

**FACULDADE DE JUSSARA
CURSO DE DIREITO**

SUMAIA BONFIM BARBOSA

**EUTANÁSIA: O direito de recusar um direito para preservar a dignidade
humana**

**JUSSARA - GO
2016**

SUMAIA BONFIM BARBOSA

EUTANÁSIA: O direito de recusar um direito para preservar a dignidade humana

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Jussara, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientadora Prof^a. Me. Alexandrina Benjamin Estevão de Farias.

**JUSSARA - GO
2016**

SUMAIA BONFIM BARBOSA

EUTANÁSIA: O direito de recusar um direito para preservar a dignidade humana

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Jussara, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Data da aprovação: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Me. Alexandrina Benjamin E. de Farias
Orientadora

Professora Me. Cláudia E. Costa de Oliveira
Membro da Banca

Professor Esp. João Paulo de Oliveira
Membro da Banca

A todos que me acompanharam nessa trajetória, especialmente minha família, pelo incentivo e apoio incondicional que tornaram esse sonho possível.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, por esta conquista.

Agradeço à minha família. Foram eles que me deram forças para seguir nos momentos mais difíceis.

De todos os meus familiares, agradeço, em especial minha mãe Girofá Alves e meu namorado Alex Junior, que me incentivou a seguir nessa carreira desde o início. Até em momentos de fraquezas, me deu apoio para não desistir.

À minha professora e orientadora, Alexandrina Benjamin, que foi paciente e compreensível com as minhas dificuldades ao longo dessa etapa.

Aos membros dessa banca examinadora, _____, que disponibilizaram tempo para participar da avaliação desse projeto.

Agradeço, finalmente, a todos que compartilharam das alegrias e tristezas, como amigos e colegas da faculdade.

A todos que direta ou indiretamente contribuíram para a conclusão e para o sucesso desse trabalho.

“O que realmente leva à prática da eutanásia não é piedade ou compaixão, mas sim o propósito mórbido e egoístico de poupar-se ao pungente drama da dor alheia. Somente os indivíduos sujeitos a estados de extrema angústia são capazes do golpe fatal eutanásico, pois o alívio que se busca não é o do enfermo, mas sim o próprio; que ficará livre do fardo que se encontra obrigado a carregar”.

(Yves Zamarato, 2013)

RESUMO

O presente trabalho aborda o tema da antecipação da morte, a eutanásia, que é fundamentada no sentimento de compaixão. Em regra, para se falar em eutanásia, falamos de um paciente doente em estágio terminal ou com uma doença incurável. A polêmica em torno do tema se estende em razão de haver um choque de direitos, de um lado o direito à vida, dado como indisponível, de outro o direito à dignidade da pessoa humana. Em se tratando de antecipar a morte do indivíduo é importante pontuar que só há polêmica em se tratando da prática da eutanásia ser fundamentada no respeito à dignidade da pessoa a ser eutanasiada. Em razão de compreender se um direito deve prevalecer sobre o outro e, qual deles deveria prevalecer, é preciso antes compreender o conceito de eutanásia e de que forma ao longo da história e em diferentes espaços o tema se desenvolveu. O trabalho não tem um objetivo histórico, de tal maneira que apenas apresenta marcos que sejam capazes de ilustrar a polêmica e suas razões de ser. Ainda se faz necessário porque o problema é jurídico, analisar como é o tratamento dado pelo direito ao tema, como a Constituição, o Código Civil e o Código Penal brasileiro encaram a possibilidade de encurtar a vida humana em razão de conferir o ultimo desejo de alguém ou o que se imagina ser a dignidade deste. Far-se-á ainda uma análise de direito comparado, em razão de perceber como o mundo jurídico encara essa morte antecipada. O trabalho parte de uma pesquisa interdisciplinar, já que precisará de conceitos trazidos de outras áreas do conhecimento, como a medicina. Será utilizada a metodologia qualitativa, a pesquisa bibliográfica e documental, bem como, método dedutivo de estudo. A hipótese a ser testada é de que em se tratando do choque de direitos humanos fundamentais é de extrema importância que se dê ao paciente a oportunidade de escolher entre eles, isso se, for claro que um necessariamente inviabiliza o outro.

Palavras-chave: Eutanásia. Dignidade humana. Vida.

ABSTRACT

This paper aims to discuss about euthanasia based on the feeling of compassion. As a rule, to talk about euthanasia, we have to speak of about a patient in terminal stage or with an incurable disease. The controversy around this theme extends due to a clash of rights: on one hand the right to life and on the other hand the right to human dignity. Anticipate the death of a person is a polemic theme because it is based on the respect for the dignity of the person in terminal stage. Due to understand whether a right should prevail over the other and which one should prevail, we must first understand the concept of euthanasia and how this throughout the history and in different spaces the theme developed. The paper does not have a historical purpose, so that only displays landmarks that are able to illustrate the polemic and its reasons to be. This theme is a legal problem and for this, we intend to examine how is the treatment of the right to the issue in Brazilian Constitution, Brazilian Civil Code and in Brazilian Penal Code, and how this faces the possibility of shortening human life due to check out the last wish of someone or what is thought to be the dignity of this. It will also be a comparative research in law in order to understand how the legal world sees this early death. This work aims to do a interdisciplinary research and because of this, brought concepts from other areas of knowledge, such as medicine. Was used a qualitative methodology, bibliographic and documentary research, as well as deductive method of study. The hypothesis to be tested is that in the case of the fundamental human rights of shock is extremely important to give the patient the opportunity to choose between them, that is, it is clear that one necessarily precludes the other.

Key words: Euthanasia. Human dignity. Life.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 EUTANÁSIA: o que é e como tem sido utilizada em alguns momentos e lugares da história	11
1.1 O Conceito	11
1.2 Modalidades de eutanásia	13
1.2.1 Ortotanásia	14
1.2.2 Distanásia	15
1.3 Marcos históricos e espaciais	15
1.3.1 Idade Antiga	15
1.3.2 Idade Média	16
1.3.3 Idade Moderna	17
2 O DIREITO E A EUTANÁSIA: a possibilidade de uma “Boa morte” no mundo jurídico	19
2.1 A eutanásia na legislação brasileira	19
2.1.1 O tema eutanásia na percepção da Constituição Federal	20
2.1.2 A eutanásia e o Código Civil	22
2.1.3 A eutanásia e o Código Penal	23
2.2 A eutanásia na legislação ao redor do mundo	28
3 A DIGNIDADE HUMANA OU A VIDA: quem tem direito de escolher qual direito fundamental deve ser respeitado?	31
3.1 Direitos humanos indisponíveis	31
3.1.1 A dignidade da pessoa humana enquanto direito e princípio	33
3.1.2 O direito à vida e todos os seus desdobramentos	36
3.2 Conflito de Princípios/Direitos fundamentais	38
CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS	

INTRODUÇÃO

O encurtamento da vida, ou a antecipação da morte, pode se dar por inúmeras razões e de diferentes maneiras. O presente trabalho pretende abordar a eutanásia quando requerida pelo paciente em estágio terminal ou, acometido por doença incurável, quando já não pode suportar os males físicos ou psíquicos que esta lhe causa.

Busca-se compreender a possibilidade de abreviar a vida de alguém dentro do choque de direitos garantidos pela Constituição Federal brasileiro, bem como pelo rol de direitos humanos consagrados não somente no ordenamento jurídico nacional, mas também por tratados de Direito Internacional de que o Brasil, inclusive, é signatário. Assim, de um lado observamos o direito à vida, inviolável e indisponível (o que significa que nem a própria pessoa a quem esse direito é conferido pode dele querer dispor) e, de outro lado o direito a dignidade da pessoa humana, direito de exercer dignamente a vida.

A complexidade que gira em torno do tema, um dos mais problemáticos na esfera penal, se dá em razão das diversas percepções que o compõem, são ideologias, questões religiosas, éticas e sociais que acabam formando um conjunto de saber truncado e polêmico do qual pouco se pode extrair.

Assim, o que se pretende é oferecer maior visibilidade do modo como o direito percebe o tema, dizendo da possibilidade de concretizar a eutanásia no Brasil e das implicações que isso traria para quem auxiliasse um paciente a realizar tal procedimento.

O método será auxiliado pela pesquisa bibliográfica, buscando o saber para a resolução do problema, utilizando livros, eventuais jurisprudências, artigos e outros meios de informação como internet para melhor desenvoltura do tema proposto, com isso os conhecimentos serão aprofundados.

O trabalho se estrutura em três capítulos, no primeiro, em busca de contextualizar o leitor com o tema, pretende-se dar a conceituação do procedimento de eutanásia, com a ajuda da ciência da medicina, bem como apontar marcos espaciais e temporais do procedimento e da maneira como é visto pelas diversas sociedades ao redor do mundo. Dessa maneira a problemática central fica

estabelecida e pode o leitor compreender já de início os pontos controversos que se alfinetam em torno do tema.

O segundo capítulo trabalhará especificamente com a questão jurídica, a maneira como a legislação brasileira se posiciona face à eutanásia, o que dizem a Constituição Federal, o Código Penal, a legislação civil, as legislações médicas e de que maneira esse emaranhado de leis se conecta com as legislações internacionais, principalmente com os tratados internacionais de que o Brasil é signatário.

O terceiro capítulo trabalha especificamente sobre os direitos que se contrapõem, o que são os direitos humanos à vida e da dignidade da pessoa humana, dois direitos de base que confeccionam todo o sistema normativo brasileiro e internacional, dois direitos sem os quais não se pode falar em direitos. Como compreender o choque entre direitos humanos fundamentais e qual o papel do paciente, e de sua possibilidade de escolha e qual o papel do agente facilitador da eutanásia, o médico ou o familiar, ou enfermeiro a quem couber a responsabilidade de encurtar a vida humana ou àquele que por sua própria vontade nesta posição se colocar.

