

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

João Bosco de Barros Wanderley Neto

A Dignidade da Pessoa Humana e a Descriminalização da Eutanásia

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

CAMPO GRANDE/MS
2010

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

João Bosco de Barros Wanderley Neto

A Dignidade da Pessoa Humana e a Descriminalização da Eutanásia

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

Monografia apresentada como exigência final para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Constitucional, à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação do Prof. Roberto Baptista Dias da Silva.

CAMPO GRANDE/MS
2010

Dedico a minha família, pelo amor, apoio e incentivo.

AGRADECIMENTOS

Algumas pessoas foram fundamentais durante estes anos de estudo, tanto professores, quanto familiares, amigos e minha namorada, os quais me deram força para não desistir dessa jornada.

Em primeiro lugar agradeço a Deus pela minha vida e pelas grandes oportunidades.

Agradeço aos meus pais e avós, que muito admiro, principalmente pelo amor e carinho que me deram e pela ótima educação.

A minha namorada, pelo amor, carinho, paciência e força nos momentos em que precisei me dedicar aos estudos.

A todos os professores que fizeram parte do quadro de docentes do curso de especialização em Direito Constitucional, contribuindo para a transmissão de seus conhecimentos.

Ao Professor Roberto Dias, pela excelente orientação e pela oportunidade de conviver com uma enorme fonte de conhecimento jurídico que o é.

Enfim, agradeço a todos que, de alguma forma, ajudaram para o meu crescimento pessoal e profissional.

“Discordo daquilo que dizes,
mas defenderei até a morte
o teu direito de o dizeres”

(Voltaire)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar a Dignidade da Pessoa Humana e a Descriminalização da Eutanásia, iniciando-se com a apreciação conceitual da eutanásia e suas distinções, todos os aspectos da dignidade da pessoa humana e seu efeito sobre o ordenamento jurídico, em especial sobre a descriminalização da eutanásia. Destaca-se ainda, a visão penal da eutanásia, corroborando a possibilidade da não persecução penal para os que a executam.

Palavras Chave: *Dignidade da Pessoa Humana. Descriminalização. Eutanásia.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 A EUTANÁSIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	11
1.1 AS DEFINIÇÕES E CARACTERÍSTICAS DA EUTANASIA	11
1.1.1 Conceito e Distinções	11
1.1.1.1 A Eutanásia.....	11
1.1.1.2 A Ortotanásia.....	13
1.1.1.3 A Distanásia ou Obstinação Terapêutica e Mistanásia....	14
1.1.2 Perspectiva Histórica e Previsão nos Ordenamentos Estrangeiros acerca da Eutanásia.....	16
1.1.2.1 Perspectiva Histórica	16
1.1.2.2 Previsão nos Ordenamentos Estrangeiros	17
1.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CENTRO NORMATIVO NUCLEAR	18
1.2.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	20
1.2.1.1 O Direito de Todos os Direitos.....	22
1.2.1.2 Os Reflexos da Aplicação do Princípio da Dignidade	24
1.2.1.3 Absolutização e Inoponibilidade à Dignidade Humana	26
1.2.1.4 A Visão Kantiana	28
1.2.2 A Influência do Direito Comparado.....	30
1.2.3 A Abertura Constitucional para a Dignidade.....	32
2 A VISÃO PENAL DA EUTANÁSIA	36
2.1 A VISÃO DA EUTANÁSIA NO DIREITO PÁTRIO.....	36
2.2 ELEMENTOS DO TIPO PENAL.....	39
2.2.1 Dos Elementos Formadores do Delito	40
2.2.1.1 Da Tipicidade	41
2.2.1.2 Da Antijuridicidade	42
2.2.1.3 Da Culpabilidade.....	43
2.3 O OBSOLETISMO LEGAL E A INFLUÊNCIA DA DIGNIDADE	44
2.4 DA FILOSOFIA NEOKANTIANA AO FINALISMO.....	46
2.5 EUTANÁSIA, UM PERMISSIVO LEGAL?.....	48

3 A EUTANÁSIA COMO RESPEITO MÁXIMO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	50
3.1 A LIBERDADE COMO INSTRUMENTO DA DIGNIDADE HUMANA ..	51
3.2 O DEVER (FUNÇÃO) DO JUDICIÁRIO	53
3.2.1 Mutação Constitucional	55
3.2.2 A Utilização da Interpretação Conforme	57
3.3 O DIREITO A MORTE DIGNA	59
3.4 A DESCRIMINALIZAÇÃO DA EUTANÁSIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	62
3.5 SOLUÇÕES PARALELAS/PRÁTICAS.....	65
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	71

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais a eutanásia torna-se um assunto recorrente e uma celeuma jurídica de extrema importância e caráter indefinido. Os direitos de terceira e quarta gerações levaram a valorização e destaque do princípio da dignidade da pessoa humana, que passou a influenciar a vida e o cotidiano da sociedade.

Em razão da carga axiológica e diretiva da dignidade humana, este super princípio constitucional tornou-se matiz de solução pacificadora e resolutive dos problemas, a ser utilizado pelas diversas vertentes de poder e órgãos estatais.

Como no aborto, questões envolvendo a eutanásia, a ortotanásia, a intervenção terapêutica, dentre outras, estão longe de estar pacificadas. Porém, observadas na ordem estrita da dignidade, constata-se que a solução para tais fatos polêmicos, está mais próxima do que se imagina.

Deixa de ser complexa, quando analisada sob o ponto de vista da máxima da dignidade da pessoa humana. Importante ressaltar, que em todos os casos citados, ao utilizar como base sustentadora o princípio da dignidade, em harmonia com a proporcionalidade e a autonomia, vislumbra-se que inicialmente deve haver a potencialidade e viabilidade comprovada de uma vida digna daqueles acometidos de doenças graves. Pois não sendo respeitado tal paradigma, estar-se-á desrespeitando a máxima kantiana.

Quanto aos argumentos que repudiam estas práticas, existem outros muito mais fortes que contrabalançam e prevalecem sobre aqueles. O egoísmo em se prolongar uma situação de completa impossibilidade de tratamento, leva o ser humano autônomo que anui para a prática da eutanásia, a ser tido como um instrumento para consecução de outros fins (pesquisa, descoberta de tratamentos, testes farmacológicos – porque é o que ocorre na realidade, sendo pura demagogia pensar de forma diversa).

Todos estes assuntos serão descritos e explicitados de forma a facilitar a compreensão sobre os pontos controvertidos envolvendo a

eutanásia e a absolutização e influência da dignidade da pessoa humana, buscando a solução que mais se coadune com a ordem constitucional vigente.

O uso da palavra “DESCRIMINALIZAÇÃO” da eutanásia é feito para conferir maior impacto e facilidade de apreensão acerca da questão criminal envolvendo este instituto. Utiliza-se desse termo, como algo genérico (impactante), voltando às atenções para a não incidência dos efeitos penais (exclusão da ilicitude, da culpabilidade ou da punibilidade, sendo certo que são estas as qualificações jurídicas corretas a serem usadas no caso do presente trabalho) aos responsáveis/envolvidos na prática da eutanásia, os quais ao executarem o tipo penal, em tese sofreriam os efeitos do crime de homicídio. Descriminalizar a eutanásia, propriamente falando, seria afastar por legislação ordinária (produzida pelo legislador federal) os efeitos do crime de homicídio aos envolvidos na prática da eutanásia.

Faz-se por bem deixar claro, que o trabalho vislumbra a presença da justiça pragmática, como fundamental e até coerente, frente a presença e junção de diversos elementos (técnico-jurídicos, históricos, comparativos, morais, religiosos) da dignidade, como oferta e defesa da busca permanente pelo desenvolvimento e formação do conteúdo equânime da solução dos problemas enfrentados.

A pesquisa pelos operadores do direito de novas frentes de valor, correlacionadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, visando sufragar de forma justa as vicissitudes da sociedade, é também defendida por Carlos Roberto Siqueira Castro, o qual incita que, *“não só a jurisprudência, mas aos operadores do direito em geral, intensificar o conhecimento do fenômeno jurídico, encontrando novas conexões de sentido que as normas mantêm entre si e com os princípios éticos-diretivos do ordenamento jurídico, cujo epicentro repousa no princípio da dignidade da pessoa humana”*.¹

Ademais, deixa-se de lado o apelo ético, e mostra-se ao máximo

¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Dignidade da Pessoa Humana**: O Princípio dos Princípios Constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar Editora. 2006. p. 110

o pensamento e visão *stricto sensu*, do conteúdo jurídico da dignidade e da visão penal da eutanásia, pois nenhum ser humano que teve a plenitude da vida, deseja passar por uma situação de sofrimento intenso, de transtorno para família, e prolongamento de algo inevitável, que é a morte.

1 A EUTANÁSIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Neste capítulo, serão analisados todos os conceitos, características, posições e dogmas que cercam a eutanásia, a situação histórica e a perspectiva nos ordenamentos estrangeiros.

No decorrer da análise, será dado enfoque correlato ao princípio da dignidade da pessoa humana, discorrendo sobre a influência no direito comparado, a definição e defesa da força máxima desta norma que ampara e cerca os ordenamentos do mundo inteiro, garantindo e mantendo a evolução jurídico-sociológica da humanidade.

1.1 AS DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS DA EUTANÁSIA

A idéia de eutanásia encontra previsões em diversas passagens da história, surgindo e tomando forma determinada a partir do surgimento e defesa dos direitos do homem, caracterizada pela organização das civilizações, com intuito de mútua proteção e sobrevivência humana digna.

Todavia, tornou-se claro que o tema encontraria enorme resistência, necessitando de séculos de construção dogmática, para no mínimo poder defender com mais competência e licitude a previsão de sua realização.

O sentimento de impotência e reconhecimento da natureza humana corrobora a possibilidade de realização deste instituto passando a mostrar detalhadamente as questões que cercam o tema.

1.1.1. Conceito e distinções

1.1.1.1. A Eutanásia

Eutanásia, de acordo com sua origem etimológica, significa “boa morte”. (*eu*: boa; *thanos*: morte).

Maria Helena Diniz, assim define a eutanásia, ou eutanásia ativa:

Também designada benemortasia ou sanidicídio, que, no nosso entender, não passa de um homicídio, em que, por piedade, há deliberação de antecipar a morte de doente irreversível ou terminal, a pedido seu ou de seus familiares, ante o fato da incurabilidade de sua moléstia, da insuportabilidade de seu sofrimento e da inutilidade de seu tratamento, empregando-se, em regra, recursos farmacológicos, por ser a prática indolor de supressão da vida.²

Inúmeras definições encampam a doutrina, mostrando a tendência que cada autor pretende dar, segundo suas convicções. Porém, ao firmar um conceito influenciado pelo princípio da dignidade humana, bem como da correta delimitação da norma penal, extrair-se-á uma definição mais próxima do pretendido para a universalização.

Utilizando-se do que deveria ser o conceito correto sobre eutanásia, Roberto Baptista Dias da Silva, o profere dizendo que:

Eutanásia deve ser entendida como o comportamento médico que antecipa ou não adia a morte de uma pessoa, por motivos humanitários, mediante requerimento expresso ou por vontade presumida daquele que sofre uma enfermidade terminal incurável, lesão ou invalidez irreversível, que lhe cause sofrimentos insuportáveis e afete qualidade de vida, considerando sua própria noção de dignidade.³

Para Lecha Mazzo, a eutanásia é a morte dulcificada, desejada e provocada tão depressa quanto seja perdida toda a esperança científica.⁴

Tão bem explicitado, a eutanásia nada mais significa, senão a ação destinada a por fim no previsto e esperado.

Saudável destacar, que a eutanásia em nada se assemelha ao suicídio assistido, que é a *“hipótese em que a morte advém de ato praticado pelo próprio paciente, orientado ou auxiliado por terceiro ou por médico.*

² DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2008. p. 538

³ SILVA, Roberto Baptista Dias da. **A Visão Constitucional da Eutanásia**. Tese de Doutorado. São Paulo: PUC/SP. 2006. p. 113.

⁴ MAZZO, Lecha *Apud* DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* 2008. p. 359.

Suíça e Holanda configuram prática institucionalizada".⁵

Conforme explicitado acima, a eutanásia difere do suicídio assistido, pois as ações principais realizadas em ambos os casos, diferem substancialmente, sendo este praticado pelo próprio paciente, e aquela viabilizada pelo médico.

Aos que seguem o rigor da legalidade penal, pode-se defender inicialmente que a eutanásia, por não possuir definição precisa nem previsão específica na lei penal, deixaria de ser típica, ao contrário do que ocorre com o suicídio assistido que configura crime doloso contra a vida, previsto e delimitado no artigo 122 do Código Penal.

Assim, não poderia haver qualquer tipo de submissão dos atos presentes nestes conceitos (de eutanásia ativa) aos demais que envolvem a questão do término da vida – transpondo as demais situações –, a fim de que se evidencie a ação “eutanásia”, em sua forma ativa, compondo um dos elementos para atingir a interpretação e solução desejadas.

1.1.1.2. A Ortotanásia

A ortotanásia, ou eutanásia passiva, das formas constantes do direito a morte digna, é a que se encontra num estágio mais avançado de solução, por ser menos grave sob a ótica penal.

Em tese, a realização da ortotanásia ofenderia em menor amplitude – quando comparada com a eutanásia ativa, suicídio assistido, entre outras – alguns direitos fundamentais insculpidos nas cartas constitucionais. Tanto é verdade, que existem inúmeros países que liberam a sua prática.

Consoante preconiza Maria Helena Diniz, ortotanásia ou paraeutanásia, significa a “ajuda dada pelo médico ao processo natural de morte, uma justificação ao morrer com dignidade, fundada em razões científico-humanitárias.

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* 2008. p. 355.

Convém esclarecer que a *eutanásia passiva*, ou ortotanásia, é a eutanásia por omissão, consistente no ato de suspender medicamentos ou medidas que aliviem a dor, ou de deixar de usar os meios artificiais para prolongar a vida de um paciente em coma irreversível, por ser intolerável o prolongamento de uma vida vegetativa sob o prisma físico, emocional e econômico, acatando solicitação do próprio enfermo ou de seus familiares.⁶

No Brasil, a situação jurídica da ortotanásia, já se encontra encaminhada, haja vista que projetos de lei autorizando sua prática se encontram em fase de aprovação pelas casas legislativas nacionais.

Surge então, a necessidade de, em homenagem a segurança jurídica, viabilizar a legalidade da eutanásia ativa, igualando sua situação com a da ortotanásia. Ambas buscam o mesmo fim. Porém, uma apenas antecipa o que a outra vai alcançar.

