

UNIVERSIDADE GAMA FILHO
COORDENAÇÃO GERAL – Profª. Flavia Veról
COORDENAÇÃO GERAL ACADÊMICA – Prof. Dr. Álvaro Mayrink da Costa
COORDENAÇÃO ACADÊMICA: Prof. Arnaldo Magalhães
PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

A EUTANÁSIA NO DIREITO BRASILEIRO

Por
Tiago Santos da Silva

Rio de janeiro

2008

UNIVERSIDADE GAMA FILHO
COORDENAÇÃO GERAL – Prof^ª. Flavia Veról
COORDENAÇÃO GERAL ACADÊMICA – Prof. Dr. Álvaro Mayrink da Costa
COORDENAÇÃO ACADÊMICA: Prof. Arnaldo Magalhães
PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

A EUTANÁSIA NO DIREITO BRASILEIRO

Por
Tiago Santos da Silva

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

Por
Tiago Santos da Silva

Professor orientador
Arnaldo Magalhães

Rio de Janeiro
2008

PÓS – GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

A EUTANÁSIA NO DIREITO BRASILEIRO

ALUNO

Tiago Santos da Silva

AVALIAÇÃO

1. CONTEÚDO

Nota:_____ **Conceito:**_____

Avaliador

2. FORMA

Nota:_____ **Conceito:**_____

Avaliador

NOTA FINAL_____ **CONCEITO** _____

Rio de Janeiro, de de 200

Arnaldo Magalhães

RESUMO

Este trabalho busca abordar um dos temas mais complexos contidos no campo do direito atualmente, talvez seja ao lado do aborto um dos temas de maior complexidade, já visto no campo jurídico, uma vez que envolve religião, vida, morte e leis. O trabalho buscou investigar a fundo a essência do tema, desde os tempos primórdios até os atuais, suas mais variadas concepções, investigou a existência de casos reais acontecidos em outros países e que demonstram ao longo do trabalho a importância de um debate aprofundado do tema. Foram desenvolvidos tópicos, em que cada um somado mostra o quanto o tema é controverso e nebuloso, inúmeras dúvidas ainda pairam sobre o mesmo, pois a falta de uma norma para o assunto o torna um tanto quanto controverso, ademais nunca é demais lembrar que a vida o bem jurídico de maior relevo no ordenamento jurídico, sendo certo de que dada sua importância o tema ganha ainda mais vulto. É de se ressaltar que a existência de casos ainda em andamento nos tribunais alienígenas e casos que ainda não encontraram solução no sistema pátrio abrilhantam o estudo que mostrará o tamanho do entrave, causado pela falta de norma regulamentadora.

Palavras-chave: Morte, controvérsia, vida, religião, norma, jurídico.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	06
2 A EUTANÁSIA.....	09
2.1 Evolução histórica.....	09
<i>2.1.1 Na bíblia.....</i>	<i>10</i>
<i>2.1.2 Na idade antiga.....</i>	<i>10</i>
<i>2.1.3 Na idade média.....</i>	<i>11</i>
<i>2.1.4 Na idade moderna.....</i>	<i>12</i>
<i>2.1.5 Na atualidade.....</i>	<i>14</i>
3 CONCEITO.....	15
4 MODALIDADES DE EUTANÁSIA.....	16
5 RELEVÂNCIA SOCIAL DO TEMA.....	17
6 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS.....	19
6.1 Constitucionalismo.....	19
6.2 Dignidade da pessoa humana.....	20
6.3 O direito à vida.....	25
6.4 Conflito entre princípios.....	27
7 QUALIFICAÇÃO PENAL DA MORTE EUTANÁSICA.....	31
7.1 O direito brasileiro.....	31
<i>7.1.1 Homicídio privilegiado.....</i>	<i>32</i>
<i>7.1.2 Auxílio ao suicídio.....</i>	<i>34</i>
7.2 O direito comparado.....	36
8 BIOÉTICA.....	40
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS.....	52

1. INTRODUÇÃO

Os progressos operados no campo das ciências médicas contribuíram para a manutenção da vida humana em condições antes impensáveis, ao mesmo tempo em que impuseram aos pacientes a sujeição a tratamentos, por vezes, involuntários.

Nesse contexto, a morte aparece como fracasso terapêutico. De outro lado, a concepção da vida humana como um bem absoluto, impede quaisquer valorações qualitativas da mesma, que deve ser entendida como simples realidade bio-psicológica. Mas uma interpretação constitucional desse bem jurídico autoriza a sua consideração ao lado de outros valores fundamentais, entre os quais o da dignidade da pessoa humana.

Ao médico já não mais se impõe o dever incondicionado de tratar. Ante aquelas situações em que não haja perspectivas objetivas de que o paciente possa vir a recuperar a consciência e restabelecer uma vida de relações, nesse caso a obstinação terapêutica deve ceder.

Ainda que todos tenham como bem maior a vida, não se pode pensar em tal substantivo sem adjetivações, ou seja, o que se deseja é uma vida boa, saudável e feliz. Ao confrontar-se a ausência de tais predicados é que cabe questionar a quem pode ser dado o poder de decidir sobre a vida ou a morte de alguém.

O Estado elegeu como bem a ser protegido a vida, acabando por criminalizar qualquer ato, prática ou mecanismo que leve à exclusão até mesmo da sobrevivência inviável.

Desde o momento da concepção até a ocorrência da morte mediante a cessação de todos os sinais vitais, é vedado qualquer ato, qualquer gesto, qualquer omissão que impeça a manutenção da vida, postura que inclusive integra a esfera do Direito Penal, configurando crime, porque no campo jurídico a eutanásia provocada por outrem, ou a morte realizada por misericórdia ou piedade, constitui homicídio ou crime eutanásico. Por isso a eutanásia não é admitida pelo nosso Direito Penal, apesar de ser admitida em outras legislações.

Portanto, se o direito a vida é um direito absolutamente indisponível, por que em certos casos é concedido ao Estado violar esse direito no caso de pena de morte, uma exceção prevista expressamente na Constituição em seu artigo 5º, inciso XLVII, no qual preceitua em seu inciso I que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, quer por parte de um particular amparado por umas das hipóteses de exclusão da antijuridicidade, quais sejam a legítima defesa e o estado de necessidade, previstos expressamente no artigo 23 incisos I e II do Código penal, cumpre questionar por que tal direito não pode também ser abdicado ou renunciado por parte de seu próprio titular?

Cabe ainda indagar, se a não regulamentação da Eutanásia não seria uma violação do Estado ao Princípio da Dignidade da pessoa humana?

No artigo 15 do Código Civil o legislador consagrou o princípio da liberdade de escolha do indivíduo, podendo este se recusar a se submeter a certos tratamentos, beneficiando tão somente os pacientes em estado terminal. Mas e com relação às pessoas que não estão em estado terminal e sofrem de doenças crônicas que causam dores insuportáveis ao indivíduo, tornando sua vida insustentável, haveria também esse direito de escolha?

Face aos questionamentos apresentados tem este trabalho o objetivo de examinar a legislação atual e a evolução nos outros países das questões que norteiam o tema e a viabilidade da implantação da eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro.

O que se propõe não é apressar a morte, mas humanizá-la, pois quando a Constituição de 1988 consagrou o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tornando-se a primeira a reconhecê-lo expressamente, foi aberta uma porta não só para o direito a uma vida digna, também para o direito de morrer com dignidade. O direito de morrer é assim, um corolário do direito à vida.

Apesar da Constituição preservar o direito à vida no caput do artigo 5º, o direito à integridade física e moral e à dignidade humana no artigo 1º, inciso III e à saúde como direito de todos e dever do Estado no artigo 196 é bastante escassa a interpretação doutrinária e jurisprudencial sobre a eutanásia no Direito Brasileiro.

No primeiro capítulo será abordada a evolução histórica do tema, o conceito da palavra eutanásia, suas modalidades e a sua relevância social.

O capítulo segundo irá analisar os principais aspectos constitucionais acerca do tema, confrontando o princípio da dignidade da pessoa humana com o direito à vida, consagrados na Constituição da República de 1988, assinalando o conflito entre princípios, não deixando de enfatizar o surgimento do constitucionalismo.

Já o terceiro capítulo trata da abordagem jurídica do tema no ordenamento jurídico brasileiro e a sua qualificação penal, que na ausência de tipificação própria é tratado como homicídio privilegiado e faz ainda uma análise comparativa na legislação de outros países.

E o quarto capítulo trata da posição atual da medicina sobre o tema e seus aspectos bioéticos.

2 A EUTANÁSIA

2.1 Evolução histórica:

O homem ao longo do tempo busca dominar o poder divino de decidir entre a vida e a morte. Numa espécie de seleção natural, vários foram os povos que eliminaram aqueles que representavam um estorvo para a vida em coletividade¹.

As atitudes diante da morte variam de acordo com a cultura, a ideologia, as instituições e os mitos da sociedade relativos ao início e ao fim da vida.

Freqüentemente se questiona, se é possível viver-se muito. Provavelmente o homem poderia viver mais de um modo geral se observasse melhor as regras de higiene e tomasse cautelas com sua saúde, não praticando excessos. A ciência tem se ocupado em estudar meios de prolongar a existência dos seres humanos. Fazendo-se a morte para muitos, comparável ao sono. A analogia entre o sono e a morte natural permite supor que a última é o resultado provável de uma auto-intoxicação muito mais profunda da que dá origem sono. De sorte que se manifesta a necessidade instintiva de dormir, na morte natural aparece a inspiração de um repouso eterno.

