

O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO FORMA DE LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL DA EUTANÁSIA NO BRASIL E NA ESPANHA

Rainner Jerônimo Roweder¹

Introdução

A vida é formada por uma vasta gama de sentimentos, entre eles estão a dor e o sofrimento. Normalmente, durante toda nossa trajetória buscamos nos afastar destes sentimentos por serem considerados prejudiciais a uma vida feliz. Mas, nem sempre eles são facilmente evitáveis, como quando graves moléstias cruzam o destino da pessoa, fazendo com que a dor e emoções desagradáveis se tornem grande parte do dia a dia. Quando esta situação ocorre buscamos um fim a estas sensações negativas, mas nem sempre isto é possível, e colocar fim a própria vida se torna uma forma de finalizar a dor física e emocional. No entanto, terminar coma própria vida, com a finalidade de extinguir a dor e o sofrimento nem sempre é uma tarefa fácil e lícita.

O objetivo do artigo é a análise dos contornos modernos do neoconstitucionalismo e as mudanças paradigmáticas trazidas por ele, desaguando na possibilidade de inclusão da eutanásia, nos ordenamentos jurídicos estudados, por intermédio dos novos instrumentos do movimento neoconstitucionalista. Busca-se fornecer um ponto de partida jurídico para possíveis garantias constitucionais não explícitas e sua forma de inserção lícita nos ordenamentos jurídicos estudados por técnicas neoconstitucionalistas. Para isto, foi eleita a eutanásia, prática proibida no Brasil e na Espanha, e estudada a sua plausibilidade de ingresso nos ordenamentos através do citado movimento.

A matéria é extremamente controversa por envolver diversos âmbitos sociais, como a sociedade médica, religiosa, associações de enfermos, cidadãos em geral, associação em favor da morte digna, etc.

A conceituação desta possibilidade de colocar fim a própria vida e sua sistematização foi estudada neste artigo, perpassando por conceituados doutrinadores europeus e latino americanos.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (Itajaí/SC) com dupla titulação pela Widener University (Delaware Law School). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte/MG). E-mail: rainnerroweder@gmail.com

A posição jurisprudencial brasileira e europeia também foi analisada e conceitos jurisprudenciais enriqueceram o presente trabalho. Foi perquirido, também, sobre quais diplomas legislativos podem ser utilizados para enquadrar a eutanásia nos ordenamentos jurídicos estudados.

Trata-se de um artigo interdisciplinar com a coordenação das disciplinas de Direito Civil, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Todas estas tocam, de certa maneira, o tema do artigo. O raciocínio predominante é indutivo, considerando que uma especificidade subordina-se a uma regularidade geral. Trata-se uma pesquisa do tipo jurídico-exploratória e histórico-jurídico. Sem a intenção de esgotar o assunto, apresenta-se ao leitor um novo enfoque sobre temas tradicionais.

1. A morte e a vida nos ordenamentos jurídicos do Brasil, da Espanha e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

A vida é vastamente protegida, prevista e amparada pelo Direito, em diversos aspectos e em diversos ramos jurídicos. A perpetuação máxima da vida humana digna tende a ser o foco dos ordenamentos, em geral, mas a relativização da vida e a possibilidade de pôr fim a vida é percebida com facilidade, tanto no Brasil, quanto na Espanha e em tratados internacionais, ao cuidar da morte e seus contornos jurídicos.

Até o ano de 7 de julho de 1978, a pena de morte ainda era prevista na Espanha, sendo previsão expressa do art. 15 da Constituição Espanhola de 1978, que estabelece que todos têm direito à vida e à integridade física e moral, sem que em nenhum caso, possam ser submetidos a tortura ou tratamentos desumanos ou degradantes. "Fica abolida a pena de morte, salvo no que possam dispor as leis penais militares para tempo de guerra."²

Similarmente ao caso espanhol, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê a possibilidade da pena de morte somente em caso de guerra declarada, o Código Penal vigente no Brasil descriminaliza o aborto em casos específicos. E a morte, presumida ou fática, é tratada no âmbito do direito civil brasileiro em diversos outros diplomas normativos, como a legislação registrária.

² ESPANHA. **Constituição Espanhola de 1978**. Diário da República. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>, Acesso em 07/08/2019 às 20:30 h.