Postos e discutidos os três capítulos, a hipótese a ser testada é de que em se tratando do choque de direitos humanos fundamentais é salutar que se dê ao paciente a oportunidade de escolher entre eles, isso se, for claro que um necessariamente inviabiliza o outro. No caso de não poder o paciente se manifestar por perda de suas capacidades entende-se que a lei vigente deverá ser seguida.

1 EUTANÁSIA: o que é e como tem sido utilizada em alguns momentos e lugares da história

Faz-se necessário contextualizar a temática através da conceituação do termo eutanásia, bem como as diferentes maneiras de sua interpretação. Ainda importa-nos uma breve análise do modo como essa prática ocorreu ou ainda ocorre no tempo e no espaço mundial.

1.1 Conceito

A antecipação da morte em casos onde o paciente seja acometido por doença incurável ou em estado terminal é, normalmente, conhecida por eutanásia. De origem grega, a palavra que representa a junção dos sufixos *eu* (bom) somado a *thanatos* (morte) quer dizer boa morte, a tranquilidade na passagem final da vida (MENEZES, 1977).

A eutanásia, enquanto procedimento médico deve ser solicitada por quem de direito, ou o próprio paciente, ou um seu representante. Sobre isso Souza (2009, p. 77) afirma:

Por eutanásia entende-se a ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente no intuito de lhe possibilitar uma morte condizente à dignidade humana. Ademais, essa ajuda precisa ser solicitada expressamente (consentimento expresso) ou tacitamente (consentimento presumido) pelo paciente ou por seu representante legal.

Os procedimentos médicos adotados propiciam, em regra, uma morte rápida e indolor àqueles que ou já não sentem ou sentem em demasiado. A prática é defendida como método que coloca fim aos sofrimentos físicos ou psíquicos, já insuportáveis, sofridos por enfermos que já não tenham alternativas para suas doenças, cuja medicina não possa mais oferecer respostas de melhora ou salvamento.

Além dos casos em que a motivação se dá pelo próprio paciente ou por um membro de sua família existem também casos onde a eutanásia pode ser impelida por razões de economicidade, quando já não se pode suportar economicamente um tratamento que não oferecerá mudanças no estágio médico do sujeito a ser eutanasiado. Essa espécie é conhecida como eutanásia econômica, fundamenta-se

na desnecessidade dos gastos com uma situação que não se poderá alterar, apenas prolongando o *status quo* (MENEZES, 1977).

Também se pode pensar na eutanásia como método de saneamento de ameaças biológicas à sociedade, caso em que a eutanásia será nomeada de eugênica (MENEZES, 1977).

Mesmo quando o trabalho é conceituar eutanásia parece não haver uma concordância geral, é pacífico que o método consiste em antecipar o fim da vida de um paciente, sendo diferente de escolher pela não utilização de práticas que apesar de não solucionar o problema, prolongariam a vida do mesmo. Mesmo assim, existem posicionamentos divergentes sobre isso.

Goldim (2004) relata que:

Dois elementos básicos atuam na diferenciação da eutanásia: a intenção e o efeito da ação. No caso da intenção de efetivar-se a eutanásia, poderá ser provocada uma ação (eutanásia ativa) ou ainda uma omissão, ou seja, a não realização de algo que possui indicativo terapêutico em uma dada circunstância (eutanásia passiva). A partir do ponto da visão da ética, isto é, da justificativa da ação, não existem características distintas entre ambas. No mesmo sentido, a eutanásia, assim como o suicídio assistido, são nitidamente distintos das decisões de retirar ou de não implantar um tratamento, que não tenha efeito ou que provoque graves desconfortos, com o objetivo único de prolongar a vida de um paciente. Opostamente da eutanásia e do suicídio assistido, esta retirada ou não implantação de medidas consideradas fúteis não agrega outra motivo que possa conduzir à morte do paciente. Esta, no entanto, não foi a interpretação da Suprema Corte de Nova Iorque, julgando o caso Quill, em 08 de janeiro de 1997, na ocasião em que afirmou não existir diferenças legais e morais entre não implantar ou retirar uma medida extraordinária e o suicídio assistido. Em junho de 1997 a Suprema Corte Norte Americana, se pronunciou de forma contrária a esta posição, garantindo que existem distinções entre estas determinações, tanto na visão médica quanto legal.

Entende-se que, quanto às divergências sobre a conceituação, um aspecto fica bastante claro, a intencionalidade do agente facilitador da eutanásia. Souza (2009, p.78) afirma que “para que a eutanásia seja propriamente assim designada, a motivação da conduta do agente deve ser conduzida por fins humanitários, baseados no sentimento de piedade e compaixão pelo particular estado que se encontra a vítima (paciente)”.

Desde a compreensão do direito à vida enquanto inviolável e indisponível nota-se um constante entrave inclusive para dizer que tipos de comportamento podem ser conceituados como eutanásia. Por essa razão é preciso discorrer sobre as modalidades desta, podendo subdividi-la e, desta forma, quando se pode considerar que realmente não estamos tratando de um homicídio - quando a

vontade de tirar a vida do sujeito não é fundada por sentimento humanitário, de piedade ou compaixão.

1.2 Modalidades de eutanásia

A eutanásia se pode classificar por muitos aspectos, tais quais, modo de ação, consentimento do paciente.

Quanto à ação, entende-se que a eutanásia poderá ser ativa ou passiva. No primeiro caso é necessário que haja uma ação, um ato que interrompe a vida do paciente motivado pela misericórdia do agente. Já no segundo caso existe uma espécie de omissão consciente, um não agir que leva à morte, acontece quando, por exemplo, deixa-se de oferecer tratamento que seria apenas capaz de prolongar a vida do paciente, mas não de curá-lo (SOUZA, 2009).

Na classificação há que se considerar também a vontade do próprio paciente. Assim, poderemos estar diante de um procedimento voluntário, involuntário, ou não voluntário. O primeiro remete, pelo próprio nome, a idéia de que o paciente livre e conscientemente opta por dar fim a sua vida, escolhendo passar pelo procedimento por seus próprios motivos, não é necessário que seja ele próprio a realizar a ação. Em se tratando de involuntário entende-se que o paciente é contrário à realização do ato, poderia acontecer, por exemplo no caso de uma eutanásia econômica, já citada. A terceira espécie, não voluntária, guarda relação com o paciente que não pode optar, por qualquer que seja a razão, assim, não existe qualquer manifestação do paciente em relação a ser ou não eutanasiado, casos em que o representante legal é que oferecerá a motivação, podendo ser exemplificado por pacientes em estado de coma (MENEZES, 1977).

Quanto ao agente e a ação escolhida, ou a finalidade, podemos chamar de direta quando a ação destina-se diretamente a retirar ou encurtar a vida do paciente, adotando-se um meio próprio apenas para isso; ou indireta, também chamada de efeito duplo, neste caso as ações médicas objetivam a diminuição do sofrimento do paciente enquanto objetivo principal, mas em consequência destas ações acaba-se por abreviar a vida, é um resultado indireto (SOUZA, 2009).

Dentre muitas outras classificações que ainda se podem dar, neste trabalho julgamos pertinente apontar apenas mais duas, a eutanásia fundada na eliminação

de ameaças à saúde pública ou como alívio social, eliminando de maneira indolor doenças que não sejam desejáveis, chamada de eugênica (MENEZES, 1977).

Por último conhecemos a eutanásia criminal, utilizada para abreviar a morte de criminosos que coloquem em risco a sociedade, utilizada em países onde é autorizada a pena de morte (MENEZES, 1977).

1.2.1 Ortotanásia

Nesta modalidade de eutanásia consiste em suprimir tratamento de paciente com doença incurável, tratamento que não poderia solucionar o caso, apenas prolongar a vida.

A ortotanásia sempre é passiva, uma eutanásia por omissão, não existe ação, mas ao contrário, o agente facilitador deixa de fazer procedimento que poderia dar continuidade à vida do paciente sem contanto tirá-lo da situação em que se encontra, de doença incurável ou estágio terminal (MENEZES, 1977).

Assim, entendemos que quando o quadro é irreversível a ortotanásia consiste na decisão de o médico de deixar correr o curso natural das coisas, não interferindo no processo de morte do paciente, não dando medicamentos nem efetuando qualquer procedimento invasivo que só faria aumentar a sobrevida. Vejamos:

A ortotanásia consiste em suspender um tratamento de uma doença incurável que só irá prolongar o sofrimento do paciente. Ela é o meio termo entre eutanásia e distanásia, pois visa trazer qualidade de vida à fase terminal do paciente. Já foi até mesmo regulamentada pela Lei Covas, criada quando o ex-governador paulista, Mário Covas, estava com câncer e queria ter este direito regulamentado. Este procedimento é geralmente ministrado em pacientes com câncer, nos quais se aplicam amplas doses de sedação e se descarta a internação na UTI (Unidade de Terapia Intensiva), para que o paciente possa morrer ao lado dos parentes, apenas controlando os sintomas de dor, medida tomada pelos paliativistas (OLIVEIRA, 2009, p.21).

Será apresentado, em momento oportuno, a maneira como o Brasil já tratou e como hoje trata do assunto. De acordo com o autor a ortotanásia se encontra entre a eutanásia e a distanásia, e por outros apenas se vê enquanto forma passiva de cometimento da primeira.

A discussão é relevante se considera-se que aqui não há nenhuma intervenção, nem tão-pouco omissão de socorro visto que é impossível salvar a vítima, a uma impossibilidade de melhora.

1.2.2 Distanásia

A distanásia é o oposto da ortotanásia e mesmo da eutanásia. Consiste em atrasar o máximo possível a morte do paciente, mesmo sabendo ser a doença incurável ou que o estágio terminal já foi alcançado.

Consiste em atrasar o mais possível o momento da morte usando todos os meios, proporcionados ou não, ainda que não haja esperança alguma de cura, e ainda que isso signifique infligir ao moribundo sofrimentos adicionais e que, obviamente, não conseguirão afastar a inevitável morte, mas apenas atrasá-la umas horas ou uns dias em condições deploráveis para o enfermo (OLIVEIRA, 2009, p.20).