Na mitologia grega a morte aparece juntamente com o sono, como irmãos gêmeos da noite, tendo dito Shakespeare: “É o sono teu repouso mais doce; o invocas com freqüência, e logo és bastante estúpido para temer diante da morte, que não é nada mais”.²

A aplicação da palavra eutanásia data de um século, no entanto sua prática parece ser tão antiga quanto a humanidade.³

¹ ROHE, Anderson. *O paciente terminal e o direito de morrer*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

² SANTOS, Nóvoa *apud* MENEZES, Evandro Correa de. *Direito de Matar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.p.52

³ VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e direito*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999. p.81

2.1.1 Na bíblia:

O velho testamento descreve o primeiro caso conhecido de eutanásia na luta entre filisteus e israelitas, por ocasião da morte do rei Saul, de Israel, que quando ferido na batalha, lançou-se sobre a própria espada e, sem morrer, pediu a um amalecita que lhe tirasse a vida. David, ao receber a notícia da morte de Saul, contada pelo amalecita que o matara a seu pedido, não o perdoou e mandou puni-lo com a morte.⁴

2.1.2 Na idade antiga:

A discussão acerca dos valores sociais, culturais e religiosos envolvidos na questão da eutanásia apareceu, em primeiro plano, na Grécia Antiga, de modo que foi Platão um dos primeiros filósofos a abordarem o tema.

Na Idade antiga, Platão em Atenas, 400 anos a.c. no terceiro livro de sua República se posicionava a favor afirmando que: “a medicina deve se ocupar dos cidadãos que são bem constituídos de corpo e alma (...), deixando morrer aquele cujo corpo é mal constituído”.⁵

As controvérsias sobre a ética da eutanásia se originam desde os primórdios da civilização greco-romana, a escola hipocrática separou a medicina da religião e da magia, afastando as crenças em causas sobrenaturais das doenças e fundaram-se os alicerces da medicina racional e científica.

Ao lado disso, deu um sentido de dignidade à profissão médica, estabelecendo as normas éticas de conduta que devem nortear a vida do médico, tanto no exercício profissional, como fora dele.

⁴

A Bíblia Sagrada. Traduzida por João Ferreira de Almeida. Samuel, capítulo 31, versículos 1 a 13.

⁵

MENEZES. Evandro Correa de. *Direito de Matar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977 p.70

Hipócrates (460-377 a.c.) sentenciava em seu famoso juramento o seguinte: “a ninguém darei, para agradar, remédio mortal nem conselho que o induza à perdição”⁶. O juramento de Hipócrates já se posicionava contra a prática da eutanásia.

Assim o juramento hipocrático representou a primeira tentativa de normatização da relação entre a prática da medicina e o respeito dos valores da pessoa humana, na atividade voltada à cura de doenças⁷.

Na Grécia, os cidadãos de mais de 60 anos eram envenenados ou aconselhados a fazê-lo⁸.

Já no antigo Direito Romano, o suicídio era visto como uma violação do dever para com o Estado e para com os demais cidadãos. No caso, do escravo, existia lesão patrimonial do senhorio direto, enquanto que no caso do réu ou do soldado, significava um grave atentado aos interesses do Estado e no caso de tentativa, a pena cominada pelo Estado era a própria morte.⁹

O mesmo Direito Romano nos ensina que a tutela da integridade física não é coisa recente, onde não se considerava o direito ao próprio corpo como um direito de propriedade, tutelando-se, porém, o corpo do indivíduo contra as agressões alheias.

Entre os indianos, os portadores de doenças incuráveis eram geralmente atirados no rio sagrado Ganges para se purificarem pela morte.¹⁰

2.1.3 Na idade média:

Nessa época os guerreiros medievais carregavam consigo uma lança pontiaguda - a misericórdia - para darem fim à vida dos seus companheiros gravemente feridos nos campos de batalha.¹¹

⁶ SGRECCIA, Elio *apud* ROHE. *Op.cit.p.9*

⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. *Bioética, biodireito e direitos humanos.v.5*.Rio de Janeiro,n.1,1998.

⁸ ROYO VILLANOVA Y MORALES *apud* MENEZES. *Op.cit.*

⁹ LICURZI, Ariosto *apud* MENEZES. *Op. Cit.*

¹⁰ MENEZES. *Op.cit. p. 46*

¹¹ ROYO VILLANOVA Y MORALES *apud* MENEZES. *Op.cit.p.47*

Assim como Platão, Thomas Morus¹² (1478 - 1535) postulavam o mesmo tratamento, inclusive em relação aos doentes mentais e às crianças doentes.

Cleópatra e Marco Antônio instituíram a chamada "academia" na qual se estudavam meios mais brandos de administrar a morte aos que dela necessitassem¹³.

2.1.4 Na idade moderna:

Após a grande campanha do Egito, Napoleão mandou matar piedosamente pelo ópio, todos os soldados contaminados pela peste para que esta não atingisse os demais, o que foi prontamente recusado pelo seu médico-chefe, Dr. Degenettes que se negou, alegando que, pelo juramento hipocrático, era dever primordial do médico, o de conservar a vida¹⁴.

Com o advento do movimento humanista e da teoria iluminista do século XVIII, principalmente a partir de Montesquieu e Beccaria, ficou demonstrado o absurdo lógico em definir o suicídio como crime. Conforme doutrinava Beccaria em sua famosa obra “Dos Delitos e das Penas”:

O suicídio é um delito que parece não poder admitir uma pena propriamente dita já que ela só pode recair sobre os inocentes ou sobre um corpo frio e insensível. Se esta não causa nenhuma impressão nos vivos, como não causaria o açoiar uma estátua; aquela injusta e tirânica, porque a liberdade dos homens supõe necessariamente que as penas sejam puramente pessoais.¹⁵

Convém mencionar que algumas personalidades mundiais famosas e os três ganhadores do Prêmio Nobel, o americano Linus Pauling, o inglês George Thompson, e o francês Jacques Monod, assinaram, em 1974, uma declaração em favor da eutanásia humanitária (beneficent euthanasia), considerada uma verdadeira forma de alívio para os doentes terminais.¹⁶

Na moral de Kant, verifica-se uma concepção da ética sob a forma de um procedimento prático, isto é, uma universalização da ética, baseada na definição de uma ação moralmente boa como sendo aquela que pode ser universalizável, ou seja, aquela cujos

¹² LICURZI, Ariosto *apud* MENEZES. *Op. Cit.*p.47

¹³ ROHE.*Op.cit.*p.3

¹⁴ MENEZES. *Op.cit.* p .47

¹⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Editora Hemus, 1996.p.79

¹⁶ VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Op.cit.*

princípios podem valer para todos, ou ao menos, que se possa desejar que valessem para todos. A moral formalista kantiana é fundada na razão universal. Tal dogma poderia ser aplicado, por exemplo, à eutanásia, desde que, evidentemente, ela valesse para todos, isto é, poderia ser moralmente justificável.¹⁷

Subseqüentemente, o tema voltou a concentrar o foco das atenções nos anos que precederam a 2ª Guerra Mundial, em 1920 baseado nas teorias do jurista alemão Carlos Binding e do psiquiatra de origem germânica Alfredo Hoche, os quais se tornaram os profetas da eugenia, isto é, da eliminação da vida por razões médicas ligadas principalmente à purificação da raça humana, ao publicarem um folheto intitulado: “A autorização para exterminar as vidas sem valor vital”¹⁸.

A palavra eugenia foi criada por Francis Galton¹⁹, visava a melhoria constante da raça humana, o nazismo foi um dos raros momentos em que a prática da eugenia veio de forma organizada e ao limite extremo, como o programa *Aktion T4*, no qual se justificava a eliminação de uma raça por uma razão de higienização social, com sua revoltante teoria da supremacia da raça ariana e antijudaísmo.

Pode a eugenia e a eutanásia em algum momento se confundirem numa só figura, qual seja, a eutanásia eugênica, e que com esse argumento muitos resistem a eutanásia por entender ser um meio disfarçado de eugenia, como Enrico Morselli²⁰ em seu livro *A morte piedosa*, publicado em 1923 repudia a eutanásia, sob todos os seus aspectos dizendo: “Uma humanidade verdadeiramente superior pensará em prevenir o delito e a enfermidade, não em reprimi-lo com sangue, nem em curar a dor com a morte”. Acha duvidosos e inseguro o conceito de incurabilidade, em que se apóia a seleção, considerando de pouco valor psicológico e jurídico o consentimento e a piedade.

¹⁷ ARANHA, Maria Lucia de Arruda. *Filosofando: Introdução à Filosofia*. 2.ed.ver.atual.São Paulo: Moderna. 1993.p. 285

¹⁸ MENEZES. *Op. Cit.*p.72

¹⁹ ROHE.*Op.cit.*

²⁰ MENEZES. *Op. Cit.* p. 72

Na verdade eutanásia e eugenia são termos totalmente distintos, pois na primeira sua prática justifica-se exclusivamente com respaldo na piedade humana, que inexistia na segunda.

2.1.5 Na atualidade:

Um fenômeno diferente vem ocorrendo há cerca de cinquenta anos, como resultado do processo de urbanização dos centros industrializados. A grande cidade cosmopolita impiedosamente destruiu os antigos laços, fragmentando a comunidade em núcleos cada vez menores e instaurando extremo individualismo.

As pessoas vivem no ritmo acelerado imprimido pelo sistema de produção capitalista e não têm tempo para os velhos e doentes. A medicina, cada vez mais especializada, se ocupa desses “marginais” da sociedade – porque reduzidos à improdutividade – que são transladados para hospitais “a fim de ser mais bem assistidos”. Se por um lado são tratados em ambientes assépticos e com técnicas sofisticadas que prolongam a vida, por outro lado não escapam à solidão e à impessoalidade do atendimento.

O francês Philippe Ariès²¹ aborda essas questões no clássico “História da morte no Ocidente”, nele se refere ao sociólogo Geoffrey Gorer que escreveu um estudo com o título provocativo de “A pornografia da morte”, no qual mostra como a morte se tornou um tabu, substituindo o sexo como principal interdito. A “obscenidade” em falar de morte se torna grave quando se trata dos doentes terminais, ou seja, daqueles que não escaparão da morte próxima.