1.1.1.3. A Distanásia ou Obstinação Terapêutica e a Mistanásia

As variações do tema levam a mais uma definição, a da distanásia ou obstinação terapêutica. Também conhecida como futilidade médica, a distanásia, contrariando a dignidade da pessoa humana, prevê que tudo deve ser feito, mesmo que cause ao paciente sofrimento atroz, gerando um prolongamento exagerado e inútil da morte. Maria Helena define a distanásia ou obstinação terapêutica, como “*morte lenta e com muito sofrimento. Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil*”⁷

Explica Roxana Cardoso, que a distanásia é “uma prática excessiva e abusiva decorrente diretamente das possibilidades oferecidas pela tecnociência e como fruto de uma obstinação de estender os efeitos desmedidamente, em respeito à condição da pessoa doente”.⁸

⁶ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* 2008. p. 355

⁷ Idem.

⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7571>>. Acesso em: 10/02/2009

Há também a mistanásia ou eutanásia social, bem definida por Maria Helena Diniz, como

A morte miserável fora e antes da hora, que nada tem de boa ou indolor e ocorre quando: a) uma grande massa de doentes e deficientes, por motivos políticos, sociais e econômicos, nem chega a ser paciente, pois não consegue ingressar no sistema de atendimento médico (precariedade ou ausência); b) vítimas (pacientes crônicos e terminais) de erro médico); c) motivos de experiência médica, em que o médico por motivo econômico, científico ou sociopolítico, atenta contra os direitos humanos, para atingir benefícios próprios.⁹

Em todos esses casos, existe a intenção dolosa. Faz-se presente o sinal da maldade, da ausência de escrúpulo, e com a consequência jurídica da reprovabilidade da conduta. Em tais vertentes, não se fala em proteção da dignidade, mas sim num completo atentado contra a dignidade, figurando como algo injustificável e insustentável.

A doutrina e jurisprudência contradizem-se ao tratar do tema. Apenas a título exemplificativo, autores discordam da eutanásia, alegando que o fim último do ser humano que passa por tais situações é a esperança final de cura. Ao passo que criticam a distanásia, atribuindo a tais argumentos o caráter de agressividade e futilidade, trazendo tão somente o sofrimento insuportável.

Contudo, o que busca a eutanásia e ortotanásia, é justamente a exclusão do sofrimento, garantindo a dignidade como fim último do ser humano, que nasceu para viver e não para vegetar (manutenção do estado crônico apenas com nutrição parenteral). Deve ser a busca da qualidade de vida, o fim último dos servidores da saúde, pois a estes cabem trazer o bem-estar e o respeito a autonomia, e não o fútil e duradouro mal-estar.

A recusa ao tratamento não pode ser encarada sob o prisma exclusivo do suicídio. Deve sim, ser vista sobre a aceitação pelo enfermo de sua condição de ser humano mortal, finito, sendo realista a ponto de afastar tratamentos que não serão úteis para a vida com dignidade. Todos sabem que vão morrer. É algo intrínseco a natureza humana, como nascer, reproduzir. A visão preconceituosa para com a morte deve ser

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* 2008. p. 371.

desmistificada, quebrando este estigma justamente para os casos excepcionais.

1.1.2 Perspectiva Histórica e Previsão nos Ordenamentos Estrangeiros acerca da Eutanásia

Pode parecer que a eutanásia é um tema recente, pela amplitude que tem se dado ao tema no correr dessas últimas décadas do século XX. Ocorre que, a eutanásia percorre a história humana, sendo questionada e confrontada com diversos direitos e documentos que ao mesmo tempo condenaram e contemplaram sua prática.

Passada toda a fase de transição até a concreta intenção de legalização (ou descriminalização), sugere-se a demonstração de passagens na história que reiteraram e defenderam a prática da eutanásia, dando à questão, a maturidade necessária para sofrer e ter definida como constitucional, desde que abarcada pelo paradigma dignidade.

1.1.2.1 Perspectiva Histórica

A Bíblia, o livro mais famoso de todos os tempos, contempla a previsão da eutanásia, em Samuel (Capítulo 31, 1 a 13), em que o rei Saul ferido, para não cair prisioneiro, pede a um pajem de armas que tire sua vida; porém, este temendo muito não o faz, circunstância que leva o próprio Saul lançar-se sobre sua própria espada para não ser alcançado, pondo um fim ao sofrimento (Bíblia Sagrada. Traduzida por João Ferreira de Almeida. Sociedade Bíblica do Brasil. Barueri-SP. 2004)

O termo foi proposto pela primeira vez por Francis Bacon, em 1623, em sua obra “*Historia vitae et mortis*”, como sendo o “tratamento adequado às doenças incuráveis”.¹⁰

¹⁰ GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia**. Disponível em:

Assim, filósofos como Francis Bacon e Thomas More, foram os primeiros filósofos da era moderna (sec. XVII), a defenderem a prática da eutanásia.

A gravidade do assunto fez a própria igreja, em determinadas situações, tacitamente admitir a eutanásia, atribuindo autonomia como fim do ser humano, que por sofrimento e ofensa a sua dignidade, escolhe seu fim digno ou a própria preservação do martírio/angústia.

Tanto que, Maria Helena Diniz cita a passagem em que “o Papa Pio XII chegou a ponderar que ‘é de incumbência do medico tomar todas as medidas ordinárias destinadas a restaurar a consciência e outros fenômenos vitais, e empregar medidas extraordinárias quando estas se acham ao seu alcance. Não tem, entretanto, a obrigação de continuar de forma indefinida o uso de medidas em casos irreversíveis”.¹¹

Os anos que antecederam a Segunda Guerra Mundial deram relevância ao tema, baseado nas teorias do jurista alemão Binding e do psiquiatra 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.¹²

Avanços significativos surgiram, tanto com a contemplação mundial – pós segunda-guerra – da dignidade da pessoa humana, quanto com os progressos da medicina adequados aos direitos fundamentais. O reconhecimento da dignidade entre os homens, além da maior autonomia do ser humano, fez-se possível pensar na morte como direito.

1.1.2.2 Previsão nos Ordenamentos Estrangeiros

A partir dessa perspectiva, diversos ordenamentos estrangeiros passaram a pensar e discutir a eutanásia, não mais como uma ofensa a

<<http://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>>. Acesso em: 22.08.2009

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* 2008. p. 369.

¹² FELBERG, Lia. **A Ortotanásia No Projeto Do Código Penal**. Disponível em: <http://www.mackenzie.com.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/lia_felberg_01.pdf>. Acesso em: 15/07/2009

direitos, mas sim como um provável macro sistema de conhecimento e viabilidade constitucional, restringindo e expurgando normas obsoletas.

A Holanda permite a eutanásia em pacientes terminais adultos (insuportável sofrimento), estando convencidos médicos ou uma comissão competente, bem como o paciente, de que não existe outra alternativa. Tal permissão se dá apenas para maiores de 12 anos.¹³

A propósito, a professora Lia Felberg, enfatiza que o Uruguai, talvez, tenha sido o primeiro país do mundo a legislar sobre a possibilidade de ser realizada eutanásia no mundo. De acordo com a legislação uruguaia, é facultado ao juiz a exoneração do castigo a quem realizou este tipo de procedimento, desde que o 'sujeito tenha antecedentes honráveis e a morte tenha sido realizada por motivo piedoso após reiteradas súplicas da vítima.¹⁴

Na Alemanha (Código Penal art. 216), Suíça (Código Penal art. 114) Itália (Código Penal art. 579), Noruega, Áustria e Inglaterra, entendem que como no Brasil, os envolvidos na prática da eutanásia receberão penas atenuadas, por motivo piedoso.¹⁵

Diante desse dogma, os ordenamentos estrangeiros e o próprio Brasil, estão buscando maneiras de introduzir a solução mais prática para a realização da eutanásia em conjunto com a dignidade da pessoa humana, seja pela edição de projetos de lei, seja pela utilização da interpretação pela jurisdição constitucional.

1.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CENTRO NORMATIVO NUCLEAR

Transcorrida a fase de definições das inúmeras facetas da

¹³ Cabe ressaltar, que pela primeira vez na historia, pode a Holanda se tornar o primeiro país do mundo a admitir a eutanásia ativa de pessoas sem o consenso expresso delas. DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* 2008. p. 362.

¹⁴ FELBERG, Lia. **A Ortotanásia No Projeto Do Código Penal**. Disponível em: <http://www.mackenzie.com.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/lia_felberg_01.pdf>.

Acesso em: 15/07/2009

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* 2008. p. 359.

eutanásia, busca-se agora partir para a discussão do instrumento, que hoje, possui e abarca atenções e questionamentos de toda a parte, funcionando como o grande solucionador dos problemas que envolvem a sociedade.

Porém, antes de adentrar a questão principiológica, de conteúdo e efeitos, buscar-se-á mostrar a saudável idéia do debate para formação daquilo que se reputa como mais adequado em termos de dignidade da pessoa humana.

Anota Ingo Wolfgang, que o debate quando travado na esfera pública e pautado pela prática racional discursiva (necessariamente argumentativa) constitui o melhor meio de, pelo menos numa sociedade democrática, estabelecer os contornos nucleares da compreensão das diversas dimensões da dignidade e de sua possível realização prática para cada ser humano.¹⁶

Por conseguinte se busca com esta idéia, difundida na definição geral de aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, dar a interpretação normativa que mais se coaduna com a ordem constitucional. E por isso a influência do órgão jurisdicional, que por proferir a última palavra, reduziria os riscos das aplicações e decisões prévias ou individualizadas.

Miguel Reale, ao defender o embate, preleciona que:

Toda corrente filosófica deve refletir as exigências de sua época, sendo certo que as doutrinas somente possuem universalidade e concretude na medida em que logram traduzir algo de substancial nos horizontes de nosso ser histórico.¹⁷

Em síntese, Carmen Lúcia Antunes Rocha, defende que a *“Dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento”*.¹⁸

Como o fundamento é dar justiça à condição humana, toda

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Compreensão Jurídico-Constitucional Aberta e Compatível com os Desafios da Biotecnologia. Nos limites da Vida. Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Daniel Sarmento e Flávia Piovesan*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2007.

¹⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Dignidade da Pessoa Humana: O Princípio dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar Editora. 2006. p. 15

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Renovar Editora. 2006. p. 411.

interpretação jurídica e consequente solução do caso, devem, como ponto de partida e de chegada, mesclar justiça e equilíbrio nas decisões, assegurando o preceito fiel da Constituição.

Diversas são as posições que divergem e se “atacam”, quando o tema é a dignidade. Para tanto, salutar ressaltar que o embate gera um núcleo essencial de compreensão, formando a decisão mais justa e coerente possível.

Decorre assim do Estado Democrático de Direito, como fundamento básico da sociedade, o princípio da dignidade da pessoa humana, que é o centro radiante inspirador de todas as normas que existem, e que porventura venham a ser formadas.

Partindo desse pressuposto básico e prévio de validade, a questão será bem difundida, a fim de que em homenagem a autonomia do ser humano, possa esse buscar a linha interpretativa que venha a formar o critério mais próximo ao desejado, em termos jurídicos, éticos e justos.

Desta forma, analisando todas as consequências advindas da criação do Estado Democrático de Direito, conclui-se que o fim do Estado, não passou mais a ser o interesse de uma classe dominante, mas sim, a busca pelo bem-comum geral. Mas, para que tal meta fosse atingida, seria necessária a criação de instrumentos para conduzir o Estado frente ao seu objetivo. E o maior de seus instrumentos e limites é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, passa-se à análise profunda dessa fonte emanadora e fundamentadora do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

1.2.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A definição de Eros Grau, expressa melhor a função dos princípios, bem dizendo que *“o princípio é geral porque comporta uma série*

indefinida de aplicações".¹⁹

O objetivo do direito é a revelação da norma justa aplicável, sendo o princípio o principal instrumento para consecução desse fim, que, por sua vasta carga axiológica complementa e integra o complexo jurídico da maneira pretendida.

Segundo Paulo Bonavides, os princípios dão identidade à Constituição. É a unidade e identidade que se busca para integrar o sistema como um todo justo. E complementa citando que "sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima, e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados".²⁰

Diante da concepção da dignidade como valor fonte legitimador de todo ordenamento jurídico, prudente lembrar que a consciência jurídica atual, como compromisso inafastável, necessita sujeitar-se a maior de todas as conquistas, que é o respeito absoluto e irrestrito pela dignidade humana.²¹

Observa Paulo Bonavides, ao criticar o formalismo arraigado, que:

A respeito das vicissitudes históricas no que tange a normatividade do princípio, desde a sua origem metafísica, tal como concebida pelo pensamento jusnaturalista, passando pela fase reducionista do positivismo, que o compreendia como mera fonte supletiva da lei, até a sua proeminência na fase pós-positivista, que o entende não só como norma vinculante, mas, também, como norma fundamental do sistema jurídico.²²

Buscando desenvolver este princípio de ordem supra constitucional, funcionando como referência fundamental das idéias, nada melhor ter que "*a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer*

¹⁹ GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8ª edição, São Paulo: Malheiros. 2003. p. 147.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª Edição. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 233.

²¹ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* 2008. p. 355

²² BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* 2001. p. 228.

tipo de avanço científico e tecnológico".²³

Disso se extrai que, a dignidade do homem é o fim em si mesmo, e que com base na autonomia a ele conferida – liberdade esta decorrente do fundamento da República – pode o homem escolher seu destino, sem gerar efeitos reflexivos (consequências) aos diretamente envolvidos – no caso da eutanásia.

1.2.1.1 O Direito de Todos os Direitos

A dignidade, o princípio dos princípios, forma um dos fundamentos básicos do Estado, e busca exercer uma função integradora do sistema, impondo limites ao Estado e sua relação com o particular, e com o particular em sua relação com outro particular ou a sociedade.

Carlos Roberto Siqueira Castro exprime que a dignidade é “o princípio dos princípios constitucionais. É o parâmetro, por excelência, do sentido formal e material de justiça”.²⁴

Em sendo o direito dos direitos, qualquer nova norma que venha a compor o receituário dos preceitos jurídicos, deve obrigatoriamente sofrer a influência direta e irredutível da dignidade, principalmente os direitos que tenham relação com a condição física dos seres humanos e o avanço tecnológico.

Por seu turno, Carlos Roberto, explana que “o *princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais*”²⁵. Factível é a constatação de que a dignidade é o centro do ordenamento, pois como uma “oferta” dada pela constituição, existem inúmeras previsões de direitos que respaldam ou protegem o homem em sociedade, citando como elemento inarredável a dignidade da pessoa humana.

