requerente Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde e Intdo Presidente da República. Relator Ministro Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 18 jan. 2015.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal:** parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Dolo e Significado.** In: Dolo e Direito Penal: modernas tendências. BUSATO, Paulo César (Coord.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 59-84 p., 2014.

CABALLERO BRUN, Felipe. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: Chile. **Revista Penal.** Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, p. 178-180, jul. 2005.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. Eutanásia: dignidade da pessoa humana como fundamento ético e jurídico do direito à morte digna. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal.** Porto Alegre: Magister, v. 8, n. 43, p. 58-63, ago./set. 2011.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **O Elemento Volitivo do Dolo: uma Contribuição da Filosofia da Linguagem de Wittgenstein e da Teoria da Ação Significativa.** In: Dolo e Direito Penal: modernas tendências. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 119-145 p., 2014.

CANEDO, Carlos Augusto; CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. Eutanásia e dogmática penal: por uma compreensão paradigmaticamente adequada do direito penal através de uma teoria da adequabilidade normativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 9, n. 36, p. 74, out./dez. 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3. ed. Portugal: Almedina, 1998.

CARVALHO, Gisele Mendes de. Considerações acerca do impacto da Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina no tratamento jurídico-penal da eutanásia passiva no Brasil. **Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais,** São Paulo, v. 4, n. 6, p. 227-268, jan/jun 2007.

CERNICCHIARO, Luis Vicente. **O texto será colocado à crítica da sociedade.** 08 mar. 1998. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff08039819.htm>>. Acesso em: 03 jan. 2015.

CHAVES, Antônio. **Direito à Vida e ao Próprio Corpo: intersexualidade, transsexualidade, transplantes.** 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Cuida da Caracterização da Morte Encefálica.** Resolução nº 1.480/97. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>. Acesso em: 02 jan. 2015.

_____. **Dispõe sobre Diretivas Antecipadas de Vontade dos Pacientes.** Resolução nº 1.995/2012. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2015.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e Acordo em Direito Penal.** Portugal: Coimbra Editora, 2004.

COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da. Tratamiento jurídico de la eutanasia: Portugal. **Revista Penal.** Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, p. 192-194, jul. 2005.

CUAREZMA TERÁN, Sergio J. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: Nicaragua. **Revista Penal.** Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, p. 189, jul. 2005.

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade.** REZENDE, Celso Furtado (Trad.). São Paulo: Quorum, 2008.

DAGNINO, Evelina. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. In: DAGNINO, Evelina (Org.). **Anos 90.** Política e Sociedade no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1994.

DA SILVA, Sônia Maria Teixeira. Eutanásia. **Jus Navegandi,** 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1863/eutanasia>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Código Penal Alemão: tradução, comparação e notas.** Porto Alegre, RS: Núria Fabris Ed., 2014.

DIARIO MEDICO.COM. **La Corte Suprema exige al facultativo de responsabilidad:** Montana, tecer Estado de EEUU em legalizar la eutanásia, 11 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.diariomedico.com/2010/01/11/area-profesional/normativa/montana-tercer-estado-de-eeuu-en-legalizar-la-eutanasia>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

DIAS, Roberto. **O Direito Fundamental à Morte Digna:** uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 137-170 p.

DÍAZ-ARANDA, Enrique. Eutanasia. **Revista de Derecho Penal**, Buenos Aires, n. 1, p. 299-309, 2003.

DÍAZ-PITA, Maria del Mar. **A Presumida Inexistência do Elemento Volitivo no Dolo e sua Impossibilidade Normativa.** BUSATO, Paulo Cesar (Trad.). In: In: Dolo e Direito Penal: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1-22 p., 2014.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Eutanasia y derecho. **Eguzkilore:** Cuaderno Del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastian, n. 9, p. 113-139, dez. 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** 8. ed., atual. de acordo com o Código Civil (Lei n.. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. A eutanásia no direito brasileiro. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre: Magister, v. 1, n. 5, p. 6, abr/mai, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida:** aborto, eutanásia e liberdades individuais. CAMARGO, Jefferson Luiz (Trad.). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **O Direito de Liberdade.** A leitura moral da Constituição norte-americana. CIPOLLA, Marcelo Brandão (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Levando os Direitos a Sério.** BOEIRA, Nelson (Trad.). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FARIA COSTA, José de. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia:** alguns cruzamentos reflexivos. Portugal: Coimbra Editora, 2005.