O antropólogo brasileiro Roberto da Matta também se refere ao fato de os mortos serem colocados em caixões acolchoados de cetim que lembram uma cama confortável: “O que seria tudo isto, senão um modo radical de livrar-se do morto, transformando-o em alguém que realmente dá a impressão de repousar?”²²

²¹ ARIÈS, Philippe *apud* Maria Lucia de Arruda. *Filosofando: Introdução à Filosofia*. 2.ed.ver.atual.São Paulo: Moderna. 1993.

²² MATTA, Roberto da *apud* ARANHA, Maria Lucia de Arruda. *Op.cit.*p.334

A tentativa de ocultamento da morte talvez explique a sofisticação das funerárias que “tomam conta do morto”.

Essas questões provam como a morte inegavelmente tornou-se um tabu na sociedade atual, por isso tão delicado falar em eutanásia.

Apesar de ter sido admitida na Antiguidade através dos costumes, a eutanásia foi condenada incisivamente tão-somente a partir do judaísmo e do cristianismo, em cujos princípios à vida tinham o caráter sagrado.

O núcleo, a síntese de toda a justiça cristã está condensada na fase bíblica: NÃO MATARÁS. Esta frase, se não por sua origem, por seu conteúdo deve ser considerada a mais divina afirmação do respeito à vida e a mais forte concepção filosófico-jurídica do cristianismo.

A partir do sentimento que cerca o direito moderno que a eutanásia tomou caráter criminoso, como proteção irrecusável do mais valioso dos bens: a vida.

Entretanto, a civilização universal ainda não atingiu um grau de aperfeiçoamento que permita a aplicabilidade desse instituto na sua essência.

Vive-se numa era de expansão da criminalidade, em que os criminólogos se preocupam em estudar as causas de aumento da delinqüência, e neste cenário não se deve fazer da eutanásia legal mais uma oportunidade para a prática de crime.

3. CONCEITO:

A palavra eutanásia deriva do grego *EU* que significa bom e *THANATOS*: que significa morte, que significa, boa morte, morte doce, morte calma, indolor e tranqüila.²³

O termo eutanásia foi empregado por Sir Francis Bacon²⁴ (1561-1626), Chanceler inglês e Barão de Verulamio, em 1623, em sua obra "História da Vida e da Morte".

²³ ROYO-VILLANOVA Y MORALES *apud* MENEZES. *Op.cit.* p.39

²⁴ ARIOSTO LICURZI *apud* MENEZES. *Op.cit.* p.39

Influenciado pela corrente de pensamento da filosofia experimental dominante na época, Bacon sustentou a tese de que, nas enfermidades consideradas incuráveis, era absolutamente humano e necessário dar uma boa morte e abolir o sofrimento dos enfermos.

4. MODALIDADES DE EUTANÁSIA:

Há diversas modalidades de Eutanásia, é chamada de ativa, quando o agente ministra substância capaz de provocar a morte instantânea e indolor, e de passiva, também conhecida como ortotanásia ou, ainda, eutanásia por omissão, quando o médico deixa de prolongar, por meios artificiais e extraordinários, a vida do paciente.

O Código Penal Brasileiro não fala em eutanásia explicitamente, mas em homicídio privilegiado.

E no mesmo diploma legal, a Eutanásia passiva está atualmente tipificada como crime previsto no artigo 135, intitulada omissão de socorro.

Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco, à criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparado ou em grave e eminente perigo; ou não pedir, nesses casos socorro da autoridade pública:
Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.²⁵

Não se pode, contudo confundir a ortotanásia com o crime de omissão de socorro. A eutanásia e suas variantes sempre foram encaradas como uma espécie de homicídio. Portanto são crimes com diferentes tipos penais. Na omissão de socorro qualquer pessoa pode ser sujeito do ilícito e, ao contrário do que ocorre na ortotanásia, inexistente o *animus necandi*, a *voluntas ad necem*²⁶. O omitente de socorro age com egoísmo, livrando-se do incômodo de socorrer, mas nunca deseja a morte do periclitante. Já o médico com o dever profissional e jurídico de preservar a vida, na ortotanásia contribui voluntariamente e intencionalmente para a morte do paciente quando deixar de aplicar recursos distanásicos.²⁷ Distanásia seria, portanto, o conjunto de providências médicas adotadas para prolongar a sobrevivência do paciente.

²⁵ *Idem*

²⁶ HUNGRIA, Nelson *apud* ROHE, Anderson. *Op.cit.*

²⁷ *Idem., Ibidem.*

A ortotanásia nada mais é que o auxílio do médico à morte ou ajuda dada pelo médico ao processo natural da morte diante da irreversibilidade do quadro clínico de seu paciente.

5. RELEVÂNCIA SOCIAL DO TEMA:

Quando se aborda relevância social da eutanásia há primeiramente que se revelar que existe uma barreira na qual a lei não pode ultrapassar, qual seja, a escolha pessoal de cada indivíduo.

Não somente uma escolha, uma liberdade de escolha, cabendo ao próprio titular valorar quando a vida não merece ser vivida, senão em sua plenitude.

A eutanásia tem que ser revista de forma realista e concreta, e não, unicamente, no plano abstrato. A partir de um caso concreto, pode-se ver a sua necessidade, também, perceber o valor da atuação do agente eutanásico.

O que se verifica na maioria das vezes é que é a situação financeira do doente que determina o tempo de vida vegetativa. Quem não tem condições materiais não pode lutar por tratamentos dispendiosos, remédios caríssimos, excelentes hospitais ou renomados médicos, e muitos voltam para casa com o único objetivo de esperar a morte chegar.

Para José Bizzato, não se nega que ao aplicá-la tanto a família como o doente, deixam de sofrer, e diz o seguinte: “É por fim a uma dor social que além de levar o paciente ao túmulo, levará também a família dele, mormente quando se trata de pessoas pouco esclarecidas e de lastimável situação econômica²⁸”.

A crença na imortalidade, na vida depois da morte, simboliza bem a recusa da própria destruição e o anseio da eternidade.

Desde os primórdios da civilização surgiram as primeiras angústias metafísicas do homem, como o registro dos sinais de culto aos mortos. Portanto a morte se

²⁸ BIZZATO, José Ildefonso. *Eutanásia e Responsabilidade médica*. 2ed. Rev., aum. e atual. São Paulo: Direito, 2000.

apresenta desde o início como uma fronteira que não significa apenas o fim da vida, mas o limiar de outra realidade instigante porque ininteligível, além de atemorizadora.

A morte daqueles que amamos e a eminência da nossa própria morte estimula a crença a respeito da imortalidade. Segundo Jaspers²⁹: “existe algo em nós que não se pode crer suscetível de destruição”. Por isso é inevitável que desde o início da cultura humana o recurso à fé religiosa tenha aplacado o temor diante do desconhecido.

Através dos tempos a consciência religiosa tem oferecido um conjunto de convicções que orientam o comportamento humano diante do mistério da morte através de preceitos do viver terreno para garantir melhor destino à alma. Por isso a angústia da morte tem levado à crença na imortalidade e na aceitação do sobrenatural, do sagrado, do divino.

Portanto, conclui-se que a não aceitação da morte, constitui um grande obstáculo ao amadurecimento da possibilidade de se morrer dignamente, de se ter o direito de escolher por um fim, impedindo a regulamentação da eutanásia, e desta forma perdura o caráter criminoso e reprovável do ato.

6. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

²⁹ ARANHA, Maria Lucia de Arruda. *Op. cit.* p.331

6.1 Constitucionalismo:

Faz-se necessário 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 1778, toda Constituição passou a ter um capítulo reservado a separação dos poderes e à garantia dos direitos fundamentais. E desde lá 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.

Conforme Alexandre de Moraes³⁰, 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.

Surgiram depois os direitos de 2ª geração, quais sejam, os direitos sociais. O Estado liberal se transforma em Estado Social, exigindo uma atuação positiva do poder político, no intuito de garantir condições mínimas de vida e de saúde, seja no amparo a saúde ou à velhice. Tais direitos não visam proteger o homem do Estado, mas a exploração do homem pelo próprio homem, acentuando o princípio de igualdade.

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 Bonavides³¹ acredita que os direitos de 1ª, 2ª e 3ª gerações

³⁰ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.p.56-57.

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

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.

6.2 Dignidade da pessoa humana:

Torna-se relevante abordar os aspectos constitucionais que envolvem a eutanásia e entre eles merece destaque o art. 1º da Constituição Federal que estabelece a Dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos:

Art. 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;³²

A Declaração da UNESCO de 1997 expressamente reconhece o valor e princípio da dignidade da pessoa humana, colocando-o como fundamento ético de todas as normas estabelecidas e do exercício dos direitos dela decorrentes.³³

É, portanto princípio basilar e fundamental do direito e como tal deve ser harmonizado com os demais princípios, para que seja tutelada a pessoa humana, não apenas na atual geração, mas também nas gerações futuras, possibilitando o aprimoramento e o desenvolvimento da espécie humana. Conforme Ingo Sarlet³⁴, justamente pelo fato de que a dignidade vem sendo considerada qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano, certo de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa constituem-se em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.

³² BRASIL. *Constituição da Republica Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988/organização de textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira – 10.ed.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.

³³ BARRETO. Vicente de Paulo. *Bioética, biodireito e direitos humanos*. *Op.cit.*

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang *apud* 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.

Contudo, não se pode negar que a dignidade é passível de considerar algo real já que é perfeitamente possível identificá-la nos casos em que é violada ou ameaçada de lesão, mesmo que não haja viabilidade de enumerar um rol exaustivo de casos de violação da dignidade.