Além disso, o Decreto nº 5.144³, de 16 de julho de 2004, prevê a possibilidade de abatimento de aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins no território nacional, que geraria, por óbvio, a morte do seus tripulantes.

Em sentido próximo, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, estabelece que o direito de “qualquer pessoa à vida é protegido pela lei”, mas ressalta diversas situações em que o direito à vida pode ser relativizado, como, por exemplo, repressão de violência ilegal, para reprimir revoltas ou para efetuar uma detenção legal.⁴

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos já enfrentou alguns casos em que o direito à morte digna foi objeto de análise. No processo de Diane Pretty contra Reino Unido ficou decidido que no caso de uma cidadã inglesa que sofre de uma doença degenerativa incurável dos músculos e requereu o direito a morrer com dignidade e a praticar a eutanásia, o Tribunal considerou que o artigo 2.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não lhe atribui direito a morrer, seja com a ajuda de uma terceira pessoa ou de uma autoridade pública, pelo que o Reino Unido, ao não permitir a sua morte assistida, não violou tal disposição. Com efeito, o Tribunal considerou que o “direito à vida não pode ser interpretado de uma forma negativa, em sentido diametralmente oposto, como um direito de morrer, assim como daqui não se poderia criar um direito à autodeterminação e conferir a um indivíduo o direito a escolher a morte em vez da vida”.⁵

No âmbito da jurisprudência brasileira a eutanásia também encontra diversos obstáculos. O primeiro obstáculo é a limitação da autonomia privada no Brasil. Em julgado, a Ministra Cármen Lúcia, em seu voto declarou que a autonomia privada, encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente

³ O Art. 5º do referido decreto prevê que a medida de destruição consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra.

BRASIL. Decreto nº 5.144 DE 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm
Acesso em 10/08/2019 às 19:30 h.

⁴ EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950**. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf
Acesso em 07/08/2019 às 20:55 h.

⁵EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos, **Processo 2346/2002**, Relator: Mr M. Pellonpää, President. 4a Secção, de 29 Abr. 2002.

aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.⁶

Cumprido ressaltar ainda que o anteprojeto do novo Código Penal do Brasil já prevê a eutanásia, como hipótese de redução até extinção de pena.⁷

Percebe-se que as transformações sociais refletem diretamente no direito. Com isto, acompanhar as mudanças sociais é fundamental para o ordenamento jurídico, pois a legitimidade do mesmo é dependente da sociedade. Uma das transformações sociais polêmicas é a eutanásia e sua regularização jurídica. No próximo capítulo a eutanásia será conceituada e diferenciada de figuras próximas para melhores entendimentos do tema.

1.1 O conceito de Eutanásia e suas variações brasileiras e espanholas em tempos de transnacionalidade.

A eutanásia não possui um conceito estanque.

Trata-se de um debate muito antigo e que por muitos anos permanece em voga na sociedade. Para retratar a antiguidade do tema, ressalte que Platão, em sua obra "A República", já falava sobre a morte livre, sem utilizar no entanto a alcunha eutanásia. Platão, aparentemente, demonstra-se a favor do que hoje chamamos de eutanásia, asseverando que o prolongamento de uma vida quando há uma doença incurável, vai de encontro com a condição de finitude da vida. A incontornável finitude da vida. Seu argumento se mantém lembrado, de certa forma, até hoje, para fins históricos. Assevera, também, que tal prolongamento da vida também suscita discussões sobre o valor econômico, pois o coletivo necessitaria de levantar fundos para manter uma vida desenganada de outrem.⁸

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 201819/RJ** Relator (a): Min. ELLEN GRACIE. Julgado em 11/10/2005. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portaStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185067&modo=cms

Acesso em 10/08/2019 às 20:30 h.

⁷ CRUZ, José. Comissão apresenta anteprojeto do novo Código Penal. São Paulo: Conjur, 2012, p 01

⁸ SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo, SCHRAM, Fernando.. **A filosofia de Platão e o debate bioético sobre o fim da vida: interseções no campo da Saúde Pública**. Rio de Janeiro: Cadernos Saúde Pública. 2007, p. 855-865.

