

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

DIOGO DEL BLANCO DITADI

**UM DEBATE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 122 DO PLS
236/2012 NA TIPIFICAÇÃO PENAL DA EUTANÁSIA EM PACIENTES COM
VULNERABILIDADE EXTREMA**

VOLTA REDONDA

2018

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**UM DEBATE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 122 DO PLS
236/2012 NA TIPIFICAÇÃO PENAL DA EUTANÁSIA EM PACIENTES COM
VULNERABILIDADE EXTREMA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito
do UniFOA como requisito à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Aluno:

Diogo del Blanco Ditadi

Orientador:

Ms. Suiá Fernandes de Azevedo Souza

VOLTA REDONDA

2018



Fundação Oswaldo Aranha



FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

Um debate sobre a constitucionalidade do art. 122 do PLS 230/2012 na tipificação penal da autonomia em pacientes com vulnerabilidade extrema.

Elaborado por Diego Del Blanco Ditati apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em 30 de outubro de 2018

Banca Avaliadora:


.....
Professor Orientador - Unifoa


.....
Professor Avaliador - Unifoa


.....
Professor Avaliador - Unifoa

Aos meus pais e familiares que me apoiaram ao longo dessa jornada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à minha mãe, Angélica, por ser meu alicerce nesta e em todas as caminhadas. Ao meu pai, Isio, pelo incentivo, compreensão e apoio. Agradeço também à minha orientadora Suiá Fernandes, pelas considerações e incentivos que tornaram possível a conclusão desta monografia. Aos professores Gianelli Rodrigues, Daniele Amaral e Daniel Jordão, o qual tenho gratidão pelas preciosas lições de humildade e sabedoria. Agradeço também aos amigos amados de sempre o incentivo, a amizade, a companhia e o apoio: Gláucia Olivar, Isabella Duque, Kaio Oliveira, Jéssica Azevedo e Bruno Ribeiro.

RESUMO

No Brasil, atualmente, a eutanásia é enquadrada como crime de homicídio privilegiado, conforme o artigo 121, §1º do Código Penal. Ocorre que hoje tramita no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012 que traz reformas aos dispositivos do referido código, onde a eutanásia será, no artigo 122, tipificada como um crime autônomo. Essa perspectiva, embora possa ser aplicada à ideia de proteção à vida, levanta debates sobre sua tipificação e sua constitucionalidade, visto que fere os direitos à liberdade e à dignidade. Assim, a presente monografia teve o objetivo de verificar se, perante a Constituição Federal e seus princípios, a eutanásia deve ser penalizada no ordenamento jurídico pátrio. Desse estudo chegou-se à conclusão que, após a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da devida ponderação entre os direitos constitucionais, a inclusão da eutanásia como crime autônomo demonstra-se desproporcional e inconstitucional, ademais, com a referida colisão, diante dos casos concretos, tem-se a criação de um novo direito fundamental: o direito à morte digna.

Palavras-chave: Eutanásia; dignidade da pessoa humana; liberdade; morte digna.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	09
2	A CONCEPÇÃO DE EUTANÁSIA E DEMAIS INTERVENÇÕES MÉDICAS.....	12
	2.1 Espécies de eutanásia.....	13
	2.2 As demais formas de intervenção: ortotanásia, distanásia e suicídio assistido.....	15
	2.3 O atual panorama jurídico-penal da eutanásia no Brasil.....	18
3	A LIBERDADE INDIVIDUAL E O DIREITO À VIDA COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO.....	21
	3.1 A evolução histórica dos direitos fundamentais.....	22
	3.2 A colisão entre princípios constitucionais.....	24
	3.3 A dignidade da pessoa humana.....	30
	3.4 Os limites dos direitos fundamentais.....	33
4	A INDISPONIBILIDADE DO DIREITO À VIDA FRENTE À TUTELA ESTATAL.....	39
	4.1 O princípio penal da intervenção mínima do Estado.....	40
	4.2 O posicionamento do STF e a relativização do direito à vida.....	43
	4.3 O controle de constitucionalidade adequado à atual penalização da eutanásia.....	47
5	CONCLUSÃO.....	53
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

LISTA DE SIGLAS

ADIn – Ação Direita de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CCJ – Comissões de Constituição e Justiça

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CTNS – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde

MS – Mandado de Segurança

PLS – Projeto de Lei do Senado Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

1 INTRODUÇÃO

Como argumentou o filósofo humanista francês, Michel de Montaigne, em sua obra *Ensaaios* (2002, p. 74) sobre o caráter essencial da morte e da complexidade das formas humanas:

Ora, essa morte que alguns chamam de a mais horrível das coisas horríveis, quem não sabe que outros a denominam o único porto contra os tormentos desta vida? o soberano bem da natureza? o único esteio de nossa liberdade? e receita comum e imediata contra todos os males? E enquanto alguns a esperam trêmulos e apavorados, outros suportam-na mais facilmente que a vida.

Nesse sentido, pode-se dizer que um indivíduo não tem poder sobre o início da própria vida. Conforme dispõem os artigos 1º e 2º do Código Civil¹, a personalidade civil da pessoa inicia-se do nascimento com vida, sendo, portanto, fruto da vontade alheia. É o nascimento com vida que marca o início da condição humana efetiva, sendo a pessoa titular de direitos e deveres na ordem civil, ressalvadas as hipóteses onde há apenas a capacidade de direito e a ausência da capacidade de exercício, traduzindo-se na figura dos relativamente ou absolutamente incapazes.

O direito à vida constitui o primeiro direito de qualquer pessoa, sendo tutelado não apenas em nossa Constituição Federal e em nossas legislações infraconstitucionais, mas também em constituições estrangeiras e tratados internacionais. Juntamente com esse direito, na atual conjuntura global, também é tutelada, igualmente, a dignidade da pessoa humana e seus reflexos em todo o ordenamento visto que é o centro gravitacional de todas as relações jurídicas constituídas no Estado Democrático Brasileiro, tal como prevê tão logo no art. 1º, III da Constituição Federal².

Segundo Sarlet (2001, p. 60), ao tratar da dignidade da pessoa humana, destaca-se:

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

¹ Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

A inevitabilidade da morte, que é inerente à condição humana, não interfere na capacidade de alguém pretender antecipá-la. A escolha ou não sobre sua disponibilidade abrange um universo religioso, jurídico e moral. Existe um direito à morte a juízo do indivíduo? A concepção de dignidade da pessoa humana, que acompanha a pessoa ao longo de toda a sua vida, também pode ser determinada no momento de sua morte? Assim como há direito à vida digna, existiria direito à uma morte digna?

O que chama a atenção é o fato da escolha do poder público, diante da ausência de normas específicas sobre o tema, determinar que a tutela seja materializada dentro da esfera do Direito Penal, sem ao menos cogitar a possibilidade de buscar formas alternativas para a situação fática em debate em clara discordância com o princípio da subsidiariedade penal, a qual impõe que a tutela desse ramo jurídico deve apenas ser utilizado em última hipótese, quando os demais ramos não forem suficientes para proteger e resguardar o direito assegurado, não devendo, portanto, constituir regra para interpretação e tutela jurídica do Estado.

Além da escolha questionável, o próprio artigo 122, que será introduzido no ordenamento jurídico pátrio, é sensível no que tange à sua constitucionalidade, uma vez que a partir do momento em que o Estado, suposto defensor de nossos direitos e garantias constitucionais, propõe um projeto de lei que tipifica a eutanásia como crime, não se importando com o desejo do paciente ou com sua liberdade de autodeterminação e avaliação, é imperativo que sua conduta seja analisada de uma forma crítica, a fim de determinar sua legalidade e legitimidade frente a liberdade individual e a dignidade da pessoa humana. Para cumprir esse objetivo, o estudo foi dividido em três capítulos.

No capítulo inicial, para estabelecimento dos conceitos basilares, será analisada a eutanásia e suas espécies, quais sejam, a pura, a indireta, a passiva e a ativa. Também serão expostas demais formas de intervenção, como a ortotanásia, a distanásia e o suicídio assistido, além do atual panorama jurídico-penal da eutanásia no Brasil, dentro da Parte Especial, Título I, Capítulo I do Código Penal (artigos 121 ao 128).

No segundo capítulo, buscar-se-ão os fundamentos jurídicos para a referida tipificação, partindo-se, da Constituição Federal, no topo da escala normativa kelseniana e, posteriormente, para as demais normas infraconstitucionais, por exemplo, o Código Penal. Assim sendo, discutir-se-á o conceito da dignidade humana, sua conexão com a morte em

pacientes em estado de vulnerabilidade extrema, bem como a evolução dos direitos fundamentais, desde os direitos de primeira dimensão, passando pelos direitos de segunda dimensão, até o cenário contemporâneo onde tutelam-se os direitos de terceira dimensão.

Utilizar-se-á também uma análise através da hermenêutica constitucional que propõe como solução nos casos de colisão aparente de princípios constitucionais, a utilização dos princípios da concordância prática e dos subprincípios da proporcionalidade/necessidade, da adequação e da ponderação (proporcionalidade em *stricto sensu*), visando ponderar e determinar se o Estado teria ou não a legitimidade para interferir na escolha dos pacientes em como querem ser tratados ou como devem escolher a forma de viver o fim da vida.

E para encerrar o presente trabalho, examinar-se-á a escolha do Estado em tutelar a eutanásia dentro do Direito Penal, bem como o posicionamento recente da corte de superposição brasileira, o Supremo Tribunal Federal, nos casos de colisão entre a autonomia privada e o direito à vida, bem como a constitucionalidade da penalização da eutanásia. Para verificação dos pontos expostos, adotou-se como foco a colisão entre o direito de proteção à vida e os direitos de liberdade e dignidade da pessoa humana.

A partir desses pontos, o presente trabalho visa realizar uma ponderação de interesses, através da hermenêutica constitucional e dos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, e concluir pela possibilidade ou não da tipificação do procedimento eutanásico em pacientes em estado de vulnerabilidade extrema, além da abordagem de métodos alternativos para a tutela do direito à vida em oposição à imediata tutela penal e a constitucionalidade do PLS nº 236 de 2012.

2 A CONCEPÇÃO DE EUTANÁSIA E DEMAIS INTERVENÇÕES MÉDICAS

A palavra eutanásia possui origem grega, sendo composta pelos vocábulos *eu* e *thánatos*, que em conjunto significam *boa morte, morte boa e honrosa* ou ainda *alívio da dor*. Em sentido mais amplo, a eutanásia é uma interferência no curso natural da vida, sendo, portanto, um ato que provoca a morte, mas por compaixão a um paciente em estado de vulnerabilidade extrema, a seu pedido, de forma a cessar-lhe o sofrimento intenso.

O termo supracitado também foi objeto de análise pelo filósofo Francis Bacon, que ao tentar conceitua-la chegou ao resultado de que seria “a ação do médico que fornece ao doente, uma morte doce e pacífica, quando já não se tem mais esperança” (VILLAS-BÔAS, 2005 *apud* GUIMARÃES, 2011 p. 91).

Cabe aqui ressaltar que qualificar os pacientes como terminais não é, necessariamente, o termo mais adequado diante de uma perspectiva humanizada. Para a Dra. Pilar L. Gutierrez (2001, p. 01), o paciente encontra-se em estado terminal quando “se esgotam as possibilidades de resgate das condições de saúde do paciente e a possibilidade de morte próxima parece inevitável e previsível. O paciente se torna ‘irrecuperável’ e caminha para a morte, sem que se consiga reverter este caminhar”.

Na realidade, o ser humano é terminal, no sentido humanizado da expressão, já que todos morrem. É por isso que se deve substituir a expressão *terminal* para paciente em *vulnerabilidade extrema*. Qualquer ser humano é vulnerável no quesito dor, sofrimento e morte. E existem aqueles que vivem nesse extremo, mas nem por isso perdem sua capacidade de escolha, de discernimento e de autodeterminação, devendo seus valores e decisões serem levados em consideração durante seu tratamento.

Com os avanços médicos e científicos, não se pode dizer que é simples a tarefa de definir a prática da eutanásia, visto que há múltiplas concepções de seu significado e de seu alcance, devendo estes conceitos e acepções claramente definidos, pois, de forma equívoca, pode-se tomar como prática da eutanásia condutas que não se adequam em sua definição. Seguindo essa lógica, Vieira (2013, p.41) defende a importância da diferenciação para que:

[...] não se cometam equívocos diante da análise de caso específico, é preciso buscar o máximo de rigor possível na conceituação e na identificação da situação em que se encontra o paciente, para que a decisão correta acerca da conduta a ser adotada no caso seja tomada.

E justamente pelo tema aqui tratado versar sobre a tipificação da eutanásia, deve-se analisar aquelas condutas que de fato constituem crimes contra a vida e aquelas que constituem condutas atípicas, sendo irrelevantes para o Direito Penal, levando em consideração que há uma linha tênue entre as condutas praticadas pelos diferentes sujeitos do procedimento eutanásico.

2.1 Espécies de eutanásia

A eutanásia propriamente dita pode ser dividida em: ativa direta, ativa indireta e passiva, segundo o médico, Dr. José Roberto Goldim (2004, p. 01).

A eutanásia ativa direta é a mais conhecida, podendo também ser chamada de *comissiva* ou *positiva*, levando em consideração a ação do sujeito ativo que pratica o procedimento, sendo ele motivado por compaixão e causando, propositalmente, a morte do paciente com doença incurável, a seu pedido, devendo ele encontrar-se (não obrigatoriamente) em estado de vulnerabilidade extrema e grande sofrimento.

Ressalta-se que, Guimarães (2013, p. 94) afirma serem necessários alguns requisitos para que o procedimento seja enquadrado nessa modalidade eutanásica:

[...] que a morte seja provocada, entendendo-se que seja essa provocação havida por ação positiva de terceiro; que a provocação da morte se dê por piedade ou compaixão; que o sujeito passivo da eutanásia esteja acometido de doença incurável (irreversibilidade do mal com a conseqüente ausência de esperança de cura); que o mal incurável tenha dirigido o doente a um estado terminal; que este estado terminal da doença incurável faça com que o indivíduo padeça de profundo sofrimento (nele compreendendo-se a dor intolerável e o estado agônico em geral); e que a ação provoque encurtamento do período natural da vida.