O postulado da dignidade humana universalizou-se como um pólo

²³ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* 2008. p. 16.

²⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Op. Cit.* 2006. p. 161.

²⁵ Idem. p. 136.

de atração para cada vez mais novos e novíssimos direitos refletores do modismo constitucional-democrático. Assim, Ingo Sarlet ilustra que “no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana, mas, sim, de uma qualidade tida para muitos – provavelmente a esmagadora maioria – como inerente a todo e qualquer ser humano”.²⁶

Como fundamento base do sistema, ademais dito ser uma fonte “inspiradora” da criação de novos direitos, deve-se ter em mente que tal função da dignidade (tanto sob a ótica judicial, quanto sob a ótica legislativa), ao ser desenvolvida, necessita que seja feita de forma prudente e com algumas ressalvas. Não com ressalvas ao seu campo material axiológico, mas sim com reservas a aplicação, sendo que disso pode derivar atos incompatíveis com o verdadeiro sentido da dignidade, quando usada para fins “escusos”.

A dignidade, quando utilizada para questões alheias à boa ética, foge do seu sentido. Todavia, quando utilizada com o fito de garantir a justiça e a ética nas relações, em busca de uma nova concepção de legalidade, até como fonte evolutiva do direito, merece ser destacada com supremacia e louvor.

No mesmo sentido, Carlos Roberto Siqueira Castro, exprime:

Que esse novo tempo na geração dos estudos jurídicos nos possa conduzir a uma **nova concepção de legalidade**, a ser moldada à luz do universo maior da constituição e em prol do direito justo e humanitário. É nessa perspectiva que deve ser compreendido, aplicado e valorizado o postulado da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio dos princípios constitucionais.²⁷

Com efeito, Flávia Piovesan sustenta que “*é no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, para a hermenêutica constitucional contemporânea.*”²⁸

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.* 2007. p. 213.

²⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Op. Cit.* 2006. p. 173.

²⁸ PIOVESAN, Flávia. **Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a**

É fato que se ao princípio é dado por todos, inquestionável importância, impossível excluir a fonte e força normativa da dignidade, sendo hábil e juridicamente seguro basear a criação de um novo direito neste fundamento da República.²⁹

1.2.1.2 Os Reflexos da Aplicação do Princípio da Dignidade

Para muitos, a dignidade possui um duplo caráter: o de regra e o principiológico. Conforme defende Alexy, funciona como regra, quando a norma da dignidade humana é violada, frente a uma situação concreta. Continua, explicitando que a carga principiológica, é a que faz menção ao status de precedência frente às demais normas do sistema, revelando assim uma enorme segurança quando confrontada com as normas contrárias.

Por derradeiro, pode-se atribuir ao caráter de princípio, o verdadeiro instrumento fim da dignidade, visto que por ter uma carga irrestrita de aplicação – desde que destinada às questões de moralidade, ética e justiça (condições para realização) – atinge o objetivo pretendido pela ordem constitucional.

Gilmar Ferreira Mendes exalta que, em relação ao que “na dignidade da pessoa humana figura como princípio, existe um amplo grupo de condições de precedência, assim como um elevado grau de segurança no sentido de que, presente tais condições, ela prevalece sobre as normas contrapostas”.³⁰

Da mesma sorte, pretende-se que seja utilizado como referência de aplicação, para as relações envolvendo a dignidade humana e as normas constitucionais e infraconstitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana, e não a regra da dignidade da pessoa humana, pois como citado

Reforma do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Renovar Editora. 2006. p. 410.

²⁹ Com a interessante influência do princípio da proporcionalidade para o deslinde do caso, quando necessário para o caso concreto.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. Inocência Mártires Coelho. Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2008. p. 151.

acima, apenas o princípio fornece o pretendido pela dignidade.³¹

Não obstante, o presente trabalho pretende focar na influência do “princípio dignidade da pessoa humana” no sistema penal, excluindo certas situações (e indiretamente “criando direitos”).

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet:

Não se deverá olvidar que a dignidade – ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária – independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmo.³²

Desta feita, nada mais correto e necessário, afastar o paradigma buscado por Habermas, o qual defende que o princípio da dignidade da pessoa humana, em vista de suas inúmeras facetas, deve ser aplicado tendo em vista o caso concreto. Equivocado está tal pensamento, pois se tal condição (levando em consideração que a dignidade como princípio, é uma condição básica essencial de vida, sendo impossível a vida sem dignidade), desde sempre permeia o ser humano, dá-se por prolixa e insegura qualquer manifestação que atinja carga individual. Corre-se o risco até, de eventuais distorções no verdadeiro sentido da dignidade, utilizando-se desse poderosíssimo instrumento, para fins diversos do pretendido pela ordem normativa.

Para a sociedade a própria dimensão ontológica da dignidade assume seu pleno significado em função no contexto da inter-subjetividade que marca todas relações humanas e, portanto, também o reconhecimento dos valores (assim como princípios e direitos fundamentais) socialmente consagrados pela e para a comunidade de pessoas humanas.³³

Tendo em vista o ora explanado, não custa lembrar a necessidade de aplicação do princípio da dignidade aos envolvidos na

³¹ A regra por mais que contenha uma importância considerável no sistema, não condiz com as pretensões da dignidade, haja vista que esta não se restringe a uma única situação, como um “tudo ou nada”; por isso que muitos autores têm dificuldade de definir o conteúdo de “regra” da dignidade da pessoa humana.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.* 2007. p. 217.

³³ Idem.

prática da eutanásia, que em suas relações de dever (estrito cumprimento do dever legal e constitucional), executam o desejado pelo paciente, que quer ver sua dignidade consagrada. Alias, existem dignidades de vários envolvidos, podendo citar a do enfermo, da família do enfermo, dos envolvidos na prática da eutanásia, entre outros. Situações essas, que ficarão mais claras ao longo do trabalho.

1.2.1.3 Absolutização e Inoponibilidade à Dignidade Humana

Gustavo Tepedino, explica que *“os novos direitos de personalidade são emanações da própria dignidade, funcionando como ‘atributos inerentes e indispensáveis a todo ser humano’”*³⁴

Desta forma o surgimento desses novos direitos para a coletividade, seria decorrência lógica da dignidade implícita e inerente em cada indivíduo.

Luis Roberto Barroso elucida que no caso do feto anencéfalo, não permitir a prática do aborto, importa duplo atentado à dignidade humana, um pela ameaça à integridade física e moral da mãe de um filho que não possui chance de vida, e outro pela tortura psicológica advinda da convivência diuturna com a triste realidade e lembrança do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá ser tornar um ser vivo.³⁵

O ônus que é imposto a uma mulher que carrega um feto advindo de relação de estupro ou de feto anencéfalo que sabe não sobreviverá, é o mesmo ônus que se impõe a família de pessoa enferma que se sabe não terá expectativa de vida alguma. O ônus também é experimentado pela própria pessoa que sofre do trauma e que raríssima chance de sobrevivida possui. A angústia por todos os envolvidos é semelhante em grau. Tal situação merece completa atenção, não podendo o caso da eutanásia ativa

³⁴ TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**: Temas de direito civil. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 29.

³⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Gestão de Fetos Anencefálicos e Pesquisas com Células-Tronco**: Dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar Editora. 2006. p. 684

ser deixado de lado, abarcando apenas a ortotanásia e outras variantes.

A questão dos abortos permitidos por lei é plenamente similar ao da eutanásia. O caso importa inúmeros atentados à dignidade de todos os envolvidos nesta prática. Não nos custa lembrar, que os bens jurídicos envolvidos na eutanásia são tão ou mais relevantes que os presentes nos abortos permitidos legalmente.

A dignidade da pessoa doente, que não tem esperança nenhuma de vida digna, merece ter por absoluta a sua autonomia por uma morte digna. A família do doente, que sofre com a frustração de não ver possibilidade em cura, e que sente o sofrimento do ente querido, atura transtorno semelhante ao da mãe que não vê expectativa de vida do filho anencéfalo.

Os que realizam a eutanásia ou ortotanásia, estão exercendo suas funções com apreço, dignidade e respeito ao sentimento de dor da família e do doente, e mais, com respeito a autonomia declarada pelo próprio doente ou por sua família. Quanto a estes personagens, tais ainda podem sofrer responsabilização criminal, civil e administrativa, o que de fato e de direito é um completo absurdo. Tudo pela incidência de uma norma penal arcaica e que está fora do manto axiológico do sistema constitucional vigente e imperante.

Registre-se ainda, o percuciente ensinamento de Gilmar Mendes, ao dizer que, “numa palavra, se bem entendemos, a dignidade da pessoa humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão-somente consigo mesma, naqueles casos-limite em que dois ou mais indivíduos – ontologicamente dotados de igual dignidade – entrem em conflitos capazes de causar lesões mutuas a esse valor supremo”.³⁶

O que se busca não é atribuir caráter absoluto a dignidade humana para toda e qualquer situação, muito embora fosse ideal que tal hipótese viesse a se tornar real. Pretende-se, pelo menos frente ao preconizado neste trabalho, conferir valor absoluto à dignidade para poder

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. *Op. Cit.* 2008. p. 152.

enfrentar as questões envolvendo a eutanásia, livrando a sua prática de qualquer ilicitude, porque o prolongamento da vida em situações extremas gera uma violação de tal ordem a dignidade e ao fim constitucional do ser humano, que superaria a violação a vida.

Interessante vislumbrar o caráter absoluto da dignidade, no tratamento do Estado para com o particular na maior medida possível (pois situações existem que a dignidade de um restaria violada pela defesa da dignidade de outro – possibilidade da dignidade social ser promovida de forma equitativa), e no tratamento do ser humano para com o outro ser humano, seguindo enfim um velho preceito bíblico tão buscado (ame ao outro como a si mesmo).

1.2.1.4 A Visão Kantiana

Antes de introduzir a influência do pensamento kantiano, importante ressaltar que o positivismo exagerado, antes de tentar funcionar como uma das funções do estado de direito, viola o fim-dignidade do ser humano. Flávia Piovesan critica o positivismo puro e rígido, citando que *“a primazia jurídica do valor da dignidade humana é resposta à profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico”*.³⁷

Menciona Flávia Piovesan, que dentre as críticas contempladas, menciona a doutrina os casos que se atribuem a falência do positivismo rígido, principalmente as que se deram no fascismo e no nazismo. *“Nesse contexto, ao final da 2ª Guerra Mundial, nasce a grande crítica e repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal”*³⁸. Luis Roberto Barroso também defende esta questão, infirmando *“que a legalidade formal poderia encobrir a barbárie, levando dessa forma à superação do positivismo estrito e ao desenvolvimento de uma dogmática principialista, também identificada como*

³⁷ PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.* 2006. p. 407.

³⁸ Idem.

pós-positivismo".³⁹

A dinâmica das informações e de como o mundo se adéqua mais rapidamente as mudanças sociais, torna incólume a máxima de que quanto mais unidade se dá ao sistema, mais justo será o trabalho dos poderes, garantindo assim o previsto no paradigma Kantiano.

Posta assim a questão, é de se dizer que para Kant, as pessoas devem existir como um fim em si mesmo e jamais como um meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito⁴⁰. Adiciona Flávia Piovesan, que para Kant, a autonomia é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional. Lembra que a idéia de liberdade é intimamente conectada com a concepção de autonomia, por meio de um princípio universal da moralidade, que, idealmente, é o fundamento de todas as ações de seres nacionais⁴¹.

Não se pode perder de vista que a *“vertente Kantiana se concretizou com a abertura das Constituições à força normativa dos princípios, com ênfase ao princípio da dignidade humana”*.⁴²

Posto isso, a conclusão lógica que se extrai, é a de que se o fim do ser humano é ele mesmo, a autonomia com dignidade, qualquer posição torna-se aceitável, desde que atinja exclusivamente o íntimo do possuidor do direito. O que serve de instrumento, ou os executores – no caso dos envolvidos na prática da eutanásia – para a realização do fim pretendido pela pessoa (no caso do doente), não pode sofrer qualquer consequência indesejável, tendo em vista que se está realizando uma máxima permitida.

Seria desarrazoado e incoerente, atribuir culpa a quem esta cumprindo o fim desejado pela pessoa que é a única que vai sofrer, se sofrer, com a decisão tomada. Com isso, toma-se por ora, que vários argumentos existem para por em cheque a estrita legalidade imposta nos casos de homicídio aos envolvidos na prática (que realizam) da eutanásia.

Luis Roberto Barroso ampara a autonomia e interrelaciona o

³⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* 2006. p. 682

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.* 2006. p.409

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Ibidem.*

positivismo com o imperativo categórico de Kant, explicitando o seguinte:

Superando a separação ideológica que fora imposta pelo positivismo jurídico, renovou-se a relação entre o sistema de normas e o sistema de valores da sociedade. A expressão se deve à influência do pensamento de Kant e às duas formulações do imperativo categórico, proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse se transformar em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais.⁴³

O imperativo dependendo da ótica de observação pode funcionar como uma arma contrária ao que ordena. De acordo com a visão que se dá, qualquer argumento pode se tornar o fim pretendido pelo cidadão.

Por isso a necessidade de aproximação do imperativo com a ética e a justiça. O querer a realização da eutanásia, é o sentimento conjugado da ética, o respaldo da autonomia e dignidade da pessoa humana, com o direito ao fim digno.

O ser não é um instrumento em si. E o fato do querer seu próprio fim, é o destino e a razão última da sua vida: o fim digno.

1.2.2 A Influência do Direito Comparado

A dignidade da pessoa humana, com o pós guerra, tornou-se uma referência, se não o objetivo de toda e qualquer sociedade (ao menos aquelas direcionadas para o ser humano). Alguns países agem como celeiro dos direitos, conferindo maior maturidade ao conteúdo destes, seja por imporem parâmetros de moralidade nos poderes exercidos pelo Estado, seja pela cultura secular de lutas e de revoluções que levaram a evolução antecipada.

Basicamente, todas as nações da Europa (Portugal, Espanha, Itália, Alemanha, entre outras), contemplam a dignidade como uma das diretrizes básicas a ser buscada pelo Estado, em defesa da pessoa humana.

⁴³ BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* 2006. p.686.