_____. O fim da vida e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa. Et al (Org.). **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.** Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de Los Derechos Fundamentales.** Madrid: Editorial Trotta, 2009.

FERRAZ, Sérgio. Eutanásia, breves considerações. Eutanásia. **Fascículos Ciências Penais.** Trimestral. ano 4. n.4. out.- nov -dez – 1991. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal:** parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra Editora. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Temas Básicos da Doutrina Penal**: sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime. Coimbra Editora, 2001.

FOUCAULT, Michel. **A Coragem da Verdade**. BRANDÃO, Eduardo (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005.

FRANÇA, Genival Veloso. Eutanásia, um enfoque ético-político. **Caderno Jurídico**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 115, jul. 2001.

_____; SOUTO MAIOR, Hermano José. Direito de viver e direito de morrer (um enfoque pluridisciplinar sobre eutanásia). Eutanásia. **Fascículos Ciências Penais**. Trimestral. ano 4. n. 4. out - nov – dez- 1991. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

FRANCO, Alberto Silva. A eutanásia no novo C.P. **Boletim de IBCCRIM**, São Paulo, n. 4, p. 1, mai, 1993.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Tutela Penal do Direito à Vida**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GALIAN PALERMO, Pablo. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia: Uruguay. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, p. 196-199, jul. 2005.

GARCIA, Iberê Anselmo. Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, n. 67, p. 271, jul/ago, 2007.

GODINHO, Adriano Marteleto. Testamento vital e o ordenamento brasileiro. **Jus Navegandi**, 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15066/testamento-vital-e-o-ordenamento-brasileiro>>. Acesso em: 27 mar. 2013.

GOLDIM, José Roberto. **Eugenia**, 19 abr. 1998. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eugenia.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

_____. **Suicídio Assistido – Oregon – EEUU**, 24 fev. 2000. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanore.htm>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

_____. **Eutanásia – Luxemburgo**, 03 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutalux.html>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

_____. **Eutanásia – Bélgica**, 03 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutabel.htm>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: dono da vida, o ser humano é também dono de sua própria morte?In: **Boletim do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 6, n. 77, p. 7-8, jan/fev. 2007.

_____. Ortotanásia: Morte Digna?In: **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Magister, v. 8, n. 43, p. 56-57, ago./set. 2011.

_____. **Eutanásia e o Novo Código de Ética Médica**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 28 set. 2012.

_____. Eutanásia: dono da vida, o ser humano é também dono de sua própria morte ? *In: Notáveis do Direito Penal*: livro em homenagem ao emérito Professor Doutor René Ariel Dotti. Brasília: Consulex, 2006, 259-264 p.

GRECO, Luís. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. **Eutanásia – novas considerações penais**. 2008. 339 f. Tese (Doutorado em Direito) - Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GÜNTHER, Klaus. **The sense of Appropriateness: application discourses in morality and law**. FARRELL, John (Trad.). Albany: State University of New York, 1988.

GUSMÃO, Aucélio. Testamento Vital. **Conselho Federal de Medicina**, 21 fev. 2013. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23585:testamento-vital&catid=46>. Acesso em: 30 nov. 2014.

G1. **Morre Americana com Câncer Terminal que Anunciou Suicídio Assistido**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/11/morre-americana-com-cancer-terminal-que-anunciou-suicidio-assistido.html>>. Acesso em: 02 jan. 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. SIEBENEICHLER, Flávio Beno (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

HILKNER M.; HILKNER R.R. **A Questão da Terminalidade**. Saúde, Ética & Paz, 2012.