O termo eutanásia é derivado do grego e quer significar a boa morte ou morte suave.

Trata-se de prática ainda legalmente proibida no Brasil e na Espanha, mas com o debate ativo para sua regulamentação em ambos ordenamentos jurídicos.

Para o professor da Universidade do Porto, Paulo Pulido Adragão, por eutanásia propriamente dita deve se entender o ato de matar deliberadamente um doente incurável para pôr fim ao seu sofrimento, isto quer dizer, sempre por razões de piedade.⁹ Segue relatando que recentemente, já não é assim: a eutanásia propõe-se como uma escolha (*death by choice*) e pretende-se o seu reconhecimento como expressão do pluralismo de ideias numa sociedade; ou então como uma alternativa imposta pelas mudanças na assistência sanitária; ou ainda como uma exigência de respeito vontade e autonomia de quem prefere a morte vida.¹⁰

O conceito de eutanásia foi sofrendo variação e especificação ao longo do tempo. Com efeito, na visão do latino americano, Eduardo Tinant, eutanásia significa basicamente provocar a morte, com algumas qualificações, a seguir compelidas: 1) efetuada por um terceiro; 2) de um paciente portador de uma enfermidade mortal; 3) a seu requerimento; 4) em seu próprio benefício, e 5) por meio da administração de um tóxico ou veneno em dose mortal. E segue explicando, caracterizando e pontuando: 1) A terceira pessoa, geralmente um médico ou um profissional da saúde, que provoca a morte, distingue a eutanásia do suicídio assistido, em que aquela põe ao alcance do paciente o mecanismo ou a droga necessária; 2) A existência de uma enfermidade terminal permite distinguir primariamente eutanásia de homicídio assistido; 3) Requerimento do paciente, dado fundamental que legitima a expressão de sua vontade autônoma no exercício máximo de seu direito a morrer; 4) Implica que se deve efetuar tendo em conta o melhor interesse do paciente: evitar uma deterioração da qualidade de vida ou um

⁹ ADRAGÃO, Paulo Pulido. **A Eutanásia: Argumentos de um Debate**. Lisboa: JusJornal. 2016 Disponível em https://drive.google.com/file/d/1_G7RUxUNTIL9yiXqmMfsyRkHcPCLjqLs/view Acesso em 05/07/2019 às 20:30 h.

¹⁰ ADRAGÃO, Paulo Pulido. **A Eutanásia: Argumentos de um Debate**. Lisboa: JusJornal. 2016 Disponível em https://drive.google.com/file/d/1_G7RUxUNTIL9yiXqmMfsyRkHcPCLjqLs/view Acesso em 05/07/2019 às 20:30 h.

sofrimento que não deseja suportar; 5) Procedimento, ato, conduta, pelo que se materializa a eutanásia mesma, administrando um veneno ou droga letal.¹¹

De acordo com Erik Gramstrup, em parceria com estudos da Universidade Federal do Rio de Janeiro, a eutanásia pode ser classificada também em eutanásia por ação ou positiva, quando há um ato deliberado a provocar a morte sem dor de pacientes terminais e a por omissão ou negativa em que há a retirada de tratamentos e aparelhos que mantinham determinado paciente vivo ou por que não se inicia um tratamento médico.¹²

No âmbito da doutrina espanhola se destaca o vetusto Ricardo Royo-Villanova que propôs a seguinte divisão: 1) Eutanásia Súbita - morte repentina 2) Eutanásia Natural - decorre no decurso natural e gradual do envelhecimento. 3) Eutanásia Estóica, - morte obtida com a exaltação das virtudes do estoicismo, o aconselhamento à indiferença e o desprezo pelos males físicos e morais 4) Eutanásia Teológica - morte em estado de graça 5) Eutanásia Terapêutica - obtida por emprego ou omissão de meios terapêuticos para obter uma morte suave, aos pacientes incuráveis e com dor. 6) Eutanásia Eugénica e Económica - eliminação de todos os seres degenerados ou inúteis. 7) Eutanásia Legal - consentida e regulamentada legalmente.¹³

Percebe-se que uma vasta gama de classificações do que seria a eutanásia pode ser encontrada na literatura especializada e as suas classificações variam conforme o autor estudado.