E isso se observa, em praticamente todos os textos constitucionais da América, Oeste Europeu, e no restante do mundo. Na China, país que adota um regime, de certa forma fechado, a dignidade da pessoa humana é contemplada como inviolável, no art. 38 da Constituição da República Popular da China de Dezembro de 1982.⁴⁴

Frente a esta tendência inegável de poderio e amplitude, resta claro e pacífico que a dignidade da pessoa humana é o direito de todos os direitos em qualquer parte do mundo. A questão difundida e estudada, deve ser a busca da dignidade em prol do fim justo e ético do ser humano. Para tanto, as nações mais desenvolvidas em termos de direitos fundamentais, tentam dar uma interpretação cada vez mais clara e precisa da dignidade. Os operadores do direito têm papel relevante nessa empreitada, auxiliando os órgãos estatais a buscar o bem comum tão pretendido, sendo, como define Ingo Sarlet, “permanente o processo de construção e desenvolvimento dos conceitos que envolvam a dignidade”.⁴⁵

Tomando uma perspectiva das decisões envolvendo a dignidade da pessoa humana, com a necessária intervenção da jurisdição constitucional, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em voto da ex-presidente Jutta Limbach – lembrado no magistério de Ingo Wolfgang Sarlet – argumenta:

Assim como é correto afirmar que a ciência jurídica não é competente para responder à pergunta de quando inicia a vida humana, também é certo que as ciências naturais não estão em condições de responder desde quando a vida humana deve ser colocada sob a proteção do direito constitucional.⁴⁶

Agindo assim, e com base na fundamentação exposta por todo o texto, atingirá o princípio da dignidade humana sua função, qual seja, a de proteger efetivamente a pessoa humana. Outorgar à jurisdição constitucional o encargo ou prestígio de se decidir sobre a descriminalização da eutanásia, seria mais do que garantir segurança jurídica. Estar-se-ia falando da efetivação plena do máximo brocado constitucional da dignidade, em seu

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.* 2007. p. 225

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Ibidem.*

efeito protetivo da autonomia e prestacional do Estado Juiz como guardião da Carta Maior.

Já dizia Platão em seus *Diálogos*, ao citar Sócrates, “*o que vale não é o viver, mas o viver bem*”. Combatidamente, todos os argumentos de construção histórica se fazem presentes, pois se observa que desde sempre a questão do viver com dignidade e com qualidade é objeto de discussão e apreciação jurídica. Como se pode notar, a grande maioria da doutrina alemã conduz a questão da dignidade – definições e aplicações – a “pecha”/linha/diretriz da aplicação ao caso concreto (até para se desvencilhar como mero apelo ético), que a princípio pode trazer justiça de forma imediata, mas que estendendo em proporções continentais traria insegurança jurídica.

1.2.3 A Abertura Constitucional para a Dignidade

Com o advento do pensar “princípio”⁴⁷, tornou-se claro que este instrumento, trabalhando em conjunto com a idéia de Constituição e exercício de poderes dividido em competências, não poderia sofrer quaisquer limitações de ordem lógica ou axiológica.

Como se pode notar, o princípio, para exercer a sua função teleológica, necessitaria de um sistema que garantisse certa abertura (influência de diversas reflexões), a fim de que o processo de formação da melhor decisão ou norma, atingisse o nível técnico adequado e proporcional.

John Rawls, defende a abertura, assim como a filosofia moral, de maneira a sugerir a revisão dos julgamentos de ordem interna:

Moral philosophy is socratic: we may want to change our present considered judgements once their regulative principles are brought to light. And we may want to do this even though these principles are a perfect fit. A knowledge of these principles may suggest further reflections that lead us to revise our judgements.⁴⁸

⁴⁷ Levando-se em consideração que princípios sempre existiram, e o que surgiu do século XIX pra cá, foi a idéia de se pensar princípio diverso do pensar regra.

⁴⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Op. Cit.* 2006. p. 153.

Traduzindo o pensamento de Rawls, Carlos Roberto Siqueira, conhece da constitucionalização em aberto, “todavia, em face da visão Rawlsiana de que os julgamentos morais devem pautar-se em correspondentes princípios de ordem geral, e que esses princípios resultam de um processo sócio-cultural de reflexão equilibrada, pode-se supor que a constitucionalização em aberto, seja analítica-preceitual, seja apenas principiológica, do conjunto de valores (embora difusos e até contraditórios) agregados à moral social contemporânea representa, na síntese do constitucionalismo pós-moderno, a expressão jurídica maior do sentimento constitucional dos povos e das nações”.⁴⁹

Argumentos de toda ordem, dão ao estrito e desatualizado positivismo, a moderna influência da constitucionalização em aberto.

Forçoso reconhecer o mérito dos sistemas jurídicos alternativos, mesmo quando dotados de formas tão rígidas como o Direito. Em muitos sistemas jurídicos, foram, desta forma, reivindicados direitos não reconhecidos pelo Direito, como aconteceu com o nosso próprio sistema jurídico, onde esses intelectuais descobriram a reivindicação de ‘novos direitos’. No entanto, ao analisarem essas reivindicações, os sociólogos do direito foram obrigados a reconhecer que estes direitos não compartilham a mesma natureza dos direitos antigos, pois são fundados na existência de novos titulares ou de novos conteúdos.⁵⁰

Tomando por base esse mesmo raciocínio, o pensamento e interpretação propostos, nada mais são, que um sistema jurídico alternativo que pode conferir maior sentido e valor à norma da dignidade propriamente dita, adequando-se para a situação atual e de mudança por que passa a sociedade.

Pensar dignidade da pessoa humana, sem a abertura pretendida, seria esgotar o verdadeiro sentido deste fundamento do Estado. É apenas com a abertura proporcional do sistema constitucional, que se vê a

⁴⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Op. Cit.* 2006. p. 153.

⁵⁰ *Idem.*

dignidade como fim do ser humano.

Todavia, tais processos de abertura estão sujeitos “aos esquemas de exegese reveladores do sentido e alcance do conjunto de valores que suas normas e princípios encampam e prestigiam”.⁵¹

Assim, novos direitos são bem vindos, desde que permeados na relevância e estabilidade constitucionais.

“Esse papel de impulsão do processo de mudança social pela via da juridicidade”⁵², veio em momento que, ao impor uma nova tendência de pensamento, tudo que possa acrescentar de forma positiva a interpretação jurídica em aberto, apenas enriqueceria o debate, chegando a soluções normativas mais coerentes, e com menos imperfeições, sendo tal processo uma realidade visível, que “o casuísmo constitucional, transformou o receituário constitucional num conjunto assistemático de normas, princípios e programas, sujeitos a variadas possibilidades exegéticas e esquemas de aplicabilidade que animam a controvérsia”⁵³.

Seria pela abertura constitucional, que se teria um sistema penal mais coeso com os direitos fundamentais. Nesse sentido, Carlos Roberto Siqueira Castro assevera que:

Nesse sistema aberto, que é mutante, flexível, e permeável para acolher novas configurações da vida, e no qual são possíveis tanto mutações na espécie do jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios, a função axial do jurista é a de traçar novas valorações, novas conexões de sentido e novas cadeias de regulação entre normas.⁵⁴

A abertura constitucional, influenciada pela dignidade, confere identidade ao sistema de normas. Tendo identidade, um sistema torna-se uno e conectado. É nesse diapasão, que distorções e injustiças serão evitadas.

Segundo Karl Larenz, as normas do sistema jurídico axiológico-teleológico “*não estão desligadas umas das outras, mas estão numa*

⁵¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Op. Cit.* 2006. p. 157.

⁵² *Idem.*

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ *Ibidem.*

conexão multimoda”. A partir dessa idéia de sistema, é inegável a plena influência do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem normativa penal (interconexão de sistemas e normas).⁵⁵

A unidade de sentido do sistema, *“repousa na dignidade humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”*. E prospera, dizendo *“que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial que lhe dá unidade de sentido”*⁵⁶.

É essa unidade de sentido, que se busca dar ao instrumento normativo que vai conferir o teor justo e ético à situação da eutanásia, evitando o aparecimento de distorções fundantes, que venham destruir o ápice da dignidade humana.

⁵⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Op. Cit.* 2006. p. 164

⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.* 2006. p. 407.

2 A VISÃO PENAL DA EUTANÁSIA

No correspondente capítulo, abrir-se-á vista para a seara penal da eutanásia, identificando os elementos formadores do tipo homicídio, que é o crime, em tese, aplicável aos envolvidos na prática da eutanásia. Questões como ausência de reprovabilidade da conduta, firmada pela carência de dolo, encabeçam a perda do *jus puniendi*, frente à dignidade da pessoa do enfermo e dos envolvidos.

Além do mais, é necessário fazer um estudo acerca dos elementos formadores da responsabilização criminal da eutanásia e consequente direito de punir do Estado, mostrando o obsolescimento que permeia a legislação penal, cuja definição não se mostra nos termos da legalidade específica pretendida.

2.1 A VISÃO DA EUTANÁSIA NO DIREITO PÁTRIO

Impõe esclarecer inicialmente, que a prática da eutanásia, desde que presente todos os elementos formadores, caracteriza o crime de homicídio privilegiado, insculpido no artigo 121 do Código Penal (**Homicídio simples**. Art 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. **Caso de diminuição de pena** § 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço).

Desde o princípio, distorções de fácil percepção na legislação penal e na aplicação pelo Judiciário surgem, gerando dúvidas e incertezas configuradas pela prévia violação a estrita legalidade imposta pela Constituição Federal. Diz a Constituição Federal Brasileira em seu Art. 5º, que não haverá juízo ou tribunal de exceção (inciso XXXVII), além de não haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (inciso XXXIX).

Em primeiro plano, se o homicídio privilegiado é o crime aplicável aos que realizam a eutanásia, a partir da análise literal do parágrafo primeiro do artigo 121, percebe-se que existe o elemento da ação seguida da injusta provocação da vítima. A ser inculpada no decorrer do texto, é fato e verdade que essas normas do crime de homicídio (ou homicídio privilegiado) não condizem com o que é a eutanásia. A eutanásia não é nem matar alguém, nem ato penal propriamente dito.

No caso em tela, vários projetos envolvendo a eutanásia foram objeto de edição e discussão. O projeto de lei nº 1.989/91 dispôs sobre a eutanásia, porém foi dado por improcedente pelo relator.

A propósito, existe uma previsão na Lei Estadual Paulista nº 10.241/99, (art. 2º, XXIII e XXIV), a qual define como direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo, recusar tratamento doloroso ou extraordinário para tentar prolongar a vida e optar pelo local da morte. É latente a influência dos princípios da autonomia e beneficência. Por mais que o ente federado não seja competente para legislar sobre matéria penal, descreve diretrizes que podem funcionar como ponto de partida auxiliar na busca pelo melhor entendimento da eutanásia e suas derivativas, passando a evitar que o médico – e envolvidos – sofra por punições referentes a práticas por lei garantidas ao enfermo.

O principal projeto existente atualmente, e que dispõe sobre a exclusão do crime pela prática da ortotanásia, é o projeto de lei 6.715/09⁵⁷, o qual constitui flagrante desrespeito ao brocardo máximo da dignidade da pessoa humana.

Aventada a discussão, uma lei que exclua a punibilidade ou ilicitude de todas essas práticas, não padece de inconstitucionalidade por

⁵⁷ Conforme dispõe o projeto de lei 6.715/09, a ortotanásia deixaria de ser “crime”, sendo o texto proposto o seguinte: Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 136-A: “Art. 136-A. Não constitui crime, no âmbito dos cuidados paliativos aplicados a paciente terminal, deixar de fazer uso de meios desproporcionais e extraordinários, em situação de morte iminente e inevitável, desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão. § 1º A situação de morte iminente e inevitável deve ser previamente atestada por 2 (dois) médicos. § 2º A exclusão de ilicitude prevista neste artigo não se aplica em caso de omissão de uso dos meios terapêuticos ordinários e proporcionais devidos a paciente terminal.”

violam cláusula pétrea, (alegando os opositores) por tender a abolir ou ferir o direito a vida. Em típico sopesamento de normas, prepondera o confronto entre a vida e a dignidade. Cabe aos defensores da dignidade, expressarem-se no sentido de sobrepujar esta norma fundante do sistema constitucional em detrimento ao direito a vida que se encontra incrustado dentre vários no caput. do art. 5º da Constituição Federal (sendo até prevista a pena de morte em casos de guerra – evidente violação ao direito a vida).

Ademais, convém salientar que tramita o **Anteprojeto do Código Penal, que institui a Eutanásia como crime especificamente previsto (dentro do que poderia ser a verdadeira legalidade estrita)**, previsão contida no parágrafo 3º do art. 121 (Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave: Pena - Reclusão, de três a seis anos).

Caso venha a ser aprovado, o anteprojeto do Código Penal incorreria em puro retrocesso, pois além de “regularizar” a estrita legalidade penal da eutanásia, tornaria a pena mais grave do que é hoje aplicada, desrespeitando a todo custo (e de todas as vertentes) a dignidade da pessoa humana.

Jorge Miranda destaca a presença saudável da crítica, sendo necessária tendo em vista a formação do fim harmônico da norma:

A crítica torna-se lícita e necessária, quando os meios estão postos e sobre o modo como estão postos: pode preocupar-se com indagar se, de facto, concorrem para o fim e se são harmônicos entre si, não pode colocar as suas opiniões pessoais acima da realidade normativa em que constrói.⁵⁸

A crítica a tais projetos são salutares, a fim de se evitar a formação de uma falsa ideologia frente a eutanásia, que nada mais é que um novo direito em evolução.

Cumpra-nos assinalar que, tais projetos ao buscarem a defesa da dignidade, não podem olvidar-se de conferir a unidade à Constituição, sempre tão esperada e pretendida. Unidade ao sistema, que a Constituição

⁵⁸ MIRANDA, Jorge. **Contributo Para Uma Teoria Da Inconstitucionalidade**. 1ª Edição. 1968. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora. 2007. p. 227

encabeça. Unidade ao disposto no fundamento da República, que prima pela dignidade de todo ser humano. Se existem projetos que objetam a exclusão da ilicitude da prática da ortotanásia, excluindo do permissivo legal (conteúdo da nova norma), a prática da eutanásia, tal fato configuraria ataque pleno ao sentido do sistema, e completo desrespeito a força mandamental dos princípios, como mandamentos de otimização.

Bem dispõe Günther Jakobs, ao falar que a eutanásia propriamente dita e ortotanásia obtêm o mesmo fim, coincidindo-se e formando um só instrumento:

Falar em eutanásia passiva é um eufemismo, porque, por exemplo, a desconexão de uma máquina-coração-pulmão de funcionamento automático ou de um respirador similar não requer menos atividade que a injeção de um veneno.⁵⁹

Estabelecida a situação da eutanásia em termos de aplicação penal e projetos de lei, intenta-se de acordo com a dignidade humana, detalhar os elementos formadores do tipo penal, a fim de que se possa objetivar a exclusão de responsabilidades do campo penal para a eutanásia.