Inegavelmente relacionada à conceituação da dignidade da pessoa humana, encontra-se a noção de vida digna, conceito que não se apreende de maneira idêntica, no seio das sociedades democráticas e pluralistas contemporâneas, envoltas em diversos valores culturais, inúmeras visões religiosas e diversificados posicionamentos morais.³⁵

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.³⁶

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 humana³⁷, ou em outras palavras, tal valor não foi introduzido pelo Direito, mas, ao contrário, constitui dado prévio, valor próprio da natureza da pessoa humana.

Um tema relacionado à conceituação consiste na ponderação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa do poder público, da sociedade, e de cada um considerado isoladamente, “condição dúplice esta que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e prestacional da dignidade”³⁸. Daí a possibilidade de, em determinados casos, verificadas certas circunstâncias, uma das dimensões da dignidade prevalecer em relação à outra, segundo entende Sarlet:

... todo aquele a quem faltarem as condições para uma decisão própria e responsável (de modo especial no âmbito da biomedicina e da bioética) poderá até mesmo perder

³⁵ ALVES, Cleber Francisco *apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Ibidem*

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang *apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Ibidem*

³⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional Positivo. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang *apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op.cit.*

(...) o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o direito a ser tratado com dignidade (protegido e assistido).³⁹

A dignidade da pessoa humana significa a possibilidade de conferir-se a um ente, humano ou moral, a aptidão de adquirir direitos e contrair obrigações. Atualmente, é pacífica a sua titulação por todos os homens.

Coube ao pensamento cristão, fundado na fraternidade, provocar a mudança de mentalidade em direção à igualdade dos seres humanos. Essa luta, que teve seu lugar ainda no final do Império Romano, com a proibição de crueldades aos escravos, imposta pelo Imperador da época, mesmo assim continuara com o ressurgimento da escravidão, provocado pelas grandes navegações, somente cessando com o triunfar dos movimentos abolicionistas do Século XIX.

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 constitucionalismo que, a partir de 1934, sofreu forte influência do direito germânico, não ficou alheio ao tema⁴⁰. O Constituinte de 1988 deixou claro que o Estado Democrático de Direito que instituía, tem como fundamento, a 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.

Por sua vez, a consagração, no art. 1º da Lei Fundamental, da dignidade humana como parâmetro valorativo, evoca, inicialmente, o condão de impedir a degradação do homem, em decorrência de sua conversão em mero objeto de ação estatal. Mas não é só.

³⁹ *Idem., Ibidem*

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 288

Igualmente, a afirmativa, de aceitação geral, de competir ao Estado a procura em propiciar ao indivíduo a garantia de sua existência material mínima.

Deve dessa forma vislumbrar-se no respeito à dignidade da pessoa humana quatro importantes conseqüências: a) igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique na sua degradação; c) observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem; d) não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou a imposição de condições desumanas de vida. Cumpre inevitavelmente observar que a tutela constitucional se volta em detrimento de violações não somente levadas a cabo pelo Estado, mas também pelos particulares.

Disso resulta que a interferência do princípio resulta, entre nós, nos seguintes pontos: a) reverência à igualdade entre os homens (art. 5º, I, CF); b) impedimento à consideração do ser humano como objeto, degradando-se a sua condição de pessoa, a implicar na observância de prerrogativas de direito e processo penal, na limitação da autonomia da vontade e no respeito os direitos da personalidade, entre os quais estão inseridas as restrições à manipulação genética do homem; c) garantia de um patamar existencial mínimo.

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.

A dignidade da pessoa humana funciona como uma espécie de limite à autonomia da vontade. Valor que, amparado na igualdade formal das partes, ganhou enorme prestígio com o Estado Liberal foi o da autonomia da vontade, de modo que o art. 1.134 do

Código Civil de Napoleão⁴¹, promulgado em 1804, solenizava o preponderante papel da força geratriz do consentimento, afirmando fazer o contrato lei entre as partes, mas essa concepção sofrera forte mitigação com o surgimento do Estado prestacionista, fundado na constatação de que substancialmente as pessoas apresentam desigualdades, e, por isso, a manifestação volitiva há de encontrar pontos de contenção, cabendo ao Estado dessa forma, atuar no intuito de equilibrar as relações onde houvesse desigualdade.

Nesta abordagem, não é necessário frisar a carga limitativa que os mandamentos legais, no intuito de compensar a qualidade de hipossuficiente de alguns contratantes, encetam para delimitar as faculdades jurídicas decorrentes da vontade. A nossa atenção será dispensada àquelas situações em que um dos contratantes é reduzido à condição de mero objeto da pretensão contratual, com o desrespeito à sua condição de pessoa, tal como se verifica nas hipóteses de risco de vida, ou em que a execução da prestação importe para o pactuante em sua exposição ao ridículo.

Assim percebe-se que o Constituinte de 1988 buscou o reconhecimento de que o indivíduo há de constituir o objetivo primacial da ordem jurídica. Dito fundamental, o princípio – cuja função de diretriz hermenêutica lhe é irrecusável – traduz a repulsa constitucional às práticas, imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares, que visem a expor o ser humano, enquanto tal, em posição de desigualdade perante os demais, a desconsiderá-lo como pessoa, reduzindo-o à condição de coisa, ou ainda a privá-lo dos meios necessários à sua manutenção.

Portanto a preocupação com a máxima prolongação biológica pode estar desviando a atenção da questão da qualidade de vida, ou seja, o tecnicismo abusivo acarreta a despersonalização da pessoa. A luta a todo custo contra a morte torna mais fria e desumana a medicina.

Por isso o princípio da dignidade da pessoa humana representa o valor que dá unidade e coerência ao conjunto de direitos fundamentais.

⁴¹ ROHE.*Op.cit.*p.44

6.3 O direito à vida:

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.⁴²

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.

O direito à vida é contemplado na Constituição Federal, no título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, sendo consagrado como o mais fundamental dos direitos, uma vez que, é dele que derivam todos os demais direitos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes...⁴³

Este princípio é regido pelos princípios Constitucionais da inviolabilidade e irrenunciabilidade, ou seja, o direito à vida, não pode ser desrespeitado, sob pena de responsabilização criminal, nem tampouco pode o indivíduo renunciar esse direito e almejar sua morte.

De acordo com Alexandre de Moraes⁴⁴, o direito à vida tem um conteúdo de proteção positiva que impede configurá-lo como o direito de liberdade que inclua o direito à própria morte.

⁴² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Op.cit.*

⁴³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988/organização de textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira – 10.ed.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.

⁴⁴ MORAES, Alexandre de. *Op.cit.* p.91

Nesse aspecto observa-se 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.

O Estado deverá garantir esse direito num nível adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o faz quando atende aos objetivos traçados no art. 3º da Constituição Federal:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁴⁵

Ao consagrar o direito à vida o Estado proíbe a morte provocada, como a eutanásia, por exemplo, posto que esta é visivelmente tratada como uma ameaça a este direito.

Mas como poderia o direito à vida estar ameaçado pela eutanásia, quando o indivíduo não goza do direito à vida em sua plenitude?

Não se pode mais alegar que há vida digna, quando se está privado de sua liberdade e do exercício de muitos de seus direitos, quando não se pode usufruir um nível de vida adequado, com educação, cultura, lazer, quando nem mesmo as funções vitais são autônomas.

No conceito constitucional de vida, um indivíduo nessas condições não apresenta mais vida, a sua vida já foi tirada involuntariamente.

Ingo Sarlet se posiciona em sua obra no sentido de maior hierarquia do direito à vida sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, sob o argumento central de que a dignidade somente pode ser reconhecida e protegida onde existe vida humana, sendo esta,

⁴⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988/organização de textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira – 10.ed.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.

portanto o pressuposto de todos os demais direitos. Com base no artigo 1º inciso II da Constituição Federal, coloca em dúvida tal priorização da vida sobre a dignidade da pessoa humana, e complementa:

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...⁴⁶

6.4 Conflito entre princípios:

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.

Com o advento do cristianismo é que a pessoa passou a ter status de valor essencial, a pessoa é fonte do direito e de todos os valores, por isso que a expressão *pessoa humana* evoca os valores éticos, materiais e espirituais da pessoa, preferível aos termos *indivíduo, cidadão, homem*.

Segundo Teresa Negreiros⁴⁷ é importante destacar que este valor não pode ser visto como algo absoluto, posto que em determinadas situações deixará de prevalecer, a fim de permitir a sua acomodação com outros valores sócio-políticos. Para isso é preciso compatibilizar os valores individuais com os valores sociais, sob pena de não se relacionarem mutuamente. O homem, como um ser social e um ser individual, exige o respeito incondicional de sua dignidade, trata-se de um princípio unificante, fundamento de todo o sistema jurídico.

Existem incompatibilidades, ou até mesmo, oposições entre as normas que compõem um ordenamento jurídico, e isto pode causar sérias injustiças e incertezas para paz social, mas importa frisar que as normas guardam um relacionamento de coerência entre si, e isto ocorre porque elas não se encontram isoladas, pois são partes integrantes de um sistema

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *apud* GAMA. *Op.cit.* p.164

⁴⁷ NEGREIROS, Teresa. *A dicotomia Público-Privado ao Problema da colisão de princípios*, in Teoria dos direitos fundamentais, p.361

como um todo em função do dinamismo que há na vida em sociedade o que permite que duas normas apontem em direções opostas, sem que isto cause sua ilegitimidade.

Esta antinomia num ordenamento jurídico torna-se mais complexa quando este é composto de regras e princípios. Os princípios são mandamentos nucleares do direito, cuja natureza geral e abstrata revela com maior nitidez os valores neles contidos. Formam assim um alicerce do sistema jurídico, e ganham novos contornos quando se submetem a um processo de concretização, transformando-se em regras. Os princípios estariam situados então entre os valores e as regras.