O paciente por vezes, ou sua família, tem esperança na cura da doença, nos avanços da medicina, ou simplesmente deseja permanecer na vida não se importando se é certo que os tratamentos não serão capazes de curá-lo. Objetiva-se prolongar ao máximo a vida, ou, afastar-se o máximo do momento da morte.

Lembramos que *thanatos*, do grego, significa morte, aqui o precede-se de *dis*, que no grego significa afastamento, assim, afastamento da morte. Esse procedimento só se dá de forma artificial prolongando a vida biológica do paciente (MENEZES, 1977).

1.2 Marcos históricos e espaciais

Cumpra-nos ressaltar que o objeto deste trabalho não é histórico, portanto aqui apenas serão apresentados marcos no tempo e no espaço. Assim como todas as concepções ideológicas, morais, religiosas, sociais e de conhecimento, a aceitação da eutanásia depende sempre da sociedade e do tempo em que nos encontramos.

1.2.1 Idade Antiga

Os espartanos já eram conhecidos por não deixar viver as crianças que nascessem mal formadas, como eram preparados para guerrear as doenças não eram bem vindas, atralhariam o estigma de guerra desta sociedade.

Em Roma surge o pensamento de Hipócrates, contrário à eutanásia, que dá inclusive as bases do juramento médico atual, ele afirmava que não iria agradar a ninguém fornecendo remédio que a este adiantasse a morte (MENEZES, 1977).

Na Grécia antiga Platão já tratava do tema fazendo nascer os primeiros questionamentos sobre ele. Para ele a medicina apenas teria necessidade de se ocupar de sujeitos que tivessem chance de continuar vivendo, aqueles a quem a morte fosse certa deveria-se deixar morrer - prática da ortotanásia (MENEZES, 1977).

A polêmica conferida ao tema, portanto, não é de hoje. Mas a prática não deixava de ser comum na idade antiga, sobre isso Lorena Oliveira conta:

Ainda entre os povos antigos, tem-se notícia de que os germanos matavam os enfermos incuráveis, estes, na Birmânia, eram enterrados vivos juntamente com os velhos. Não se pode esquecer que os antigos praticavam a eutanásia contra crianças aleijadas ou débeis. As mesmas eram imoladas em nome de um programa de salvação pública de uma sociedade sem comércio, sem letras e sem artes. A finalidade era a produção de homens robustos e aptos para a guerra (OLIVEIRA, 2009, p. 12).

Na tentativa de formar uma população biologicamente (física e mentalmente) perfeita a eutanásia era procedimento auxiliar. Os mais velhos, na Grécia, também recebiam o aconselhamento de encerrar mais cedo suas vidas já que apenas seriam estorvos depois de certa idade (OLIVEIRA, 2009).

De acordo com Lorena Oliveira (2009) na Índia, na mesma época, pessoas com deficiência eram atiradas em seu rio sagrado, Ganges, para que tivessem suas almas purificadas e preparadas para a morte.

1.2.2 Idade Média

A idade média é marcada pelas guerras territoriais e a conquista do mundo se dava travando batalhas sem fim. No campo de batalha não era possível dar tratamento adequado aos guerreiros, nem era possível levá-los de volta à suas terras para que pudessem ser tratados. Dessa forma ou eram deixados para morrer, sofrendo ou recebiam um golpe de misericórdia de seus companheiros para que não fosse necessário sofrer uma morte tão dolorosa.

Além das guerras a idade média foi marcada por inúmeras epidemias e pestes, tal qual a peste negra, responsáveis por dizimar populações. A velocidade

com que as doenças eram capazes de se reproduzir estimulavam parte da população a matar antecipadamente aqueles que fossem diagnosticados com elas.

A eutanásia, nesse período histórico, era praticada durante as guerras. Sabe-se que os guerreiros possuíam entre os artefatos que faziam parte sua armadura, um punhal muito afiado, com o formato de uma folha de louro. A partir desse instrumento, os guerreiros que fossem feridos mortalmente eram eliminados. Também foi na idade média que sucederam inúmeras epidemias e pestes, onde as doenças alastravam-se com mais facilidade e rapidez, por causa da situação de pobreza e miséria no qual vivia a população durante a queda do feudalismo.

Assim, nas guerras, essa “lança da misericórdia” (MENEZES, 1977), ou ainda esse punhal afiado a que a autora antes citada se refere, era o instrumento utilizado para conduzir a eutanásia. Nas casas e hospitais, remédios e condutas médicas cuidavam de antecipar a morte dos doentes acometidos por epidemias e pandemias.

1.2.3 Idade Moderna

As guerras francesas conduzidas por Napoleão parecem ser o marco inicial na idade moderna. Durante suas batalhas no Egito o general francês teria ordenado a realização da eutanásia nos soldados contaminados pela peste negra. A temática já é polêmica, pois não poderia se ter resolvido tão facilmente; o médico de suas tropas invocou seu juramento (aquele que nasceu das ideias de Hipócrates na Roma antiga) para se negar a cumprir a ordem, afirmando que não poria fim às vidas quando seu papel era de conservá-las (OLIVEIRA, 2009).

As ideias iluministas e o avanço em relação às teorias de direitos humanos criaram ainda mais polêmica, e criou-se um estigma negativo sob a ideia de antecipar a morte de alguém. Apesar disso, a eugenia humanitária seria bem vinda para aliviar a dor daqueles que estavam em sofrimento por seus momentos finais (OLIVEIRA, 2009).

A segunda grande guerra adveio como ponto ainda mais marcante graças as teorias de médicos nazistas que entendiam que era preciso realizar eutanásia para “purificar a sociedade e criar uma raça melhorada, a chamada higienização social” (OLIVEIRA, 2009).

Na verdade em relação à essa eutanásia praticada pelos nazistas chama-se, como já dito, de eutanásia eugênica, onde a antecipação da morte tem o intuito de eliminar doenças indesejadas.

Essa espécie ligada a este momento da história marcam ainda mais negativamente a eutanásia e a maneira como ela é vista no mundo, o ideal de purificação das raças é contrário a todo o movimento de reconhecimento da pluralidade e da necessidade de respeito aos direitos humanos fundamentais.

Em muitos outros lugares do mundo ouviu-se falar da eutanásia conectada à eugenia, fomentando a polêmica a respeito da temática. Goldim (2009) afirma que mesmo no Brasil foram desenvolvidas teses onde a justificativa de antecipação da morte se dava em razão de aperfeiçoar a raça humana, fugindo por completo do aspecto principal definido no conceito de eutanásia.

Tal discussão no século XX teve um de seus períodos mais acalorados entre as décadas de 20 e 40. Foi espantoso o número de exemplos de relatos de casos caracterizados como eutanásia pela imprensa leiga neste período. O Prof. Jiménez de Asúa inventariou mais de 34 casos. No Brasil, na Faculdade de Medicina da Bahia, e também no Rio de Janeiro e em São Paulo, diversas teses foram desenvolvidas sobre essa temática entre 1914 e 1935. Na Europa, principalmente, muito se falou de eutanásia associando-a com eugenia. Esta sugestão objetivava explicar a eliminação de deficientes, pacientes terminais e portadores de doenças consideradas indesejáveis. Em tais circunstâncias, a eutanásia era, na realidade, um instrumento de higienização social, com a intenção de buscar a perfeição ou o aprimoramento de uma raça, Não possuindo relação com compaixão, piedade ou direito para colocar fim à própria vida (GOLDIM, 2004, s/p).

Apesar da fama negativa, a eutanásia ainda guardava defensores ao redor do mundo. Será apresentado ainda que alguns países autorizam o procedimento por lei, e portanto mantinha a discussão sobre sua necessidade e legalidade aquecidas em nível global.

Ressalta-se que não acreditamos na necessidade de discutir procedimentos de antecipação da morte enquanto método de higienização social, argumento que fomenta a negatividade da eutanásia. O que se questiona é a possibilidade de utilizar tal método como forma humanitária que ameniza o sofrimento do paciente em estágio terminal ou acometido por doença incurável, possibilidade que esbarra no choque de direitos humanos fundamentais, a vida e a dignidade do paciente.

2 DIREITO E A EUTANÁSIA: a possibilidade de uma “Boa Morte” no mundo jurídico

Há um dito popular que afirmar ser a morte a única certeza na vida. Em outras palavras, no curso que seguimos o fim é sempre o mesmo, as vezes prematuro, as vezes rápido, outras vezes tardio e vagaroso, as vezes dramático, as vezes incômodo, mas sempre certo. Apesar de certa, a morte traz a insegurança de seu posterior, e assim, sem saber do que nos aguarda tomamos por quase certo que o direito à vida deve ser guardado com todas as armas possíveis.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal é a “lei maior” que dita as orientações fundamentais para a existência humana. Assim, pode-se dizer que a regra básica é viver e deixar viver¹, já que o direito a vida é não só inviolável, mas também indisponível. Internacionalmente, o direito à vida também está assegurado enquanto direito humano inviolável.

2.1 A eutanásia na legislação brasileira

Penalmente, entende-se no Brasil que a conduta que retira a vida de outro se enquadra perfeitamente no tipo penal do homicídio, tendo este seus desdobramentos, qualificações e privilégios. Desta maneira, não seria possível eutanasiar alguém.

Conforme foi visto no primeiro capítulo, parece-nos no caso da eutanásia que a motivação é emocional, em razão do pedido do próprio sujeito que quer por fim a sua vida em razão de doença ou por estar em estágio terminal. Assim, enquadrar-se-ia tal ação no tipo penal definido pelo artigo 121, § 1º, ou seja, homicídio privilegiado: “Se o agente comete crime impedido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço” (BRASIL, 1940).

Requer, entretanto, a análise de outras ciências para que se possa compreender e, até julgar, a eutanásia. É preciso levar em conta as ciências médica,

¹ O direito à vida em questão possui previsão de forma genérica no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, abrangendo tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna.

sociológica, antropológica e, mesmo a religiosa, para que se possa abordar a questão.