Compete estabelecer, também, a diferença entre a referida figura com a distanásia e a ortotanásia. A ortotanásia é uma eutanásia negativa, em que a essencial ajuda médica não é aplicada no doente terminal. Assim, o paciente morre por não ter os possíveis cuidados médicos aplicados, por sua vontade. A distanásia, noutro giro, consiste no atraso da morte por aplicação dos meios médicos possíveis, ainda que não exista a esperança de cura do paciente. Assim, novas técnicas de reanimação, podem ser consideradas distanáticas, bem como a manutenção da vida através de aparelhos médicos.

¹¹ TINANT, Eduardo Luis. **Antología para una Bioética jurídica**. Buenos Aires: La Ley, 2004, Nº 69, p. 5-10. Tradução livre.

¹² GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Eutanásia: definição e classes**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 27

¹³ ROYO-VILLANOVA, Morales. **Concepto y definición de la eutanásia**. Zaragoza: La Academia, 1928, p. 10. Tradução livre.

Apesar das variações em termos de conceituação, terminar com a própria vida pode ser um método rápido e barato de acabar com o sofrimento que a morte pode trazer consigo.

A total e absoluta proibição da eutanásia no Brasil e na Espanha já é relativizada em sua efetividade e o número de adeptos é crescente.

Um dos instrumentos utilizados para contornar as proibições estatais e pressionar a venda dos seus produtos, utilizando as grandes corporações como novo ator do direito internacional é a transnacionalidade. A citada teoria amplia o espectro de criadores da norma jurídica, deixando as grandes corporações de serem simples objeto de direito, em reconhecimento do crescente poder privado no mundo globalizado.

Mais especificamente ao tratar do tema, Cutler nos informa que reivindicações de reconhecimento enquanto atores do direito internacional são cada vez mais emanadas de indivíduos, organizações internacionais, empresas, protetores dos direitos humanos e movimentos ambientais, minorias étnicas e povos indígenas. Os indivíduos estão adquirindo atributos significativos de personalidade jurídica internacional por meio da operação de acordos internacionais de direitos humanos que proporcionam aos demandantes individuais acesso direto aos tribunais e tribunais de direitos humanos a fim de desafiar a conduta dos Estados. No entanto, o problema é muito mais profundo do que a ambiguidade sobre a exclusividade das reivindicações estatais à autoridade e relaciona-se ao status das leis como o "sujeito" da lei e da política. Isso é chamado de "problema do sujeito". O problema do sujeito envolve a tendência de evitar confrontar a questão de quem ou o que pensa ou produz a lei. No direito internacional, o problema do sujeito aparece na designação de estados como "sujeitos" da lei, enquanto indivíduos e corporações são considerados "objetos" da lei.¹⁴

As implicações de tratar corporações e indivíduos como objetos e não como sujeitos são profundamente problemáticos empiricamente e normativamente. Enquanto corporações transnacionais e associações empresariais privadas podem ser objetos de direito (de jure), elas estão, de fato, operando como sujeitos (de fato). Tem havido um crescente pluralismo, heterogeneidade e diferenciação em ambos os assuntos legais e fontes do direito ao longo do tempo.¹⁵

¹⁴ CUTLER. A. Claire. **Private Power and Global Authority**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 103

¹⁵ CUTLER. A. Claire. *Private Power and Global Authority*. p. 103

No mundo, diversos métodos, ao arrepio da lei, já têm sido utilizados para promover a facilitação do fim da dor, causando a morte e alimentando um crescente mercado. Uma das novidades de 2019 é a capsula do suicídio, produzida no Canadá por impressora 3D, denominada de Cápsula Sarco, que promete uma morte tranquila e sem dor aos suicidas.

O produto não consta como proibido em nenhuma das legislações estudadas neste artigo e não pode ser considerado uma arma, logo pode ser percebido como uma verdadeira joia do transnacionalidade atual para contornar as proibições estatais. Segundo o criador do produto, a Sarco não usa nenhum medicamento restrito pela lei ou requer algum conhecimento especializado, como a inserção de uma agulha intravenosa. Qualquer pessoa que possa passar no teste de entrada pode entrar na máquina e acabar legalmente com sua vida.¹⁶ Trata-se de um equipamento reutilizável e *eco-friendly*.