Quando uma regra é aplicada, a outra será considerada inválida, mas isto não acontece com os princípios, que diante do caso concreto se verifica qual deles assumirá a posição de peso e destaque, o outro ao ceder lugar não deixará de ser válido.

Portanto o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo encarado como o valor que orienta todo o ordenamento jurídico e lhe empresta unidade e coerência. Funciona como ponto de encontro de interesses individuais e coletivos que não podem mais se relacionar de maneira antagônica, mas complementar.

Ao alcançar patamar constitucional a dignidade da pessoa humana tem grande valor em razão da proteção que se pretende dar à existência da pessoa humana, sendo assim choca-se com a liberdade de escolha do indivíduo, ocasião em que este colidirá com a segurança da ordem jurídica.

É certo que não há um critério absoluto para a solução de antinomias, caberá ao aplicador do direito valorar a situação conforme cada caso, conforme as palavras de Edilson Pereira de Farias⁴⁸, a ponderação de bens é um método mais apropriado ao sistema *common law*, em que o magistrado dispõe de um maior poder de discricionariedade do que nosso sistema *civil law*, no qual o juiz está mais vinculado à lei, fato que poderia conduzir a uma insegurança jurídica.

⁴⁸ 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. 186 p.

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 afirmar que existe uma relatividade dos direitos e garantias individuais, pois estes não são ilimitados, encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Constituição.

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias individuais deve-se utilizar-se do princípio da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional em sua finalidade precípua, não se pode anular o direito à vida em nome do princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se levar em conta também o princípio da proporcionalidade que se traduz nos 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, que se traduz na relação custo/benefício, e identifica-se com a razoabilidade.

Portanto os direitos e garantias consagrados na Constituição não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados.

Resta a dúvida quanto a licitude de alguém dispor da própria vida e do próprio corpo tendo em vista as seguintes proposições:

Em primeiro, quando o legislador admite a pena de morte em caso de guerra, ao prever uma exceção no art. 5º da Constituição, na qual dispõe no inciso XLVII que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.

Em segundo, quando prevê as seguintes hipóteses no Código Penal de exclusão da ilicitude:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:
I - em estado de necessidade;
II - em legítima defesa;⁴⁹

Não são essas formas de subtrair o indisponível e irrenunciável direito à vida amparado pela própria lei?

Em terceiro, quando a tentativa de suicídio não excede a esfera individual e se torna um fato juridicamente indiferente, pois tal conduta não é tipificada como crime.

Neste caso o indivíduo está dispondo sobre seu direito de morrer, que decorre do próprio direito de viver, decisão esta inegavelmente particular e personalíssima, que só cabe ao indivíduo.

Há de se concluir, portanto que o legislador responde afirmativamente, quando prevê hipóteses em que o direito à vida não é princípio absoluto e ampara na própria lei situações em que o ato de matar ou se matar é legítimo.

7. QUALIFICAÇÃO PENAL DA MORTE EUTANÁSICA

7.1 O direito brasileiro:

A morte é o destino inexorável de todos os seres vivos. No entanto só o homem tem consciência da própria morte. Por se perceber finito, o homem aguarda com ansiedade o que poderá ocorrer após a morte. Daí surgirem no direito, institutos como o seguro de vida, o testamento, o direito à herança, etc.

⁴⁹ BRASIL. *Código Penal*. Organização Juarez de Oliveira. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

O direito à vida é um princípio inviolável, ninguém poderá ser privado arbitrariamente de sua vida, sob pena de responsabilização criminal. Esta inviolabilidade está assegurada na Constituição Federal, a qual o consagra como o mais fundamental dos direitos, e, ainda, pelo Código Penal, o qual prevê as sanções para o indivíduo que violar esse direito.

Assim, a pena de morte é vedada, admitida só no caso de guerra externa declarada, nos termos do art. 84, XIX (art. 5º, XLVII, a), porque a sobrevivência da nacionalidade é um valor mais importante do que a vida individual.

O direito positivo pátrio não previu, claramente, quer como ato típico ou atípico, o ato de matar alguém movido por motivo altruísta, os juristas procuraram encaixá-la em tipos penais já existentes.

Parte dos doutrinadores seguiu a orientação de considerar a eutanásia como um homicídio privilegiado, diante do relevante valor social.

7.1.1 Homicídio privilegiado:

O código penal atual prevê o homicídio praticado por relevante valor moral, que diz respeito aos valores individuais, particulares do agente, entre eles os sentimentos de piedade e compaixão em seu art.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, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço⁵⁰.

Segundo entendimento de Euclides Silveira⁵¹ o autor de homicídio praticado com o intuito de livrar um doente, irremediavelmente perdido, dos sofrimentos que o atormentam goza de privilégio de atenuação da pena.

Nota-se que o código não reconhece a impunibilidade do homicídio eutanásico haja 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.

A Exposição de Motivos do diploma penal brasileiro de 1940 refere-se à eutanásia quando comenta acerca do motivo de relevante valor social ou moral: “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 do homicídio eutanásico), a indignação contra um traidor da pátria, etc”.⁵²

Alguns juristas afirmam que a modificação legal deveria ser no sentido da aplicação de uma pena menor que a do homicídio simples ou privilegiado. Contudo, tal entendimento não satisfaz de hipóteses nenhuma a necessidade social, pois, o que se quer, é a

⁵¹ SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Direito Penal: Crimes contra a pessoa*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p.45-46;

⁵² BRASIL. *Código Penal*. Organização Juarez de Oliveira. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

sua atipicidade. Condenação, por mínima que seja é sempre uma reprovação ou censura, que estigmatiza sua prática para sempre na vida de quem a cometer.

Sendo o tipo penal, no dizer de Welzel⁵³ a descrição concreta da conduta proibida, ou seja, do conteúdo ou da matéria da norma, será que os elementos do tipo do homicídio privilegiado são os mesmos diante dos casos eutanásicos?

Não são, por isso busca-se a autonomia penal para as possíveis hipóteses de práticas eutanásicas, pois, cada tipo penal possui elementos próprios, e os da eutanásia certamente são distintos aos do homicídio privilegiado.

Havia um Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal (1984) que estava em estudos na Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados, mas foi abandonado e, em comissões posteriores, formadas para reformar a Parte Especial, não se chegou a um consenso a respeito do assunto, que previa, no seu artigo 121 § 3º, a exclusão da chamada eutanásia passiva do crime de homicídio, sem, todavia, contemplar qualquer possibilidade da eutanásia ativa como excludente. Tal dispositivo viria a beneficiar somente os pacientes em estado adiantado de doença terminal, principalmente sem quaisquer possibilidades terapêuticas e mesmo assim, com o prévio consentimento do próprio ou de pessoas leigas, compreendendo alguns familiares devidamente especificados (ascendente, descendente, cônjuge ou irmão).

Todavia, o que se verifica na maior parte das vezes, ao menos nos pacientes idosos ou carentes abandonados pelos familiares, é exatamente a inexistência destas pessoas de referência, inviabilizando totalmente a referida autorização.

7.1.2 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

⁵³

WELZES *Apud* MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito penal*. São Paulo. Atlas, 1993.p.96

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.

O suicídio é a eliminação direta da própria vida ou mais precisamente, no dizer de Euclides C. Da Silveira, “é a deliberada destruição da própria vida”⁵⁴. Por razões que se pensam a impossibilidade de punição do suicídio e à política criminal não se incrimina a prática do suicídio. Como a pena não pode passar da pessoa do delinqüente (art.5º XLV, da CF), seria impossível sua aplicação ao suicida. Ademais a cominação da pena não serviria de prevenção, porque quem quer morrer não se importa com a ameaça da sanção, seja ela qual for. Mesmo quanto à tentativa, “o Estado renuncia à punição, que o impede de agravar com a pena a amargura de quem já se lançou em busca da morte”⁵⁵. Portanto o legislador somente prevê no código penal os casos de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio em seu artigo 122:

Art. 122 - 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.⁵⁶

Há entendimento de que existe uma modalidade de eutanásia-suicídio, que ocorre quando o próprio paciente é o executante e esta talvez seja a idéia precursora do suicídio assistido.

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. O agente se limita a fornecer meios e instruções sobre o

⁵⁴ SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Direito Penal: crimes contra a pessoa*. 2.ed.ver.São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

⁵⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v.5, p.232.

⁵⁶ BRASIL. *Código Penal*. Organização Juarez de Oliveira. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

modo de usá-los ou criar condições de viabilidade do suicídio. Logo, há nuances que distinguem o “auxílio ao suicídio” do homicídio propriamente dito, conforme Nelson Hungria.⁵⁷

Segundo Maggiore⁵⁸, “a consciência ético-jurídica não admite que um terceiro se levante como juiz do direito de outrem à vida e se torne cúmplice ou auxiliador de sua morte”.

Portanto verifica-se que o ato de matar alguém, porém movido por motivo altruísta, muito se difere do tipo penal do homicídio privilegiado, tampouco se assemelha ao auxílio ao suicídio, mas a eutanásia é considerada um homicídio, que na melhor das hipóteses tem a pena atenuada pelo particular motivo de ter praticado o crime por um relevante valor social ou moral.⁵⁹

Discute-se assim se a não regulamentação da Eutanásia, posto que não pode ser tratada como nenhuma das hipóteses penais acima previstas, não seria uma violação do Estado ao Princípio da Dignidade humana.

Por isso de grande relevância mencionar que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº. 125, de 1996, que autoriza a prática da Eutanásia no Brasil com critérios para se realizar tal conduta, estabelecendo assim um procedimento a ser seguido, pois desta forma limitaria sua alegação nos casos em que não coubesse sua aplicação, ao beneficiar o agente com a isenção da pena, tal qual é o objetivo dos defensores de sua prática.