Logo, partindo da análise de um caso concreto, caso não estejam preenchidos os requisitos supracitados, não se estará diante da eutanásia ativa direta, mas sim de um procedimento médico diverso.

Tem-se também como elemento importantíssimo para sua conceituação o consentimento do interessado. Juridicamente, o artigo 104³ do Código Civil dispõe que para o negócio jurídico possuir validade, exige-se que a manifestação de vontade para celebração do negócio seja proveniente de um agente capaz, ou seja, dotado de capacidade de fato para exercer por si só os atos da vida civil. Então, o consentimento do paciente é fato

³ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I – agente capaz;

II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III – forma prescrita ou não defesa em lei.

completamente essencial do procedimento, lembrando ainda que o Código Civil adotou a teoria da liberalidade das formas, não se exigindo do paciente que manifeste sua vontade formalmente.

O consentimento, portanto, é um requisito extrínseco ao procedimento eutanásico, mas relevante para seus desdobramentos, porque, estando o paciente lúcido e em condições mentais para tomar essa decisão, ou seja, em plena capacidade de exercício dos atos da vida civil, a escolha é única e exclusivamente sua. Se o ato for realizado em discordância com sua vontade, será a conduta tipificada como homicídio doloso, incidindo sobre o sujeito ativo a norma penal incriminadora do artigo 121 do Código Penal.

A eutanásia ativa indireta é bastante diferente da direta. Felix (2006, p. 125) afirma que “a eutanásia indireta, também denominada de ‘eutanásia de duplo efeito’ ou agatanásia, consiste na aceleração do processo morte em decorrência de medicamentos ministrados para aliviar a dor”. Então, nessa espécie, o terceiro (médico, enfermeiro, técnico de enfermagem, ou seja, profissionais da saúde) tem como intenção aliviar o sofrimento sentido pelo paciente. E, almejando o resultado, administra medicamentos, principalmente analgésicos potentes que mesmo aliviando as dores toleradas pelo paciente, produzem como efeito reflexo, sendo este esperado ou não, a morte do paciente.

Vieira (2013, p. 43-44) ressalta que a eutanásia de duplo efeito ou indireta é aquela em que:

A morte é acelerada em decorrência de ações médicas não visando ao êxito letal, mas ao alívio do sofrimento de um paciente. Note-se que, nesse caso, a ideia é tirar a dor do paciente, ainda que isso, no momento, aumente o seu risco de morte. Nesse caso, a morte não é a terapêutica em si, mas o efeito colateral da terapêutica indicada e utilizada na única dose suficiente para a obtenção de efeito desejado, que é a analgesia. O evento morte não é o que se busca nessa situação, ainda que conhecido o fato de ser consequência possível da droga em uso.

Já na eutanásia passiva não há a conduta positiva de um terceiro, mas sim verdadeira omissão, ou seja, uma conduta negativa. Lopes *et al* (2011, p. 61) esclarecem que “na eutanásia passiva, omitem-se ou suspendem-se procedimentos indicados e proporcionais e que poderiam beneficiar o paciente, tais como os cuidados paliativos ordinários e proporcionais”.

Em outras palavras, o evento “morte” deriva de uma conduta que não é positiva e direcionada para causá-la, mas sim de uma conduta negativa de se fornecerem os meios necessários para que o paciente em estado de vulnerabilidade continue vivo.

As três espécies de eutanásia vistas estão inseridas no gênero chamado “eutanásia propriamente dita”. Passa-se então a ver a definição de alguns conceitos que não podem ser considerados eutanásia, mas que por possuírem semelhanças com o tema, devem ser delimitados.

2.2 As demais formas de intervenção: ortotanásia, distanásia e suicídio assistido

A palavra ortotanásia também possui origem grega, sendo composta pelos vocábulos *orthos* e *thánatos*, sendo que conjuntamente, conforme Villas-Bôas (2008, p. 66):

[...] o médico não interfere no momento do desfecho letal, nem para antecipá-lo nem para adiá-lo. Diz-se que não há encurtamento do período vital, uma vez que já se encontra em inevitável esgotamento. Também não se recorre a medidas que, sem terem o condão de reverter o quadro terminal, apenas resultariam em prolongar o processo de sofrer e morrer para o paciente e sua família. Mantêm-se os cuidados básicos [...]

Pode-se defini-la como o não prolongamento artificial do processo natural de morte, onde o médico, sem realizar qualquer conduta positiva que provoque a morte do paciente, suspende os tratamentos extraordinários que apenas trariam mais desconforto e sofrimento ao doente.

Nesse sentido, Guimarães (2011, p. 129) afirma que:

A ortotanásia é praticada, em princípio, por médico, entendendo-se que o natural processo de morte já está instalado e a única contribuição do médico para o desfecho letal é deixar que o estado do paciente se desenvolva no seu curso natural, não estando o profissional da medicina obrigado a alongar, por meios artificiais, a senda do doente até o advento da morte, mormente sem que este tenha solicitado ao médico que assim aja, e com mais razão quando a vontade do paciente é de que não ocorra tal prolongamento.

Analisando esse conceito, *a priori*, pode-se confundir o procedimento da ortotanásia com a eutanásia passiva, sendo que até mesmo alguns autores os consideram sinônimos. No entanto, essa noção não pode prosperar visto que, embora ténue sua diferença, são intervenções médicas diversas.

No caso da ortotanásia, as medidas omitidas ou suspensas perderam sua indicação, sendo que independentemente da sujeição do paciente em vulnerabilidade extrema ao tratamento, não terá uma sobrevivência de qualidade, visto que o processo de morte já começou. Enquanto isso, na eutanásia passiva, a omissão e a suspensão ocorrem sobre medidas e tratamentos ainda indicados e proporcionais ao estado do paciente, podendo até mesmo aumentar seu tempo de vida com qualidade e não apenas quantidade. Em suma, a diferença reside entre provocar a morte propositalmente por omissão e deixar de oferecer um tratamento inútil ao vulnerável.

Outra intervenção médica que é semelhante à eutanásia é o suicídio assistido. Lopes *et al* (2011, p.65) esclarecem que:

O suicídio assistido, também conhecido como autoeutanásia ou suicídio eutanásico, é o comportamento em que o próprio indivíduo dá fim a sua vida sem a intervenção direta de terceiro na conduta que o levará à morte, embora essa outra pessoa, por motivos humanitários, venha a participar prestando assistência moral ou material para a realização do ato.

Além disso, afirma Guimarães (2011 p. 177-178) que se deve diferenciar a figura do suicídio assistido e da assistência ao suicídio com interpretação eutanásica, uma vez que o suicídio assistido:

[...] pode ou não ter essa conotação eutanásica, de acordo com a presença dos requisitos da eutanásia propriamente dita. De qualquer maneira, ainda que presentes tais requisitos, para se afigurar essa hipótese, deveria mesmo, reiterar-se, haver pedido precedente por parte do interessado, eis que, caso contrário, haveria, antes do auxílio, uma instigação ou um induzimento ao suicídio, o que parece incompatível com a conotação eutanásica, ainda que o interessado estivesse em ‘situação’ eutanásica (enfermidade grave, estado terminal e com sofrimento).

Assim, do ponto de vista do autor, a assistência ao suicídio assemelha-se à eutanásia propriamente dita, diferenciando-se apenas no sujeito ativo que realiza a conduta causadora da morte, sendo, no caso, o próprio doente terminal, assistido por outrem.

Mas, como foi dito na conceituação da eutanásia ativa direta, os requisitos da vulnerabilidade extrema e do grande sofrimento, defendidos por Guimarães (2011, pg. 93), não necessariamente devem estar presentes para que o procedimento seja considerado eutanásia ativa. O autor explica que o intenso sofrimento é a “[...] degeneração do corpo e de que familiares assim o vejam, o do abandono e solidão na hora da morte, o do desrespeito ao desejo de morrer e ainda o da dependência para as atividades cotidianas”.

Para exemplificar a diferença entre a eutanásia ativa e o suicídio assistido, pode-se utilizar o caso ocorrido no dia 30 de abril de 2018, referente ao cientista australiano, David Goodall, hoje com 104 anos, não possuidor de qualquer doença ou em estado de vulnerabilidade extrema que viajou no início de maio de 2018 para a Suíça com o intuito de encerrar sua vida.

Nas palavras do cientista: “Não sou feliz. Eu quero morrer. Não é particularmente triste. O que é triste é ser impedido” (G1, 2018) Para ele, todos que desejam devem ter direito a uma morte pacífica e digna, sendo o suicídio assistido a melhor escolha no tocante à qualidade de vida para o australiano.

No dia 10 de maio de 2018, Goodall faleceu tomando uma dose de pentobarbital de sódio, sedativo poderoso responsável por causar a parada cardíaca em menos de dois minutos e de forma indolor (The New York Times, 2018). Ruedi Habegger, o médico do cientista, afirmou que a realização do procedimento pode ser feita para qualquer pessoa que esteja sã e que fale sobre pôr fim à sua vida por um certo período de tempo, além de possuir a capacidade física para injetar em si mesmos a dose letal do referido sedativo (The Local, 2018).

Mesmo não sendo o procedimento da eutanásia, o suicídio assistido exige as mesmas condições desta, residindo a diferença apenas no sujeito ativo que realiza a ação final. No caso exposto, por ainda não estar em estado de vulnerabilidade extrema e não estar em agonia com dores insuportáveis, seria possível que não se permitisse a prática do procedimento para Goodall?

Entende-se que não, visto que a imposição da vulnerabilidade e da dor retiram do paciente o direito de escolher o momento de sua morte, quando ainda teria condições para isso, além de forçá-lo a passar por um sofrimento desnecessário.

Além disso, não se pode levar em conta apenas o sofrimento físico, como defende Vieira (2013, p. 43):

Quanto ao sofrimento e à condição de terminalidade, é preciso pontuar que esse sofrimento não pode ser visto apenas sob o ponto de vista físico, admitindo-se também o sofrimento moral do tetraplégico, o sofrimento por antecipação do portador de Alzheimer ou o sofrimento presumido do indivíduo em estado vegetativo permanente.

Com o exemplo exposto e os pressupostos defendidos, fica claro que as condições de sofrimento e vulnerabilidade possuem seu valor, no entanto, não são determinantes para caracterização da eutanásia.

A distanásia, também conhecida como “obstinação terapêutica”, encontra-se no extremo oposto da eutanásia e pode ser definida como a prática dos profissionais da saúde que, muito embora desejem manter a vida do paciente em vulnerabilidade extrema, utilizam-se de todos os meios possíveis para obter o resultado, mesmo que a morte seja inevitável e que esta ação médica cause um fim lento e doloroso. Lopes, Lima e Santoro (2011, p. 64) discorrem que não há uma definição plena para a distanásia, mas que ela pode se caracterizar como a

[...] adoção de medidas terapêuticas excessivas e que não direcionam para a cura, mas para o sofrimento do paciente. Trata-se de o médico adotar medidas fúteis e desproporcionais que configuram tratamento desumano e degradante, por permitir o prolongamento da vida exclusivamente em termos quantitativos e não qualitativos. Cuida-se de procedimento que ofende a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Esse prolongamento da vida, quando em discordância da vontade do paciente, configura a distanásia, um tratamento sem sentido que, muito embora lhe proponha a quantidade máxima de vida possível, o faz sem qualidade, e, pelo contrário, torna o processo lento e doloroso.

2.3 O atual panorama jurídico-penal da eutanásia no Brasil

A Constituição Federal nada refere-se a respeito da eutanásia ou de um direito à morte digna. Na legislação infraconstitucional também não há nenhuma lei ou dispositivo legal que a mencione explicitamente. No entanto, como dito acima, atualmente, no Brasil, está em vigor o Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, mais conhecido como Código Penal.

Dentre as mais diversas disposições nele encontradas, o que de fato interessa ao tema da presente monografia encontra-se na Parte Especial, Título I, Capítulo I: Dos Crimes Contra a Vida (Artigos 121 à 128) e Capítulo III: Da Periclitación da Vida e da Saúde (Artigos 130 à 136), principalmente os artigos 121 e 135⁴.

Assim sendo, diante da realização do procedimento eutanásico ativo, entendem os doutrinadores Pedro Lenza, Victor Eduardo Rios Gonçalves que o juiz deve aplicar a pena prevista para o crime de homicídio simples, a princípio, o artigo 121 do Código Penal. No entanto, caso se prove, diante do caso concreto, que a conduta do agente foi compelida de relevante valor moral ou social (quais sejam, compaixão diante do sofrimento da vítima ou morte digna à ela proporcionada), não deve o juiz aplicar a pena prevista no *caput* do artigo,

⁴Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

§ 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, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

mas sim a causa de diminuição de pena do §1, também chamado de homicídio “*privilegiado*”. Segundo Pedroso (1995, p. 282):

Na Eutanásia, elimina o agente a vida da sua vítima com intuito e escopo de poupá-la de intenso sofrimento e acentuada agonia, abreviando-lhe a existência. Anima-o por via de consequência, o sentimento de comiseração e piedade. Nosso Código não aceita nem discrimina a Eutanásia, mas não vai ao rigor de não lhe conceder o privilégio do relevante valor moral. Comumente, as pessoas ao ouvirem falar em Eutanásia, exemplo quem é o homicídio privilegiado por motivo de relevante valor moral, logo, a associam a doença e a enfermidade de desfecho fatal. No entanto, para os efeitos penais concernentes à concessão do privilégio, cumpre realçar-se que nem sempre há de estar a Eutanásia indissolúvelmente vinculada a doença de desate letal. Sobrepuja ao fato objetivamente, considerado a compulsão psíquica que leva o agente a agir, a sua motivação, *punctum purieris* e cerne do privilégio. Nem é por outra razão que não se contenta a lei penal, nesse passo, com a simples ocorrência do relevante valor moral presente no episódio, requestando e exigindo que o crime seja cometido por relevante valor social ou moral. Importa e denota vulto, sobretudo, o motivo ou erupção interior psíquica do agente, e não o mero episódio em seu evoluir objetivo, no seu quadro externo [...]