HIRECHE, Gamil Föppel El. **Tutela Penal da Vida Humana: anotações sobre a eutanásia**. Disponível em: <<http://www.blogdoflg.com.br>>. Acesso em: 14 set. 2011. Material da 1ª aula da Disciplina Tutela Penal dos Bens Jurídicos Individuais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Televirtual em Ciências Penais - Universidade Anhanguera-Uniderp/REDE LFG.

HOLM, Soren. Legalizar a eutanásia: uma perspectiva dinamarquesa. **Bioética**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 101-106, 1999.

HORTA, Márcio Palis. Eutanásia: problemas éticos da morte e do morrer. **Bioética**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 30, 1999.

HOUAISS, Dicionário Houaiss da língua portuguesa. **Instituto Antônio Houaiss**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: Arts. 121 a 136. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM. Comissão de Código Penal. **Comentários ao Relatório Senador Pedro Taques em face do PLS nº 236/12**. 2013, 170 p.

JAKOBS. GÜNTHER. **Suicídio, Eutanásia e Direito Penal**. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro (Trad.). São Paulo: Manole, 2003, v. 10.

_____. **A Imputação Objetiva no Direito Penal**. CALLEGARI, André Luís (Trad.). 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Libertad de Amar y Derecho a Morir**. 5. ed. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1942.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEHFELD, Lucas de Souza; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Monografia Jurídica**: guia prático para elaboração do trabalho científico e orientação metodológica. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LUPER, Steven. **A Filosofia da Morte**. BONAMINE, Cecília. São Paulo: Madras, 2010.

LOURENÇO, Benito; QUEIROZ, Lígia Bruni. Crescimento e desenvolvimento puberal na adolescência. *In: Revista Médica (São Paulo)*, p. 70-75, abr.- jun. 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revistadc/article/viewFile/46276/49930>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. QUINTELA, Paulo (Trad.). Lisboa: Edições 70, 2011.

KUNICKA-MICHALSKA, Barbara. Tratamiento Jurídico de La Eutanasia: Polonia. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, p. 191-192, jul. 2005.

MACHADO, Luis Alberto. **Relatório sobre o Ante-projeto da Parte Especial do Código Penal**: parte primeira. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/8895/6204>>. Acesso em: 04 jan. 2015.

MADRIGAL ZAMORA, Roberto. Tratamiento Jurídico de La Eutanasia: Costa Rica. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, p. 180-182, jul. 2005.

MAGRO, Maria Beatrice. Tratamiento Jurídico Penal de La Eutanasia: Italia. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley S.A., n. 16, p. 186-187, jul. 2005.

MANTOVANI, Ferrando. Aspectos Jurídicos da Eutanásia. SANTOS, Gérson Pereira dos (Trad.). *In: Fascículos Ciências Penais*, v. 4, n. 4, p. 32-53, out-dez, 1991.

MARSHALL, T. H. **Cidadania e Classe Social**. *In: _____*. Cidadania, classe social e *status*. CADELHA Meton Porto (Trad.). Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. *In: Iniciação à Bioética*. Conselho Federal de Medicina. COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (Coords.). Brasília: *CMJ On Line*, 1998.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **O Conceito “Significativo” de Dolo**: um Conceito Volitivo Normativo. BUSATO, Paulo César (Trad.). *In: Dolo e Direito Penal: modernas tendências*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 23-58 p., 2014.

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. Direito à Morte Digna: Eutanásia e morte assistida. **Âmbito Jurídico.com.br**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 28 set. 2012.

MEDINA FRISANCHO, José Luis. Tipología de La Eutanasia. *In*: MEDINA FRISANCHO, José Luis. **Eutanasia e Imputación Objetiva em Derecho Penal**: una interpretación normativa de los âmbitos de responsabilidad em la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 2010, 73-80 p.

_____. Análisis de La Tipología Eutanásica: particularidades y cuestiones problemáticas. *In*: MEDINA FRISANCHO, José Luis. **Eutanasia e Imputación Objetiva em Derecho Penal**: una interpretación normativa de los âmbitos de responsabilidad em la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 2010, 177-220 p.