Outros instrumentos também podem ser utilizados em ambiente não hospitalar. De acordo com Mafalda Anjos¹⁷, um barbitúrico, é a droga número um utilizada para a prática do suicídio assistido e da eutanásia fora dos meios hospitalares. Ficou conhecida como "peaceful pill" ou a "droga tranquila", e apesar de ser proibida na esmagadora maioria dos países desenvolvidos, incluindo a Espanha, pode facilmente ser comprada online por quem procura um fim indolor e vive em sítios onde a prática está criminalizada. A droga vem num pacote discreto e facilmente escapa aos controlos aduaneiros e a sua presença só é detectada em autópsias, que muitas vezes não são realizadas em doentes terminais. Conforme noticiado, o custo da droga não chega a 150 euros, o que facilita o seu acesso a pessoas de diversas classes sociais. Ressalte que se trata de prática inicialmente considerada como ilegal.

Com isto, percebe-se que as proibições legislativas são facilmente contornáveis e a adequação da legislação ao fato social é altamente recomendável tanto na Espanha quanto no Brasil. A proibição não se sustenta somente em um

¹⁶ EXIT INTERNATIONAL. **Canadian launch of world-first 3D Printed Euthanasia Machine.** *Exit Notices*. Disponível em: <https://exitinternational.net/docs/SarcoIxx.pdf>
Acesso em 01/08/2019 às 19: 30 h. Tradução livre.

¹⁷ ANJOS, Mafalda. Eutanásia: quando a morte chega pelo correio a casa dos portugueses. Lisboa: Visão, 2016. Disponível em <http://visao.sapo.pt/actualidade/sociedade/2016-04-26-Eutanasia-quando-a-morte-chega-pelo-correio-a-casa-dos-Portugueses>
Acesso em 05/07/2019 às 19:30h.

aspecto religioso e a tendência de aumento de liberdade dos cidadãos clama pela legalização da eutanásia. Em especial, a espécie de eutanásia ligada ao fim da dor.

Assim, naturalmente que a constitucionalização aqui visada somente está ligada a aquelas espécies conectadas aos direitos da personalidade e escolha de uma morte digna, sem sofrimento.

Para que seja considerada um direito, a eutanásia não precisa ser regulamentada, mas precisa necessariamente ser legal ou constitucional, logo, todas as formas acima tratadas não adaptadas ou confrontantes a um ordenamento jurídico estão descartadas como direito da personalidade.

A eutanásia é sem dúvida um tema sem segurança jurídica, logo afastada dos valores de justiça. A situação social em desconformidade com a legislação gera tal insegurança. E tal quadro precisa ser alterado. Como bem disserta António Pinheiro Torres, quando falamos em ordem social, falamos implicitamente em segurança e justiça. Sem segurança a ordem não existe ou é imperfeita, o que impossibilita a realização total dos fins da sociedade e das pessoas que a compõem.¹⁸

Há grande demanda social para a prática dos atos e sua desproibição, ainda no ano de 2019. Na Espanha, conforme noticiou o Jornal El País, as pesquisas nas últimas décadas são inequívocas, cerca de 84% da população mostra o seu apoio a regular à morte desejada. O último "Sociómetro" do País Basco [série de estudos iniciada em 1996 que procura fazer um retrato da realidade social basca], o mais recente, apontou 86% de aprovação.¹⁹

Assim, as entre a proibição e a liberação da eutanásia nota-se um vazio legislativo que precisa ser preenchido para garantir tão valiosa segurança jurídica nos ordenamentos jurídicos analisados.

2. O neoconstitucionalismo e a formação de novos direitos

O neoconstitucionalismo já não é nenhuma novidade e possui vasto estudo pela doutrina e jurisprudência.

¹⁸ TORRES. António Maria M. Pinheiro, **O valor da justiça**. Coimbra: Coimbra editora 2014, p. 13

¹⁹ BRENA. Carmém Moran. **Um milhão de assinaturas para descriminalizar a eutanásia na Espanha**. Madrid: El País, 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/11/internacional/1562859484_327711.html Acesso em 05/08/2019 às 20 h.