Em 1984, o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal brasileiro (artigo 121, § 3º) disciplinou a eutanásia ativa ao isentar de pena o médico, assim dispendo: "o médico que, com o consentimento da vítima, ou, na sua possibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, para eliminar-lhe o sofrimento, antecipa morte iminente e inevitável, atestada por outro médico". Porém, houve a reforma da Parte Geral da atual legislação penal, sem que a parte especial chegasse a ser realizada.

No tocante à eutanásia passiva, vista anteriormente como sendo a interrupção do tratamento realizada pelo profissional da saúde, deixando que a doença siga seu curso natural, pode-se dizer que se enquadra previsão do artigo 135.

Percebe-se, portanto, que muito embora o Código Penal não traga as figuras da eutanásia ativa e passiva, os magistrados e tribunais brasileiros as penalizam dentro dos tipos penais do artigo 121, *caput* ou §1º ou artigo 135, parágrafo único, respectivamente, entendendo-as como violadoras do respeito à vida humana e os interesses da vida comunitária, de natureza moral, religiosa e demográfica. O direito vê nelas um fato imoral e socialmente danoso, configurando a necessidade da intervenção preventivo-repressiva do Estado contra o agente que a realiza.

No entanto, tramita hoje no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, de autoria do Senador José Sarney (PMDB/AP), responsável pela reforma do Código Penal, criando em seu artigo 122 um tipo autônomo para a eutanásia sendo previsto que “matar, por

piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave ensejará a pena de prisão, de dois a quatro anos”.

Importante ressaltar que o novo artigo 122 também traz uma inovação em seu §1º, qual seja, o perdão judicial: “O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima”.

Segundo Eudes Quintino de Oliveira Júnior e Pedro Bellentani Quintino de Oliveira (2012, p. 394), “o § 1º do artigo 122 do anteprojeto carrega um permissivo judicial”. Eles dizem o seguinte:

O julgador poderá deixar de aplicar a pena prevista em razão da avaliação das circunstâncias do caso, assim como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima. A melhor interpretação hermenêutica conduz a uma avaliação eminentemente subjetiva do julgador que analisará todas as circunstâncias do evento, compreendendo aqui todo o alinhavar de natureza social, médica, ética, juntamente com os sentimentos familiares. Mesmo que se conclua que ocorreu a prática da eutanásia, com todo o revestimento de homicídio piedoso, o juiz deixará de aplicar a pena. Trata-se da concessão do perdão judicial. Tal hipótese ocorre quando há um vínculo familiar ou afetivo entre as pessoas envolvidas, e o agente causador da conduta foi punido tão profundamente com a sua conduta que seria até mesmo desnecessária a aplicação de sanção penal, que terá o efeito do *bis in idem*.

Com a simples leitura infere-se que muito embora ela continue a ser criminalizada, passará a ter sua própria tipificação e a ser tratada de forma menos gravosa que o Código Penal atual ainda em vigor. Não seria punida, portanto, a eutanásia praticada por parente, familiar ou alguém com laços fortes de afeição com o paciente em estado de vulnerabilidade extrema.

Em suma, embora haja o perdão judicial previsto no art. 122, §1º, o que se evidencia é a desnecessidade da tipificação do procedimento eutanásico pelo Direito Penal, sendo a atuação estatal frente à liberdade individual equivocada, merecendo prosperar a autonomia da vontade e, caso o Poder Público vislumbre eventual demanda para controle do procedimento, que seja realizado através de outro ramo jurídico, até mesmo porque o ordenamento deve ser interpretado como um todo e não isoladamente, sendo perfeitamente possível sua regulamentação através da via administrativa.

3 A LIBERDADE INDIVIDUAL E O DIREITO À VIDA COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO

Conceituar os direitos fundamentais é uma tarefa árdua visto que há tentativa de dimensionar o amplo espectro que eles possuem, no entanto, Sarlet (2015, p. 77) os conceitua como

[...] todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa e implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhe ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal.

Assim, são direitos subjetivos inerentes à todas as pessoas (sejam elas físicas ou jurídicas), com caráter público, contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que possuem caráter normativo supremo dentro do Estado Democrático, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (eficácia vertical) e até mesmo entre os próprios particulares (eficácia horizontal).

Importante destacar que os direitos humanos e os direitos fundamentais, embora possuam ligação, não constituem o mesmo sentido semântico. Para melhor explicação, Sarlet (2007, p. 35-36) afirma o seguinte:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Portanto, feita a diferenciação supracitada, a presente monografia possui como escopo a análise da tutela penal sobre o direito à liberdade individual de realização do procedimento eutanásico frente aos direitos fundamentais atualmente positivados na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, ao observar minuciosamente os direitos fundamentais, percebe-se que estes são formados por uma evolução histórica sequencial baseada na demanda de cada época, nunca excluindo da Carta Magna aqueles direitos já conquistados e positivados na legislação, ou seja, possuindo caráter cumulativo (historicidade) e qualitativo. Por esse motivo, o termo

mais adequado para se referir aos direitos fundamentais seria “dimensão”, em oposição ao termo “geração”, sendo que este daria uma ideia de substituição ou superação.

3.1 A evolução histórica dos direitos fundamentais

A Revolução Francesa, ocorrida no final do século XVIII, teve como cenário a miséria da população, enquanto a monarquia e o clero viviam no luxo exploratório. A população, então, seguindo os ideais iluministas (que propunha um Estado laico e que representasse seu povo) e a burguesia, revoltada contra o regime absolutista (que impunha uma pesada carga tributária e dificultava o desenvolvimento do comércio), uniram-se para retirar o governo das mãos da monarquia, na época representada por Luís XVI.

Como afirma Bobbio (1992, p. 85), os principais ideais da Revolução Francesa (Liberdade, Igualdade e Fraternidade), consolidaram-se a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional em 26 de agosto de 1789, podendo-se citar como seu ápice o disposto no artigo 1^o.

Foi a partir desse momento histórico que os indivíduos passaram a ser titulares, não apenas de deveres em relação ao Estado, mas também de direitos frente a esse que possuiria o dever de cuidar das necessidades de seus cidadãos, sejam elas individuais ou coletivas, inaugurando o Estado Liberal onde o poder emanaria da soberania popular e a liberdade de mercado. Ainda, tem-se as palavras de Godofredo (2008, p. 346):

Historicamente, como sabemos, a limitação do poder dos Governos foi uma conquista do Povo contra a prepotência dos reis. Ela começou a se tornar efetiva com a constituição das primeiras formas de Governo representativo. Hoje, ela resulta, naturalmente, do exato conhecimento dos fins e funções do Estado.

Segundo Karel Vasak, na aula inaugural de julho de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, pode-se perceber uma possível organização dos direitos fundamentais mediante sua divisão, até então, em três gerações.

A primeira dimensão teve forte influência da política liberal, consagrando os direitos da liberdade, sendo eles os direitos civis e políticos. O Estado Absoluto inibia o livre pensamento da sociedade em todos os aspectos do cotidiano, desde a participação do povo nos

⁵ Artigo 1º- Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.

ramos da vida privada e, principalmente, no âmbito público. Os direitos desta dimensão foram apresentados como direitos de cunho negativo, impondo ao Estado uma abstenção diante do particular, conforme disposições do artigo 2º e 3º⁶ da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A segunda dimensão, por sua vez, teve maior influência durante o século XX, dentro das Constituições dos Estados Sociais, sendo chamados de direitos sociais e econômicos, surgindo não só em decorrência de uma maior participação dos cidadãos nas decisões políticas, mas principalmente pelos movimentos sociais (e socialistas) que sustentavam que as liberdades públicas (conquistadas na primeira dimensão) não poderiam ser exercidas por aqueles que não tivessem condições materiais para tanto.

A diferença entre os direitos sociais e econômicos, de um lado, e os direitos civis e políticos, de outro, é que, enquanto esses últimos exigem uma abstenção do Estado, os primeiros, ao contrário, exigem uma prestação positiva para conferir paridade de armas para que grupos marginalizados possam pleitear seus direitos.

Hoje a sociedade é tutelada e abarcada pela terceira dimensão dos direitos fundamentais, quais sejam, os direitos ligados à fraternidade e à solidariedade, também chamados de direitos transindividuais e difusos, com a necessidade de atenuar as diferenças entre as nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, por meio da colaboração de países ricos e países pobres para a proteção do gênero humano, formando uma identidade internacional. Dentre esses direitos, Bonavides (1996) destaca os relacionados ao desenvolvimento (ou progresso), ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, como o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

No Brasil, há autores que, fugindo à regra amplamente difundida de Karel Vasak, já falam sobre direitos de quarta, de quinta e, até mesmo, de sexta dimensão. Pode-se citar como defensores dos direitos de quarta dimensão Eliana Calmon (2001), ex-ministra do STJ, entendendo que seriam direitos abarcados pela manipulação do patrimônio genético – clonagem, alimentação transgênica, fertilização *in vitro* com escolha de sexo; Paulo Bonavides (2001), os defendendo como direitos ligados à globalização econômica – e-

⁶Artigo 2º- O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade: a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Artigo 3º- O princípio de toda a soberania reside essencialmente em a Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que aquela não emane expressamente.

commerce, democracia, informação e pluralismo; Alberto Nogueira (1997), dando uma nova roupagem à uns direitos antigos, quais sejam, a graduação da imposição tributária e a tributação justa/capacidade contributiva.

No que se refere à quinta dimensão, pode-se citar José Alcebíades de Oliveira Júnior (2000), repetindo a ideia de manipulação de patrimônio genético, mas dando um passo a frente, trazendo questões como o direito cibernético (crimes e *bullying*); e Janusz Symonides (2003), reforçando a globalização da economia, trazendo o direito a paz e o enfrentamento ao terrorismo.

Já no tocante à sexta dimensão, tem-se Zulmar Fachin (2010), inovando ao tratar do tema do direito de acesso à água potável, como sendo aquela que permita a vida, levando em conta que a maior fonte de energia do Brasil é hídrica e que nosso país é um dos grandes países com maior recurso hídrico global, mas ainda há problemas na distribuição e prestação dos serviços.

3.2 A colisão entre princípios constitucionais

Existem diversos momentos onde a decisão entre o direito de determinada pessoa ou o direito de outra é fundamental para o caso concreto, formando as chamadas lides sendo essas circunstâncias sua própria essência. O mesmo ocorre com os princípios constitucionais, tendo em vista a grande diversidade de garantias protegidos e assegurados na Constituição Federal.

Como os direitos fundamentais já vistos incorporaram nossa Carta Magna e esta, por sua vez, é parâmetro para todo o ordenamento jurídico, pode-se dizer que tais direitos possuem natureza própria de princípios e, por tal motivo, possuem forte conteúdo axiológico, ou seja, são carregados de valores dentro do ordenamento pátrio.

A respeito deles, observa Celso Antônio Bandeira de Mello (1991, p. 77):

Princípio- já averbamos alhures- é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade,

conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Bobbio (1995, p. 28) define o direito como um conjunto de regras consideradas obrigatórias em determinada sociedade em razão de sua possível violação gerar a intervenção de um terceiro que resolverá a controvérsia emanando uma decisão seguida de uma sanção ao que violou a norma. O autor explica a transição com este pensamento:

Se definimos, então, o ordenamento jurídico como o conjunto de regras acolhidas (ou que têm a possibilidade de serem acolhidas) por um juiz, e mantemos presente este esquema conceitual, compreendemos por que em certa época se falava em direito natural e direito positivo, enquanto agora se fala apenas de direito positivo. Antes da formação do Estado moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a explicar; podia deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. Todas estas regras estavam no mesmo nível, de todas podia o juiz obter normas a aplicar e, portanto, todas, na mesma proporção, constituíam “fontes do /direito”. O que permitia aos juristas falarem de duas espécies de direito, natural e positivo, e o juiz podia obter a norma a aplicar tanto de regras preexistentes na sociedade (direito positivo) quanto de princípios equitativos e de razão (direito natural).

Pode-se interpretar, portanto, que o direito positivo seria o único e verdadeiro direito, sendo aplicado aos tribunais após o surgimento do Estado Moderno, transformando o juiz em órgão estatal com o intuito de melhor aplicar a legislação nos casos concretos.

No entanto, hoje, os princípios não são mais vistos com essa ótica positivista, como valores éticos a serem seguidos pela sociedade, mas sim como uma espécie de norma, carregados de *normatividade*, assim como as regras. São responsáveis pela direção das atividades jurídicas pois possuem verdadeira força vinculante.

Como inicialmente exposto, há constante *colisão entre princípios* na vida prática, não se confundindo com o *conflito entre regras* jurídicas. O conflito destas se resolve no campo da validade, pois se uma regra é válida, ela deve ser aplicada ao caso concreto. Mas se duas regras forem válidas, conduzem a resultados incompatíveis entre si. Neste sentido, Robert Alexy (1999, p. 69) pode-se afirmar que um conflito entre regras somente pode ser resolvido se for introduzida uma cláusula de exceção em uma das regras conflitantes, na intenção de remover o conflito.

Se a aplicação de duas regras juridicamente válidas conduz a juízos concretos de dever-ser reciprocamente contraditórios, não restando possível a eliminação do conflito pela introdução de uma cláusula de exceção, pelo menos uma das regras deverá ser declarada inválida e expurgada do sistema normativo, como meio de preservação do ordenamento.