_____. Modelos Dogmáticos de Solución Propuestos por La Doctrina. *In*: MEDINA FRISANCHO, José Luis. **Eutanasia e Imputación Objetiva em Derecho Penal**: una interpretación normativa de los âmbitos de responsabilidad em la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 2010, 135-173 p.

_____. La Imputación a La Víctima em La Eutanásia Activa Directa y otras Formas no Cubiertas por el Riesgo Permitido. *In*: MEDINA FRISANCHO, José Luis. **Eutanasia e Imputación Objetiva em Derecho Penal**: una interpretación normativa de los âmbitos de responsabilidad em la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 2010, 135-173 p.

_____. Espacios de riesgo permitido em la Práctica Médica Eutanásica. *In*: MEDINA FRISANCHO, José Luis. **Eutanasia e Imputación Objetiva em Derecho Penal**: una interpretación normativa de los âmbitos de responsabilidad em la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 275-334 p.

_____. Conclusiones. *In*: MEDINA FRISANCHO, José Luis. **Eutanasia e Imputación Objetiva em Derecho Penal**: una interpretación normativa de los âmbitos de responsabilidad em la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 2010, 393-412 p.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso Sobre a Dignidade do Homem**. GANHO, Maria de Lourdes Sirgado (Trad.). Portugal/Lisboa: Edições 70, LDA, 2010.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: parte general. 9. ed. Buenos Aires: Euros Editores, 2011.

MÖLLER, Letícia Ludwig. **Direito à Morte com Dignidade e Autonomia**: o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade. Curitiba: Juruá, 2012.

MONTEIRO, Ralpho Waldo de Barros. Direitos Da Personalidade E Dignidade Humana. *In*: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. **Direito de Família Contemporâneo e novos Direitos**: estudos em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 261-302 p., 2006.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORÙN SOLANO, Ana Cecília. Tratamiento Jurídico Penal De La Eutanasia: República Dominicana. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, p. 194-196, jul. 2005,

MUÑOZ CONDE, Franciso. **Teoria Geral do Delito**. TAVARES, Juarez; PRADO, Luiz Regis (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

MUÑOZ POPE, Carlos Enrique. Tratamiento Jurídico Penal De La Eutanasia: Panamá. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, p. 190-191, jul. 2005.

NALINI, José Renato. **Reflexões Jurídico-filosóficas sobre a Morte**. Pronto para partir? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NIETO MARTÍN, Adán. Tratamiento Jurídico Penal De La Eutanásia: España. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, p. 184-185, jul. 2005.

NIÑO ALZUETA, Luis Fernando. Tratamiento Jurídico Penal De La Eutanásia: Argentina. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, p. 173-176, jul. 2005.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em Defesa da Vida**. São Paulo: Saraiva, 1995.

O GLOBO. **Eutanásia**: morre na Itália Eluana Englaro, 10 fev. 2009, atual. 05 jan. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/eutanasia-morre-na-italia-eluana-englaro-3576051>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o Direito Penal Brasileiro**: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. 282 f. Monografia (Vencedora do 17º Concurso de Monografias de Ciências Criminais) – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo: IBCCRIM, 2013.

P. **Leis do Estado Devem Prevaler**: Supremo dos EUA reconhece direito à eutanásia no Oregon, 18 jan. 2006. Disponível em: <<http://publico.pt/sociedade/noticia/supremo-dos-eua-reconhece-direito-a-eutanasia-no-oregon-1245077>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

PADUCZAK, Sergio A; SQUILLACI, María A. Eutanasia. Ciencias Penales Contemporáneas: **Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología**, Mendoza, v. 4, 7/8, p. 553-626, 2004.

PAIVA, Marcelo. **Português**: Linguagem Jurídica. 8. ed. Brasília: Edurece, 2012.