Outros povos não tinham problema em eutanasiar os seus, como demonstrado anteriormente, ou para garantir a superioridade étnica, ou levados por um sentimento de compaixão, mas de toda sorte, permitidos pelos sistemas jurídicos, complexos ou não, vigente sobre essas sociedades.

O Estado brasileiro, nos moldes de sua Constituição Federal, e apoiados por legislações infraconstitucionais, proíbe, tacitamente, a eutanásia. Tacitamente pois não há proibição direta dela, que é conceito complexo, como já visto, o que se proíbe é o homicídio e o que se defende é a vida.

De forma geral, afirma-se que a todos é assegurado o direito à vida, o que de fato é consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, pois ele é o fundamental alicerce de qualquer prerrogativa jurídica da pessoa, e é por essa razão que o Estado protege a vida humana, desde a concepção até a morte. A Constituição Federal, artigo 5º, "caput", prevê a principal característica do direito à vida como a sua indisponibilidade. A vida é um dom divino e deve ser preservada em toda e qualquer situação, sendo inconcebível sua eliminação quer pelo homem, quer pelo Estado. Apesar disso, em algumas circunstâncias, o próprio Estado permite que o cidadão, de maneira legítima, pratique condutas que possam vir a retirar a vida de outrem, como por exemplo, Estado de Necessidade, Legítima Defesa, Aborto Legal (OLIVEIRA, 2009, p.25).

Ao tratar de eutanásia, é questionado, portanto, a disponibilidade do direito à vida. O quanto é possível levar em conta os sentimentos daquele que quer tirar sua própria vida quando ela já tem tempo certo, e próximo, para terminar.

2.1.1 O tema da eutanásia e a percepção da Constituição Federal

Constitucionalmente, a proteção ao direito à vida é que se coloca enquanto norma proibitiva da eutanásia. Entende-se que esse direito é fundamental, internacionalmente positivado e reconhecido e, como visto, inviolável e indisponível.

Por ser inviolável compreende-se que, a nenhuma pessoa será concedido o direito de tirar a vida de outra, salvo as próprias extinções e exceções dadas pela própria lei, como a legítima defesa e o estrito cumprimento do dever legal².

² Art. 16 Código Penal (BRASIL, 1940).

Por ser indisponível, ninguém pode dele dispor, razão pela qual, não importa o consentimento do sujeito a ser eutanasiado, que em caso de concretização do ato de eutanásia será considerado enquanto vítima de homicídio.

A proteção dispensada à vida no Brasil é conseqüente do que dispõe o ordenamento constitucional a respeito do tema, que reconhece a vida enquanto direito humano fundamental e garante seu sistema protetivo. Constitucionalmente fica imposto o dever do Estado (judiciário, executivo e legislativo) de promover a defesa da vida, garantindo assim o exercício de um direito fundamental. A proteção posta pelos princípios constitucionais é exemplo de uma nova maneira de efetivar o mundo jurídico, observa-se o direito privado limitado pelas necessidades sociais.

A Constituição Federal de 1988 pertence a um projeto de constitucionalismo que comporta três gerações de direito (alguns doutrinadores, citados abaixo, acreditam que sejam quatro), direito individuais, direitos sociais e direitos coletivos, respectivamente. A vida integra cada uma dessas gerações de direito, isso porque é impossível pensar em qualquer outro direito sem que a vida esteja presente. Oliveira (2009), ao citar Alexandre Moraes (2000) e Paulo Bonavides (1993) explica as gerações de direito e de que maneira a vida compõe cada um deles.

É relevante abordar a questão da disponibilidade ou não do direito à vida. Verifica-se que a partir da Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão, em 1978, toda Constituição passou a ter um capítulo reservado à separação dos poderes e à garantia dos direitos fundamentais. Desde esses tempos houve um alargamento do conteúdo das declarações de direitos, uma vez que entraram em pauta várias questões a respeito da atuação do Estado na esfera privada das pessoas. Naturalmente que a disponibilidade ou não do direito a vida também mereceu destaque oportuno.

Alexandre de Moraes cita que, no início, o constitucionalismo cuidou do reconhecimento e garantia dos chamados direitos de 1ª geração, ou seja, das liberdades em geral. São os direitos individuais clássicos contra a intervenção arbitrária do Estado sobre o indivíduo. Importam em uma abstenção dos poderes públicos. Seriam, pois, direitos negativos, razão pela qual a tutela estatal deve ser mínima (SILVA, 2008).

Lobato (1995, p.109) afirma que direitos de primeira geração no constitucionalismo são direitos clássicos, ou seja, aqueles nos que se caracterizam pela imposição de defesa contra as possíveis ingerências e abusos do Estado.

Ao contrário dos direitos de primeira geração, no qual o Estado possui o dever de não intervir, nos direitos de segunda geração o Estado passa a possuir a responsabilidade principal para a concretização de um ideal de vida digno na sociedade.

Os direitos de 3a geração, por sua vez, de natureza transindividual, exigem uma saudável qualidade de vida. Estes direitos de solidariedade e fraternidade não teriam titularidade certa. Há os que ainda acrescentam os direitos de 4a geração, aqueles que transcendem a esfera individual.

Ao contrário do que se supõe o termo geração induz a uma falsa idéia de sucessão cronológica, mas Paulo Bonavides acredita que os direitos de 1a, 2a e 3a gerações apenas fazem o coroamento deste momento peculiar, formando uma pirâmide cujo vértice é o direito à democracia e as informações livres dos monopólios do poder. Conclui-se que a garantia do direito à vida se encontra presente, de uma forma ou de outra, nas gerações de direitos, ora dependendo de uma atuação positiva, ora de uma atuação negativa do Estado (SILVA, 2008, p.42).

Assenta-se que a finalidade do Estado é, justamente, a de proteção e regulação do bem estar público, também conhecido como o bem comum, de maneira que se torne viável a convivência pacífica da sociedade regulada. Desta maneira a pergunta sobre a disponibilidade do direito à vida ainda se mantém, visto que o bem comum e a convivência pacífica da sociedade não parecem ameaçados pela eutanásia quando ela é solicitada pelo próprio paciente que tem a vida com hora marcada para terminar.

2.1.2 A eutanásia e o Código Civil

Em esfera cível, há também que se pontuar as consequências da eutanásia. O Código Civil Brasileiro de 2002 aborda temática tangencial em matéria de responsabilidade e indenização no caso de homicídios.

O artigo 935 trata da responsabilidade civil quando do cometimento de ilícito criminal, e de sua independência em relação à responsabilidade criminal, nos termos da lei “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o autor, quando estas ações se acharem decididas em juízo criminal” (BRASIL, 2002).

O artigo 948 aborda especificamente as obrigações do responsável no caso de homicídio e, como assim se entende no Brasil, nos casos do cometimento de eutanásia. Assim:

No caso de homicídio, a indenização, no caso de homicídio, consiste, sem excluir outras reparações:

- I- No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;
- II- Na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima (BRASIL, 2002).

Em matéria de direito civil é, portanto, extremamente restrita as questões de indenização, trabalhando a responsabilidade do agente ativo no crime de homicídio (para este trabalho especificamente aquele que se de em razão da compaixão pela vítima que se encontra em estágio terminal ou enfrenta doença grave de natureza incurável), de maneira separada em relação à responsabilidade criminal, que agora se verá.

2.1.3 A eutanásia e o Código Penal

Para o direito penal, a eutanásia se enquadra no tipo penal do homicídio. Não há descrição no tipo e em seus desdobramentos de um crime motivado pela compaixão, impelido por um pedido inicial da própria vítima.

Destri (2015) aponta quatro hipóteses de tratamento que a eutanásia poderia receber, sendo elas: a) permitir ao juiz a concessão de perdão - deixa de aplicar a pena, reconhecendo circunstâncias que o justifiquem. Em nosso direito, é causa de extinção de punibilidade; b) pode-se elencar o móvel compassivo dentre as causas de exclusão de antijuridicidade; Nesse caso, a conduta é típica, mas abrangida por norma geral permissiva, que a torna lícita; c) considerada como delito ordinário ou privilegiado; d) como forma de "ação socialmente adequada". Em nosso direito, é causa de extinção de punibilidade;

Dadas as opções, o legislador penal brasileiro escolheu tratar o tema enquanto delito privilegiado (DESTRI, 2015), ou seja, aquele homicídio praticado por relevante valor moral, que guarda relação com valores individuais, particulares de quem pratica o crime, dentre os quais se pode apontar sentimentos de piedade e compaixão, neste sentido o artigo 121 parágrafo primeiro:

Art 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena:

§ 1o - Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço (BRASIL, 1940).

Entende-se, portanto, que ainda assim não é possível compreender que tirar a vida de outro, no impulso de interromper sua dor e sua agonia pelo término certo

da vida, quando os motivos sejam doença incurável ou fase terminal, dá ao agente o privilégio de ter sua pena diminuída.

Apesar de diminuída a pena, não há pela análise do texto legal a possibilidade de tratar como causa excludente da punibilidade do agente a prática de eutanásia. Mesmo a ortotanásia que é a vertente omissiva da eutanásia, pode ser punida. A dúvida reside em quando os aparelhos que mantêm a vida de alguém são desligados; já que neste caso, não há prática de ação ou omissão que resulte em antecipação da morte, uma vez que de maneira natural a morte do indivíduo já teria acontecido.

A sociedade em geral, têm dificuldade de chegar a uma conclusão sobre o tema. Deve ou não ser punido o agente que assassina outro em razão de se compadecer deste e de sua necessidade de se ver livre da dor e da angústia trazidas pelo fim da vida ou por doença que a torne extremamente insuportável à vítima?³

A complexidade do tema merece, por isso mesmo, relevância. Como se trata de crime doloso, aquele onde existe a vontade livre e consciente do agente ativo contra a vida, a prática de eutanásia será sempre levada a um Tribunal do Júri⁴.