Assim o Estado como fazedor de normas, deve precipuamente e concomitantemente cumpri-las e respeitá-las. Dessa forma, com a previsão jurídica da norma da eutanásia (podendo dessa forma se falar, como adequação de interpretação de uma norma constitucional a uma situação penal indefinida), o poder estatal ganhou limites dentro da dignidade humana, pois mesmo que crie e execute as normas, deve acima de tudo respeitá-las, pois é nelas, que estão contidas as liberdades individuais.

2.2 ELEMENTOS DO TIPO PENAL

Não há na legislação penal uma definição específica do que venha a ser a eutanásia. Como ora salientado, existem projetos que buscam introduzir a questão de forma definitiva, estabelecendo os critérios e elementos formadores específicos. Serão juntados todos os elementos para

⁵⁹ JAKOBS, Günther Jakobs. “**Suicídio, eutanásia e direito penal**” p. 114, *apud*. Roberto Baptista Dias da. *Op. Cit.* 2006. p. 110.

se chegar a uma conceituação específica de tal instituto.

A partir do estabelecimento dos critérios formadores do tipo, que são os requisitos necessários para tornar a responsabilização penal completa e apta a sofrer o *jus puniendi* do Estado, é que se verá que nos casos em que a eutanásia estiver dentro do manto da dignidade não haverá crime.

2.2.1 Dos Elementos Formadores do Delito

Estampada a visão da eutanásia para o direito penal pátrio, constituindo esta, provável ocorrência de crime de homicídio em sua forma piedosa, necessário que seja destrinchado os elementos que formam o tipo (responsabilização/imputabilidade) penal, como forma de demonstrar que vários requisitos exigidos, seja pelo obsoletismo legal, seja pela má técnica empregada, não são capazes de dar o efetivo caráter de punibilidade aos atos da eutanásia.

Em suma, para melhor compreender essa relação entre normas, Luiz Regis Prado agrega a doutrina kaufmanniana, em que a origem da norma se acha estruturada em vários níveis, em uma sequência escalonada de valorações. Assim, no primeiro nível, faz-se uma valoração positiva a respeito dos bens que merecem proteção jurídica. No segundo nível, são estabelecidas valorações do acontecer (juízo de valor positivo e negativo). Por fim, no terceiro nível, opera-se uma valoração, positiva ou negativa, das condutas que beneficiem ou prejudiquem a manutenção dos bens jurídicos.⁶⁰

Como forma de se adequar a interpretação e utilização de uma teoria eficaz, Zaffaroni, citando Roxin, assim sustenta, “a culpabilidade pode fundamentar-se como um puro critério político, a partir da finalidade da pena”. Em outras palavras, “quando não há a possibilidade de evitar o injusto, não faz sentido penalizá-lo, pois a culpabilidade seria um critério

⁶⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1. Parte Geral. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais. 2006. p. 166

político que derivaria da teoria do fim da pena.⁶¹

E assim complementa, “quando a pena não cumprisse seu fim no caso concreto, já não teria sentido aplicá-la, e, portanto, a culpabilidade estaria ausente”. Disso se depreende, que o direito penal, contemplado pelo manto da dignidade, faria sugerir (e em certos casos impor) que a prática da eutanásia, não pode sujeitar os envolvidos às penas existentes.⁶²

2.2.1.1 Da Tipicidade

A tipicidade constitui o primeiro elemento a ser analisado frente à conduta praticada. Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, chama-se de tipo “o elemento da lei penal que serve para individualizar a conduta que se proíbe com relevância penal”.⁶³

E prospera dizendo que “quando uma conduta se ajusta a algum dos tipos legais, dizemos que se trata de uma conduta típica ou, o que é mesmo, que a conduta apresenta a característica da tipicidade”.⁶⁴

Muito se discute acerca do tema, pois a Constituição prevê a estrita legalidade penal, devendo haver o ajuste da conduta “eutanásia” a algum tipo individualizado, ou seja, específico. Tanto é verdade, que o anteprojeto intenta especificar a conduta “eutanásia”.

Dentro da questão da tipicidade, deve-se levar em consideração a interpretação histórica da norma que revela antes de qualquer coisa, as vicissitudes dos fatos que levaram a produção da norma penal.

Impende ressaltar, que a presença do dolo e da culpa, nos termos da teoria moderna adotada (finalista da ação), está afixada na tipicidade, ou seja, na análise prévia da conduta.

Destaca Luiz Regis Prado, que “o dolo como vontade realização

⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1. Parte Geral. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais. 2006. p. 525

⁶² *Idem*.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

abrange a representação total do fato, tal como se apresenta na parte objetiva do tipo".⁶⁵ Os atos que envolvem a eutanásia, desde que calcados na dignidade e excepcionalidade da situação, fogem do ato típico "matar alguém". A morte querida pela pessoa (sendo bem claro, que no homicídio verdadeiramente quisto, a vítima não queria morrer, sendo de fácil verificação que as situações que envolvem um homicídio verdadeiro e a eutanásia, são completamente diferentes, tanto que presentes sujeitos diferentes, bens jurídicos diferentes, entre outros) contrapõe-se a noção de proteção da vida. Logo, não existe na eutanásia, o bem jurídico vida a ser protegido.

A frieza da definição "matar alguém", não está apta a fornecer amparo jurídico e legalidade necessária para a criminalização dos atos da eutanásia e suas variantes.

2.2.1.2 Da Antijuridicidade

Este elemento figura como segundo passo para análise da conduta delituosa. Trata-se de *"característica de contrariedade à ordem jurídica como conjunto harmônico – que se comprova pela ausência de permissões"*. Em suma, a conduta além de típica, é antijurídica.⁶⁶

Ambas as características formam o chamado injusto penal, fato que não enseja e não outorga a qualidade de delito, pois necessária a presença da reprovabilidade da conduta (ou culpabilidade).

Também conhecida como ilicitude, tem nas palavras de Luiz Regis Prado, a compreensão precisa de seu conteúdo: *"relação de contrariedade de um fato com todo o ordenamento jurídico (uno e indivisível), com o Direito positivo em seu conjunto"*. E prolonga citando os efeitos da ilicitude na conduta: *"uma ação ou omissão típica será ilícita, salvo quando justificada"*.⁶⁷

⁶⁵ PRADO, Luiz Regis. *Op. Cit.* 2006. p. 353.

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.* 2006. p. 336.

⁶⁷ PRADO, Luiz Regis. *Op. Cit.* 2006. p. 379.

Diante da evolução dos direitos fundamentais, percebe-se que a eutanásia não se encaixa como crime, sendo uma ação plenamente justificada tendo em vista a dignidade da vítima, e a autonomia frente ao destino por ela escolhido.

2.2.1.3 Da Culpabilidade

Nessa linha, fechando os elementos formadores, encontra-se na culpabilidade, característica que expressa a reprovabilidade da conduta.

Pois bem, “enquanto a ilicitude é um juízo de desvalor sobre um fato típico, a culpabilidade é um juízo de censura ou de reprovação pessoal endereçado ao agente por não ter agido conforme a norma, quando podia fazê-lo”. Assim, “a culpabilidade constitui o fundamento e o limite da pena”.

⁶⁸

Situa-se nesse campo a inexigibilidade da conduta diversa. A eutanásia é uma situação em que não poderia se exigir outra conduta, a não ser a adotada. A margem de atuação encontra-se presa a necessidade de adoção da conduta posta em análise.

Fernando Capez aliado ao tema, dispôs que, quanto a exigibilidade de conduta diversa, para que se possa considerar alguém culpado do cometimento de uma infração penal, é necessário que esta tenha sido praticada em condições e circunstâncias normais, pois do contrário não será possível exigir do sujeito conduta diversa da que, efetivamente, acabou praticando.⁶⁹

Considerando o dito por Dworkin, Adrian Sgarbi destaca que “uma ‘prática social’, por ser uma ‘prática’, implica ao menos, dois elementos fundamentais: a ‘regularidade’ de comportamentos sob a qual é possível afirmar que determinada comunidade é guiada por certas regras e os ‘fatos’

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Volume 1. 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2003. p. 303.

a respeito dos quais as regras atuam como referência de realização de valores”.⁷⁰

Atreladas a idéia de fato, valor e norma, a “ausência de tipicidade específica” e a inexigibilidade de conduta diversa, vê-se que a eutanásia assume um papel de defesa de direitos, sendo que ao executar atos com dignidade, por seus meios e fins, assume função integradora que afasta a reprovabilidade das condutas adotadas.

2.3 O OBSOLETISMO LEGAL E A INFLUÊNCIA DA DIGNIDADE

O atraso do pensamento e a normatividade penal defasada, fogem do manto axiológico da dignidade e da unidade sistêmica apregoadas pela Constituição Federal. Não obstante, dada a influência da abertura da constitucionalização, faz-se necessária a introdução de reformas que venham a coadunar com a evolução crescente (tendência constitucional) de valorização do ser humano como um fim em si mesmo, e mais, digno de si e da autonomia que a ele é outorgado.

Frisa-se que pela urgência e relevância da questão, qualquer provimento legislativo, tendo em vista a demora presente no processo de produção, leva a imprescindível necessidade de se obter uma decisão, ao menos, uma decisão judicial justa que cubra a lacuna imposta pela defasagem estabelecida.

Levando em consideração a idade cronológica do Código Penal em face da Constituição Federal, apresentando-se aquele obsoleto em relação à carta magna, percebe-se que há um problema nas relações entre as ordens dos direitos, liberdades e garantias e a ordem civil. Nesse quadro jurídico-constitucional, há a perspectiva dessa relação em dois sentidos: a Constituição provoca ou programa as modificações do direito civil (incluindo o penal, pois se fala em direito civil como um todo), quer derogando por inconstitucionalidade, preceitos que a infringem, quer através de outorgas

⁷⁰ SGARBI, Adrian. **Clássicos da Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009. p. 175.

aos legisladores mandatários para que realizem os valores que sagra.⁷¹

Tenha-se presente que a corrente de exegese conforme os direitos maximizados, daria o efeito horizontal atribuído aos direitos fundamentais, deduzindo que:

O sentimento constitucional da atualidade passou a exigir que o princípio da dignidade dos seres humanos, que serve de estrutura ao edifício das Constituições da era contemporânea, venha fundamentar a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, ou seja, a eficácia externa, também denominada direta ou imediata, que na prática coincide com o chamado efeito horizontal do elenco de direitos.⁷²

Com efeito, depreende-se que a imposição de uma revisão completa no sentido da interpretação e aplicação das normas protetoras dos direitos humanos, originou-se da extraordinária evolução do constitucionalismo do terceiro milênio.⁷³

Deve haver a quebra da rigidez do positivismo. Sempre causa surpresa, quando da defesa fervorosa do positivismo, o fato de os mesmos seguidores dessa corrente questionarem a abertura constitucional e amparar a existência de princípios e regras. Reconhecer o axioma dos princípios é seguir a abertura constitucional.

Busca-se a mescla dos sistemas vigentes. Não obstante, é frequente se deparar com correntes doutrinárias que mesclam o conteúdo de duas correntes opostas. E na maior parte das vezes, são as teorias que sempre apresentam melhor solução para os dilemas societários.

A dignidade humana (centro normativo de unidade do sistema) como pressuposto axiológico da organização política nacional, faz “irradiar para o plano da legalidade infraconstitucional um padrão de interpretação e de execução normativa, que é de observância compulsória”.⁷⁴

Dentro da mesma tendência, tentando-se achar uma maneira de se reconhecer o obsolescimento da norma penal (Código Penal), pugna-se pelo desenvolvimento de uma interpretação evolutiva do sistema penal que venha

⁷¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Op. Cit.* 2006. p. 139

⁷² *Idem.*

⁷³ *Ibidem.*

⁷⁴ *Ibidem.*

a manter o conquistado em termos de direitos fundamentais. Nessas questões envolvendo a eutanásia, percebe-se a defasagem da norma penal, que antecede e muito a carta fundamental de direitos da república.

A partir dessa fácil percepção e constatação, será repisada esta visão no capítulo seguinte, que trará argumentos comparativos sobre o aborto, o qual enfrenta o mesmo óbice, visando em fim dar cabo a unidade de sistema, como um organismo autopoietico.

A Constituição Federal disciplina e consagra a dignidade humana, enquanto que o direito penal frente à época em que foi produzido, não vislumbra e nem exclui situações que atentam contra a dignidade, necessitando para tanto da pretendida adequação interpretativa jurisdicional, ou mesmo da readequação legislativa.

Não basta a Constituição defender os seus fundamentos por si só. Para que o fim do ser humano seja realmente cumprido, o sistema como um todo deve estar em sintonia semântica.

2.4 DA FILOSOFIA NEOKANTIANA AO FINALISMO

Dentro das tendências penais e das teorias que cercam o funcionamento de inclusão dos elementos formadores dos delitos, seguindo a ordem mais recente, trar-se-á para compreensão as sínteses dos pensamentos neokantiano, finalista e funcionalista.

Desde logo, trata a filosofia neokantiana da superação do positivismo. Sustenta Luiz Regis Prado que:

Em oposição à teoria dominante, o Direito não pode ser tratado pelo prisma da causalidade, visto que não integra o mundo natural em que o passado determina o futuro, mas sim o mundo teleológico, da finalidade, do querer.⁷⁵

Busca esta tendência, a doutrina do Direito justo, tal como a norma positiva pelo contexto histórico. Pretende-se o direito justo como fim da norma, e não o direito positivo. Convém salientar, que não prega a

⁷⁵ PRADO, Luiz Regis. *Op. Cit.* 2006. p. 95.

negação ao positivismo, tão apenas a realidade cognoscível pela ciência jurídica.⁷⁶

Em linhas gerais, as novas diretrizes teóricas nada mais fazem do que adaptarem-se aos direitos fundamentais do homem, principalmente a dignidade humana. Nesta toada, o finalismo vem complementar e incrementar o posto pela vertente neokantiana. Por conseguinte, dado o princípio da intervenção mínima do direito penal, não se pode olvidar ao problema da violação do direito ao desenvolvimento.⁷⁷

Santiago Mir Puig salienta que:

A diretriz finalista, ancorada em sólidas bases científicas, não se caracteriza somente como uma doutrina de ação, nem tampouco da sistemática dos caracteres do delito. É algo mais: um reflexo na dogmática jurídico-penal de uma atitude epistemológica.⁷⁸

Em suma, as normas ficam obsoletas e necessitam de uma evolução em conformidade com os direitos fundamentais do homem, e mais, necessitam da ordem dos valores.