Há ainda, um Anteprojeto de Reforma do Código Penal no qual objetiva separar a eutanásia do homicídio, eis que não aparece explicitamente no código e atribuir uma pena menor que a do homicídio comum.

7.2 O direito comparado:

⁵⁷ HUNGRIA, *Ibidem*. p.232.

⁵⁸ MAGGIORE *apud* NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. vol.2º/32, São Paulo: Saraiva, 1991.

⁵⁹ SOUSA, Deusdedith. Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia. *Revista dos Tribunais*. N.706., ago.1994. p.283-289

No âmbito internacional, o entendimento legislativo varia de país para país, ora considerando a eutanásia como um fato atípico, ora atenuando a pena do agente, ora fixando-lhe o perdão judicial.

Em busca da legalização deve haver extremo cuidado, por se tratar a vida de um bem indisponível e irrenunciável.

Entretanto, cumpre observar que a Constituição de 1988 reproduz fielmente inúmeros dispositivos consagrados em tratados internacionais de Direitos Humanos. Com isso verifica-se a constante preocupação do legislador nacional em buscar orientações e referência no Direito Internacional, de modo que o Estado atue sempre dentro das obrigações internacionalmente ajustadas.

Assim, nota-se que aos poucos se estabelece uma noção de que o indivíduo não é apenas objeto, mas sujeito de direito internacional. Os direitos humanos não mais se limitam à exclusiva jurisdição interna, constituem matéria de legítimo interesse internacional.⁶⁰

Para se realizar uma análise do que vem ocorrendo em âmbito internacional, faz-se necessária uma análise de alguns casos concretos que tiveram repercussão mundial.

Inicialmente cumpre relatar o caso do espanhol Ramón Sampedro, tetraplégico desde os 26 anos, que solicitou à justiça espanhola o direito de morrer, por não mais suportar viver. Ele permaneceu tetraplégico por 29 anos e sua luta judicial demorou cinco anos. O direito à eutanásia ativa voluntária não lhe foi concedido, pois a lei espanhola caracterizava este tipo de ação como homicídio⁶¹. A necropsia indicou que a sua morte foi causada por ingestão de cianureto. Ele gravou em vídeo os seus últimos minutos de vida. Nesta fita fica evidente que os amigos colaboraram colocando o copo com um canudo 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.

⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos*. Volume I. São Paulo: Juruá: 2006.

⁶¹ AMÉRICO, Fernando. *Viver e morrer no cinema: O sentido da eutanásia em Menina de Ouro e Mar adentro* vai muito além da polêmica superficial. Revista Super Interessante, São Paulo, dez. 2005.

Inúmeros outros casos, em diferentes locais do mundo têm trazido este tema à discussão, porém sempre com alguma confusão ou ambigüidade entre os conceitos de suicídio assistido e eutanásia.

O suicídio assistido ocorre quando uma pessoa, que não consegue concretizar sozinha sua intenção de morrer, e solicita o auxílio de um outro indivíduo.

A assistência ao suicídio de outra pessoa pode ser feita por atos (prescrição de doses altas de medicação e indicação de uso) ou, de forma mais passiva, através de persuasão ou de encorajamento. Em ambas as formas, a pessoa que contribui para a ocorrência da morte da outra, compactua com a intenção de morrer através da utilização de um agente causal.

No dia 26 de dezembro de 1990 morria nos Estados Unidos, Nancy Cruzan, paciente que foi alvo de uma extensa batalha judicial. Depois de declarada sua morte cerebral decorrente de um acidente automobilístico ocorrido em 1983, ela foi mantida viva num estado de coma profundo artificialmente através de aparelhos por todos esses anos, até que seus pais conseguiram na justiça, a autorização para que os instrumentos fossem desligados.⁶²

Inevitável não mencionar o caso Terri Schiavo, que foi deixada sem ser alimentada por treze dias, até definir até a morte, foi o pior tipo de morte possível. Se contradizendo com o conceito da palavra que traz a idéia de boa morte.

Jack Kevorkian, conhecido como o doutor morte, ficou mundialmente famoso por ajudar alguns pacientes a porem fim às suas vidas, por meio de um invento apelidado de “máquina da morte”, que hoje cumpre pena de prisão perpétua no Estado de Michigan, apesar de ter sido absolvido em diversos julgamentos, foi finalmente condenado em 1999.⁶³

Mas o direito de morrer vem sendo reconhecido na jurisprudência internacional, em especial nos Estados Unidos e principalmente na moderna legislação européia, como Holanda e Alemanha.

⁶² CHAVES, Antonio. *Direito á vida e ao próprio corpo*: Intersexualidade, transexualidade, transplantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

⁶³ *Idem., Ibidem.*

O Estado na defesa natural do direito à vida, deve proteger a pessoa de qualquer tipo de ação que importe a supressão de sua existência, contudo, não pode abstrata e sem fundamento deixar de outorgar a permissão para morrer com dignidade.

O homicídio eutanásico parece ter sido previsto pela primeira vez no direito territorial da Prússia⁶⁴, em 1794, que castigava como responsável ao que com boa intenção encurtasse a vida de um enfermo ou ferido mortalmente.

Entre as legislações estrangeiras mais recentes, o Código Penal Uruguaio⁶⁵ de 1993 em seu artigo 37 foi um dos primeiros a possibilitar a prática eutanásica na forma de homicídio piedoso, não havendo sanção para o crime. Já o Código Penal da Polônia⁶⁶ é mais criterioso em seu artigo 227, pois exige o consentimento da vítima e o sentimento de compaixão.

A constituição da Colômbia aceita a eutanásia, mas a lei ainda não foi regulamentada, sua corte constitucional abriu uma exceção ao código ao isentar de responsabilidade criminal aquele que tira a vida de um paciente terminal com seu prévio consentimento, em seu artigo 364.

Verifica-se que a maioria dos diplomas legais não isenta de pena a prática da eutanásia, apenas minoram as sanções cominadas. Seguindo esta tendência o Código Penal italiano, artigo 579 c/c 62 I, o Código Penal da Alemanha, artigo 216, o da Colômbia, artigo 364, o Código de Penal de Portugal artigo 133, o da Costa Rica, artigo 116, o de defesa social de Cuba, artigo 437, letra b e o da Noruega, artigo 235 também.

A legislação Argentina não tem qualquer dispositivo sobre o assunto, tratando-a como prática homicida, igualmente o código penal Belga no artigo 393 e o Francês. E no Código Penal Espanhol também não há previsão.

⁶⁴ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Transplante de Órgãos e Eutanásia*. Saraiva.p.215/216
⁶⁵ SOUSA, Deusdedith. Eutanásia Ortotanásia e Distanásia, in *Revista dos Tribunais* n. °706 p.286.
⁶⁶ SOUSA, Deusdedith. *Ibidem*.p.286

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.⁶⁷ 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.

8. BIOÉTICA

Da necessidade de se disciplinar o comportamento do homem diante das novas tecnologias e avanços nos conhecimentos científicos, surgiu a Bioética.

E assim ressurgiu o debate ético a respeito da intervenção da ciência nas forças da natureza e sua interferência no mundo natural.⁶⁸

Em 1971 surgiu o termo bioética no título da obra de Van Rens Selaer Potter, bioética é a combinação de conhecimentos biológicos e valores humanos com a finalidade de

⁶⁷ BURGIERMAN, Denis Russo. *Direito de Morrer*. Revista Super Interessante, São Paulo, mar. 2001.
⁶⁸ ROHE. *Op.cit.*p.76

auxiliar a humanidade no sentido de participação racional e cautelosa no processo de evolução biológica e cultural.⁶⁹

Pela primeira vez se propôs na comunidade científica que se repensasse sobre o impacto das modernas tecnologias nas ciências biológicas numa tentativa de se humanizar seus efeitos, e não somente normatizar o exercício da medicina.

Bioética é a ciência da sobrevivência, ante o perigo em se separar o saber científico do saber humanista, devendo conciliar a ética com a biologia.

O vocábulo bioética indica um conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares, objetivando elucidar e solucionar questões éticas provocadas pelo avanço das tecnociências biomédicas, ultrapassando a ética médica restrita às relações médico-paciente.

Preocupa-se em estudar principalmente os dilemas éticos associados à pesquisa biológica e seu emprego na medicina e deve priorizar a proteção do ser humano, não as corporações biomédicas. A ciência deve existir como esperança e não como uma ameaça à vida humana.

Surgiu como uma espécie de Código de Ética Médica diante da ameaça de desumanização e violação à pessoa humana, mas nas palavras de Vicente de Paula Barreto⁷⁰: “...a bioética extravasou da análise médico paciente e atingiu todo o contexto que envolve os problemas da vida, da saúde, da morte e das tecnologias a elas relativas.”

O debate quanto à natureza da pessoa, no sentido de distingui-la da coisa, é bastante antigo na civilização humana, e com a evolução dos tempos solidificou-se a moralidade universal de que a pessoa humana é dotada de dignidade, atributo que a distingue das coisas, daí a ausência de ser valorada patrimonialmente, o que se verifica no sentido contrário relativamente às coisas, apesar de que em passado não muito distante, algumas pessoas humanas faziam parte do “mercado humano” como aconteceu na escravidão.

Há inúmeras questões que decorrem dos avanços científicos no campo das ciências da vida que colocam determinados interesses diretamente em confronto com a

⁶⁹ SGRECCIA apud ROHE. *Op.cit.*

⁷⁰ BARRETO, Vicente de Paula. *Bioética, Biodireito e Direitos Humanos*. p.387

dignidade da pessoa humana, diante dos receios de concretização de novas formas de discriminação, de escravidão, de prática de eugenia, enfim, de não se atender ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, segundo Cleber Francisco Alves:

...a questão da proteção e defesa da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade, no âmbito jurídico, alcança uma importância proeminente neste final de século, notadamente em virtude dos avanços tecnológicos e científicos experimentados pela humanidade, que potencializam de forma intensa riscos e danos que podem estar sujeitos indivíduos, na sua vida cotidiana.⁷¹

Em primeiro plano indaga-se se é possível ao médico reconhecer quando está diante de um caso de prolongar a vida ou de prolongar a morte.