³ A Rede Globo tratou do tema Eutanásia na Minissérie intitulada JUSTIÇA exibida entre 22 de agosto e 23 de setembro de 2016, no horário das 22 horas. Escrita por Manuela Dias, com colaboração de Mariana Mesquita, Lucas Paraizo e Roberto Vitorino, direção de Isabella Teixeira, Luísa Lima, Marcus Figueiredo e Walter Carvalho, e com direção geral e artística de José Luiz Villamarim. O tema em comento foi apresentado a partir do caso de Maurício (Cauã Reymond), preso por eutanásia após matar sua esposa Beatriz (Marjorie Estiano), uma dançarina que atropelada sem ter socorro imediato, fica tetraplégica e suplica para que o marido tire sua vida.

⁴ Sobre o Júri, a CF/1988 disciplina:

“(…) Art. 5º. XXXVIII - e reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; (...)”.

A organização do júri à Lei se dá a partir do Código Penal que aponta quais são os crimes dolosos contra a vida, que são os previstos do artigo 121 até o artigo 126. São eles:

1. Homicídio – uma pessoa mata ou tenta matar a outra (não se trata aqui do homicídio culposos, pois a CF/1988 só fala no doloso, ou seja, o que tem intenção de fazer);
2. Induzimento, instigação ou auxílio por terceiro a suicídio – esclareça-se que não é crime a pessoa suicidar¹, mas sim o ato de terceiro induzir, instigar ou auxiliar o suicida, culminando com sua morte ou com lesão grave nele;
3. Infanticídio - é a mãe matar ou tentar matar o próprio filho durante o parto ou logo após este sob a influência do estado puerperal;
4. Aborto provocado pela gestante OU com seu consentimento - sanção penal para a gestante;
5. Aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante - sanção penal só para o agente provocador; e
6. Aborto provocado com o consentimento da gestante - sanção penal para quem provoca o aborto. (PINTO, 2014).

Nota-se que o código não reconhece a impunibilidade do homicídio eutanásico existindo ou não consentimento do ofendido, mas em consideração ao motivo, de relevante valor moral, permite a minoração da pena. Sendo certo de que é punível a eutanásia por omissão (ortotanásia), mas discute-se a possibilidade de não se falar em homicídio quando se interrompe uma vida mantida artificialmente por meio de aparelhos. Esse privilégio tem, unicamente o poder de diminuir a pena, sem, contudo tirar a ilicitude do fato. Por isso outra parte de doutrinadores entende, e com razão, que diante de uma morte tranqüila, o que tem de haver é a exclusão da ilicitude, e não apenas redução da pena. A pena privativa de liberdade, prevista para o tipo penal de homicídio privilegiado, é calculada da seguinte forma: pena base fixada, levando-se em conta o homicídio simples, obrigatoriamente reduzida de um sexto a um terço, embora no final do cálculo possa a pena ficar abaixo do mínimo legal previsto. A competência para tipificar esse tipo de homicídio é do Júri (SILVA, 2008).

Parece-nos que essa decisão deixada a cargo de um tribunal formado por pessoas da sociedade civil, que não agentes do judiciário acaba por aproximar o agente de uma realidade mais factível. Isso porque o julgamento deixa de ser realizado somente em função da lei seca, da positividade legal, há a observância dos valores sociais, religiosos e/ou morais que levaram ao cometimento do crime, ou, se assim se entender ou não, à realização do ato de misericórdia.

A eutanásia pode, quando compreendida como crime, não se classificar como crime próprio, aquele que só pode ser cometido por pessoa determinada. Apesar disso, ligamos sua prática muito à medicina ou a enfermagem, isto porque esses profissionais da saúde estão em constante contato com pacientes que sofrem dos males extremos que levam à vontade de deixar de viver.

Nesta seara de discussões sobre ética profissional, existem diversas conclusões sobre o quanto a abreviação da morte de um paciente poderia ferir essa ética e, dessa maneira ferir também a legislação. Cabrera (2010) acredita que, não apenas pela análise do código penal, mas também diante do código de ética médica não é possível tirar ou abreviar a vida de um paciente, qualquer que seja a motivação que o médico acredite ter. Neste sentido, apontamos o artigo 66 do Código de Ética Médica:

Capítulo V - Relação com Pacientes e Familiares

É vedado ao médico:

(...) Art. 66 - Utilizar, em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu responsável legal.

Já Diniz (2006) acredita que apesar da clareza dos dispositivos legais é preciso levar em conta a vontade do paciente e a necessidade de fazer cumprir com o princípio da dignidade da pessoa humana e, isso só seria possível em se

analisando os casos em suas subjetividades, fazendo o médico um papel diferenciado que não o permitiria atuar somente pautado nos desígnios da lei positivada.

Nas relações médico-paciente, a conduta médica deverá ajustar-se as normas éticas jurídicas e aos princípios norteadores daquelas relações, que requerem uma tomada de decisão no que atina aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos a serem adotados. Tais princípios dão da beneficência e não da maleficência, o do respeito a autonomia e ao consentimento livre e esclarecido e o da justiça. Todos eles deverão ser seguidos pelo bom profissional da saúde, para que possa tratar seus pacientes dignidade, respeitando seus valores, crenças e desejos ao fazer juízos terapêuticos, diagnósticos e prognósticos. Dentro dos princípios biorritmos, o médico deverá desempenhar, na relação com seus pacientes, o papel do consultor, conselheiro e amigo, aplicando os recursos que forem mais adequados (DINIZ, 2006, p. 648-649).

Assim como o aborto, a prática da eutanásia da maneira que é tipificada esbarra no fundamentalismo religioso e na moral conservadora que dá base a ele. Entende-se que, não há porque desconsiderar em uma sociedade os preceitos religiosos e morais que a constroem, entretanto, é preciso atenção para que esses valores não sejam impostos a todos sem necessidade.

Isto é, o Código Penal, assim como as demais legislações, tem efetivação *erga omnes*, ou seja, é imposto a toda a sociedade, sem restrições, o que importa o dever de não se fidelizar a uma concepção moral, filosófica ou religiosa que tente impor seus valores a todo custo. É preciso analisar se realmente a compaixão é razão suficiente para justificar a antecipação da morte.

Há um clamor social para que a eutanásia deixe de ser crime quanto comprovada a vontade da vítima, a doença grave ou o estágio terminal. Teríamos, portanto, mais uma causa de excludente de punibilidade. Entretanto, nosso ordenamento jurídico ainda não entende que haja possibilidade de excluir a punição nos casos em tela. Além das hipóteses onde se aponta para a conduta da antecipação da morte enquanto homicídio, alguns entendem que existe a possibilidade de tipificar esses fatos como auxílio ao suicídio.

O medo da dor comumente faz com que aquele que deseja morrer, seja em razão de uma doença incurável, seja porque tem uma situação de vida insustentável, tal qual os deficientes físicos, perca a alegria de viver e o apego natural à vida. Podendo assim chegar ao ato extremo do suicídio, nem sempre porque deseja morrer, mas porque não quer sofrer. E o sofrimento causa uma influência desestabilizante, forçando o indivíduo que se encontra numa dessas situações, a pedir ajuda para morrer. Mas há de se ressaltar que o consentimento não descrimina a prática do homicídio, já

que a vida é bem indisponível e irrenunciável, sendo assim quem coopera diretamente no ato executivo do suicídio comete crime (SILVA, 2008, p 30).

O suicídio acontece quando a morte ou a eliminação da vida é realizada pela vítima, ou seja, há uma confusão de agentes, passivo e ativo, que se fundem em uma mesma pessoa. Diante da impossibilidade de punir aquela que comete suicídio, quando existe uma segunda pessoa que auxilia a conduta, é ela quem responderá pelo crime. De tal sorte que o crime está tipificado no artigo 122, do Código Penal “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena: reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave” (BRASIL, 1940).

Existe a possibilidade de o paciente ser ao mesmo tempo o agente que pratica a eutanásia, neste caso, de acordo com Silva (2008, p. 38) ocorre a chamada eutanásia-suicídio, para o autor o “(...) suicídio assistido depende do auxílio, que é o ato de prestar assistência material, é facilitar a execução de um ato. O auxílio em questão, favorece a execução do suicídio e é eminentemente acessório”.

Alguns casos emblemáticos podem demonstrar essa diferença:

(...) Um caso conhecido foi do espanhol Ramón Sampedro, tetraplégico desde os 26 anos, que solicitou à justiça espanhola o direito de morrer, pelo motivo de não suportar mais viver. Esse indivíduo viveu tetraplégico por 29 anos e sua luta na justiça perduraram cinco anos. Não foi concedido o direito à eutanásia ativa voluntária já que a lei espanhola caracterizava este tipo de ação como homicídio. A necropsia indicou que a sua morte foi causada por ingestão de cianureto. Foi gravado um vídeo por ele, registrando seus últimos minutos de vida. Na gravação fica evidente que os amigos colaboraram colocando o copo com um canudo e o cianureto ao alcance da sua boca, porém, fica igualmente documentado que foi ele quem fez a ação de colocar o canudo na boca e sugar o conteúdo do copo (SILVA, 2008, p. 43).

É, justamente, por se qualificar a ação do segundo agente enquanto acessória que se compreende que há um auxílio ao suicídio e não um homicídio em si. Para que se enquadre neste tipo penal deve haver realmente apenas a ajuda, o auxílio e não a ação central, esta última deve ser realizada pelo próprio paciente que se coloca na postura de autor do crime, mas que neste caso não será punido mesmo que sobreviva (já que este tipo penal não admite a forma tentada).

Há muitas formas de auxiliar alguém em seu suicídio, ou apenas indicando os medicamentos que devem ser ingeridos, ou prescrevendo-os, ou apenas dando

palavras de encorajamento. Nesses casos, a ação principal ainda fica a cargo do próprio paciente, que irá realizar a conduta, se desejar fazê-lo.