O critério valorativo fundamental do respeito à dignidade humana, como um princípio de justiça imanente ao Direito e de validade *a priori*, imponderável e intangível; este, e não a finalidade nem o dolo inserido no tipo, constitui o elemento essencial e o fundamento último do finalismo.⁷⁹

Assim como o fim da pena é a verdadeira reinserção social e o “banimento” dos indivíduos que afetam a sociedade como um todo, a nova tendência penal se enquadra no reexame do conteúdo do tipo e da ilicitude, dada a valoração do elemento subjetivo que não causa um verdadeiro dano social. A eutanásia não é um dano social, razão pela qual se molda na nova tendência penal de que tais atos realizados em prol do justo e dos direitos fundamentais não figuram como uma ameaça e muito menos um crime.

⁷⁶ PRADO, Luiz Regis. *Op. Cit.* 2006. p. 97.

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.* 2006. p. 73.

⁷⁸ PRADO, Luiz Regis. *Op. Cit.* 2006. p. 100.

⁷⁹ *Idem.*

2.5 EUTANÁSIA, UM PERMISSIVO LEGAL?

Afastando a visão legal do dolo, que apenas condiciona a realização dos elementos que compõe o tipo objetivo, deve-se observar a esteira dos verdadeiros elementos subjetivos que justificaram a realização de tais atos. Esta referência leva em consideração os elementos subjetivos do tipo, pois se o dolo é o querer do tipo penal (a vontade realizadora do tipo objetivo), aqueles estão presentes e exigem mais que o mero querer a realização do tipo objetivo.⁸⁰

Os elementos subjetivos distintos do dolo diferem da culpabilidade, funcionando como um justificativa constante da idéia de justiça. Não obstante, o que se pretende dar é a interpretação de inexistência da prática de crime ou não merecimento da incidência de pena (dando ensejo à teoria dos fins da pena), pois leva-se em consideração, além dos motivos, a realização do ato conforme o direito. O direito, *in casu*, seria o fundamento da dignidade da pessoa humana e o direito à morte.

Mais uma vez Maria Helena Diniz assevera que, “*se a morte advier de sedação paliativa para atenuar a dor do paciente terminal até o dia de sua morte, crime não haverá*”.⁸¹ Afirmar e excluir as consequências penais da conduta de sedação paliativa seria uma espécie de “fuga reflexiva da tipicidade”. Por isso, busca-se uma solução razoável e coerente, pois a morte de qualquer forma virá, e virá de forma rápida. A eutanásia deve ser vista como uma aceleração digna da morte.

A conduta “eutanásia” foge da tipicidade. Neste passo, o resultado diferido demonstra a interrelação da conduta presente na ortotanásia e na sedação paliativa. Atribuir naturalidade a essas condutas e condenar a prática da eutanásia, seria agir de forma incoerente com a noção de sistema jurídico.

Muito embora, não seja abertamente permitida a realização da eutanásia, busca-se com a adoção de meios jurídicos idôneos, a utilização e

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.* 2006. p. 431.

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* 2008. p. 381.

adequação da regra infraconstitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado.

À base desse entendimento, Roberto Baptista Dias da Silva, define o seguinte:

Eutanásia não se confunde com o homicídio, porque aquela se realiza para proteger a dignidade do destinatário, buscando reduzir os danos por ele experimentados. Já o homicídio não tem nem uma nem outra característica, visto que sua prática não está fundada numa razão humanitária e, com ele, não se preocupa reduzir qualquer dano, mas simplesmente matar.⁸²

Estabelecidos tais parâmetros, visualiza-se que a prática da eutanásia não forma um tipo penal, nem poderia ser reprovada a sua prática, por não poder exigir dos envolvidos outro ato que não o da morte digna e desejada. Como se observa, não seria a eutanásia um permissivo legal, pela ausência de norma que a contraponha de forma expressa, conforme prevê a Lex Fundamentalis?

Feitas as devidas considerações, não há nas condutas da eutanásia (+ dignidade), elemento típico constante da legislação penal. Além do mais, não se faz presente a reprovabilidade da conduta, pois a conduta diversa é inexigível, haja vista que nenhum outro ato senão o adotado no caso, poderia ser realizado. Importante ressaltar nesse matricial que, até que decisão judicial resolva a questão, a eutanásia desde que firmada nas bases da dignidade da pessoa humana, não configura um verdadeiro tipo penal hábil a gerar responsabilizações na seara criminal.

⁸² SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Op. Cit.* 2006. p. 110 *apud* Albert Calsamiglia. "Sobre la eutanasia. p. 158

3 A EUTANÁSIA COMO RESPEITO MÁXIMO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Após todas as considerações acerca da visão penal da eutanásia, e do complexo princípio da dignidade da pessoa humana, busca-se atribuir a devida legalidade/licitude a prática da eutanásia, desde que intrincada pelos preceitos da dignidade.

Como vimos, a dignidade da pessoa humana possui estatura inexcedível de norma de princípio constitucional, sendo plenamente apta a fornecer efeitos às situações que pedem “proteção”.

Celso Antônio Bandeira de Mello assim dispôs: *“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma”*.⁸³

Destarte, caso a dignidade humana não seja respeitada em situações eutanásicas, tem-se a violação de um princípio constitucional.

Por todo o argumentado e pesquisado acima, vislumbrou-se que todos os temas jurídicos estão interrelacionados, e no caso da eutanásia e dignidade, não poderia ser diferente.

Poderia o Estado ou a sociedade interferir na decisão de desligamento de aparelho ou mesmo na adoção de recursos farmacológicos tendentes a por fim a vida, punindo os executores, que, diga-se de passagem, são meros executores da autonomia e dignidade alheias?

A re-visão e atualização do sentido de normas que regem temas não pacificados, significa tão só corresponder às expectativas contemporâneas da sociedade.

⁸³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 1986. p.230.

3.1 A LIBERDADE COMO INSTRUMENTO DA DIGNIDADE HUMANA

As liberdades públicas, advindas da Declaração dos Direitos Fundamentais do Homem, foram um grande marco para a adoção da responsabilidade dos atos do Estado, pois tais liberdades somente poderiam ser respeitadas, caso o poder fosse restringido e obrigado a garantir a autonomia do cidadão frente a escolha de seu destino, desde que não ofendesse o limite do outro ou da própria sociedade.

Tal revolução se deu com o reconhecimento principal de alguns direitos, que em face da posição de maior relevância em razão aos demais, merecem destaque: no artigo quarto da Declaração de 1789 (Declaração dos Direitos Fundamentais do Homem. França) está situado o princípio da liberdade (Art.4º) o qual consiste em “poder fazer tudo o que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites só podem ser determinados pela lei”.⁸⁴

Seguindo a mesma orientação, Ernst Forsthoff sustentou que:

Uma vez que a Constituição protege com tal insistência a liberdade e o livre desenvolvimento da pessoa, não se pode admitir que o legislador e a Administração imponham à liberdade, restrições que excedam o necessário para atingir o fim perseguido.⁸⁵

Flávia Piovesan ilustra que *“uma pessoa autônoma é aquela que é autora de sua própria vida”*.⁸⁶ Fato remoto, faz concluir que se a pessoa é autora da vida, porque não da sua morte, haja vista ser integrante do composto teleológico da dignidade humana.

Com base no imperativo categórico kantiano, em que o ser humano é um fim em si mesmo, o respeito à autodeterminação do homem sobre seu destino, encontra fundamento principal na dignidade da pessoa humana. A autonomia de vontade, como direito intrínseco do ser humano,

⁸⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Op. Cit.* 2006. *passim*.

⁸⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. Cit.* 1986. p. 382

⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.* 2006. p. 191.

gera a obrigação do respeito pelos demais de toda e qualquer decisão tomada pelo titular do direito, desde que restrita a seu plano de vida.

O Estado como órgão garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos, deve-se abster ao máximo de interferir no campo de atuação volitiva do homem, que como historicamente conquistado, passou a ter direito de decidir seu destino. Assim, existem espaços da esfera individual que não podem, por princípio, ser invadidos pelo Estado.⁸⁷

Maria Helena Diniz exalta que “o processo de secularização conduziu à dessacralização da vida, delegando o governo da vida à autodeterminação do ser humano, responsabilizando-o pela qualidade de vida”⁸⁸. A autonomia é a decorrência da dignidade humana. Estando ambos direitos intrincados, quando a situação exigir a eutanásia, esta será viável e possível, não podendo os envolvidos sofrerem qualquer sanção de efeito criminal.

A propósito, a liberdade exalta e contesta a legalidade penal quando esta não cumpre o seu papel nos termos do ordenado pela Constituição. Nessa vereda, Luis Roberto Barroso esclarece:

Além de assegurar o direito à liberdade em gênero e em espécie, a Constituição cercou-o ainda de certas proteções contra a atuação tanto do legislador como dos agentes públicos de execução das leis. São as garantias materiais, rubrica geral sob a qual se agrupam normas de objeto variado mas finalidade semelhante. Dentre elas estão as regras que limitam as espécies normativas que podem definir crimes, as que impedem a criminalização de certas condutas e as que limitam o poder do Estado na privação da liberdade do indivíduo.⁸⁹

E aqui pode-se rebater o direito de o médico adotar medidas que venham a contrariar a vontade do paciente, em virtude de seu dever de utilizar todos os meios éticos e existentes para se tentar curar o mesmo.

Em síntese, nem o Estado, nem o médico, podem interferir no âmbito de autonomia do paciente que “na sua existência total, na totalidade da sua conduta externa e interna, do seu agir, do seu querer, do seu pensar

⁸⁷ . BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Parte I, Artigo Eficácia e efetividade do direito à liberdade. TOMO I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 87.

⁸⁸ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* 2008. p. 359.

⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* 2006. p. 88.

e do seu sentir, pode ver a sua liberdade limitada através de uma ordem jurídica”.⁹⁰

Por tais razões, o que caberia aos envolvidos na eutanásia, citando assim médicos, enfermeiros, entre outros? Cumprir o desejado pelo paciente, e sofrer eventuais responsabilizações no âmbito criminal? Ou, exercer seu direito/dever de adoção de todas as técnicas possíveis, mesmo que de encontro com a vontade e dignidade do paciente consciente?

Neste passo, analisando as circunstâncias penais do fato eutanásia e a violação da dignidade e autonomia do paciente, afigura-se abuso da ordem jurídica as ações contrárias ao exercício da eutanásia.

A autoridade da lei penal encontra-se muito frágil frente a concreta autonomia/dignidade do paciente terminal e dos próprios envolvidos. Não se extrai precisão de sua aplicação, pois não determina estritamente a conduta eutanásia. Diante disso, a autoridade do Estado se dá com a influência de homens livres e preexistentes ao próprio Estado (imposição negativa de agir, em situações extremas como a da eutanásia), que foi criado para servir o homem.⁹¹

3.2 O DEVER (FUNÇÃO) DO JUDICIÁRIO

O Judiciário desenvolve papel cada vez mais importante na vida do Estado, assumindo a responsabilidade e emitindo a palavra final sobre temas de funcionamento e manutenção das liberdades públicas e exercícios do poder estatal. A eutanásia se enquadra em posição de destaque na vida do homem, figurando como verdadeira questão de liberdade pública. E é na interpretação constitucional, que o Judiciário impõe e resolve os transtornos da relação Estado/Indivíduo.

Como atenta Jurgen Habermas, *“os princípios morais, de origem jus-racional, são, hoje, parte integrante do direito positivo. Por essa razão, a interpretação constitucional assume uma forma cada vez mais jus-*

⁹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2001. p. 48.

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. *Op. Cit.* 2008. p. 255.

*filosófica*⁹².

É óbvio, pois, que o Judiciário torna-se o ente legítimo mais capaz para garantir a dignidade humana e os demais direitos fundamentais, analisando de forma crítica e imparcial as proposições existentes, traduzindo com maior eficácia o fim último da garantia envolvida. Executa a função de escolha dos meios com serenidade, admitindo que a razão de suas normas (meios de interpretação utilizados) consiste em oferecer, unicamente, garantia à norma constitucional.⁹³

Jorge Miranda informa que, “através da lógica interna do ordenamento jurídico não parece por inteiro impossível falar-se numa maior proximidade ou numa maior adequação da norma de garantia jurisdicional à norma garantida e, depois, tomar-se o princípio da constitucionalidade a partir da norma constitucional garantida”.⁹⁴

Portanto, clara é a importância da consolidação da interpretação jurisdicional constitucional, para integração e unificação das normas e conflitos que surgem da existência da própria Constituição e ordem legislativa infraconstitucional.

Frente a eutanásia e a dignidade da pessoa humana, o Judiciário deve encarar o problema não com o investimento puramente ideológico. Sem dúvida, deve pautar-se na atual forma de vida da sociedade, bem como do ambiente que envolve a situação. Possui desta forma, legitimidade constitucional para tal dever estatal.⁹⁵

A visão da estrita legitimidade legislativa democrática, atribuindo-se apenas aos parlamentos tal papel, encontra-se defasada. De acordo com a nova tendência, todos os poderes interagidos possuem legitimidade para contribuir com a unidade constitucional pretendida. Tais “novos” poderes, ou mesmo a realização de outras funções diversas das historicamente conhecidas, em razão da ineficácia absoluta apresentada pelos poderes tradicionalmente aceitos, formam uma constante, apresentando os que se

⁹² PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.* 2006. p. 412 *apud* HABERMAS, Jürgen. **Direito e Moral**, Lisboa: Instituto Piaget. 1992. p.39.

⁹³ MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.* 2007. p. 227.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

detêm ao tema, dúvidas cada vez mais frequentes quanto ao antigo e obsoleto sistema de repartição de funções. Com isso, sente-se a proeminência do Poder Judiciário, sofrendo a clássica teoria uma série de remodelagens.⁹⁶

3.2.1 Mutação Constitucional

De acordo com a nova tendência de remodelagem da relação de competências dos Poderes, a mutação constitucional torna-se um dos principais instrumentos de defesa exercido pelo Judiciário. Consiste no exercício de readequação da norma constitucional segundo os “fatores reais de poder”.

Dadas funções atribuídas tradicionalmente ao Legislativo, geraram para a Constituição (pelo menos no Brasil), uma fragilidade que vai de encontro com sua força normativa. Os parlamentares em vez de garantirem a unidade e supremacia da Constituição, passaram a utilizar dos meios conferidos (poder de reforma) para interesses alheios e escusos ao pretendido pela sociedade.