Já no caso dos princípios, através da hermenêutica, infere-se que não são *incompatíveis* entre si, mas *concorrentes*. Sua colisão é resolvida levando em consideração o peso ou a importância relativa de cada princípio para que seja determinado qual deles prevalecerá no caso concreto, segundo Edilson Pereira Farias (2000). Portanto, deve-se utilizar os princípios da concordância prática e dos subprincípios da proporcionalidade/necessidade, da adequação e da ponderação (proporcionalidade em *stricto sensu*).

De início, vislumbrar-se-ia uma violação do princípio da proporcionalidade, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e/ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente manifesta, motivo pelo qual será discutido se a escolha do nosso Estado garantidor em utilizar o Código Penal para tratar do tema de fato seria o meio adequado para alcançar sua finalidade.

E concomitantemente a essa ideia, o princípio da adequação impõe ao Estado que busque o meio cuja eficácia contribua para a promoção gradual do fim, ou seja, dar preferência à saída mais adequada ou o meio menos restritivo (que promova menor agressão a direitos colidentes) para proteção do direito à morte digna nos pacientes em vulnerabilidade extrema, o que não se faz presente no Projeto de Lei do Senado 236/2012, trazendo em seu bojo um novo tipo penal, qual seja, a própria eutanásia (artigo 122).

Conforme demonstra Marmelstein (2008, p. 386):

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores.

Como bem explica Humberto Ávila (2005, p. 95), é imprescindível separar os objetos da ponderação ainda que sejam relacionados entre si, uma vez que essa diferenciação é necessária para a clareza desse método como resolução da colisão:

Os bens jurídicos são situações, estados ou propriedades essenciais à promoção dos princípios jurídicos. Por exemplo, o princípio da livre iniciativa pressupõe, como

condição para sua realização, liberdade de escolha e autonomia. Liberdade e autonomia são bens jurídicos, protegidos pelo princípio da livre iniciativa, algum sujeito pode ter, em função de determinadas circunstâncias, condições de usufruir daquela liberdade e autonomia. Liberdade e autonomia passam, então, a integrar a esfera de interesses de determinado sujeito. Os valores constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado. Nessa perspectiva, a liberdade é um valor, e, por isso, deve ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido.

Então, quando o mesmo caso concreto admitir vários princípios do mesmo nível, é permitida sua conjugação e dessa ponderação emergirá a regra a ser usada no caso concreto.

Nesse sentido, nas palavras de Luís Roberto Barroso (2004, p.357):

Imagine-se uma hipótese em que mais de uma norma possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos, várias premissas maiores, portanto para apenas uma premissa menor, como no caso clássico da oposição entre liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à intimidade e vida privada, de outro. Como se constata singelamente, as normas envolvidas tutelam valores distintos e apontam soluções diversas e contraditórias para a questão. Na sua lógica unidirecional (premissa maior- premissa menor), a solução subsuntiva para esse problema somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na escolha de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal formula, todavia, não seria constitucionalmente adequada: por força do princípio instrumental da unidade da Constituição, o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas. A clareza é muito importante para que se possa conhecer a sutil diferença entre os objetos da ponderação que são dignos de sopesamento. E de alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objeto daquilo que se convencionou denominar técnica da ponderação.

Segundo Ana Paula de Barcellos (2005, p.91), é possível, de forma simplificada, descrever a ponderação como um processo de três etapas sucessivas.

A primeira etapa consiste na identificação dos enunciados normativos em tensão. “Esta primeira etapa consiste exatamente em identificar os enunciados normativos aparentemente em conflito: afinal, esta é a circunstância que justifica o recurso à técnica da ponderação” (BARCELLOS, 2005, p. 92).

Após a identificação, deve-se questionar se a colisão não pode ser solucionada através de técnicas tradicionais de soluções de antinomia. Apenas se não for possível passa-se para a segunda etapa.

Tem-se como esclarecimento o exemplo dado (2005, p.99):

Imagine-se que os vizinhos de um edifício em construção-regularmente licenciado-preferissem que nada fosse edificado no lote ao lado, para preservar a tranquilidade atual da área. O simples interesse ou desejo, porém, não é um elemento normativo. Há algum fundamento jurídico capaz de respaldar esse interesse? O advogado do grupo talvez pudesse cogitar, na esfera constitucional, dos princípios que consagram os direitos difusos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, previstos no art. 225 da Constituição.

Assim um hipotético conflito entre, de um lado, as disposições normativas que regulam o direito de construir e a autorização para edificar na cidade e, de outro, o desejo dos vizinhos de não verem coisa alguma construída no local deve ser descrito, nessa primeira fase do processo ponderativo, como um conflito entre as disposições normativas que tutelam o direito de construir e concedem a autorização para edificar na cidade e os princípios constitucionais que tratam do meio ambiente e da qualidade de vida, inscritos no caput do art. 225 da Carta [...]

A segunda etapa consiste na identificação de fatos relevantes e sua repercussão sobre diferentes soluções indicadas pelos grupos formados na etapa anterior. Segundo a professora “a ponderação depende substancialmente do caso concreto e de suas particularidades, daí a necessidade de examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos” (BARCELLOS, 2005, p.116).

Neste sentido é importante reproduzir as palavras de Eros Roberto Grau (2005, p. 03), para quem a interpretação abrange os fatos e não apenas as normas:

A interpretação abrange também os fatos, o intérprete os reconfirma, de modo que podemos dizer que o direito institui a sua própria realidade. Daí a importância do relato dos fatos (=narrativa dos fatos a serem considerados pelo intérprete) para interpretação. Pois, é certo que os fatos não são, fora de seu relato (isto é, fora do relato a que correspondem), o que são.

O que desejo afirmar é a fragilidade do compromisso entre o relato e seu objeto, entre relato e o relatado. Esse compromisso é, antes de mais nada, comprometido em razão (1) de jamais descrevermos a realidade; o que descrevemos é nosso modo de ver a realidade. Além de não descrevermo-la, porém o nosso modo de ver a realidade, (2) essa mesma realidade determina o nosso pensamento e, (2 b) ao descrevermos a realidade, nossa descrição da realidade será determinada (i) pela nossa pré-compreensão dela (= da realidade) e (ii) pelo lugar que ocupamos ao descrever a realidade (= nosso lugar no mundo e lugar desde o qual pensamos). Por isso caberá aqui tudo o que digo no Ensino a pré-compreensão.

Também no que tange aos fatos não existe, no direito, o verdadeiro. Inútil buscarmos a verdade dos fatos, porque os fatos que importarão não são para a construção da norma são aqueles recebidos/percebidos pelo intérprete- eles, como são percebidos pelo intérprete, é que informarão/conformarão a produção/criação da norma.

O fato só será relevante se a sociedade assim o considera, ou seja, ele é classificado baseado pelo senso comum, e é necessário a existência de disposições normativas que autorizam essa conclusão.

Barcellos (2005, p. 117) exemplifica novamente:

Com fundamento apenas no senso comum, e considerando a realidade brasileira, a cor dos cabelos do indivíduo será irrelevante para a decisão acerca da maior ou menor proteção de sua vida privada, quando este bem esteja em confronto com a liberdade de imprensa. Já mesclando o senso comum com fundamento jurídico, à solução desse mesmo conflito normativo será certamente influenciado pelo fato de a pessoa envolvida ser, titular de um mandato eletivo, de modo que este será agora um aspecto de fato relevante. As disposições normativas que tratam da democracia, da obrigação de prestar contas por parte dos agentes políticos e do princípio da publicidade qualificarão a circunstância como relevante nessa espécie de conflito [...]

Por fim, a última etapa é a decisão, “é nesta etapa que se estará examinando conjuntamente os diferentes grupos de enunciados, a repercussão dos fatos sobre eles e as diferentes normas que podem ser construídas, tudo a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa” (BARCELLOS, 2005, p. 123).

Determinando os valores, será resolvida a colisão de princípios, seja conciliando-os ou indicando qual deverá prevalecer no caso concreto, sem declarar a invalidade de nenhum deles, visto que podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua *validade*.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2004, p. 360) assevera o seguinte:

Pois bem: nessa fase dedicada á decisão, os diferentes grupos de normas e repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas-e a solução por ele indicada- deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo este processo tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.

Para aquisição de um entendimento mais claro sobre a técnica da ponderação, as restrições aplicáveis e a proteção a um bem mais valorado, tem-se um exemplo apresentado por Ana Paula de Barcellos (2005, p. 121):

A cantora Glória Trevi, ao descobrir-se grávida, acusou de estupro os policiais que trabalhavam na carceragem. Quando do nascimento da criança, os acusados apresentaram seus padrões de DNA e solicitaram que fosse realizado o exame na criança, de modo que a veracidade das acusações formuladas pela mãe pudesse ser submetida à prova. A questão acabou sendo decidida pelo STF, que, a despeito da oposição da mãe, deferiu o pedido. A decisão do Suprem Tribunal Federal levou em conta especialmente a possibilidade de realizar o exame com material da placenta, o que não importaria qualquer restrição importante à integridade física da mãe ou da criança.

Note-se que o dado fático em questão - a circunstância de ser possível realizar o exame de DNA a partir de material da placenta - não confere maior importância à honra dos policiais. Ele simplesmente revela que o atendimento dessa pretensão no caso não causa qualquer restrição relevante ao outro elemento em disputa, a saber: a integridade física da mãe e, sobretudo, da criança. Por outro lado, a adoção de uma

norma que vedasse a realização do teste impediria a comprovação da falsidade da acusação meio pelo qual se poderia restaurar a honra e o bom nome dos acusados.

São essas indagações e a utilização dos princípios constitucionais, principalmente a técnica da ponderação, que serão objeto deste estudo, visando ponderar e determinar se o Estado teria ou não a legitimidade para interferir na escolha dos pacientes em como querem ser tratados ou como devem escolher a forma de viver o fim da vida.

3.3 A dignidade da pessoa humana

A dignidade não é só um direito atribuído a todos os cidadãos, visto que antes de apresentar-se dessa forma, mostra-se como fundamento do Estado Federativo Brasileiro, conforme artigo 1º, III⁷ da Constituição Federal:

Pode-se dizer, inclusive, que a primeira referência ao princípio da dignidade da pessoa humana é do filósofo prussiano Immanuel Kant, sendo o primeiro teórico a reconhecer a impossibilidade de ser atribuído um valor ao homem, devendo ele ser analisado como um fim em si mesmo e em função da sua autonomia enquanto ser racional. Nesse sentido, Alexandre dos Santos Cunha (2005, p. 85-88) defende que:

É por essa razão que se identifica na obra de Kant, o mais radical dos pensadores da Modernidade, a base para a construção da contemporânea filosofia dos direitos humanos. Afinal, todo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos nada mais é do que uma tentativa de restauração do paradigma da modernidade jurídica diante da irrupção do fenômeno totalitário. Por isso, a concepção kantiana a respeito da dignidade é essencial à atribuição de significado jurídico ao termo e, logicamente, para a determinação do sentido do alcance do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Kant, a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, não é passível de ser substituído por um equivalente. Dessa forma, a dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais: na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. Consequentemente, a dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática, e é por esse motivo que apenas os seres humanos revestem-se de dignidade.

O grande legado do pensamento kantiano para a filosofia dos direitos humanos, contudo, é a igualdade na atribuição da dignidade. Na medida em que a liberdade no exercício da razão prática é o único requisito para que um ente se revista de dignidade, e que todos os seres humanos gozam dessa autonomia, tem-se que a condição humana é o suporte fático necessário e suficiente à dignidade, independentemente de qualquer tipo de reconhecimento social.

⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

Além disso, nossa Constituição Federal é taxativa quando prevê em seu artigo 5^o⁸, *caput*, a inviolabilidade do direito à vida.

Conforme voto do Ministro Marco Aurélio, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 do Distrito Federal que versava sobre a possibilidade da realização do aborto em fetos anencefálicos, é certo que:

A incolumidade física do feto anencefalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencefalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1^o, inciso III, 5^o, cabeça e incisos II, III e X, e 6^o, cabeça, da Carta da República.

Além disso, ainda em seu voto trouxe o seguinte dado:

A Organização Mundial de Saúde, no Preâmbulo do ato fundador, firmado em 22 de julho de 1946, define saúde como “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simplesmente como a ausência de enfermidade”.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva (2014, p. 198) defende que “de nada adiantaria a constituição assegurar outros direitos fundamentais, como igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos”.

Autonomia significa autodeterminação do homem, ou seja, sua liberdade para tomar decisões, todo o movimento psicológico destinado a um fim específico. Com o surgimento do Estado Social, a preocupação se volta a atender aos problemas de não somente um indivíduo, mas de toda a coletividade, recebendo a autonomia individual uma nova roupagem, passando a se chamar autonomia privada.

Então, enquanto a autonomia individual é uma sensação de dentro pra fora, meramente volitiva e individual, a autonomia privada condiciona a vontade individual a fatores externos e jurídicos para evitar o arbítrio individual, procurando conciliar os interesses, deveres e responsabilidade que o ser humano deve possuir ao exercer sua autonomia para que não se choque com as normas do ordenamento, que prevalecerão em caso de conflitos.

⁸Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]

O que se pretende é demonstrar que as disposições de última vontade do indivíduo devem ser respeitadas e fazem parte de sua autonomia privada, já que o ordenamento pátrio não condena essa possibilidade de exercício de um direito a qual se consubstancia em submeter a tratamento ineficaz, somente para prolongar uma vida já condenada ao fim.

Considerando o princípio da dignidade da pessoa humana, é possível apresentar um direito antagônico ao direito à vida, qual seja o direito de morrer, pois a Constituição Federal de 1988, em um contexto geral, preserva não só a vida, mas a vida digna, respeita o ser humano em si, zelando também pela individualidade e liberdade de escolha de cada um.