Deve o médico respeitar uma regra moral, intangível, imutável sem deixar ao paciente terminal a possibilidade de escolha?

A liberdade importa em auto-determinação, vértice da dignidade humana, a vida também se expressa na liberdade, mas é pressuposta pela mesma liberdade. Uma escolha livre comporta, então, o dever de responder pela conveniência ou não de seus atos. Ocorre que não há ato livre que não comporte uma responsabilidade.

Partindo dessa premissa, cumpre focalizar o caso de pacientes terminais, o próprio também seria responsável por sua vida e saúde, mas não teria o direito de geri-las arbitrariamente.⁷² O médico ao ser convocado para prestar um serviço qualificado seria o mais indicado para orientar o doente a respeito de seu estado de saúde. Há um consentimento implícito, a partir do instante em que o paciente se entrega aos cuidados do médico e do hospital, para que estes façam o que for necessário para sua completa reabilitação. Sob esse ponto de vista, o paciente teria o dever moral de colaborar com os tratamentos necessários e ordinários para salvaguardar a sua própria existência.⁷³

Quanto aos esforços para salvar ou prolongar uma vida faz-se necessária abordar uma divisão dos meios ordinários e extraordinários.

⁷¹ ALVES, Cleber Francisco, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana; o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.118.

⁷² SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética . I – Fundamentos e Ética Biomédica*. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996.p.86

⁷³ *Idem., Ibidem*

Medidas ordinárias são aquelas de baixo custo, convencionais, pouco invasivas e de tecnologia simples.

As extraordinárias costumam ser caras, invasivas e de tecnologia mais complexa. Conseqüentemente a tendência é abandoná-las. Assim só as primeiras seriam irrenunciáveis.⁷⁴

Dessa forma deve haver uma apreciação subjetiva do paciente. A ética terá que estar aliada à prática médica. Se por um lado à medicina é confiada a tarefa de salvar vidas, por outro reconhece que está a serviço do bem estar da pessoa. A sua preocupação não reside somente no ato de curar, a chamada obstinação terapêutica, mas também no de resgatar a dignidade humana tanto no momento de viver, como no momento de morrer.

Quando o paciente rejeitasse o tratamento indispensável à sua sobrevivência, o medico poderia impô-lo.

Importa destacar ainda que o direito à vida é anterior ao direito à liberdade, ou seja, a vida é condição para o exercício da liberdade. Para ser livre, antes é preciso estar vivo. Por conseqüência, a liberdade implica em responsabilidades para com a vida do outro e para com a própria vida. É o princípio da liberdade responsabilidade.⁷⁵

É necessário definir através de legislação o direito de morrer, seus limites, bem como a atitude do médico? Ao direito à vida corresponde um direito à morte?⁷⁶ A expressão direito de morrer é preferível do que direito à morte, visto que a morte é uma realidade contra a qual não se pode lutar.

A morte é entendida com a cessação da vida física ou mental, ou seja, a cessação total e permanente de todas as funções ou ações vitais de um organismo. Sua determinação escapa ao direito, cabendo à medicina sua constatação, embora alguns textos legais, sobretudo os relativos a transplantes sugiram alguns critérios.

⁷⁴ FRANCISCONI, Carlos Fernando *apud* ROHE, Anderson. *Op.cit.*

⁷⁵ ROHE, Anderson. *Op.cit.*

⁷⁶ VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e direito*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999. p.79

Apesar da nobre profissão médica destinar-se, por princípio, a salvar vidas, atestar a morte é dever de ofício profissional. De fato, cerca de 6% dos médicos americanos, conforme revelou pesquisa recente, declararam já terem praticado a eutanásia em seus pacientes, e uma grande proporção o faria rotineiramente caso não houvesse impedimento legal.⁷⁷

Neste cenário, verifica-se a figura da distanásia, que configura a morte dolorosa, com sofrimento, conforme se observa com freqüência nos pacientes terminais de AIDS, câncer, doenças incuráveis, e tantas outras. O prolongamento da vida para estes indivíduos seja por meio de terapêuticas ou aparelhos, nada mais representaria do que uma batalha inútil e perdida contra a morte, esta sim salvadora e redentora. Para estes, se postula a morte piedosa, assistida, dando fim aos seus males.

Diante da crise do positivismo e dos avanços crescentes e rápidos da biotecnologia, com o surgimento da bioética, tentou-se restaurar parâmetros éticos, que não se confundissem com modelos anteriores. Estes se mostraram inadequados para resolver os dilemas morais que apareceram, diante da nova humanidade e nova natureza que surgiram com a ciência, durante o século XX. Os princípios da bioética tal como pensados, foram concebidos com o objetivo de assegurar a humanização do progresso científico, sendo teorizados autonomamente uns dos outros, o que vem causando algumas perplexidades.

Em 1978 sobreveio o Relatório Belmont, da Comissão norte-americana constituída para a proteção da pessoa humana na pesquisa científica relacionada à vida, apontado como a primeira formulação dos princípios da bioética, e que buscou expressar os princípios éticos a se adotar na realização das pesquisas e atividades científicas. O relatório norte-americano fixou os três princípios fundamentais da bioética que, a partir de então, serviram de base para o desenvolvimento posterior da nova área da filosofia: os princípios da beneficência, da autonomia e da justiça.⁷⁸

⁷⁷

ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues De. *Apud* ROHE, Anderson. *Op.cit.*

⁷⁸

BARRETO, Vicente de Paulo. *Op.cit.*

Cumpra então analisar os três princípios da bioética ao menos na sua formulação original, mas que até hoje se mantém nos estudos relacionados à ética da vida. Certo que tais princípios não podem ser considerados de tal modo no que se refere ao biodireito, exigindo uma harmonização, integração e conciliação entre eles próprios sob pena de gerar conseqüências absurdas.

Em primeiro lugar, o princípio da beneficência que interessa particularmente os médicos, configura-se como uma permissão, e mais ainda, como um ato de humanidade e uma obrigação moral de confortar e aliviar a dor daqueles pacientes terminais para os quais não resta mais nenhuma esperança de vida, tal como a entendemos; desde tempos imemoriais, este procedimento estaria, portanto previsto na *praxis* médica, apesar do juramento hipocrático que impedia este ato médico bastante usual na contingência das inúmeras enfermidades das quais a ciência praticada na Grécia Antiga desconhecia os mecanismos intrínsecos, bem como possíveis tratamentos ou curas eficazes.

Tal princípio se destaca principalmente na cultura latina, valorizando o papel do médico de proteção à ética cuidadora e paternalista, sempre voltada para o bem do paciente.

Em segundo lugar, no princípio da autonomia ou livre arbítrio do ser humano como justificativa da eutanásia, aqui se reconhece a inexistência de uma vida satisfatória para todos os indivíduos, coexistindo uma pluralidade de tipos de vida, dando origem a diferentes critérios pessoais de uma vida boa e útil.

Este princípio corresponde à perspectiva do paciente como sujeito autônomo e independente, capaz de se autogovernar, fazendo as escolhas, opções e avaliações sem imposições ou influências externas. O princípio da autonomia se insere no valor da dignidade da

pessoa humana, constituindo a afirmação e convicção moral de que a liberdade de cada um é merecedora de tutela e promoção.⁷⁹

Da mesma maneira que se é autônomo para escolher o tipo de educação, de opção sexual, formação de um núcleo familiar, carreira profissional, emprego e objetivos da vida em geral, estaria compreendida aqui também a maneira de morrer de cada indivíduo, em particular. Assim, a deliberação de recusar tratamento médico quando este estiver em evidente conflito com as perspectivas de uma vida boa e útil parecem justificadas sob esta ótica.

Este é o princípio que rege predominantemente as relações médico-paciente nos países de cultura anglo-saxônica, valorizando o consentimento esclarecido como pré-requisito básico da autodeterminação e da autonomia individual de consentir ou não na realização do ato médico.

Em terceiro lugar, o princípio de justiça, a exemplo do princípio da autonomia, é relativamente recente em termos históricos no campo das ciências da vida, representando o momento e a perspectiva da saúde da pessoa humana na sua dimensão política e social.⁸⁰ Busca-se inserir aspectos de realizar o fornecimento de benefícios a todos em condições de igualdade na distribuição dos serviços de saúde, realizando o princípio da justiça social, indispensável para o bem estar geral. O princípio bioético da justiça objetiva que todas as pessoas recebam o mesmo tratamento, a despeito de suas diferenças, aparecendo, assim, a regra da privacidade.

Portanto, sob o aspecto do princípio da justiça, não haveria absolutamente diferença entre as duas formas principais de eutanásia, a ativa e a passiva, isto é, desde que o fim a ser atingido fosse o mesmo, ou seja, a morte do paciente. Pouco importaria se o médico interrompesse voluntária e conscientemente os tratamentos em curso capazes de manter artificialmente a vida, ou se utilizasse determinadas drogas que pudessem diretamente abreviá-

⁷⁹ BARRETO, Vicente de Paula. *Op.cit.*

⁸⁰ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro *apud* 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.

la, moralmente, não haveria diferença significativa entre as duas condutas que seriam igualmente aceitáveis ou desejáveis.

Cumpra por fim observar que é importante a consideração integrada dos três princípios, e não a observância exclusiva de um ou outro.

Cumpra ressaltar que a prática distorcida e isolada desses princípios poderá provocar situações sociais injustas, ou seja, o princípio da beneficência, por exemplo transformar-se-ia em paternalismo médico, o princípio da autonomia, por sua vez traria anarquia para a relação médico-paciente, pois em nome da liberdade de escolha, o paciente passaria a impedir o exercício da função médica.