Consagrada a proeminência do Judiciário, este passou a desempenhar papel maior na defesa da carta magna. Entrementes, Kildare Gonçalves de Carvalho lecionou no sentido que:

A jurisprudência brasileira também tem sido elemento de mutação constitucional. Expressiva, a este propósito, é a denominada interpretação conforme a constituição, pela qual, havendo mais de uma interpretação plausível do texto de norma infraconstitucional, adota-se aquela que seja compatível com a Constituição. Ao promover a interpretação conforme a Constituição, o Supremo Tribunal Federal acaba por operar mudança na Constituição, pois não se limita apenas a pronunciar ou não a inconstitucionalidade, mas até mesmo diz o que o texto constitucional não diz.⁹⁷

⁹⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2007. p. 1028.

⁹⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 16ª Edição. Belo Horizonte: DelRey Editora. 2010. p. 346.

Complementando a idéia presente, tendo em vista a multiplicação dos conflitos sociais, tanto em grau de complexidade como em número de ocasiões, abriu-se o catálogo de novos direitos, os quais exigiam uma posição segura emitida pelo poder sobressalente.⁹⁸

Frente a imperante necessidade de resolução justa de todo e qualquer impasse que bata as portas do Poder Judiciário, principalmente os que versem sobre os de prática da eutanásia (possibilidade de não incidência de crime para os executores), forçoso reconhecer e compendiar uma solução baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, que por seu caráter atrativo máximo, impõe seja dada uma decisão que afaste a tipicidade de tais condutas, ou mesmo torne-as inculpáveis (por não poder se exigir outra conduta que não a adotada).

Caso a sociedade deseje esperar a benesse de uma legislação que “descriminalize”⁹⁹ a eutanásia, utilizando-se do argumento da legitimação democrática do legislativo, situações de incomensurável injustiça padecerão. Sacrificariam, neste agir e pensar, a dignidade humana e a tendência de utilização de novas funções pelos poderes, as quais buscam melhorias na vida em sociedade, por um sistema mais coeso, justo e seguro.

Ora ressalta Carlos Roberto Siqueira Castro, a incessante busca “da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento”.¹⁰⁰

Em remate, a mutação constitucional jaz como uma realidade presente, devendo o Judiciário, pautando-se na dignidade humana, segurança jurídica, dentre outros princípios relevantes, usar com parcimônia tal ferramenta na busca da redução das injustiças e transtornos advindos das relações sociais.

⁹⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Op. Cit.* 2006. p. 138

⁹⁹ Sendo deveras esclarecido no presente trabalho, que as condutas de todos os envolvidos na eutanásia não são típicas; logo, não haveria crime a se punir.

¹⁰⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Op. Cit.* 2006. p. 138

3.2.2 A Utilização da Interpretação Conforme

Técnica utilizada pelos tribunais, a interpretação conforme, traduz a unidade da ordem jurídica/constitucional. Tida como um método de trabalho, consiste na redução do âmbito possível de aplicação da norma, dando cabo a uma interpretação nula por desrespeito a termos constitucionais. Desta feita, haverá uma redução ou ampliação de sentidos da norma, precisando o verdadeiro conteúdo desta.¹⁰¹

Ana Paula de Barcellos, atenta ao fato da presença indispensável dos princípios na busca da interpretação conforme a ordem constitucional dita que, “os princípios constitucionais vão orientar a interpretação das regras em geral (não apenas as constitucionais, é bem de ver), de modo que o intérprete se encontra obrigado a optar, dentre as possíveis exegeses para o caso, aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente. Seja como for, sua função no ordenamento está direcionada ao caráter explicador e justificador em relação às regras”.¹⁰²

Como no aborto, essa questão está longe de ser pacífica. A urgência em se dar uma interpretação conforme o ordenado pela Constituição, solucionando os efeitos penais atribuídos a eutanásia e ao aborto, esbarram inicialmente no princípio específico da reserva penal. Sendo a eutanásia um fato atípico, será com a interpretação conforme ou mesmo com a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, que se esclarecerão os elementos formadores do tipo-homicídio, excluindo de forma precisa, eventuais incidências penais para os envolvidos na eutanásia.

A declaração parcial de inconstitucionalidade com nulidade e sem redução de texto aproxima-se muito da interpretação conforme, sendo que aquela é a exclusão de determinada hipótese de aplicação, realçando sua inconstitucionalidade. Já quanto a interpretação conforme, determinadas

¹⁰¹ TAVARES, André Ramos. *Op. Cit.* 2007. p. 225.

¹⁰² BARCELLOS. Ana Paula De. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar. 2ª edição, 2008, p. 52.

possibilidades de interpretação são tidas por incompatíveis.¹⁰³

Por se utilizar desse caminho hermenêutico, não existe nenhum desprezo a segurança jurídica. O núcleo rígido dos institutos jurídicos, no caso a legalidade, não fica ferido. Ocorre apenas – dentro da unidade/ordem jurídica de natureza teleológica-axiológica –, que um conceito ou hipótese fática normatizados, qualquer que seja o seu teor, sejam adequados e flexibilizados às novas comunicações de sentido e as novas orientações valorativas que emanam dos princípios de direito, enquanto alicerces fundantes do mundo jurídico.¹⁰⁴

Ambas as técnicas poderiam alcançar o fim pretendido pela dignidade, em relação aos efeitos das condutas dos envolvidos na eutanásia. Sendo assim, as hipóteses de aplicação do crime de homicídio para os envolvidos na eutanásia, ficariam excluídas da incidência da norma penal. As interpretações conferidas ao crime de homicídio seriam restringidas a casos verdadeiramente homicidas.

A maneira de se atingir este resultado, poderia ser alcançada de forma concreta, via recurso extraordinário, ou mesmo pelo caminho abstrato, sendo adequado para esta última, o uso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. Examina-se nesse ponto, que a arguição, consoante preconiza a Lei 9.882/99, visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental (que no caso seria a violação à dignidade da pessoa humana pela aplicação da pena de homicídio piedoso aos envolvidos na eutanásia), sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, antecedentes à Constituição. Convém lembrar que, como o Código Penal é anterior a Constituição Federal, afigura-se a ADPF a única medida capaz de afastar a lesão posta.¹⁰⁵

¹⁰³ TAVARES, André Ramos. *Op. Cit.* 2007. p.258.

¹⁰⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Op. Cit.* 2006. p. 173.

¹⁰⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Op. Cit.* 2010. p. 552.

3.3 O DIREITO A MORTE DIGNA

Acerca de todo o explanado, chega-se a um dos pontos finais e complexos do problema, o direito a morte digna. A previsão deste direito em formação, em conjunto com a “descriminalização” da eutanásia, formam o cerne da questão, razão pela qual, estando assente e consolidada esta garantia, tornar-se-á de fácil solução e desmistificação a eutanásia.

Enfim, matar alguém é a intenção pura, sem fim e de completo descaso para com a vida. As situações dos envolvidos na eutanásia, desde que amparadas na dignidade humana, estarão excluídas do crime de homicídio. A interpretação da conduta realmente homicida, seria constitucional apenas para os que realmente mataram alguém.

Aliás, fazendo um comparativo com o também tormentoso tema do aborto e tendente a extrair um argumento que fortifique a eutanásia, revela-se que o aborto em inúmeras situações normativas permitidas, ofende muito mais a vida que a própria eutanásia.

Como se nota, merece o Código Penal sofrer uma vasta interpretação evolutiva. Justificando o ostracismo que encoberta a norma penal do aborto, Luis Roberto Barroso explica que ,deve-se aplicar aqui, no entanto, uma interpretação evolutiva do Direito. A norma jurídica, uma vez posta em vigor, liberta-se da vontade subjetiva que a criou e passa a ter uma existência objetiva e autônoma. É isso que permite sua adaptação a novas situações, ainda que não antecipadas pelo legislador, mas compreendidas na ordem de valores que o inspirou e nas possibilidades e limites oferecidos pelo texto normativo.¹⁰⁶

Daí por que, e com bastante propriedade, deve-se excluir a ilicitude, culpabilidade e punibilidade da eutanásia e variáveis, por serem bem menos graves que o aborto permitido nos casos de gravidez advinda de estupro. Tal permissão, publicada em época posterior ao surgimento do Código original, conformou a defasada norma penal (do aborto) aos novos valores adquiridos com a evolução. É esse modelo, que uma vez foi utilizado

¹⁰⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* 2006. p. 181.

com sucesso no caso da permissão do aborto pelo estupro, que deve proceder com a eutanásia, incorrendo em absoluto retrocesso, caso venha uma norma punir a prática da eutanásia (como se intenta o anteprojeto do Código Penal).

Por seu turno, a eutanásia é hipótese de atipicidade ou mesmo de exclusão de culpabilidade. Uma pessoa em estado terminal apresenta situação muito mais grave e com menos chances de uma vida digna do que um nascituro saudável que foi concebido de uma relação de estupro. Os valores defendidos nesse último caso foram atribuídos ao direito da honra da mãe e a provável falta de amor e dignidade que seria dada ao filho, em detrimento à vida de uma pessoa que nasceria saudável.

Na eutanásia, o sopesamento abarcaria de um lado o direito à vida e, de outro lado, a dignidade da pessoa humana e a autonomia para decidir sobre seu destino. Mas aqui, faz-se uma ressalva, pois o direito à vida sopesado, equivale a direito a meia vida, haja vista ser uma vida posta em risco pela própria natureza. A dignidade e o direito a morte prevaleceriam frente à “meia vida” protegida.

Os bens jurídicos buscados pela eutanásia (dignidade e autonomia da vítima e dos envolvidos) assumem maior relevância que a honra da mãe, vítima de estupro. Mesmo assim, o ordenamento fez prevalecer a honra da mãe à vida saudável do filho. Presenciada a analogia, dada a lógica flagrante, merece a eutanásia ser “descriminalizada”.

Se o próprio Código Penal “sopesou” e afastou o direito à vida uma vez, pode fazê-lo novamente, e em situação menos grave do que a já em vigor. Assim, vários são os argumentos que mostram as incongruências do sistema, nada mais fazendo o intérprete na questão da eutanásia, senão a adequação a uma ordem normativa imperante – como fez o legislador liberando o aborto de um feto saudável em época pretérita.

Segundo Elizabeth Kubler-Ross “*morrer com dignidade significa ter permissão para morrer com seu caráter, com sua personalidade e com*

seu estilo”.¹⁰⁷

Quanto aos novos direitos, várias correntes de pensamento doutrinário contemplam e não expurgam a idéia de reformulação e criação de novos direitos, pois a rigor, o postulado da dignidade humana constitui-se no direito prolífero por excelência, tendo gerado nas últimas décadas várias famílias de novos direitos que angariaram o status de fundamentalidade constitucional.¹⁰⁸

A rigor, às normas de natureza principiológica cabem alargar, fecundar e comunicar novas possibilidades semânticas, novos horizontes axiológicos ao plano básico da previsão textual contida nas regras de preceito.¹⁰⁹

Urge informar, que a imposição de limites à moderna medicina, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano em todas as suas fases evolutivas (antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer) só é alcançado se estiver atento à dignidade humana.¹¹⁰

Embora tal questão seja imanente ao efeito da hermenêutica no ordenamento jurídico, “esses novos direitos supralegais, em razão do papel integrador da ordem jurídica desempenhado pela Constituição, passaram a exercer uma espécie de liderança axiológica em face dos micro-sistemas normativos”.¹¹¹

O princípio da proporcionalidade auxilia no estabelecimento do direito à morte digna, fácil e rápida, deixando claro que a escolha deste processo – quando toda utilidade desaparece, e quando a morte é iminente e inevitável – prevalece sobre a morte lenta e horrível.¹¹²

¹⁰⁷ KUBLER-ROSS Elizabeth. Sobre a morte e o morrer. 1991. *apud* DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* 2008. p. 377

¹⁰⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Op. Cit.* 2006. p. 144.

¹⁰⁹ *Idem.*

¹¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* 2008. p. 117

¹¹¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Op. Cit.* 2006. p. 136

¹¹² DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* 2008. p. 378.

3.4 A DESCRIMINALIZAÇÃO DA EUTANÁSIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Transcorrido todo o processo de argumentação sobre as definições e características da eutanásia, sobre os ditames e perspectivas da dignidade da pessoa humana, chega-se ao ponto final do embate, trazendo à solução a conexão entre aqueles dois institutos jurídicos, os quais fazendo parte de uma realidade, geram em primeira análise a atipicidade da conduta “eutanásia”. Em segunda análise, consoante demonstrado no 2º capítulo, poder-se-ia atribuir a conduta dos interventores da eutanásia, a ausência de culpabilidade e reprovabilidade de suas condutas por inexigibilidade de conduta diversa.

Solução semelhante (só que buscada para o problema do aborto de feto anencéfalo), também é apresentada por Luis Roberto Barroso. Segundo o autor:

A hipótese é de leitura dos dispositivos do Código Penal à luz da Constituição, para excluir sua incidência no caso de antecipação de parto de fetos anencefálicos. A técnica de interpretação conforme a Constituição excluiria um dos sentidos possíveis da norma, por produzir um resultado que contravém a Constituição, e a afirmação de outro sentido compatível com a Lei Maior.¹¹³

Diante disso, atribui-se uma crítica aos que colocam o princípio da legalidade penal acima de tudo e de todos. Pensar assim, é desconhecer a força dos princípios. É rebaixar a dignidade da pessoa humana a princípio comum, deixando de lado toda a luta travada na conquista de um sistema aberto, pautado na justiça, e inspirado na aproximação do Direito e da Ética, que é o fim pretendido pelo ser humano.

Por tais razões, a função, força e influência total dos princípios, enquanto reserva deontológica, jamais perderão o caráter legitimador para novas valorações e novas aplicações. Para tanto, a função que mais se destaca, é a de trazer novas compreensões, ampliando o campo de

¹¹³ BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* 2006. p. 684.

aplicação da norma.¹¹⁴

O que se busca dar a dignidade, é a máxima de sua correta aplicação para os casos em que se encontra ameaçada. Frente a situação de instabilidade e incerteza jurídica por que passa a eutanásia no mundo, incólume destacar a ameaça e ofensa constantes a dignidade do paciente concordante, dos familiares, dos executores (médicos e auxiliares), entre outros.

Para se evitar a busca prévia e contínua do Judiciário (bastando uma manifestação da corte máxima, adequando a situação à ordem constitucional), adequando a norma penal do homicídio à dignidade, viabilizando a eutanásia, caberia ao Supremo Tribunal Federal o papel relevante e delicado de encontrar o ponto de equilíbrio e determinação dos valores insculpidos na Constituição, utilizando-se para tanto dos métodos elencados em momento anterior.¹¹⁵

É nesse tema complexo, que se reforça o papel do Judiciário (sendo precipuamente o guardião da Constituição. Art. 102), que de forma equilibrada analisará, com a técnica precisa, a eficácia emanadora dos princípios e a postura legislativa omissa, que além de tudo se encontra defasada. Com efeito, até posterior e eventual edição legislativa, o controle judicial deve existir.