A eutanásia leva em consideração não a quantidade de vida, mas sim sua qualidade. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes (2007, p. 01), afirma prevalecer a dignidade da pessoa humana:

A "morte digna", que respeita a razoabilidade (quando atendida uma série enorme de condições), elimina a dimensão material-normativa do tipo (ou seja: a tipicidade material) porque a morte, nesse caso, não é arbitrária, não é desarrazoada. Não há que se falar em resultado jurídico desvalioso nessa situação.

A base dessa valoração decorre de uma ponderação (em cada caso concreto) entre (de um lado) o interesse de proteção de um bem jurídico (que tende a proibir todo tipo de conduta perigosa relevante que possa ofendê-lo) e (de outro) o interesse geral de liberdade (que procura assegurar um âmbito de liberdade de ação, sem nenhuma ingerência estatal), fundado em valores constitucionais básicos como o da dignidade humana.

Todas as normas e princípios constitucionais pertinentes (artigos 1º, IV - dignidade da pessoa humana -; 5º: liberdade e autonomia da vontade etc.) conduzem à conclusão de que não se trata de uma morte (ou antecipação dela) desarrazoada (ou abusiva ou arbitrária).

Não há dúvida que o art. 5º da CF assegura a inviolabilidade da vida, mas não existe direito absoluto. Feliz, portanto, a redação do art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que diz: ninguém pode ser privado da vida "arbitrariamente".

Há muitos que afirmam que a vida e a morte pertencem a Deus (isso decorre da relevante liberdade constitucional de crença). Mas no plano terreno (e jurídico) o que temos que considerar é a Constituição Federal, os tratados internacionais e o Direito infraconstitucional. Na esfera constitucional o fundamental nos parece respeitar os princípios da dignidade humana e da liberdade (que significa direito à autodeterminação). Eles não conflitam com o direito à eutanásia ou ortotanásia ou morte assistida, ao contrário, constituem a base da chamada "morte digna".

Por seu turno, proclama o Direito Internacional vigente no Brasil (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 6º, e Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose -, art. 4º), que conta com *status* supralegal, nos termos do voto do Min. Gilmar Mendes (STF, RE 466.343-SP, rel. Min. Cezar Peluso), o seguinte: o direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deve ser protegido por lei e ninguém pode ser *arbitrariamente* privado dele.

Enfatizando-se: ninguém pode ser privado da vida *arbitrariamente*. Em consequência, havendo justo motivo ou razões fundadas, não há como deixar de afastar a tipicidade material do fato (por se tratar de resultado jurídico não desvalioso). Essa conclusão nos parece válida seja para a ortotanásia, seja para a eutanásia, seja para a morte assistida, seja, enfim, para o aborto anencefálico. Em todas essas situações, desde que presentes algumas sérias, razoáveis e comprovadas

condições, não se dá uma morte arbitrária ou abusiva ou homicida (isto é, criminosa).

Os princípios, como visto acima, são ferramentas de otimização das normas legais. Ou seja, o direito à vida, tutelado pelo Estado, somente encontra fundamento legal quando se encontra devidamente pareado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, é perfeitamente possível que a eutanásia em casos de pacientes em estado de vulnerabilidade extrema, onde não há mais possibilidade de tratamento, seja permitida e não criminalizada, uma vez que embora o Estado resguarde o direito de viver do paciente, o mesmo já não possui se coaduna com a dignidade, sendo imperioso que o mesmo mereça um descanso digno.

3.4 Os limites dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, muito embora sejam alicerces de nossa Constituição Federal e, por simetria, de todas as leis infraconstitucionais, são relativos. Pode-se dizer isso por dois motivos:

- a) Podem entrar em conflito uns com os outros, o que determina que se imponham limitações recíprocas. Por exemplo, o que ocorre com o direito de liberdade de expressão, que não é absoluto, porque pode chocar-se com o direito à intimidade;
- b) Nenhum direito fundamental pode ser usado como escudo para prática de atos ilícitos. Logo, apenas proteger o titular que age na esfera dos atos lícitos, até mesmo porque, seria uma contradição definir uma mesma conduta como direito e um ilícito. Não se pode, por exemplo, alegar liberdade de manifestação do pensamento para propagar ideias racistas ou discriminatórias, conforme jurisprudência do STF.

Conforme defende André Ramos Tavares (2010, p. 528):

Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada nos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais. Assim, tem-se de considerar que os direitos humanos consagrados e assegurados: 1º) não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas; 2º) não servem para

respaldar irresponsabilidade civil; 3º) não podem anular os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição; 4º) não podem anular igual direito das demais pessoas, devendo ser aplicados harmonicamente no âmbito material. Aplica-se, aqui, a máxima da cedência recíproca ou da relatividade, também chamada 'princípio da convivência das liberdades', quando aplicada a máxima ao campo dos direitos fundamentais.

Existem duas teorias que versam sobre as limitações dos direitos fundamentais, quais sejam, a teoria externa e a teoria interna. A primeira, de Gilmar Ferreira Mendes (2007), entende que as restrições são externas ao conceito desses mesmos direitos, ou seja, é como dizer: existe um direito à liberdade, que pode sofrer restrições (externas) em casos concretos.

Já a segunda, de Eros Grau (2009), defende que o conteúdo de um direito só pode ser definido após confrontando com os demais, não existindo restrições a um direito, mas definições de até onde vai esse direito.

O primeiro limite que um direito fundamental encontra é a própria existência de outros direitos igualmente fundamentais, e é aqui que surgem os conflitos (aparentes) entre eles.

Essa colisão deve ser resolvida com base na hermenêutica da harmonização, ou cedência recíproca, ou concordância prática. Em outras palavras, não se utiliza o plano abstrato, mas sim a casuística, pesando os bens jurídicos em conflito para ver qual prevalece, *naquele caso*.

Existem direitos fundamentais que precisam ser concretizados pelo legislador. E, nesses casos, o legislativo possui certa discricionariedade para sua definição, chamada de *liberdade de conformação*. É o que explicam Dimoulis e Martins (2007):

Alguns direitos fundamentais são enunciados de forma extremamente genérica. É o caso da garantia da propriedade (art. 5º, caput e inciso XXII, da CF), pois a Constituição federal nem sequer oferece uma definição de seu conteúdo. Em tais casos, a lei infraconstitucional deve concretizar o direito fundamental, isto é, indicar seu conteúdo e função, tal como faz o Código Civil em relação ao direito de propriedade. Aqui o constituinte oferece ao legislador comum um amplo poder de definição.

Nesse sentido, o legislador pode especificar e delimitar o conteúdo dos direitos fundamentais, usando a citada liberdade, admitindo-se, em tais casos, essa restrição por expressa permissão da Constituição Federal ao legislador ordinário. Nesse sentido, Canotilho (2007, p. 788) adverte:

Quando nos preceitos constitucionais se prevê expressamente a possibilidade de limitação dos direitos, liberdades e garantias, fala-se em direitos sujeitos a reserva de lei restritiva. Isso significa que a norma constitucional é simultaneamente: (1) uma

norma de garantia, porque reconhece e garante um determinado âmbito de proteção ao direito fundamental; (2) uma norma de autorização de restrições, porque autoriza o legislador a estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido.

Mas existem casos que a Constituição determina que esse mesmo legislador regulamentamente o direito fundamental através de lei específica, é o caso da chamada reserva legal. Lembrando que há a reserva legal simples, onde a Constituição apenas exige a lei para conferir maior estabilidade à matéria e a reserva legal qualificada, onde a Constituição exige lei e já prevê o conteúdo que o ato deverá ter, conferindo além da estabilidade, garantindo o respeito a determinados princípios.

Como já dito, os direitos fundamentais possuem suas limitações, mas não podem elas ser tão extremas que os esvaziem de conteúdo e de aplicação prática. Para evitar essa consequência, tem-se a teoria dos limites dos limites que, nas palavras do professor Dimitri Dimoulis, “é proibido proibir o exercício do direito além do necessário” (DIMOULIS *apud* TAVARES, p. 530. 2010).

Pode-se citar como exemplo a própria Constituição Federal, no artigo 5º, XIII onde é permitido ao Congresso Nacional editar leis que regulamentem o exercício de determinadas profissões, ao exigir, por exemplo, certas qualificações técnicas para desempenhar as tarefas. É legítimo, então, exigir que só possa criar clínica médica se possuir o curso superior de Medicina, mas seria inconstitucional exigir que esse mesmo indivíduo tivesse pós-doutorado (P. h. D.); essa restrição não seria razoável e violaria o princípio do núcleo essencial do direito em questão.

Outro exemplo, inclusive já decidido pelo STF, é a exigência de diploma de jornalista para exercer a profissão, sendo determinada como exagerada:

ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (ART. 5º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO). IDENTIFICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES E CONFORMAÇÕES LEGAIS CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDAS. RESERVA LEGAL QUALIFICADA. PROPORCIONALIDADE. A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das "condições de capacidade" como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, para uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência

do Supremo Tribunal Federal: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.

Essa proteção dada ao núcleo essencial não é expressamente prevista em nossa Carta Magna, porém é indiscutível que é aplicável ao nosso ordenamento. Nesse sentido, explica Vergílio Afonso da Silva (2009, p. 186):

A partir de uma dimensão estritamente objetiva, o conteúdo essencial de um direito fundamental deve ser definido com base no significado desse direito para a vida social como um todo. Isso significaria dizer que proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implica proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte dele.

Diferentemente da dimensão objetiva, no caso da dimensão subjetiva a proteção do conteúdo essencial parte do indivíduo e é definido a partir de uma perspectiva subjetiva, a fim de exemplificar, Virgílio Afonso da Silva aduz (2009, p. 187):

Contra esse enfoque subjetivo seria possível argumentar que em vários casos concretos é possível que nada reste de um direito fundamental, sem que isso deva ser considerado como algo a ser rechaçado. Exemplos não faltam: pena de morte (no Brasil, em caso de guerra declarada) elimina por completo o direito à vida daquele que é condenado; qualquer pena de reclusão elimina por completo a liberdade de ir e vir do condenado (mesmo que com determinada limitação temporal); a desapropriação elimina por completo o direito à propriedade daqueles que têm seus imóveis desapropriados. Com base nisso, aqueles que defendem um enfoque meramente objetivo argumentam que o enfoque subjetivo não teria como lidar com tais situações, enquanto a resposta a partir de uma dimensão objetiva seria clara: em nenhum desses casos o conteúdo essencial desses direitos, em sua função para a vida social, foi atingido.

O mesmo autor ainda complementa (2009, p. 186):

[...] a partir de um modelo relativo de conteúdo essencial, é possível sustentar que, embora em alguns casos nada reste de um direito fundamental – como nos exemplos acima –, mesmo assim permanece o dever de proteger tal conteúdo a partir de uma perspectiva subjetiva e individual.

Tanto é aplicável que Paulo Ricardo Schier (2006, p. 784/786), em seu trabalho, defende que o conteúdo essencial se fundamenta nas cláusulas pétreas. Para tanto, afirma que:

[...] note-se que as cláusulas pétreas são verdadeiras barreiras de proteção contra a ação do poder constituinte revisor, buscando resguardar um determinado núcleo de bens constitucionais e direitos com o fim da manutenção de dada identidade constitucional.

Referida proteção, por certo, alcança a eventual atividade erosiva da Constituição por parte dos poderes constituídos, tanto direta quanto virtual. Afinal, não serão inconstitucionais apenas as emendas que, diretamente, afrontarem as cláusulas pétreas, mas também aquelas que, mesmo tendencialmente, as afetem.

Nesta seara, portanto, qualquer intervenção do poder reformador que direta ou indiretamente atingir a existência de um direito fundamental consagrado como pétrea será, inequivocamente, inconstitucional.

Neste quadro, então, é possível caminhar no sentido de defender-se que são as cláusulas de intangibilidade que albergam a recepção, no Brasil, do princípio da preservação do núcleo essencial do direito restringido.

Isto porque se a afetação, ainda que virtual, ainda que indireta, dos direitos fundamentais é vedada ao poder constituinte derivado, por certa referida afetação alcança também a atividade do legislador infraconstitucional.

Inclusive foi o que entendeu o STF na ADIn 2.024/DF de 1999 em Tribunal Pleno, com o Relator Ministro Sepúlveda Pertence, que questionou a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao Poder Constituinte:

[...] as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.

Como já visto, é através da proporcionalidade que se analisa a legitimidade das restrições aos direitos fundamentais, para verificar se respeitam a justa medida, a proporção entre causa e efeito, entre meio e fim. Como afirma Ingo Sarlet (2003, p. 111):

[...] o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros, para mais (excessos) ou para menos (deficiência), configuram irretorquíveis violações ao princípio.

O Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido na ADIn nº 3.112/DF em 2007, conforme Tribunal Pleno, Ministro Relator Ricardo Lewandowski sobre o Estatuto do Desarmamento, assim resume as diversas feições do princípio da proporcionalidade:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção deficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). (...) levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (Untermassverbote), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado. Em muitos casos, a eleição da forma penal pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma chamar de discricção legislativa, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a um certo experimentalismo institucional. A ordem constitucional confere ao legislador certas margens de ação, para decidir sobre quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. (...) a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

Ainda na teoria, com base no que explica Jairo Schafer (2001, p. 108), a proporcionalidade é um critério para analisar a constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais, quando entrem em conflito com outros direitos também fundamentais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – que equipara os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade – acolhe a lição alemã, como atestam vários precedentes:

A EXIGÊNCIA DE RAZOABILIDADE QUALIFICA-SE COMO PARÂMETRO DE AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS ATOS ESTATAIS. - A exigência de razoabilidade – que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas – atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais.

Em análise final, tem-se que a utilização do princípio da proporcionalidade com a ponderação dos direitos fundamentais ou princípios constitucionais deve ser feita à luz do caso concreto quando, de fato, haja uma colisão entre os mesmos, sem a necessária concordância entre ambos. Bonavides (2002, p. 397) conclui que “poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito”.