Um dos grandes marcos do neoconstitucionalismo é a expansão do Poder Judiciário, especificamente na jurisdição constitucional. Essa tarefa de analisar a compatibilidade de uma lei com a Constituição também não é nova, podendo-se referir ao sistema do controle difuso de constitucionalidade, que surgiu nos Estados Unidos em 1803, com o julgamento do caso *Marbury contra Madison*, e depois, foi criado o modelo de controle constitucional em que se atribuía ao órgão uma autonomia orgânica, com capacidade de exercer o controle concentrado de constitucionalidade, que foi difundido na Europa. Já existia, assim, o modelo difuso americano e o modelo europeu concentrado.

A partir daí, depois da Segunda Guerra Mundial, essa jurisdição constitucional que já tinha fincado suas bandeiras no constitucionalismo, se expandiu, sendo que cada vez mais, temas próprios da política e face ampla das organizações sociais foram levados à baila da decisão judicial.

Destarte, tem-se uma migração do foro de competência tradicional e moroso parlamentar para o foro jurídico, sendo que grandes questões tendem a ser levadas as Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais, que em última análise vão dar a última palavra para o caso em questão.

Essa expansão da jurisdição constitucional é causada em grande medida por um fator, que é a judicialização de assuntos atinentes à política pública. É por isso que temas como união homoafetiva, políticas afirmativas, segregação racial, biossegurança, etc., são temas de grande repercussão social e não foram adequadamente decididas pelos respectivos congressos (parlamentos) e são recorrentemente pautas de julgamentos de órgãos jurisdicionais superiores.

Muitas vezes o próprio legislativo se omite no dever de legislar, sobre a justificativa de não ter o custo político de decidir em favor de uma ou outra corrente, transformando em uma ficta delegação de Poder Público para os Tribunais, incentivando e promovendo essa judicialização da política, e causando, por consequência, a expansão da jurisdição constitucional.

Uma das consequências que se pode apontar para este modelo do neoconstitucionalismo pode ser: maior eficácia dos princípios constitucionais, como por exemplo, nas decisões judiciais que decorrem das uniões homoafetivas, que não se basearam na lei, mas sim no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que tem por fundamento que a união de pessoas do mesmo sexo também é considerada uma entidade familiar, se comparando à união estável. É, pois, fruto

do pós-positivismo, que ao invés de aplicar apenas a regra constitucional, aplica-se o princípio constitucional.

Assim, a força normativa da Constituição permite que o Poder Judiciário tenha um papel mais ativo, já que dessa ideia resulta a aplicabilidade direta da Constituição pelo juiz, que passou a ser provocado a tomar decisões de caráter político com o objetivo de resolver demandas sociais, como nas áreas da saúde, educação, segurança e demais políticas públicas não reguladas pelo legislador e não implementadas ou omitidas pelo Poder Executivo.

Desta forma, deve-se reconhecer a crescente força normativa dos princípios, que possuem em sua essência uma valoração axiológica, podendo-se citar como exemplo: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia, o princípio da equidistância, o princípio da igualdade, princípio da solidariedade social, princípio da interpretação conforme, dentre outros, sendo que o neoconstitucionalismo abre as portas do Direito para o debate da moral, visando os aspectos fundamentais e para implementação de políticas públicas, que é função do Poder Executivo, mas passa a existir por meio de decisões judiciais.

Aliás, é certo que o neoconstitucionalismo reside em uma das maiores divergentes discussões, não sendo poucas as críticas sobre a sua aplicação, uma vez que existem doutrinadores que advertem sobre os possíveis riscos de sua adoção para a democracia em face da judicialização excessiva da vida social, abalando o princípio basilar da separação dos poderes.

Acerca da utilização dos princípios, Robert Alexy esclarece que não apenas a aplicação dos princípios é de vital importância, mas sobretudo uma teoria dos princípios adequada ao direito democrático que possa guiar essa aplicação de maneira justa. Afirmar que "apenas uma teoria dos princípios pode conferir validade adequada a conteúdos da razão prática incorporados ao sistema jurídico no mais alto grau de hierarquia e como direito positivo de aplicação direta"²⁰. Do mesmo autor advém a tradicional máxima que traduz os princípios como mandamentos de otimização. Para ele, princípios são, por conseguinte, mandados de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 669.

fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.²¹

Para tanto, se o constitucionalismo conseguiu realizar normas constitucionais limitando a atuação do Estado, o neoconstitucionalismo passou a redefinir novas tendências sociais e políticas, para trazer força normativa atrelada aos princípios e valores morais.