O que deve haver é a convivência harmônica entre os três princípios, sem que a hegemonia de um restrinja a permanência dos demais. Ora, na maioria dos casos tais princípios são autoexcludentes, e a aplicação simultânea dos mesmos seria impossível de se concretizar.

Os autonomistas crêem que qualquer restrição ao exercício da liberdade reduziria o indivíduo a uma simples coisa, sem vontade própria, vítima perfeita para médicos sem escrúpulos. Em argumento contrário, os conservadores se queixam do risco tecnológico, que deveria ser evitado, mesmo que isso custasse a estagnação na área médica. Ninguém conheceria com precisão os resultados, por exemplo, da engenharia genética. Estar-se-ia diante de um imprevisível mundo novo.⁸¹

Parece que a própria evolução do conceito da Bioética no tempo pretende conciliar ambas as correntes. Não se pode negar as conquistas alcançadas por décadas de pesquisas. Destarte, a intervenção do homem na natureza exige a construção de parâmetros éticos que protejam a humanidade das ameaças conhecidas, ou não, do avanço das novas tecnologias. As novas descobertas tendem a modificar a natureza humana. Se isso for feito em prol das gerações futuras, as mudanças serão bem vindas, mas em caso contrário, deve-se evitar o risco tecnológico.

⁸¹ VARELA, Eduardo *apud* ROHE, Anderson. *Op.cit.*

Haveria, ainda, uma modificação do conceito básico global do papel representativo do profissional médico como agente da cura, podendo tal prática, quando generalizada, interferir profundamente nos cuidados extremos dispensados ao paciente grave ou em estado terminal, e violentar a própria essência da medicina como ciência destinada a aliviar os sofrimentos e tratar as doenças. Pode-se argumentar que este tipo de conduta quebraria a confiança da relação médico-paciente, cabendo a este colocar a dúvida às reais intenções do seu suposto benfeitor.

Além disso, ao contrário do suicídio que é juridicamente irrelevante e penalmente aceito, a eutanásia requer a participação assistida de outra pessoa, no caso o médico, como co-autor de um ato ilícito. Por outra parte, a atual posição dogmática da sacralização da vida resulta um forte argumento apresentado pelos opositores, principalmente por parte da Igreja Católica Apostólica Romana, a qual, todavia, em época não muito remota, durante a Inquisição religiosa (que se estendeu até o século XVIII), contemplou a tortura e o sacrifício humano como formas de purificação e arrependimento diante das heresias praticadas.

Finalmente, o risco sempre presente da temível eugenia subordinada aos interesses políticos escusos, conforme era praticada pelos nazistas e tantos outros povos que os antecederam, em diversas épocas da civilização, constitui um poderoso obstáculo à sua adoção como uma política estabelecida da seleção de indivíduos de uma população.

Há quem se posicione contrário à legalização ou qualquer tipo de regulamentação da eutanásia, baseado em três princípios fundamentais: nocividade, inutilidade e incongruência.

Trata-se de matéria nociva ao Direito porque aumentaria a intromissão do Estado na liberdade e na vida privada dos cidadãos.

Seria também inútil porque as normas morais e deontológicas da *praxis* médica preenchem até agora este ofício em perfeita sintonia com os princípios da bioética moderna, e

seria ainda incongruente porque tais questões realçam o poder do médico que, em última análise, seria o único a apresentar as respostas para cada caso.

Tal postura parece desprovida de uma maior racionalidade, haja vista os múltiplos aspectos da diversidade dos direitos individuais, das crenças religiosas e filosóficas, bem como o próprio sentido da vida que não pode ser entendida apenas como soma sem se atentar para sua inevitável integração com a *psique* humana.

Desta maneira, é absolutamente inevitável o conflito entre a medicina e os demais campos do conhecimento humano quando se examinam estas questões à luz dos postulados éticos, morais, legais e religiosos.

De fato, representa uma intromissão justificada na relação médico-paciente em favor de um bem maior a ser tutelado, ou seja, a própria vida.

Por fim, a bioética, parte da ética nascida há cerca de meio século, pretende dar uma nova perspectiva para a tradicional ética médica. Propõe a reflexão e o amplo debate público, assim como a humanização das ciências biológicas, a melhoria da qualidade de vida, o respeito à pessoa e ao conhecimento. Conhecimento este que deve preservar a liberdade de escolha, permitindo ao indivíduo e à comunidade fixarem seus próprios limites.

A Declaração Universal da UNESCO, de 1997 representa uma tentativa em harmonizar e compatibilizar os princípios da bioética e o direito positivo interno, obrigando países signatários, como o Brasil, a incorporarem suas disposições no texto constitucional, conforme o já mencionado art. 5º parágrafo 2º da Constituição da República dispõe.⁸²

A ética e o direito nacional não devem se autoexcluir, mas ao revés, devem se complementar, a fim de que esteja a sociedade democrática e pluralista ao alcance de valores éticos essenciais a todos os povos, com ênfase ao embrionário direito cosmopolita. Somente assim questões da vida e da morte poderão chegar ao conhecimento do grande público.

CONCLUSÃO

Inicialmente verificou se que há uma certa dificuldade em se dar sentido à morte. Todavia esta só terá sentido se for aberta uma janela para a esperança de uma vida plena em todos os sentidos. Tal dificuldade resulta duas reações intimamente relacionadas, ou a morte é excluída da realidade cotidiana ou é antecipada como uma espécie de fuga do confronto de cada um com a sua consciência.

A sociedade ocidental encara a prática eutanásica como uma morte antecipada, ainda que movida pela piedade ou compaixão. Contudo, não se pode aceitar a eutanásia social, seja a econômica ou a eugênica, pois estas não contribuem em nada para a sociedade, são na verdade um retrocesso. A abreviação da vida no caso de um paciente sem perspectiva de cura, deixando de investir recursos no seu tratamento, ocasionaria uma morte involuntária, ou seja, a decisão de pôr fim àquela vida não seria do paciente, mas de terceiros.

O direito de pôr fim à própria vida seria igualmente negado, assim como é o direito ao suicídio. Ao suicida nenhuma pena é imposta, já que perdeu o seu bem mais precioso, aquele que é condição para todos os outros: o bem da vida. Por isso, esse bem deve ser protegido contra todos até mesmo do próprio indivíduo.

Observa-se assim que o dever do Estado em proteger a dignidade da pessoa humana envolve, inclusive, atos da pessoa contra si própria que autoriza a sua intervenção sempre que haja algum atentado realizado pela pessoa contra sua própria dignidade.

Partiu-se da origem da eutanásia através da história e as modalidades que surgiram na atualidade.

Não se podia estudar tema tão polêmico sem dar atenção especial aos princípios norteadores que o envolvem o direito de morrer, deu-se ênfase ao conflito entre princípios após o surgimento do constitucionalismo, através do confronto entre o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Outra questão que se abordou foi a sua qualificação penal tanto no ordenamento jurídico brasileiro e o tratamento dado à morte eutanásica no cenário mundial. No Brasil, é considerada uma espécie de homicídio privilegiado, na legislação de outros países, na maioria deles se admite implicitamente o suicídio assistido, apesar da grande maioria se abster de regulamentar sua prática, ora estabelecem a impunidade do autor do fato, ora lhe atenua a pena, ou até mesmo em alguns casos fixa o perdão judicial.

Por fim, foram abordados os princípios que norteiam a bioética, onde pode se concluir que a qualidade dos seres humanos é o que importa e não sua quantidade. Por isso o direito de morrer indica a mais recente reivindicação do ser humano em dispor plenamente de si próprio, com relação à sua vida e à sua morte. A dor e o sofrimento tornaram-se desvalores rejeitados por uma sociedade adoradora do corpo e da perfeição. Daí a necessidade de uma medicina que contribua não apenas com manutenção da vida assegurando bem estar físico e mental, mas que seja também capaz de proporcionar uma boa morte, mais humana e capaz de ser compreendida pela sociedade, de que o ser humano é finito.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Cleber Francisco, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana; o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AMÉRICO, Fernando. *Viver e morrer no cinema*: O sentido da eutanásia em Menina de Ouro e Mar Adentro vai muito além da polêmica superficial. Revista Super Interessante, São Paulo, dez. 2005.
- ARANHA, Maria Lucia de Arruda. *Filosofando: Introdução à Filosofia*. 2.ed.ver.atual.São Paulo: Moderna. 1993.
- BARRETO, Vicente de Paulo. *Bioética, biodireito e direitos humanos.v.5*. Rio de Janeiro,n.1,1998.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Rio de Janeiro: Editora Hemus, 1996.
- BÍBLIA Sagrada**. Traduzida por João Ferreira de Almeida. ____SBU, 1988.
- BIZZATO, José Ildfonso. *Eutanásia e Responsabilidade médica*. 2ed. Rev., aum. e atual. São Paulo: Direito,2000.
- BONAVIDES, Paulo.*Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BURGIERMAN, Denis Russo. *Direito de Morrer*. Revista Super Interessante, São Paulo, mar. 2001.
- CHAVES. Antonio. *Direito a vida e ao Próprio Corpo: Intersexualidade, Transexualidade, Transplantes*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.
- 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.
- 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.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- 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.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito penal*. São Paulo. Atlas, 1993
- NEGREIROS, Teresa. *A dicotomia Público-Privado ao Problema da colisão de princípios, in Teoria dos direitos fundamentais*.

NORONHA, Magalhães, *Direito Penal*, vol.2º/32, São Paulo: Saraiva, 1991.

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.

SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Direito Penal: Crimes contra a pessoa*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

SOUSA, Deusdedith. *Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia*. *Revista dos Tribunais*. N.706., ago.1994.

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