4 A (IN) DISPONIBILIDADE DO DIREITO À VIDA FRENTE À TUTELA ESTATAL

Falar em Direito Penal é falar, de alguma forma, de violência. No entanto, modernamente, entende-se que a criminalidade é um fenômeno social “*normal*”. Émile Durkheim (1978, p. 83) defende que o delito não ocorre somente na maioria das sociedades de uma ou outra espécie, mas sim em todas as sociedades constituídas pelo ser humano. Para ele, além de constituir fenômeno social, também possui outro aspecto importante, qual seja, permitir e incentivar transformações das quais a sociedade precisa.

Concorda-se, pelo menos em parte, com o pensamento do sociólogo, na tese em que as relações humanas são contaminadas pela violência, necessitando de normas que as regulem. E o fato social que contrariar o ordenamento jurídico constitui ilícito, cuja modalidade mais grave é o ilícito penal, lesando os bens jurídicos mais importantes dos membros da sociedade.

O Direito Penal, nas palavras de Santiago Mir Puig (2010, p. 42-43), apresenta-se:

[...] por um lado, como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança. Por outro lado, apresenta-se como um conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais.

Esse conjunto de normas, de valorações e de princípios, sistematicamente organizados possui como objeto final tornar possível a convivência humana em sociedade, ganhando aplicação prática nos casos concretos, conforme rigorosos princípios de justiça.

Como esclarece Eugênio Raul (1991, p. 41), a expressão *Direito Penal* designa – conjunta ou separadamente – duas coisas distintas: 1) o conjunto de leis penais, isto é, a legislação penal; e 2) o sistema de interpretação dessa legislação, ou seja, o saber do Direito Penal.

Ainda abordando o conceito, para o autor Fernando Capez (2011, p. 19), o Direito Penal é definido como

O segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação.

O Direito Penal, portanto, regula as relações dos indivíduos em sociedade e as relações destes com a mesma sociedade. Bitencourt (2015, p. 37) explica que

Como meio de controle social altamente formalizado, exercido sob o monopólio do Estado, a *persecutio criminis* somente pode ser legitimamente desempenhada de acordo com normas preestabelecidas, legisladas de acordo com as regras de um sistema democrático. Por esse motivo os bens protegidos pelo Direito Penal não interessam ao indivíduo, exclusivamente, mas à coletividade como um todo. A relação existente entre o autor de um crime e a vítima é de natureza secundária, uma vez que esta não tem o direito de punir. Mesmo quando dispõe da *persecutio criminis* não detém o *ius puniendi*, mas tão somente o *ius accusationis*, cujo exercício exaure-se com a sentença penal condenatória. Consequentemente, o Estado, mesmo nas chamadas ações de exclusiva iniciativa privada, é o titular do *ius puniendi*, que te, evidentemente, caráter público [...]

No entanto, embora o Estado possua a titularidade do poder de punir o infrator penal, deve respeitar a característica mais essencial atribuída ao próprio Direito Penal, a fragmentariedade ou, também conhecida como, *ultima ratio*, para a proteção daqueles bens e interesses de maior importância para o indivíduo e para a sociedade à qual pertença.

4.1 O princípio penal da intervenção mínima do Estado

Esse ramo do direito é aplicado na forma de imposições de sanções específicas – penas e medidas de segurança – como resposta aos conflitos que é chamado a resolver. Já sua finalidade, diz Bitencourt (2015, p. 37-38) ser responsável por produzir efeitos tanto sobre aquele que delinque, como sobre a sociedade que representa com as seguintes espécies:

- a) Motivadora, antes de punir o infrator da ordem jurídico-penal, procura motivá-lo para que dela não se afaste, estabelecendo normas proibitivas e cominando as sanções respectivas, visando evitar a prática do crime;
- b) Específica/Coercitiva, onde falhando a função motivadora da normal penal, transforma-se a sanção abstratamente cominada, através do devido processo legal, em sanção efetiva, tornando aquela prevenção genérica, destinada a todos, numa realidade concreta, atuando sobre o indivíduo infrator, o que vem a ser caracterizado como a finalidade de prevenção especial, constituindo a manifestação mais autêntica do seu caráter coercitivo.

As ideias de igualdade e de liberdade, defendidas pelo movimento iluminista, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais.

Muitos desses princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito

aos direitos fundamentais do cidadão, dentre os quais, o que mais interessa ao tema da presente monografia é o princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*.

Para Queiroz (2008), quando o Estado declara que determinados comportamentos são delituosos, ele objetiva prevenir em caráter residual a sua reiteração, protegendo, deste feito, determinados bens jurídicos e buscando controlá-los minimamente quando semelhante fim não se possa alcançar por outros meios menos onerosos à liberdade e que o direito penal possa concorrer de modo mais útil. Salienta, também, que a prevenção geral negativa-subsidiária é o único critério compatível com um modelo de política criminal minimamente racional que confronta pontos positivos e negativos da intervenção jurídico penal.

O princípio da intervenção mínima, conforme Rogério Greco (2014), é o responsável por indicar bens mais relevantes a tratativa penal e, também, como mecanismo na política criminal que objetiva a descriminalização através da análise fática, sociológica e cultural, isto é, o legislador deve observar as mutações das sociedades, pois em decorrência de sua evolução determinados bens que no passado eram de maior relevância, atualmente fora abandonada a sua importância como, por exemplo, o caso do adultério que antigamente era crime previsto no art. 240⁹ do Código Penal e, em decorrência da reforma legislativa penal fora descriminalizado, isto é, revogado pela lei n. 11.105 de 2005.

No mesmo sentido, Renê Ariel Dotti (2012) afirma que o princípio da intervenção mínima deve, obrigatoriamente, ser atendido pelo Poder Legislativo através de critérios sólidos para elaborar a lei penal, elegendo e dando preferência somente para os bens jurídicos dignos de proteção pelo Direito Penal sempre em consonância com a Constituição Federal. Esse princípio foi recepcionado pelo texto constitucional através do art. 5º, §2º introduzindo em nosso ordenamento a ideia do art. 8º¹⁰ da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão acolhido pelo Brasil. Este artigo ora mencionado estabelece que a lei deve observar “penas estritas e evidentemente necessárias”.

Dessa análise, infere-se que hoje os legisladores vêm se utilizando do Direito Penal de forma simbólica, mascarando soluções para determinados conflitos, diante do clamor de uma sociedade cansada que enfrenta sérios problemas sociais, sendo que tais problemas

⁹Art. 240 - Cometer adultério:

Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses (revogado pela Lei nº 11.106/2005).

¹⁰Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

levam ao aumento da criminalidade. Essa utilização de forma desenfreada, com o intuito de aumentar tipificações e sanções acarretam interferências inconstitucionais e que ferem os princípios fundamentais do cidadão como o princípio da dignidade da pessoa humana e princípios decorrentes da garantia de liberdade do indivíduo.

A utilização do Direito Penal como instrumento de transformação social em vez da utilização de políticas públicas efetivas é uma prática chamada de Direito Penal Promocional ou Direito Penal Político. Em outras palavras, o Estado, visando a consecução dos seus objetivos políticos, emprega leis penais desconsiderando o referido princípio da *ultima ratio*, desrespeitando seu caráter fragmentário e subsidiário, sendo verdadeira inconstitucionalidade (SANCHES, 2018).

Em decorrência dessa promoção, temos como consequência o Direito Penal Simbólico, sendo este a tipificação de condutas sem qualquer eficácia jurídica ou social, enquadrando-se, como exemplo, a criminalização da eutanásia. Não há necessidade da tutela penal quando outros ramos do Direito seriam suficientes para determinar as condições de procedibilidade e de admissibilidade do exercício da liberdade individual para autodeterminação.

Como possível solução adequada para evitar o Direito Penal Simbólico, pode-se utilizar de forma análoga a Tomada de Decisão Apoiada introduzida no Código Civil, em seu artigo 1.783-A¹¹, como consequência do artigo 116¹² do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). Dentro desse instituto, determina-se que sejam nomeados duas pessoas idôneas e de confiança do nomeador para que o auxiliem, respeitando, portanto, a autonomia e a liberdade do titular desse direito.

Além disso, o Código de Processo Civil, em seu artigo 3º, §§2º e 3º trouxeram como elemento estrutural de atuação do Poder Judiciário o incentivo à solução consensual de conflitos, decorrente da celeridade e da economia processual. Sendo assim, outra possível alternativa para a problemática da presente monografia é o atendimento multidisciplinar

¹¹ Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

¹² O Título IV do Livro IV da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar acrescido do seguinte Capítulo III: Da Tomada de Decisão Apoiada [...]

disposto no artigo 694¹³ do CPC, determinando que o magistrado disporá do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação dos conflitos familiares, mas, adaptando-se essa óptica para os pacientes que buscam a autorização para o procedimento eutanásico, essa equipe seria limitada com a função de demonstrar ao órgão jurisdicional a plena compreensão e capacidade de escolha do paciente em vulnerabilidade extrema de exercer sua liberdade.

A equipe é formada por psicólogos, psicoterapeutas, pedagogos e assistentes sociais, devendo estes utilizar técnicas que influenciem a consciência das partes para de fato obter uma manifestação de vontade externa válida e eficaz para que seja viabilizada a prática da eutanásia.

4.2 O posicionamento do STF e a relativização do direito à vida

Embora a Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput* tenha trazido o direito fundamental à vida, como já foi exposto, não pode ele ser considerado absoluto, visto que tais garantias constitucionais, em decorrência da própria convivência em um ordenamento democrático e complexo como é o brasileiro, demanda diálogo entre os valores de nossa Carta Magna, sendo que, excepcionalmente, os direitos fundamentais encontrar-se-ão em rota de colisão, devendo o magistrado utilizar-se da casuística a fim de determinar qual direito deve prevalecer no caso concreto, sem excluir o outro, havendo mera sobreposição para melhor adequação ao resultado pretendido pelo demandante.

Nesse sentido, passa-se a expor dois casos em que o Supremo Tribunal Federal entendeu que o direito à vida deveria ser relativizado, não sendo, portanto, inviolável e absoluto, sendo perfeitamente possível que outro direito fundamental venha a sobrepô-lo. Ressalta-se que os casos selecionados foram objeto de análise da presente monografia pois são os mais recentes litígios que tratam do direito à vida julgados pelo STF e que geraram efeitos erga omnes e vinculantes, até mesmo em decorrência da natureza recursal que os originou, possuindo, portanto, pertinência e relevância com a tese defendida neste trabalho.

O primeiro exemplo é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ajuizada na Corte pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde

¹³ Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

(CTNS) para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II¹⁴ do Código Penal.

Os argumentos utilizados na ADPF eram de que como o feto anencefálico não teria desenvolvido o cérebro, não teria qualquer condição de sobrevivência extrauterina, além de prolongar o sofrimento da mãe considerando que a morte da criança ao nascer, ou antes do parto, seria cientificamente inevitável. Há de ressaltar que não haveria nem mesmo aborto, visto que segundo a Lei nº 9.434/1997, marco legislativo para se aferir a morte de uma pessoa ocorre no momento em que se dá sua morte cerebral.

Contrariamente, demais setores da sociedade, especialmente a Igreja Católica, valeram-se dos argumentos de que o feto, por ser um ser humano, mesmo que em formação, já teria o direito à vida, sustentando também que a legalização do aborto de fatos anencefálico representaria o primeiro passo para a legalização ampla e irrestrita dos abortos no Brasil. Inclusive foi defendido que se trataria de aborto eugênico, isto é, uma espécie de aborto utilizada durante o regime nazista, onde eliminam-se fetos com deficiências físicas ou mentais, em uma forma de purificação da raça.

Em 1º de julho de 2007, o Ministro Marco Aurélio, monocraticamente deferiu cautelar declarando que não haveria crime nesses casos e determinou a suspensão dos processos que versassem sobre o tema. O Pleno do STF reuniu-se e cassou a liminar concedida pelo Relator, mas manteve os demais processos suspensos até julgamento posterior.

Nos dias 11 e 12 de abril de 2012, julgou o STF o mérito da ADPF 54, sendo ela julgada procedente, vencidos os Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski, que julgaram a ADPF improcedente, ou seja, os médicos que fazem a cirurgia e as gestantes que decidem interromper a gravidez não cometem qualquer crime na esfera penal.

¹⁴Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Em seu voto, a Ministra Cármen Lúcia citou o entendimento do Professor Luiz Flávio Gomes (2005, p. 41-44), sendo este de suma importância para melhor compreensão do julgamento permissivo do STF:

Impõe-se firmar a seguinte premissa: o aborto anencefálico não é um fato materialmente típico. Mas isso só pode ser compreendido quando se tem presente a verdadeira e atual dimensão do tipo penal, que hoje abrange: a) o tipo formal-objetivo (conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade e adequação típica formal à letra da lei); b) o tipo material-normativo (imputação objetiva da conduta, resultado jurídico relevante e imputação objetiva desse resultado) e c) o tipo subjetivo (nos crimes dolosos). O aborto anencefálico elimina a dimensão material-normativa do tipo, porque a morte, nesse caso, não se dá num contexto de risco proibido, e sim, permitido. Sob qual fundamento torna-se possível concluir se o risco é ou não proibido (ou seja, juridicamente desaprovado)? A base dessa valoração decorre da ponderação (em cada caso concreto) entre o interesse de proteção de um bem jurídico (que tende a proibir todo tipo de conduta perigosa relevante) e o interesse geral de liberdade (que procura assegurar um âmbito de liberdade de ação, sem nenhuma ingerência estatal). No aborto anencefálico parece não haver dúvida que o risco criado (contra o bem jurídico vida do feto) não é desaprovado juridicamente. Todas as normas e princípios constitucionais invocados na ação de descumprimento de preceito fundamental (artigos 1º, IV - dignidade da pessoa humana; 52, II - princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade; 6º, caput, e 196 - direito à saúde, todos da CF), conduzem à conclusão de que não se trata de uma morte (ou antecipação dela) desarrazoada. Não há dúvida que o artigo 5º da [Constituição da República] assegura a inviolabilidade da vida, mas não existe direito absoluto. Feliz, portanto, a redação do art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que diz: ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. O que se deve conter é o arbítrio, o abuso, o irrazoável. Quando há interesse relevante em jogo, que torna razoável a lesão ao bem jurídico vida, não há que se falar em criação de risco proibido. Ao contrário, trata-se de risco permitido. A conduta que gera risco permitido, por isso mesmo, não é materialmente típica, por faltar-lhe o requisito (normativo) da imputação objetiva. Pode-se afirmar tudo em relação ao aborto anencefálico, menos que seja um caso de morte arbitrária. Ao contrário, antecipa-se a morte do feto (cuja vida, aliás, está cientificamente inviabilizada), mas isso é feito para a tutela de outros interesses sumamente relevantes (saúde da mãe, sobretudo psicológica, dignidade, liberdade, etc.). Não se trata, portanto, de uma morte arbitrária. O fato é atípico justamente porque o risco criado não é desarrazoado. Basta compreender que o 'provocar o aborto' do art. 124 significa 'provocar arbitrariamente o aborto' para se concluir pela atipicidade (material) da conduta. Esse, em suma, é o fundamento da atipicidade do aborto anencefálico.