2.2 A eutanásia na legislação ao redor do mundo

Como abordado no primeiro capítulo, é certo que a eutanásia existe e existiu de maneira legalizada em tempos e espaços diversos. Grécia antiga, Império Romano, são exemplos históricos não só de permissividade da conduta, mas também de seu incentivo.

Silva (2008, p.40) afirma que alguns países e povos já tratam o procedimento como legítimo e legal, enquanto outros, ainda hoje, debatem sobre sua legalidade e moralidade:

O Uruguai, baseado na doutrina de Jiménez de Asúa, incluiu, em 1934, a possibilidade da eutanásia no seu Código Penal, através do que chama de homicídio piedoso.

Em 1990 a Holanda estabeleceu uma rotina de notificação para os casos de eutanásia, deixando, porém, de torná-la legal. Essa sistematização visou apenas isentar o profissional médico de procedimentos criminais.

Nos Estados Unidos houve a tentativa, no Estado da Califórnia, de inclusão da eutanásia no Código Civil.

Conforme já citado, os Territórios do Norte da Austrália, no ano de 1996, editaram uma Lei que possibilita formalmente a eutanásia, estabelecendo inúmeros critérios para a sua adoção.

O paradoxo gira em torno da dignidade das pessoas, da morte digna, em contraposição às ideias postas de moral e religião que compreendem a eutanásia enquanto pecado mortal ou conduta imoral imperdoável.

Na América Latina, de uma maneira geral praticar a eutanásia é considerado crime, e, apesar de na maioria deles ser considerado enquanto homicídio em sua modalidade privilegiada, ainda podemos notar um extremo conservadorismo, principalmente no Brasil.

Na Europa, há uma concepção mais atenuada, que entende pela necessidade de uma pena menor ou mesmo não vê razão de punibilidade para a prática da ação que é vista, por vezes como um procedimento que garante a dignidade do paciente.

Por outro lado, as legislações européias são muito mais benevolentes, ora isentando de qualquer pena (Rússia, Código Criminal de 1922), ora cominando penas atenuadas, como na Inglaterra, Holanda, Suíça, Áustria,

Noruega, República Checa e Itália, ainda que alguns outros não a admitam formalmente (Grécia, França, Espanha e Bélgica).

Em Portugal, há limitação da pena de seis meses a três anos, quando houver pedido do paciente (Código Penal Português, Artigo 134) e, de um a cinco anos, quando movido por compaixão, emoção violenta, desespero ou outro valor relevante social ou moral (Artigo 133) (FELBERG, s/a).

Por outro lado existem países que apesar da legislação mais dura, se utilizam do perdão judicial por acreditar nas razões moralmente e socialmente relevantes que deram motivação à ação.

A Holanda é um dos poucos países que autoriza a prática legalmente, mas antes mesmo de adotar essa postura, apesar de tipificada a conduta sempre acabava gerando uma isenção de pena. O país realizou pesquisa entre a população e descobriu que socialmente a conduta não representava um problema, logo não havendo a preocupação com uma possível ferida na moralidade, optou-se por retirar a tipificação e fazer da conduta um procedimento médico legítimo.

Mas na Holanda, antes de sua legalização e autorização, a prática da eutanásia já era tolerada, com o intuito de repudiar a prática clandestina através do controle. Ocorria a isenção de pena sem, contudo deixar de caracterizar o ato como de matar. Com a aprovação de mais de 90% da população no dia 11/04/2001 a Holanda passou a ser oficialmente o primeiro país do mundo a legalizar a prática eutanásica mediante a obediência de regras muito rigorosas e a lei não prevê a eutanásia não consentida, nas hipóteses de coma irreversível. Chega-se à conclusão que a maioria dos países admite implicitamente o suicídio assistido, mas muitos se negam a regulamentar a eutanásia ativa, assim acontece na Suécia e Grã-bretanha. Resolvem a questão ou estabelecendo a impunidade do autor do fato, quer lhe atenuando a pena, quer fixando o perdão judicial, como faz o Código Russo que isenta de pena, seja no Código Peruano, inspirado na Suíça que coloca nas mãos do magistrado a faculdade de aplicar a pena ou não, ou para estabelecer o perdão judicial como faz o Código Uruguaio (SILVA, 2008, p, 42).

Além dos países da América Latina e da Europa, cumpre-nos apontar o caso dos Estados Unidos da América, que na mesma lógica da permissão dada para a pena capital definia que a cada estado compete definir o modo como será tratada a eutanásia (CABRAL, 2011). Entretanto, recentemente em decisão de sua suprema corte essa matéria passou a ser de competência da União.

Nota-se que a Constituição de 1988 repete normas e dispositivos já positivados em tratados internacionais de Direitos Humanos (art. 5º §§ 2º E 3º da CF/88). Esta ação demonstra que existe uma preocupação legislativa no ordenamento jurídico brasileiro em buscar orientações e estar sempre em

conformidade com o Direito Internacional, de modo que o Estado sempre possa agir de acordo com as normas internacionais assinadas.

O que fica claro é a falta de consenso geral sobre o tema, o quanto ele fere ou não a moralidade e o direito à vida, ou quanto o não realizar o desejo de um moribundo fere seu direito a dignidade. Nessa dúvida contínua, importa-nos compreender os direitos e a maneira como se pode compreender o confronto de direitos fundamentais do homem dentro dessa temática.

3 A DIGNIDADE HUMANA OU A VIDA: quem tem direito de escolher qual direito fundamental deve ser respeitado?

Por certo que ao entender enquanto fundamentais os direitos humanos à vida e a dignidade da pessoa humana, bem como a liberdade, o legislador brasileiro não criou muitas previsões paradoxais futuras. Um cenário de conflito entre esses direitos não foi tangenciado quando da formulação de nossa constituição, tanto que quase três décadas após sua promulgação ainda tentamos compreender como lidar com esse conflito, como dimensionar qual direito tem preferência sobre os outros.

É disso que trata esse terceiro capítulo, dos conflitos gerados quando o paciente deseja a morte, deseja dispor de seu direito humano fundamental à vida, alegando a necessidade de manter sua dignidade em seu sopro final, invocando seu, igualmente fundamental, direito à dignidade da pessoa humana.

3.1 Direitos humanos indisponíveis

Os Direitos Humanos, como os entendemos, surgem em um plano pós-guerra, onde se observa a necessidade de garantir que os seres humanos não possam mais passar por situações que dele retirem características que o definem como tal.

É em razão dessa compreensão contemporânea que sabemos que os direitos humanos são concedidos essencialmente em razão da qualidade humana. Assim, basta estar nessa categoria para que seja sujeito desses direitos. Basta ser humano para fazer jus aos Direitos Humanos.

A ordem histórica determinante para o surgimento legislativo, os marcos que permeiam a necessidade de garantir a mulher e ao homem direitos que lhes façam dignos da raça humana, posta-se em dois marcos legislativo-temporais, a Declaração Universal, de 1948 e, em 1933, a Declaração dos Direitos Humanos de Viena.

Flavia Piovesan (2006, p. 08) esclarece que parte-se de uma concepção originada da internacionalização dos direitos humanos, o que forma um movimento contemporâneo na história, que surgiu a partir do Pós-Guerra, como resposta às barbaridades e aos horrores cometidos durante o nazismo.

Entendemos que os Direitos Humanos padronizam as necessidades humanas, elaborando uma série de necessidades que se consideram primordiais para o exercício da vida humana. Assim, são criados, a partir de valores históricos, um conjunto de regras protetivas e garantísticas que pretendem emancipar o humano, dar-lhe condições de exigir de todos e todas o respeito e efetivação desse rol de direitos (PIOVESAN, 2006).

Como são exigíveis e oponíveis *erga omnes* (contra todos), esses direitos são acompanhados de algumas características. São elas, a universalidade, a essencialidade, a efetividade, a indisponibilidade e a imprescritibilidade. Todas elas garantem que a qualquer tempo, bastando cumprir o requisito de ser humano, e, mesmo que contra a própria vontade do agente, devem ser respeitados e preservados esses direitos (PIOVESAN, 2006).

Entendendo melhor a origem e as características dos Direitos Humanos podemos compreender a relevância social da discussão da temática quando em face do questionamento dos procedimentos de eutanásia.

A escolha da vida ou, pela vida parece, de uma vista rápida, inteiramente competência de seu dono. Assim, deixar de viver seria um exercício legal desse direito fundamental.

Ocorre que, justamente em razão dos horrores da guerra, requereu-se que esses direitos não pudessem ser afastados nem mesmo por seus titulares, daí dizer que são indisponíveis. Uma vez concedido o direito, momento que coincidirá, para a legislação brasileira, com o nascimento com vida, não se pode querer afastá-los.

Assim, no caso da eutanásia, invocar o direito de afastar o direito a vida seria impossível, dada sua característica de indisponibilidade. Mesmo assim, dá-se razão à continuidade da questão de se saber da legitimidade do pedido de legalizar o procedimento em razão de outro princípio, também humano, também fundamental, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Aliás, já agora, cumpre fazer uma pequena observação diferenciando os direitos humanos de direitos fundamentais, já que falamos de ambos no presente trabalho. Enquanto os direitos humanos surgem e se efetivam em um plano de direitos internacionais, os direitos fundamentais são aqueles que, nascidos dos primeiros, se reconhecem e compõem o rol de direitos elencados na Constituição de um determinado Estado (no caso do Brasil, na Constituição Federal de 1988) (PIOVESAN, 2006).

Nota-se, portanto, que, como viemos até agora dizendo, tanto o direito à vida quanto o direito à dignidade da pessoa humana são tão humanos quanto fundamentais. Cabe assim dizer que para que haja dignidade é preciso não apenas conceder ao sujeito o direito de viver, mas também o direito de valorar e dizer se a vida ainda tem propósito e, neste sentido se ainda merece ser vivida.