PARANÁ. Ministério Público do Estado do Paraná. CAOPCAE – Área da Criança e do Adolescente. **Tabela Comparativa em Diferentes Países**: Idade de Responsabilidade Penal Juvenil e de Adultos. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=323>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

PÊCEGO, Antonio José Franco de Souza; SILVA, Juvêncio Borges. **Ortotanásia**: uma visão do instituto sob o foco da cidadania moderna num estado democrático de direito. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/view/4361/3433>>. Acesso em: 27 jan. 2015.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján et al. **Dolo e Direito Penal**: modernas tendências. BUSATO, Paulo César (Coord.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PESSINI, Léo. Distanásia: até quando investir sem agredir. **Bioética**, Brasília, v. 4, n. 1, p. 31-43, 1996.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTUGAL. **Código Penal**. José de Faria Costa (Coord.). 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Quarteto, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-penal e a Constituição**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral – arts. 1º a 120. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1.

PULIDO, Carlos Bernal. **O Direito dos Direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2013.

PUPPE, Ingeborg. **A Distinção entre Dolo e Culpa**. GRECCO, Luís (Trad.). Barueri, SP: Manole, 2004.

RAMÓN CAPELLA, Juan. **Os Cidadãos Servos**. ANDRADE, Lédio Rosa de; SOARES, Têmis Correia (Trads.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

RAPOSO, Vera Lúcia. Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida. **Revista do Ministério Público de Lisboa**. Lisboa: SMMP, v. 32, n. 125, p. 169-217, jan./mar. 2011.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Direito de Morrer**: Corte Européia dirá se eutanásia pode ser pedida pela família ou pelos amigos. 09 out. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-09/corte-europeia-dira-eutanasia-pedida-terceiros>>. Acesso em: 02 jan. 2015.

RFI PORTUGUÊS. **Deputados da Bélgica Aprovam Lei da Eutanásia para Crianças e Adolescentes**, 3 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.portugues.rfi.fr/europa/20140213-deputados-da-belgica-votam-hoje-lei-de-eutanasia-para-criancas-e-adolescentes>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

RINCÓN RINCÓN, Jesús Enrique. Tratamiento Jurídico Penal De La Eutanásia: Venezuela. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, p. 199-204, jul. 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Legislação. **Reforma do Código Penal (Relatório e anteprojeto de lei)**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/legislacao/id2953.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 21ª Câmara Cível, **Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos**. Apelação Cível n. 70042509562. Relator Armínio José Abreu Lima da Rosa, j. 01/06/2011, RJTJRS, v-281/332.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 1ª Câmara Cível, **Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos**. Apelação Cível n. 70054988266, Relator Irineu Mariani, j. 20/11/2013, RJTJRS, v-291/259.

RODRIGUES, Okçana Yuri Bueno. **Pacientes Terminais: direitos da personalidade e atuação estatal**. Birigui-SP: Boreal Editora, 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Parte Geral**. 25. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1.

ROXIN, Claus. A Apreciação Jurídico-Penal Da Eutanásia. GREGO, Luís (Trad.). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, n. 32, p. 9-38, out./dez. 2000.

_____. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. GIACOMOLLI, Nereu José; CALLEGARI, André Luís. (Org. e Trad.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para Morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SALOMÃO LEITE, George. Direito fundamental a uma morte digna. **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. SALOMÃO LEITE, George; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). São Paulo: RT; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Transplante de Órgãos e Eutanásia (liberdade e responsabilidade): abordagem filosófica, religiosa e penal, limites éticos e jurídicos da experimentação humana, responsabilidade penal dos médicos, eutanásia, ortotanásia e distanásia, aborto eugênico e ética médica**. São Paulo: Saraiva, 1992.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito, 2012.

SÃO PAULO. Conselho Regional de Medicina - CREMESP. **Juramento de Hipócrates**. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>>. Acesso em 28 set 2014.

_____. O Estado de S. Paulo. **Justiça Autoriza Advogada a ter ‘morte digna’**. Fabiana Cambricoli. 24 jan. 2015. 23h 39. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,justica-autoriza-advogada-a-ter-morte-digna,1624407>>. Acesso em: 26 jan. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA CASTAÑO, María Luisa. La Dignidad De La Persona Y Su Proceso De Muerte: la eutanasia. *In*: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; ZULGADA ESPINAR, José Miguel (Coords.). **Dogmática y Ley Penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo**. Madrid: Marcial Pons, 2004, v. 2.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1999.