O segundo exemplo trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510/2008 que versou sobre a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) tratando sobre a possibilidade de clonagem humana e à pesquisas com células-tronco embrionárias, conforme ementa que se segue:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA,

QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA.

A inicial defendia que tais pesquisas violariam o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, respectivamente protegidos nos artigos 5º, *caput*¹⁵ e 1º, III da Constituição Federal de 1988. Para o representante do Ministério Público, o início da vida humana ocorria na formação do zigoto (fecundação do óvulo pelo espermatozoide), sendo a Lei de Biossegurança inconstitucional por retirar o embrião da tutela constitucional.

Durante o julgamento da ADI, participaram a Conectas Direitos Humanos, o Centro de Direitos Humanos, o Movimento em Prol da Vida, o Instituto de Bioética e Direitos Humanos e Gênero e demais entidades possuidoras de conhecimentos técnicos responsáveis por auxiliar o Poder Judiciário na resolução da questão suscitada.

Por maioria de seus ministros, entendeu o STF pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança em atenção à autonomia da vontade, ao planejamento familiar, à vida digna e à liberdade de expressão científica, desde que observadas cautelas na condução das pesquisas e na realização das terapias. Restaram vencidos os ministros Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau, que julgaram a ADI 3.950/DF apenas parcialmente procedente, estabelecendo orientações para a realização das pesquisas — todavia, sem proibi-las.

Relator, o ministro Ayres Britto decidiu pela procedência da ação direta sob o fundamento de que a Constituição Federal não define quando inicia a vida humana e não se pronuncia sobre a vida pré-natal. Não enquadrando todo e qualquer estágio da vida humana como bem jurídico autônomo, a inviolabilidade da vida que está consagrada no artigo 5º da Constituição Federal respeitaria exclusivamente o indivíduo personalizado. A vida é tutelada simultaneamente nos seus sentidos notarial, biográfico, moral e espiritual, mas, ao tratar dos direitos individuais, a Carta referir-se-ia exclusivamente ao indivíduo-pessoa.

¹⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...].

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...]

III - a dignidade da pessoa humana [...].

4.3 O controle de constitucionalidade adequado à atual penalização da eutanásia

Conforme explica Guilherme Peña, de forma simplificada, o controle de constitucionalidade nada mais é do que uma verificação da relação imediata (sem normas de permeio) de compatibilidade (apenas na seara da validade, sem aferir vigência ou eficácia) vertical entre uma norma legal e uma norma constitucional. Essa noção de verticalidade é importante porque caso a relação fosse horizontal, não seria possível diferenciar qual é a norma controlada e qual é a norma controladora (informação verbal) ¹⁶.

Já dentro de um conceito *latu sensu*, o controle é um sistema de imunização do texto da Constituição Federal, visto que está sujeita a contaminações que podem correr alguns princípios que para ela são imprescindíveis, como a rigidez e a supremacia. Então viu-se a necessidade de disponibilizar um sistema que impossibilite essas contaminações, protegendo o Texto Maior.

No Brasil, os sistemas de controle de constitucionalidade são um dos mais complexos que se conhece, porque há controles políticos, judiciais, preventivos ou repressivos.

Em regra, o controle político é preventivo, por exemplo, o artigo 66, §1^o¹⁷ da Constituição, onde o Chefe do Poder Executivo veta determinado projeto de lei sob a alegação de não possuir interesse público.

E, ainda falando em regra, o controle judicial é repressivo, por exemplo, no artigo 102, I, *a*¹⁸ da Constituição, onde tem-se as ações diretas de inconstitucionalidade e as declaratórias de constitucionalidade, ambas processadas e julgadas perante o Supremo Tribunal Federal.

Excepcionalmente, pode-se ter controle político repressivo, hipótese do artigo 49, V¹⁹, onde o poder executivo ultrapassou os limites e o poder legislativo, na figura do Congresso Nacional para reequilibrá-lo suspende o ato normativo elaborado pelo Executivo.

¹⁶ Informações dadas pelo Doutor Guilherme Peña no Curso de Direito Constitucional para Carreiras Jurídicas no Complexo de Ensino Renato Saraiva Ltda.

¹⁷ Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

¹⁸ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

E também se tem a possibilidade do controle judicial preventivo, não havendo previsão legal, mas sendo uma construção do STF, onde seria impetrado mandado de segurança por membro do Congresso Nacional contra proposta de emendas à Constituição Federal que viole cláusulas pétreas, entendendo eles possuírem direito líquido e certo a não se sujeitarem a processo legislativo tido como inconstitucional.

Além do já exposto, o controle pode ser difuso (efetuado por todo e qualquer órgão do poder judiciário, em qualquer grau e jurisdição) e concentrado (efetuado por órgão pertencente ao poder judiciário ou, no máximo, número certo de órgãos judiciais). Em relação ao modo de exercício, ou seja, o modo pelo qual a questão constitucional é levada à cognição judicial pode ser através da via de exceção, quando a questão é causa de pedir, ou através da via de ação direta, sendo então pedido/preensão do demandante.

Para exemplificar, dentro de uma ação de repetição de indébito fundamentada na inconstitucionalidade de uma norma tributária, o pedido é a repetição do indébito, mas a causa de pedir é a inconstitucionalidade do legislador ter permitido a cobrança daquele valor, sendo, portanto, via de exceção. Já a segunda hipótese seria o pedido, através de via de ação de direta, que se declare uma lei ou ato administrativo como inconstitucional, pura e simplesmente sendo como a pretensão do demandante.

Então, conforme exemplo acima, no Brasil, o controle difuso se dá através da via de exceção, qualquer órgão judiciário pode julgar ação de repetição de indébito, e o controle concentrado se dá através da via de ação direta, a inconstitucionalidade de Constituição Estadual é de competência do Tribunal de Justiça e de Constituição Federal é de competência do Supremo Tribunal Federal.

Cumprir trazer a recente mutação constitucional do artigo 52, X²⁰ da Constituição Federal promovida pelo STF em 2017 durante o julgamento de ADIn contra a Lei Estadual nº 3.579/2001, do Estado do Rio de Janeiro. A discussão versava sobre a proibição de normas que permitiam a extração, industrialização, comercialização e a distribuição do amianto na variedade crisólita.

¹⁹ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

²⁰ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

O STF não julgou improcedente o pedido, logo, seria a Lei Estadual 3.579/2001 constitucional e sua decisão teria efeito *erga omnes* e vinculante. No entanto, durante os debates para julgamento, incidentalmente, concluiu que o artigo 2º²¹ da Lei Federal nº 9.055/1995 era inconstitucional. Isso significa dizer, tradicionalmente, que a decisão proferida pelo STF produziria efeitos *inter partes* e não vinculante. Após declarada a inconstitucionalidade, deveria comunicar ao Senado Federal e este poderia suspender a execução, no todo ou em parte, sendo sua decisão discricionária, conforme artigo 52, X da Constituição.

Mas, trazendo a novidade ora citada, o STF decidiu que, mesmo se declarar, incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei, essa decisão também terá efeito vinculante e *erga omnes*, para evitar anomias e fragmentação da unidade, atribuindo-se à decisão proferida em sede de controle incidental (difuso) a mesma eficácia da decisão tomada em sede de controle abstrato (concentrado). O novo papel do Senado no controle é simplesmente o de, mediante publicação, divulgar a decisão do STF, sendo que a eficácia vinculante deriva da própria decisão da Corte.

Em suma, pode-se construir a seguinte tabela elucidativa do acima exposto:

DIFUSO	CONCENTRADO
Eficácia <i>inter partes</i>	Eficácia <i>erga omnes</i> e vinculante
Inconstitucionalidade como causa de pedir	Inconstitucionalidade como pedido
Qualquer juízo ou tribunal	STF ou TJ
Competência recursal	Competência originária
Processo Subjetivo	Processo Objetivo

Cumprе salientar que o controle de constitucionalidade, além as espécies citadas, também pode ser material ou formal, sendo essa diferenciação de suma importância para o presente estudo, visto que gera reflexos no julgamento pelo Congresso Nacional sobre possível arguição de inconstitucionalidade sobre projeto de lei.

O controle material é aquele que se apresenta quando a violação é em relação ao conteúdo da Constituição Federal. Por exemplo, caso haja uma norma que permita a exploração do trabalho em condições degradantes seria materialmente inconstitucional

²¹ Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.

porque afronta o fundamento da República do valor social do trabalho. Essa inconstitucionalidade continuaria a existir mesmo que o processo legislativo da norma seguisse todas as etapas formais.

Já o controle formal trata dos requisitos procedimentais da elaboração da norma que foram violados, por exemplo, a competência para disciplinar determinada matéria, um quórum específico ou até mesmo um pressuposto objetivo para editar ato normativo. Por exemplo, o pressuposto de relevância e urgência da Medida Provisória que constantemente é desrespeitado.

Ainda sobre a questão do controle formal preventivo, quando em 2012 começou a tramitar no Congresso Nacional o Projeto de Lei 4.470/2012 que estabelecia novas regras para a distribuição de recursos do fundo partidário e de horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão nas hipóteses de migração partidária. O Senador Rodrigo Sobral Rollemberg entendeu que as regras previstas no projeto violariam os artigos 1º, V e 17²² da Constituição Federal e, por essa razão, impetrou Mandado de Segurança preventivo nº 32.033 pedindo que o STF declarasse a proposição inconstitucional e determinasse o seu arquivamento. Utilizou como argumento seu direito líquido e certo de não se submeter à votação de proposta legislativa claramente inconstitucional.

Em 24 de abril de 2013, o Ministro Gilmar Mendes, deferiu monocraticamente liminar para suspender a tramitação do aludido projeto, mas, no final de junho do mesmo ano, o Plenário do STF, ao apreciar o mandado, revogou a liminar anteriormente concedida e denegou o mandado de segurança.

Os argumentos do Plenário foram de que, em regra, não se deve admitir a propositura de ação judicial para se realizar o controle de constitucionalidade prévio dos atos normativos, cabendo apenas duas exceções: a) caso a proposta de emenda à

²² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: V - o pluralismo político.

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

Constituição seja manifestamente ofensiva à cláusula pétrea ou b) na hipótese em que a tramitação do projeto de lei ou de emenda à Constituição violar regra constitucional que discipline o processo legislativo.

Muito embora, no presente caso, o mandado de segurança tenha sido negado visto que não se adequava às hipóteses de exceção teve como consequência a manifestação do entendimento do STF sobre o tema de controle preventivo formal sobre projeto de lei.

O constituinte originário expressamente excluiu, da revisão ou reforma constitucional, certas matérias, atraindo a intervenção judicial no caso de descumprimento por parte do poder constituinte derivado [...]. Os projetos de lei apenas são impugnáveis, via mandado de segurança impetrado por parlamentar, quando e se verificada a inobservância a dispositivos regimentais, legais ou constitucionais que disciplinam o processo legislativo. O sistema constitucional continua a ser de todo avesso a essa possibilidade, considerada hipótese excepcionalíssima até mesmo diante de emendas constitucionais²³.

No tocante ao controle preventivo material, este poderá ser realizado pelas Comissões de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, conforme seus Regimentos Internos, quais sejam, respectivamente, Resolução nº 30 de 1970 e Resolução nº 54 de 2014.

Na Câmara dos Deputados, a CCJ analisa a juridicidade dos projetos. Luiz Henrique Cascellli de Azevedo (2001) comenta que a avaliação da juridicidade significa, primeiramente, o exame da adequação da proposição “aos princípios maiores que informam o ordenamento jurídico e, via de consequência, à própria Constituição” e, em segundo lugar, refere-se à

razoabilidade, coerência lógica, possibilidade de conformação com o direito positivo posto...a injuridicidade de uma proposição, portanto, pode ser apurada a partir da percepção de um conflito com os princípios consagrados no ordenamento jurídico, que, não raro, estão explicitamente positivados.

O mencionado autor atesta que há “um respeito praticamente absoluto pelo restante da Casa” às deliberações da CCJ que exprimem a inconstitucionalidade e a injuridicidade das proposições, tanto que são raros os recursos que impugnam tais decisões e dentre os interpostos, boa parte é rejeitada pelo Plenário”.

Hoje o Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012 encontra-se com a Relatoria da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, desde o dia 06 de

²³ Mandado de Segurança nº 23.047/DF, relator ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 11 de fevereiro de 1998.

novembro de 2017, tramitando em conjunto ao referido PLS também o de nº 150 de 2015 que versa sobre a alteração da Lei 7.716 de 1989 tipificando a discriminação ou preconceito de opção ou orientação sexual.