A questão econômica também concebe argumento justificador para a eutanásia, a qual desmembra no axioma do “desperdício” de tempo e recursos, os quais podem ser destinados ao tratamento de doentes que possuem reais chances de vida e cura. Neste diapasão, muitos médicos brasileiros mais corajosos argumentam que, em vista da precariedade de recursos do nosso sistema de saúde, não faz o menor sentido prolongar uma vida que está se perdendo.¹¹⁶

Com as devidas ressalvas, não seria essa a intenção para se justificar a realização da eutanásia, pois expressamente, busca-se a adequação e constitucionalidade (legalidade) da eutanásia frente às

¹¹⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Op. Cit.* 2006. p. 170.

¹¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* 2006. p. 688.

¹¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* 2008. p. 376.

situações excepcionais de ferimento constante da dignidade humana propriamente dita e direcionada.

Elenca Maria Helena Diniz, uma condição essencial para a realização válida da eutanásia, nos moldes da dignidade:

Só um consentimento esclarecido pode garantir a autonomia do paciente, por estar ela ligada à racionalidade, isto é, à capacidade de pensar, decidir e agir de modo livre e consciente.¹¹⁷

Diante da realidade cada vez mais cruel, urge a necessidade de edição de normas mais humanas e eticamente aceitas que acompanhem os avanços da medicina, apontando critérios para que o morrer dignamente seja uma realidade.¹¹⁸

Seguindo a tendência exarada no presente trabalho, o magistério de Gilmar Ferreira Mendes, traduz a função da dignidade perante a eutanásia:

Em suma, tanto numa hipótese quanto noutra (questão da absolutização ou não do princípio da dignidade), não se discute o valor da dignidade humana em si mesmo – até porque, sob esse aspecto, ele parece imune a questionamentos –, mas tão-somente se, em determinadas situações, ele foi ou não respeitado, caso em que, se a resposta for negativa, legitima-se a precedência da norma ou da conduta impugnadas em nome desse princípio fundamental.¹¹⁹

Desta feita, busca-se conferir interpretação conforme a Constituição das normas do Código Penal, afastando-as no caso de prática da eutanásia, de modo a viabilizar a atuação médica e dos envolvidos nos atos que importem na morte digna desejada pelo paciente (ADPF 54/STF. Pedido de Luis Roberto Barroso)

Porque não impor um limite ao próprio homem? Se realizar a eutanásia é brincar de Deus, prolongar a vida também é. A autonomia do indivíduo, caso opte pela morte digna, deve ser respeitada, não devendo de forma alguma, atribuir e punir criminalmente os envolvidos na eutanásia. Cada um tem seu tempo. Cada um tem o direito de decidir o seu tempo.

¹¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* 2008. p. 388

¹¹⁸ *Idem.*

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. *Op. Cit.* 2008. p. 151.

3.5 SOLUÇÕES PARALELAS/PRÁTICAS

Direito e Ética enfrentam os desafios dos avanços tecnológicos e das ciências biológicas, que deram ao homem o poder de interferir em processos antes privativos da natureza.¹²⁰

A título de curiosidade, o Conselho Federal de Medicina publicou artigo no *Jornal de Medicina* (Ano XXIV – N° 181, Fevereiro de 2010), discutindo a questão da ortotanásia e emitindo parecer favorável a sua realização:

Título “Conselho quer diálogo com relator do projeto de ortotanásia”. “O relator do processo que retira a ortotanásia do rol de ilícitudes, deputado José Linhares (PP-CE), será convidado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) para dialogar sobre o tema com a Câmara Técnica de Terminalidade da Vida e Cuidados Paliativos. O PLS 116, de 2000, que trata do assunto, agora tramita na Câmara como PL 6.715/09, após ter sido aprovado pelo senado, em caráter terminativo, em dezembro passado. Foram apensados ao projeto duas outras propostas: o PL 3.002/08 e o PL 5.008/09. A decisão de fazer o convite – tomada em 26 de janeiro – deverá ser formalizada após a próxima reunião da câmara técnica. A preocupação é ampliar o debate, procurando envolver nas discussões médicos, juristas, parlamentares, teólogos e profissionais da área da saúde, entre outros segmentos, em busca de um consenso que traga benefícios à sociedade. Pelo PL 6.715/09, de autoria do senador Gerson Camata, não constituiria crime, ‘no âmbito dos cuidados paliativos aplicados a paciente terminal, deixar de fazer uso de meios desproporcionais e extraordinários, em situação de morte iminente e inevitável, desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão’. O vice-presidente do CFM, Carlos Vital, acredita que ‘na assistência médica contemporânea se tornou possível prolongar de maneira indefinida o processo de morte, às custas de se transformar o direito à vida em dever de sofrimento. A descontinuidade dessas condutas, com o objetivo de evitar o sofrimento sem razão de ser, não deve ser interpretada como crime.’¹²¹

As inovações tecnológicas em excesso não são interferência à

¹²⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* 2006. p. 187

¹²¹ JORNAL DE MEDICINA. Conselho Federal de Medicina. Ano XXIV – N° 181, Fevereiro de 2010.

função de Deus?

Todos os argumentos firmados estão garantidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o qual identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo.¹²²

Para se evitar que a questão da eutanásia deixe de ser uma polêmica maior, pretendendo alcançar a constitucionalidade e legalidade com respaldo na dignidade da pessoa humana, é preciso que algumas soluções anexas e complementares sejam também adotadas.

Até para desengargo ético das decisões do Judiciário, sugere-se a regulamentação e estabelecimento de comitês de ética que tratem do tema.

A presença dos Comitês de Ética em Pesquisa pode funcionar como uma segurança e um limite a prováveis situações envolvendo a eutanásia, acautelando as condutas dos executores, ao analisar se as situações excepcionais se adéquam ou não a necessidade da medida. De acordo com Luis Roberto Barroso, “os comitês de ética em pesquisa (CEPs) estão regulados pela Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde. De acordo com a Resolução, toda pesquisa envolvendo seres humanos deverá ser submetida à apreciação de um Comitê de Ética em Pesquisa (art. VII, caput)”.¹²³

Como uma das possibilidades de se afastar a carga de responsabilidade do Judiciário (pelo menos quanto a questão da parte ética e valorativa), a presença dos comitês pode funcionar como um tranquilizante para o clamor público (que pouco entende das questões de técnica médica). Tal solução poderia ocorrer, quando a pessoa cometida de doença grave não puder expressar sua intenção (nos casos de coma de muitos anos, etc), e seja vontade da família que se proceda a eutanásia. A composição deve conter um colegiado com número não inferior a 7 (sete) membros, incluindo profissionais de várias áreas (saúde, jurídica, religiosa, social, bioética). O comitê de ética daria parecer sobre as chances de vida, minimizando a

¹²² BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* 2006. p. 682.

¹²³ Idem.

gravidade e complexidade da questão.

Existem questões envolvendo a eutanásia, que fogem da intenção do propósito, mas que mencionaremos algumas, tais como, a tomada de decisão pelos executores, quando o desejo do paciente nesses casos, tenha sido previamente expressado (em instrumento público ou particular, na presença de testemunhas, entre outros). Existe também a questão do curador (nomeado ou indicado previamente), quando da incapacidade do paciente para decidir, não tendo este manifestado qualquer decisão ou intenção prévia. Há na doutrina, propostas nesses sentidos, mas que *data venia*, apresentam certa restrição técnica-jurídica.

Posto isso, conclui-se que se os entes competentes (poderes competentes, conselhos de classes, organizações, entre outros) tomassem e discutissem as medidas propostas visando à unidade e supremacia da Constituição em conformidade com a autonomia do paciente, o embate quanto a eutanásia poderia ter seu conteúdo ético e justo esclarecido, garantindo a dignidade como o fim último do ser humano.

CONCLUSÃO

A dignidade é disponível? Em casos excepcionais, a dignidade supera o valor vida, que é tido por muitos como indisponível. Podemos ter certeza que o direito “vida” tido por indisponível, só será indisponível quando esta vida for tomada pela dignidade em sua real expressão. Caso esta conexão não se faça presente, certo que o valor dignidade prevalecerá, como ordem fundante e pré-existente do sistema e do ser humano.

Alguns até persistem, mas existem momentos excepcionais, que as chances de cura são tão remotas e inviáveis que, mais sábio, correto e justo, que o profissional responsável pelo tratamento do doente terminal reconheça as limitações do ser humano (paciente e médico), não agindo como Deus. A insistência desmedida, desrespeita o direito da pessoa de ter uma vida digna e um fim digno, pleno de sua existência.

Por isso, cabe somente a pessoa decidir quando deve ocorrer o momento mais adequado e oportuno para a morte. O princípio da proporcionalidade por conferir equilíbrio para o caso concreto, sempre oferece a fórmula para solução justa do caso. E é no princípio da dignidade da pessoa humana que se busca a carga de justiça e força vinculante desejada, em razão de esse super princípio ser o centro axiológico do sistema.

Por que ter tanto receio e reprovação em conferir o direito à uma morte digna? A única certeza que todos têm, é a de que algum dia vão morrer.

O sistema constitucional não admite ordem de incertezas e inseguranças. A forma como o Estado encara a eutanásia e suas variantes, é puro desrespeito ao conquistado em termos de direitos fundamentais. Está claro, da simples análise das normas infraconstitucionais que atacam a eutanásia – tais como as de origem penal, ético-disciplinar, entre outras –, que todas pertencem a um campo indefinido, sem conteúdo apto a lidar com um tema de tamanha envergadura e seriedade.

As regras que “regem” a eutanásia, como se propõe atualmente no sistema brasileiro, podem e vão gerar injustiças graves. A eutanásia necessita ser vista sob o prisma da individualidade do ser humano, em plena correspondência com a dignidade da pessoa humana e autonomia livre e desembaraçada da influência do Poder Estatal.

Pretende-se a utilização de técnicas corretas e ajustadas às diretrizes da norma constitucional, a fim de afastar os efeitos penais sofridos pelos envolvidos na questão da eutanásia, haja vista que por não existir tipo legal próprio, todas as condutas ligadas à eutanásia são atípicas, e ausentes de reprovabilidade (por inexigibilidade de conduta diversa) ou culpabilidade.

A definição pelo Judiciário, acerca da obscuridade pela qual paira a eutanásia, faz-se como imperante, agindo o órgão jurisdicional por sua corte constitucional, em atenção às técnicas de integração e solução das lacunas e empecilhos, legitimando a prática da eutanásia desde que em conformidade com a dignidade da pessoa humana e autonomia do paciente.

A questão que deve ser pacificada e uniformizada é a busca de tratamentos em acordo com a dignidade, ressaltando a morte digna. Os tratamentos que afrontam a dignidade, mesmo que presente o caso excepcional de prática da eutanásia, devem ser repudiados, pois assim o fim digno buscado, dissona do meio empregado. E para que o ser humano seja o fim em si mesmo, o meio que o circunda deve ser digno como seu fim. “É preciso ter a humildade de não tentar vencer o invencível”.¹²⁴

O Estado como garantidor dos direitos fundamentais do homem deve evitar ao máximo as injustiças, e ao mesmo tempo implementar e aperfeiçoar os direitos existentes, não devendo funcionar como um entrave para a evolução.

A primazia da dignidade da pessoa humana não permite que os envolvidos na execução da eutanásia, desde que vinculados a autonomia plena e consciente do paciente em estado terminal, sofram alguma sanção penal/legal ou moral.

Sob o prisma estritamente positivista, facilmente haveria a

¹²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* 2008. p. 381

punição de todos os que praticam a eutanásia. Todavia, não é o caminho correto a ser tomado. Muito embora essa nova postura seja em certos aspectos radical frente algumas vozes conservadoras da atualidade, é salutar a busca por novos direitos, direitos esses que se fortalecem na dignidade da pessoa humana, e que conforme o pensamento kantiano, conferem ao ser humano o fim que ele deve ser e que merece ter.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS. Ana Paula De. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais** – O Princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar. 2ª edição. 2008

BARROSO, Luis Roberto. **Gestão de Fetos Anencefálicos e Pesquisas com Células-Tronco**: Dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobos Torres*. Rio de Janeiro: Renovar Editora. 2006.

_____. **Temas de Direito Constitucional**. Parte I, Artigo Eficácia e efetividade do direito à liberdade. TOMO I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

BÍBLIA SAGRADA. Traduzida por João Ferreira de Almeida. Sociedade Bíblica do Brasil. Barueri-SP. 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª Edição. São Paulo: Malheiros. 2001.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia**: breves considerações a partir do biodireito brasileiro. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7571>>. Acesso em: 10/02/2009

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Volume 1. 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 16ª Edição. Belo Horizonte: DelRey Editora. 2010.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Dignidade da Pessoa Humana: O Princípio dos Princípios Constitucionais**. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobos Torres*. Rio de Janeiro: Renovar Editora. 2006.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2008.

FELBERG, Lia. **A Ortotanásia No Projeto Do Código Penal**. Disponível em:
<http://www.mackenzie.com.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/lia_felberg_01.pdf>. Acesso em: 15/07/2009

GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia**. Disponível em:
<<http://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>>. Acesso em: 22.08.2009

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8ª edição, São Paulo: Malheiros. 2003.

JORNAL DE MEDICINA. Conselho Federal de Medicina. Ano XXIV – Nº 181, Fevereiro de 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2001.

LEPARGNEUR, Hubert. **Bioética da Eutanásia. Argumentos Éticos em Torno da Eutanásia**. Disponível em:
<<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v7/bioeutanasia.htm>>. Acesso em: 10/05/2009

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo. Malheiros. 2005.

_____. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. Inocêncio Mártires Coelho. Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2008.

MIRANDA, Jorge. **Contributo Para Uma Teoria Da Inconstitucionalidade**. 1ª Edição. 1968. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora. 2007

PIOVESAN, Flávia. **Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Reforma do Poder Judiciário**. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobos Torres*. Rio de Janeiro: Renovar Editora. 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1. Parte Geral. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Compreensão Jurídico-Constitucional Aberta e Compatível com os Desafios da Biotecnologia**. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da Vida. Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2007.

SGARBI, Adrian. **Clássicos da Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris. 2009.

SILVA, Roberto Baptista Dias da. **A Visão Constitucional da Eutanásia**. Tese de Doutorado. São Paulo: PUC. 2006

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**:Temas de direito civil. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1. Parte Geral. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais. 2006.