Os dizeres do direito sempre parecem mais ligados às necessidades políticas e a um conjunto de necessidades mercadológicas do que àquilo que realmente se mostra indispensável para a vida em sociedade e para a vida em si. De tal sorte que, parece-nos coerente dizer que quem tem o domínio do capital consegue a seu dispor o exercício de todas as suas dignidades, em vida e em morte, tendo inclusive a opção de realizar procedimentos semelhantes à eutanásia em países onde ela seja permitida.

Em razão de entender essas necessidades e possibilidades tentaremos expor os conceitos dos direitos da dignidade da pessoa humana e à vida.

3.1.1 A dignidade da pessoa humana enquanto direito e princípio

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, expresso no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, faz referência a toda e qualquer pessoa. A dignidade é um direito que se confere pela simples razão de se manter a condição de ser humano.

A dignidade é então tratada como pressuposto da vida humana e, para que tal princípio seja consagrado é necessário que se vejam garantidos todos os direitos fundamentais, também esboçados pela Constituição, dos quais se pode citar à educação, saúde, moradia, lazer, segurança, trabalho remunerado, viver em um ambiente ecologicamente equilibrado, e, principalmente o direito à liberdade de escolhas. Nos termos da própria Constituição Federal: “Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana (...)” (BRASIL, 1988).

Além da Declaração Universal de 1948 e da Declaração dos Direitos Humanos de Viena de 1933, em 1977, a declaração da UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação) estabelece a importância do princípio da

dignidade da pessoa humana reconhecendo que todas as normas futuras devem tê-la enquanto preceito fundante.

É preciso entender o conceito de dignidade para se por a par do direito e daquilo que ele pretende garantir. De acordo com Plácido e. Silva (1967, p.526):

Dignidade é a palavra derivada do latim dignitas (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico.

O conceito confunde-se, portanto, com honra, virtude, consideração, faz referenciar aquilo que o sujeito sente por si mesmo, seu autorrespeito, o modo como ele se vê, e como se sente. A dignidade vai além disso, ela constrói um mínimo necessário para a existência do ser humano. Ingo Wolfgang Sarlet a define:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2001, p.60).

A dignidade é algo, pois, real, que se deve considerar enquanto princípio base que dá força de sustentação para todos os demais direitos. Será mais fácil indentificá-la quando for violada, ou quando estejam presentes situações que as ameacem.

Não há dúvida de que não é possível falar em vida sem falar em dignidade e, ao mesmo tempo, não é possível falar em dignidade sem saúde, educação, alimentação, trabalho, lazer e liberdade de escolhas sobre a própria vida.

A dignidade é princípio intrinsecamente conexo a uma sociedade democrática de direito, em um paradigma contemporâneo pluralista que abre espaço para concepções diversas em relação à cultura, religião e moralidade. Silva alega que é preciso entender que este princípio é anterior ao próprio direito, que nasce das relações humanas e em razão da própria natureza humana.

Uma conceituação rígida a respeito da dignidade da pessoa humana não condiz com o pluralismo e a diversidade de valores existentes nas sociedades democráticas, daí porque deve ser reconhecido que tal conceito

encontra-se em permanente processo de reconstrução e desenvolvimento. Reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais. Não se pode, no entanto deixar de esclarecer que a dignidade da pessoa humana não resulta unicamente de sua positivação na Constituição Federal, já que representa um dos conceitos a priori, ou seja, preexistente a toda experiência especulativa tal como é a pessoa humana, ou em outras palavras, tal valor não foi introduzido pelo Direito, mas, ao contrário, constitui dado prévio, valor próprio da natureza da pessoa humana (SILVA, 2008, p.30).

Entendemos, por isso, que não é possível ao direito condicionar o grau de amplitude do princípio da dignidade da pessoa humana, justamente porque não foi o direito que deu origem a ele. É a sociedade, portanto, quem tem o direito e o dever de fazer resguardar e efetivar tal princípio (SILVA, 2008).

Na atualidade, pauta a tendência dos ordenamentos o reconhecimento do ser humano como o centro e o fim do direito, tal idéia vem de encontro com o valor básico do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana.

(...).

O postulado da dignidade humana, em virtude da forte carga de abstração que encerra, não tem alcançado, quanto ao campo de sua atuação objetiva, unanimidade entre os autores, muito embora se deva, de logo, ressaltar que as múltiplas opiniões se apresentam harmônicas e complementares.

Portanto a dignidade pessoal é prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio (SILVA, 2008, p.37).

Trazer o princípio da dignidade da pessoa humana em forma de norma a ser preservada, no bojo da Constituição Federal de 1988, apenas reforça sua primordialidade, dando voz à necessidade de se fazer cumprir, garantindo que, além da própria sociedade, deverá o Estado fazer com que seja sempre efetivado e protegido (SILVA, 2008).

Em relação à eutanásia, entendemos que o ser humano não é um sujeito coisificado por seus pares ou pelo Estado. Na verdade, o princípio garante que se possa escolher a maneira como se acha melhor levar a vida, como, dentro das normas impostas pelo Direito, se pode optar pelas condições que mais se adequem a sua vida.

Nesse sentido Silva afirma:

Outra vertente pela qual se esbarra a dignidade da pessoa humana está na premissa de não ser possível a redução do homem à condição de mero objeto do Estado e de terceiros. Veda-se a coisificação da pessoa. A abordagem do tema passa pela consideração de tríplice cenário,

concernente às prerrogativas de direito e processo penal, à limitação da autonomia da vontade e à veneração dos direitos da personalidade (SILVA, 2008, p.39).

Assim, analisando o princípio da dignidade da pessoa humana, podemos entender que o ser humano pode fazer suas escolhas de vida e, de morte, desde que não esbarre em princípios e normas de direito alheio, razão pela qual se dá esta pesquisa. Pois a eutanásia coloca frente a frente o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito mais básico que se garante a homens e mulheres, o direito à vida.

3.1.2 O direito à vida e todos os seus desdobramentos

O direito a vida, como já dissemos, considera-se enquanto o mais básico dos direitos, sendo que deles nascem todos os demais direitos e, sem ele não é preciso falar em nenhum outro, está elencado na Constituição Federal, título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida (...)” (BRASIL, 1988).

Assim como a dignidade, o direito à vida se considera enquanto princípio constitucional e, assim sendo é dotado de características de inviolabilidade e irrenunciabilidade, não podendo ser desrespeitado, oposto *erga omnes*, gerando responsabilização criminal para quem o fizer, e, não sendo também facultado ao indivíduo renuncia-lo (SILVA, 2008).

Nota-se que aqui fica claro nosso problema, se não é possível ao indivíduo renunciar sua vida, escolhendo a morte, como invocar o princípio da dignidade em razão de ter uma morte indolor, que não cause desconforto físico ou psíquico ao sujeito de direitos, que não lhe faça se sentir inferior, destruído, desiludido ou desamparado.

Sobre isso, Silva questiona a necessidade de reconstrução dos conceitos sob a compreensão de que se completam e um deve ser base para o outro.

Há nítida relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, considerando logicamente que haja dignidade reconhecida concretamente deve ser constatada a vida, que por sua vez, merece ser construída e desenvolvida com respeito, garantia e promoção da dignidade da pessoa. Revela-se crucial e inviável de ser solucionada em abstrato a

questão envolvendo a contraposição entre os valores da dignidade e vida, já que o pressuposto de existência de um direito a vida digna se mostra falho no caso de uma pessoa com doença incurável e em estágio terminal (SILVA, 2008, 40).

É preciso, portanto, questionar se há que se falar em direito à vida em sede de doenças incuráveis e/ou estágio terminal.

No ordenamento jurídico brasileiro, não existe direito absoluto. Logo, o ser humano deveria ter a possibilidade de definir sobre o direito de morrer em alguns casos enigmáticos, ou prolongar sua morte se assim desejasse.

Em razão de ter uma vida digna e usufruir de seus direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988, faz-se necessário interpelar a própria vontade de viver ou não em casos extremos, nos termos da lei, “[...] ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano e degradante” (BRASIL, 1988).

Nesse diapasão, permitir, por exemplo, que a Ciência faça daquele que já não tem mais o prazer de viver uma cobaia humana, com tratamentos dolorosos, prolongados e sem uma certeza de que o quadro será revertido, é infringir o preceito constitucional em comento, proporcionando tratamento desumano e degradante (SILVA, 2008, p. 45).

O Caput do artigo 5º da Constituição Federal reza que só se tem vida se entendemos pela necessidade de esta ser digna, e só assim se pode entender por força principiológica, há que se respeitar o direito do paciente de optar por uma boa morte.

Sobre isso Silva lembra que “constitucionalmente o homem tem direito à vida e não sobre a vida e cabe ao Estado assegurar o direito à vida, e este não consiste apenas em manter-se vivo, mas se ter vida digna quanto à subsistência” (SILVA, 2008, p. 45).

O Brasil criminaliza, tacitamente, a prática da eutanásia, já que não há no Código Penal previsão expressa para o procedimento que seja tipificada. Logo, entendemos que a abrangência do princípio da dignidade da pessoa humana tem sido limitada pela ingerência do direito à vida.

Ingo Sarlet explica que isso acontece em razão de a dignidade somente ser reconhecida e protegida onde existir vida humana, sendo esta, portanto a base de todos os direitos:

De qualquer modo, é de questionar-se, em face da inequívoca relação íntima e indissociável entre a vida e a dignidade da pessoa, a própria possibilidade ou, pelo menos, a conveniência de se estabelecer, em

abstrato e previamente, uma hierarquia axiológica entre os valores e bens jurídicos vida e dignidade (...) (SARLET, 2001, p. 90).

Dessa maneira, fica claro o conflito entre dois direitos que são mais que direitos, são princípios que regem nosso ordenamento jurídico de maneira geral.

3.2 Conflito de Princípios/ Direitos Fundamentais

A respeito do que Alexy preconiza quanto aos conflitos dos direitos fundamentais, é de se salientar que tem que haver a harmonização de tais direitos. Cláudio Brandão ressalta que, “quando os direitos entram em conflito com outros direitos é necessário harmoniza-los, para que cada um possa gozar o máximo da sua efetividade” (BRANDÃO, 2014, p. 23).