5 CONCLUSÃO

Considerando a análise da constitucionalidade do artigo 122 do Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012 e a tipificação penal da eutanásia em pacientes com vulnerabilidade extrema, buscou-se, ao longo dessa monografia, compor algumas considerações a respeito do tema e a possibilidade ou não da reforma ao Código Penal inserindo essa nova figura ao nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, atualmente no Brasil a eutanásia ativa é interpretada através do artigo 121, *caput* ou §1º do Código Penal, sendo o responsável pelo resultado morte imputado como responsável pelo crime de homicídio simples ou privilegiado. Já em relação à eutanásia passiva, viu-se que o entendimento é pacífico quanto a aplicação do artigo 135, parágrafo único, também do Código Penal, configurando omissão de socorro com resultado morte.

Com o trâmite do PLS ° 236/2012, seria inserida a eutanásia dentro do Código Penal, como figura típica autônoma dos crimes acima citados, constituindo verdadeira violação aos direitos fundamentais corolários de nossa Constituição Federal.

Isso ocorre porque de acordo com o princípio da adequação, deveria o Estado buscar, através dos meios menos restritivos e agressivos, a proteção do direito à morte digna dos pacientes em vulnerabilidade extrema, fato este **não condizente com a inserção do procedimento eutanásico dentro da esfera penal em nosso ordenamento jurídico, a priori, sem analisar a viabilidade da temática nas demais áreas do Direito, bem como o Direito Civil e o Direito Administrativo, sendo verdadeira falta de cuidado dos legisladores buscarem amparo no Direito Penal**, em inobservância ao princípio da intervenção mínima utilizado em nosso Estado Democrático.

Nessa lógica, após verificação da norma penal incriminadora, verificou-se que ela não passa pelo crivo da proporcionalidade e adequação, eivando-se, assim, de inconstitucionalidade, no que concerne a esse procedimento

Através da ponderação feita entre os direitos à vida, à liberdade e à dignidade, bem como sua evolução histórica, devem os dois últimos prevalecer. A vida não se trata de direito absoluto, devendo no caso da eutanásia, ser relativizado e não penalizado pelo legislador brasileiro, visto que o procedimento realizado não tem qualquer intuito de

causar dor ou sofrimento ao paciente em estado de vulnerabilidade extrema e, muito menos, de prolongar sua vida quantitativamente, ignorando sua qualidade.

Durante o julgamento do MS 32.033/DF, em Plenário o STF determinou que não se deve admitir propositura de ação judicial para se realizar controle de constitucionalidade prévio dos atos normativos, com exceção de manifesta ofensiva à cláusula pétrea, sendo essa hipótese a presente no PLS nº 236, objeto da presente monografia, visto que ofende diretamente direitos fundamentais previstos no artigo 5º, caput da Constituição Federal.

Logo, é possível a impetração de mandado de segurança de qualquer membro do Congresso Nacional, utilizando-se como argumento o direito líquido e certo de não se submeterem ao julgamento da proposta que visa tipificar o procedimento eutanásico, constituindo controle prévio formal. E ainda, há possibilidade de vedação pela CCJ de ambas as Casas (Câmara dos Deputados e Senado Federal) no tocante ao controle prévio material por violar o direito à liberdade individual no momento de escolha ou não da realização da eutanásia.

Por fim, conclui-se que o indivíduo dotado de capacidade civil e de autodeterminação, que se encontra em estado de vulnerabilidade extrema, sofrendo de maneira angustiante, tem o direito constitucional de escolher o que fazer com sua vida. Esta escolha não concerne à coletividade, ao Estado ou a um terceiro.

Inclusive, através de uma interpretação extensiva do Código Civil, Livro IV, Título IV, Capítulo III, incluído pelo Lei nº 13.136 de 2015, sobre o tema da tomada de decisão apoiada, uma possível alternativa à tutela penal no tocante à eutanásia, seria a eleição de pelo menos 02 (duas) pessoas idôneas, com as quais o paciente em estado de vulnerabilidade mantenha vínculo e gozem de sua confiança, lhe prestassem apoio na tomada da decisão sobre o procedimento eutanásico.

No entanto, embora as disposições civis tratem de deficientes, ou seja, incapazes, a alternativa apresentada seria exceção ao previsto no Código Civil, visto que em nenhum momento o paciente perdeu sua capacidade civil, apenas teria uma forma de apoio no momento da decisão, sendo, inclusive, interessante para o Poder Público, desonerando-se este de eventual responsabilidade civil e assegura que a decisão tenha sido tomada de forma livre e consciente de seus efeitos.

Além disso, pode-se trazer, também, com o intuito de legitimar o exercício do direito de escolha e de liberdade do paciente, a equipe multidisciplinar utilizada pelo Código de Processo Civil na Parte Especial, Livro I, Título III, Capítulo X e XV, Seção IX, com o intuito de proporcionar ao requerente a maior possibilidade de informações e de especialistas em diversas áreas de conhecimento que lhe assegurem total ciência do pedido pleiteado e que lhe assegure o pleno exercício de sua autodeterminação.

Se um ser civilmente capaz e independente deseja antecipar sua morte, esta é uma escolha que somente a ele cabe, decidindo acerca de sua tragédia pessoal da maneira que mais se harmoniza com seus valores e ideais de vida e dignidade. **Até mesmo porque a dignidade da pessoa humana não deve ser resguardada apenas no curso da vida, mas também em seus momentos finais, devendo o titular da vida ter a liberdade incentivada e garantida pelo Estado Democrático e não ter sua conduta criminalizada como forma de repressão e controle do Poder Público sobre o particular.**

Esta é a principal conclusão desta pesquisa, ao se respeitar a dignidade da pessoa humana e a liberdade do indivíduo, não é condizente com os princípios constitucionais, que o Estado penalize uma conduta que só diz respeito à intimidade de cada ser humano. Contudo, cumpre salientar que se trata de tema extremamente amplo que está sujeito a inúmeras abordagens e, por isso, a continuidade da pesquisa é sempre desejável e necessária.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCEBÍADES, José de Oliveira Júnior. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

_____. **Constituição e Direitos Humanos Fundamentais** – Exigibilidade e Proteção. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/08_846.pdf. Acesso em: 20 de maio de 2018.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo** n 217, 1999.

ALVES, Eliana Calmon. As gerações dos direitos e as novas tendências. Direito federal: **Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, v. 19, n. 64. 2000

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE FRANCESA, **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 26 de agosto de 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 20 de março de 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4º. ed. Brasil: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.

AZEVEDO, Luiz Henrique Cascell de. **O Controle Legislativo de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 117, 121 e 123.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6º. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral 1, 21ª edição, São Paulo: Saraiva. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7ª Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Elsevier Ltda. 1992.

_____. **O Positivismo Jurídico** – Lições de Filosofia do Direito compilação de Nello Morra e tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 1996.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **A Globalização e a Soberania** – Aspectos Constitucionais. Brasília: Revista TST. Vol 67, nº 01. 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Anencefalia. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde**. Plenário. Voto do Min. Joaquim Barbosa. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília-DF, j. 11/04/2012g Informativo do STF n. 661. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>. Acesso: 05 de abril de 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. **Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997.** Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional.

_____. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

_____. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.** Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança - CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança - PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, p. 1, col. 3, 28 mar. 2005.

CALMON, Eliana. **Dimensões do Direito Contemporâneo.** São Paulo: IOB, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição,** p. 788. Coimbra: Almedina, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal,** vol. 1, parte geral: (arts. 1º ao 120). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **A resolução das colisões entre princípios constitucionais,** 2010.

CUNHA, Alexandre dos Santos, **A normatividade da pessoa humana:** o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002 – Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

DURKHEIM, Émile. **Las reglas del método sociológico**. Madrid: Morata, 1978.

FACHIN, Zulmar, SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso a água potável**: direito fundamental de sexta geração. São Paulo: Millennium editora. 2010.

FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: PC Editorial Ltda, 2000.

FELIX, Criziany Machado. **Eutanásia**: reflexos jurídico-penais e o respeito à dignidade da pessoa humana ao morrer. 2006. 142 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 9 ago. de 2006. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4758/1/383739.pdf>. Acesso em: 15 de março de 2018

G1. **Cientista australiano de 104 anos viajará a Suíça para morrer**. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/cientista-australiano-de-104-anos-viajara-a-suica-para-morrer.ghtml>. Acesso em: 17 de maio de 2018.

GOFFREDO, Telles Júnior. **Iniciação na ciência do direito**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1305, 27 jan. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9437>. Acesso em: 17 de março de 2018.

_____. Teoria da Imputação Objetiva e Aborto Anencefálico: atipicidade material do fato. **Revista Jurídica Consulex**. Ano IX, 2005.

GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia. Bioética.** Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2004. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.html>. Acesso em: 09 de abril de 2018.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.** 3.º ed. São Paulo: PC Editorial, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral. Vol. I. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GUIMARÃES, Marcelo Ovidio Lopes. **Eutanásia:** novas considerações penais. Leme: Mizuno, 2011.

GUTIERREZ, Pilar L., O que é o paciente terminal? À beira do leito e Bioética, **Revista da Associação Médica Brasileira.** Volume 47, número 2. São Paulo. 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302001000200010. Acesso em 9 de março de 2018.

JOSEPH, Yonette and Illiana Magra. David Goodall, 104, cientista que lutou para morrer em seus termos, termina com sua vida. **The New York Times.** 10 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/05/10/world/europe/david-goodall-australia-scientist-dead.html>. Acesso em: 12 de maio de 2018.

LARSON, Nina. Clínica Suíça debate com Austrália sobre o cientista, de 104 anos, que quer morrer. **The Local Switzer.** 05 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.thelocal.ch/20180505/swiss-clinic-slams-australia-over-scientist-104-who-wants-to-die>. Acesso em: 12 de maio de 2018.

LENZA, Pedro; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado.** Editora Saraiva. 1.a edição: fev./2011; 2.ª tir., maio/2011.

LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia:** aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Atheneu, 2011.

LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 154

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira, et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTAIGNE, Michel de. **Os Ensaios**. Trad.: Rosemary Costhek Abilio. São Paulo. Ed. Martins Fontes, 2ª edição, 2002.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direito Constitucional para Carreiras Jurídicas 2017**. CERS – Complexo de Ensino Renato Saraiva Ltda.

NOGUEIRA, Alberto. **A Reconstrução dos Direitos Humanos da Tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de e OLIVEIRA, Pedro Bellentani Quintino de. **A eutanásia e a ortotanásia no anteprojeto do Código Penal brasileiro**. Universidade de São Camilo, 2012. Disponível em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/98/03.pdf>. Acesso em 10 de março de 2018.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Homicídio, Participação em Suicídio, Infanticídio e Aborto: Crimes Contra a Vida**. Aide editora. Rio de Janeiro, 1995.

PRESSE, France. **Cientista australiano de 104 anos viajará á Suíça para morrer**. G1 Globo. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/cientista-australiano-de-104-anos-viajara-a-suica-para-morrer.ghtml>. Acesso em: 02 de maio de 2018.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SANCHES, Rogério. **Manual de Direito Penal – Parte Geral – Volume Único**. 6ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Editora Juspodivm. 2018.

SANTIAGO, Mir Puig. **Derecho Penal: Parte General**, 8ª Ed. Barcelona, Reppertor, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Constituição e Proporcionalidade**. Revista de Estudos Criminais, vol. 3, n. 12. Porto Alegre: 2003.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Fundamentação da Preservação do Núcleo Essencial na Constituição de 1988**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/paulo_ricardo_schier.pdf. Acesso em: 21 março 2018.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei PL 236/2012**. Altera o Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso: 28/02/2018.

SHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais: proteção e restrição**, p. 108. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. Malheiros: São Paulo, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC: 82424 RS**, Relator: Moreira Alves, Data de Julgamento 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19/03/2004 PP – 00017 EMENT VOL- 02144-03 PP00524

_____, **RE 511961 SP**, Relator: Gilmar Mendes, Data de Julgamento 17/06/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-213 DIVULG 12/11/2009 PUBLIC 13/11/2009 EMENT VOL – 02382-04 PP - 00692

_____, **ADI: 3112 DF**, Relator: Carlos Velloso, Data de Julgamento: 04/08/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19/12/2006 PP – 00034 EMENT VOL – 02261 PP - 00155

_____, **ADI – MC: 2667 DF**, Relator: Celso de Mello, Data de Julgamento 19/06/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 12/03/2004 PP – 00036 EMENT VOL – 02143 – 02 PP – 00275

_____, **ADI: 3510 DF**, Relator: Ayres Britto, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe – 096 DIVULG 27/05/2010 PUBLIC 28/05/2010 EMENT VOL – 02403 – 01 PP - 00134

_____, **MS: 32033/DF**, Relator: Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 24/04/2013, Data de Publicação: DJe – 079 DIVULG 26/04/2013 PUBLIC 29/04/2013

SYMONIDES, Janusz. **Human Rights: New Dimensions And Challenges**. UNESCO 1998.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, p. 528 e 530. São Paulo: Saraiva, 2010.

THE NEW YORK TIMES. **David Goodall, 104, Scientist who fought to die on his terms, ends his life**. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/05/10/world/europe/david-goodall-australia-scientist-dead.html>. Acesso: 20 de maio de 2018.

THE LOCAL. **Swiss clinic slams Australian over scientist, 104, who wants to die.** Disponível em: <https://www.thelocal.ch/20180505/swiss-clinic-slams-australia-over-scientist-104-who-wants-to-die>. Acesso em 20 de maio de 2018.

VIEIRA, Verônica Ferreira. **Luzes e sombras na construção de um caminho para pacientes incuráveis:** a eutanásia à luz da bioética e do direito. 2013. 156 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 28 ago. 2013. Disponível em: http://www.bdt.d.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=6218. Acesso em: 12 de março de 2018.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro. **Revista Bioética**, Brasília, v. 16, n. 1, p. 61-83, 2008. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/56/59. Acesso em: 16 de março de 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, **Manual de Derecho Penal**, 6ªEd. Buenos Aires: Ediar, 1991.