SOARES, Ana Raquel Colares dos Santos. Eutanásia: direito de morrer ou direito de viver? In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, 131-157 p.

SOCIEDADE BENEFICIENTE ISRAELITA BRASILEIRA – ALBERT EINSTEIN. **Transplante de Órgãos**. Disponível em: <<http://www.einstein.br/hospital/transplantes/transplanteorgaos/Paginas/transplante-de-orgaos.aspx>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

SOLER, Sebastin. **Derecho Penal Argentino**. Buenos Aires: Editora Argentina, 1970, v. I.

SWI SWISSINFO. CH. **Mitos e Realidades sobre o Suicídio Assistido na Suíça**. 17 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.swissinfo.ch/por/mitos-e-realidades-sobre-o-su%C3%ADc%C3%ADdio-assistido-na-su%C3%AD%A7a/893224>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TEIXEIRA DA SILVA, Sônia Maria. Eutanásia. **Jus Navegandi**, 11/2000. Acessível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1863/eutanasia/1>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

TERRA. EUA: **Vermont Torna-se o Terceiro Estado a Legalizar a Eutanásia**. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/estados-unidos/eua-vermont-torna-se-o-terceiro-estado-a-legalizar-a-eutanasia,e4ec2278212ce310VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

TERRA SELVAGEM. **Mamba-negra**. Disponível em: <<http://www.terraselvagem.com/animais/repteis/mamba-negra/>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

TORRES, José Henrique Rodrigues. A Omissão Terapêutica A Pacientes Terminais Sob O Ponto De Vista Jurídico: deixar morrer é matar?. CREMESP. **Revista Ser Médico**. 43. ed. abr./maio/jun. 2008. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=361>>. Acesso em: 04 dez. 2014.

TORRES CHAVES, Efraín. Tratamiento Jurídico Penal De La Eutanasia: Ecuador. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, p. 182-184, jul. 2005.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. La regulación de la eutanasia en Holanda. **Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales**, Madrid, v. 50, único, p. 293-321, jan./dez. 1997.

TSF-RÁDIO NOTÍCIAS. **Eutanásia Legalizada Quinta-feira em Washington**. 03 mar. 2009. Disponível em: <http://www.tsf.pt/PaginaInicial/Internacional/Interior.aspx?content_id=1159444>. Acesso em: 28 nov. 2014.

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO. **Manual para Apresentação de Trabalho Científico**. 2013, Ribeirão Preto, 2014, 44 p.

VARELA, Drauzio. **O Juramento de Hipócrates**. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/drauzio/o-juramento-de-hipocrates/>>. Acesso em: 28 set 2014.

VIDAURRI ARÉCHICA, Manuel. Tratamiento Jurídico Penal De La Eutanásia: México. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, S.A., n. 16, p. 187-189, jul. 2005.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A Ortotanásia e o Direito Penal Brasileiro. **Revista Bioética**, vol, 16, n. 1, p. 61-83, 2008. Disponível em: <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/56/59>. Acesso em 11 de janeiro de 2014.

VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos Del Sistema Penal: Acción Significativa y Derechos Constitucionales**. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

_____. Reexame do Dolo. *In*: **Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências**. BUSATO, Paulo César (Coord.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, 85-118 p.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: introdução e parte geral**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito: autonomia e dignidade da pessoa humana**. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Estudos de Direito Penal Especial: Nova perspectiva para a proteção penal da vida humana. Et al. **Direito Penal Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir**. PRADO, Luiz Regis (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZIMBARG, Adriana. **Você Sabe o Que é Eugenia?**. Netsaber Artigos. Disponível em: <http://artigos.netsaber.com.br/artigos_de_adriana_zimbarg>. Acesso em: 04 jan. 2013.

ZIVIANI, Lincoln. **Eutanásia [mensagem pessoal]**. 16 dez. 2014. Disponível em: <<https://www.facebook.com/antoniopecego>>. Acesso em: 17 dez. 2014.