Quanto a essa colisão desses princípios fundamentais, Alexy diz:

Longe de se caracterizar como uma contradição, a colisão de princípios revela-se como uma tensão a ser resolvida através de uma ponderação de princípios qualificados como mandados de otimização: “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação com as possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, senão também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 1988, p. 143-144).

A dificuldade mantém-se por serem ainda dois princípios de ordem maior, que limitam inclusive o modo de legislar, que impõem suas necessidades sobre a maneira como a sociedade se deve operar.

É necessário interpretar os casos reais para saber quando o direito à vida deve prevalecer sobre a dignidade e quando deve ser o oposto, “os princípios da dignidade da pessoa humana e do direito à vida não podem ser interpretados ou aplicados compreendidos isoladamente, merecendo sempre tratamento hermenêutico como meio de harmonizar os princípios entre si” (SILVA, 2008, p. 45).

O paradoxo jurídico que se compõem por princípios centrais do direito ganha força em razão de uma corrente religiosa que determina não ser possível dispor da própria vida.

O fervor religioso acaba impondo uma ordem moral que define a interpretação da norma, de maneira que só é possível interpretar se nos padrões impostos por determinada religião predominante sobre determinada sociedade.

Nos limites da democracia entendemos que impor a utilização ou não de um direito em detrimento de outro simplesmente em razão de uma determinada religião ou ideologia predominante fere as necessidades daqueles que não se conectam com esses ideais religiosos ou ideológicos.

Neste ponto é preciso interpretar se a renúncia a um dos direitos será de alguma maneira ofensiva a outro cidadão e, se não for, é preciso questionar a possibilidade de escolha que é dada a cada cidadão em razão de seu direito à liberdade.

Mais coerente que eliminar normas incompatíveis é banir a incompatibilidade que se instaurou entre elas, através de uma conciliação dessas normas de incompatibilidade aparente do que retirá-las definitivamente do ordenamento jurídico. Defende-se uma Constituição aberta na qual é possível o convívio entre valores e princípios constitucionais antagônicos, sendo a ponderação de bens um critério mais hábil para a concordância prática entre os interesses envolvidos.

Certo é que a convivência harmônica que se pretende alcançar entre os direitos fundamentais causa de fato a relativização desses direitos, por mínima que seja. Contudo, deve ser encarada como um mal necessário para o bom funcionamento do sistema. Por isso há de ser afirmado que existe uma relatividade dos direitos e garantias individuais, pois estes não são ilimitados, encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Constituição (SILVA, 2008, P. 47).

Sabe-se que quando existirem conflitos entre dois ou mais direitos ou garantias individuais deverá ser utilizado o princípio da harmonização para coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros. Não poderá ser possível anular o direito à vida a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, deverá ser considerado também o princípio da proporcionalidade, que se subdivide em outros sub-princípios: “Adequação, que impõe ao intérprete aferir a idoneidade do meio; Necessidade, que impõe ao intérprete se há outro meio menos oneroso e proporcionalidade em sentido estrito, a partir da relação custo/benefício, e identifica-se com a razoabilidade (SILVA, 2008, p. 47).

Em razão de tudo que se disse, questionamos se é ou não lícito a um sujeito dispor de sua vida, sendo que a própria constituição admite hipótese de disposição da vida de outrem em casos específicos:

- a. a pena de morte em caso de guerra declarada;
- b. quando o executor age em estado de necessidade ou em legítima defesa;

c. quando a tentativa de suicídio não excede a esfera individual, não podendo ser tipificada como crime, caso em que o sujeito está dispondo sobre seu direito de morrer, nascente de seu direito a vida, decisão personalíssima do próprio sujeito.

Nota-se que há possibilidades criadas pelo próprio legislador que acabam contornando a indisponibilidade e a universalidade do direito à vida, razão pela qual merece questionamento a possibilidade de um paciente optar por ser eutanasiado, dispondo assim de seu direito à vida em razão de entender que sua morte será mais digna.

CONCLUSÃO

Entendemos que toda a temática que circula a questão da eutanásia é carregada de entendimentos, conceitos, ideais políticos, científicos, sociais e religiosos pré adquiridos por determinadas sociedades, e é em razão desses pré-conceitos que todo o modo de ver o procedimento de interrupção da vida para antecipação da morte sofre variações dependendo do local e tempo em que nos encontramos.

Apesar de as disposições legais serem contraditárias, e até, por que não dizer, paradoxais, é de se entender que um dos princípios se deve sobrepor ao outro em razão de definir a questão.

Diante do quadro apresentado pelo ordenamento jurídico brasileiro nota-se que existe um conflito entre dois princípios fundamentais, a saber, os princípios da dignidade da pessoa humana e a ideia principiológica do direito à vida.

Enquanto a dignidade da pessoa humana refere-se a um conceito de caráter objetivo, absoluto, geral, passível de ser abstraído em padrões morais de conduta e a serem impostos *erga omnes*, a vida demonstra-se, de mesma sorte, um direito objetivo, absoluto, geral, imposto a todos, mas que não se abstrai de padrões morais, apenas existe, em razão do nascimento que a acompanha.

Parece-nos uma questão pontualmente política a interpretação dos procedimentos de eutanásia enquanto criminosos. Lembramos que o Estado brasileiro é laico, logo, não pode, ou não poderia, sofrer influências religiosas, na verdade um estado democrático de direito deve tão somente preservar seu povo delimitando regras de proteção e que condizam com o entendimento dantes.

Notadamente, o código penal não se pronuncia de maneira expressa sobre o procedimento da eutanásia, apenas aponta o homicídio e o auxílio ao suicídio enquanto tipos penais. Razão que nos leva a interpelar se o próprio legislador não teria se contido para não enfrentar uma situação de tanta polêmica.

Diante da complexidade de se interpelar qual fundo principiológico ou de qual direito fundamental se deve sobrepor ao outro, conclui-se pela necessidade de análise pontual dos casos reais.

A vida a que o direito se refere, que pesa para a sociedade e, por esta mesma razão se quer preservar é aquela que pode ser vivida em sua integralidade,

aquela da qual se pode aproveitar, que se pode viver dignamente. O dom da vida é dotado de uma carga religiosa e, por isso mesmo não se pode impor a todos e todas, falamos antes, o Estado é laico, não se pode impor norma por força religiosa de que não são todos que compartilham.

Por tudo o que se disse, entende-se que não é possível negar ao ser humano a escolha da morte quando acometido por doença grave incurável ou quando esteja já em estágio terminal, seria cruel imputar a alguém uma continuidade dolorosa da qual se tem uma única certeza, o fim da própria vida que se tenta a todo custo preservar. Assim, é preciso rever a aplicabilidade do tipo penal quando em cede de um procedimento que, na realidade, pretende-se caridoso, que botará fim à agonia do paciente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial**. 6ª ed. rev. at. amp. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 17ª ed. rev. at. amp. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. Ed. 2014. Editora Atlas.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. Código Penal (1940). **Código Penal: Decreto-Lei nº 2.848**. Brasília, DF, 1940.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 ago. 2016.

BURGIERMAN, Denis Russo. **Direito de Morrer**. Revista Super Interessante, São Paulo, mar. 2001.

CABRERA, Heidy de Avila. **EUTANÁSIA: Direito De Morrer Dignamente**. Dissertação apresentada ao do Centro Universitário Fieo de Osasco, como exigência parcial para obtenção do grau de mestre em Direitos Fundamentais. Disponível em: <http://www.unifieo.br/pdfs/Heidy_de_Avila_Cabrera.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.

CHAVES. Antonio. **Direito a vida e ao Próprio Corpo: Intersexualidade, Transexualidade, Transplantes**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DE MORAES, Alexandre: **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.

FELBERG, Lia. **A ortotanásia no projeto do Código Penal**. Disponível em: http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/lia_felberg_01.pdf. Acesso em 29 out. 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentabilidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia.** Página explicativa UFRGS. 2004. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>> Acesso: jul/2016.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial - 11. ed. v. 4.** Niterói: Impetus, 2015.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal.** 13 ed. rev, atual. e v. 4. amp. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LOBATO, Anderson Cavalcante. o reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. **Revistas UFPR**, sem ano. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/9373/6466>>. Acesso em: 24 out. 2016.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. **Teoria Dos Direitos Fundamentais e Argumentação Jurídica: Reconstruindo o Debate Entre Jürgen Habermas e Robert Alexy.** Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/13836048 Acesso em: 31 de março de 2016.

MENEZES, Evandro Correa de. **Direito de matar.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

MORAES, Alexandre De. **Direitos Humanos Fundamentais.** 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2000.

OLIVEIRA, Lorena Rodrigues de. **Eutanásia: morte digna ou auxílio ao suicídio.** Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Ciências Administrativas e Econômicas da UNIVALE, Governador Valadares, MG, 2009.

PINTO, Luiz Antonio Francisco. Crimes que vão a julgamento no júri. **JusBrasil**, 2014. Disponível em: <<https://luizantoniofp.jusbrasil.com.br/artigos/119524320/crimes-que-va-o-a-julgamento-no-juri>>. Acesso em: 24 out. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos.** Volume I. São Paulo: Juruá: 2006.

ROHE, Anderson. **O Paciente Terminal e o Direito de Morrer.** Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios.** São Paulo, Ed. Revista Dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** Vol. II; São Paulo: Forense, 1967, p. 526.

SILVA, Thiago Santos. **A eutanásia no direito brasileiro**. Monografia apresentada à Universidade Gama Filho como requisito parcial para a conclusão do curso de pós-graduação lato sensu em direito penal e processual penal. Rio de Janeiro, 2008. fls 52. Disponível em:

<http://www.apmeducacao.com.br/arquivos/monografia/glioche/tiago_santos_da_silva.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2016.

SOUSA, Deusdedith. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia**. Revista Dos Tribunais. N.706. Ago.1994.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. **Direito penal médico**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2009.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.