Destarte, houve a neoconstitucionalização dos direitos, fazendo com que a minoria social pudesse se tornar mais protegida pela ordem política, social e jurídica, passando a determinar um sentimento jurídico universal para proteção dos direitos fundamentais.

Importante ressaltar que os direitos fundamentais, inclusive o direito fundamental à vida e à morte digna tratado neste artigo, na existência do neoconstitucionalismo, vigoram juntamente com a força normativa das regras, dando-lhes obrigatoriedade jurídica.

As normas constitucionais, por vezes, são fragmentárias, que expressam conceitos jurídicos indeterminados, como por exemplo: princípio da moralidade, conceito de vida, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, valor ético da família, interesse social, etc. São expressões abstratas, que apesar de serem determinantes para o neoconstitucionalismo, não possuem conceito concreto e pré-fixado. Sendo consideradas por isto normas proteifórmicas e permitem que novos valores, como a morte digna, sejam inseridas nos ordenamentos jurídicos. Por isso, quando se insere sistemas jurídicos indeterminados na Constituição, busca-se na filosofia seu entendimento para se utilizar na argumentação jurídica.

Assim, o principal fator de preocupação do neoconstitucionalismo, no sentido de determinar a sua aplicabilidade, passou a ser a concretização constitucional, mesmo porque, no constitucionalismo, ainda que estivesse positivado, não havia a concretividade. O guardião da Constituição passa a ser o judiciário, que servirá para “guardar” as normas constitucionais que possuem força normativa. Desta forma, o neoconstitucionalismo é uma nova forma de operar todo o sistema jurídico em conformidade à Constituição, inclusive com a interpretação integral, sem forma fixa e sistematizada da própria Carta Magna.

²¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. p. 642

Busca-se, por conseguinte, que não se cometa mais qualquer atrocidade contra a pessoa humana, sendo que as leis devem ser interpretadas dentro de um determinado fator jurídico emanado de princípios morais atuais.

Nesta concepção, o neoconstitucionalismo se torna mais próximo da realidade vivida atualmente do que a da época de escrita do texto constitucional, fundindo-se o sujeito e o objeto. É imperioso ainda não deixar de citar sobre a existência do "constitucionalismo do futuro", a ser implementado após o neoconstitucionalismo, que traz a ideia mais precisa de fraternidade e solidariedade (constituição do porvir) que se espera aumentar preceitos de fraternidade e solidariedade no bojo social.

Assim, a releitura social em compatibilidade com preceitos morais atuais e de livre morte, por si só, já caminha para a regulamentação da eutanásia, haja vista a proteiformidade dos princípios constitucionais no neoconstitucionalismo.

A interpretação também é relevante para o deslinde da matéria aqui tratada e será abordada no capítulo seguinte.

2.1 A compatibilidade constitucional da eutanásia por intermédio do neoconstitucionalismo e da interpretação aberta.

A interpretação aberta também é uma característica do neoconstitucionalismo. O constitucionalista alemão Peter Häberle nos ensina que as Constituições não são necessariamente voltadas para os juristas, mas para toda sociedade. Assim, somente com inteira compreensão do texto e valores constitucionais seria possível a dissipação positiva do seu conteúdo.

As pessoas, neste sentido, podem estar aptas a sentir e aplicar o texto constitucional, sem a invariável necessidade de inserção do Estado-juiz interpretando o seu texto. É natural que em diversas questões, como minúcias de direito fiscal, o Estado-intérprete seria essencial, mas em questões comuns, ou diretamente ligada à vida (e à morte) das pessoas, as próprias poderiam fazer aplicação direta do seu texto, na chamada sociedade aberta de intérpretes.

Os intérpretes oficiais (estatais), tradicionalmente aceitos, perdem o seu valor de univocidade de interpretação constitucional e o número de atores cresce significativamente, ampliando-se a democracia interpretativa constitucional e dando mais vazão social ao texto da própria Constituição. Segundo o citado autor não apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior revela-

se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade!²²

O conceito atual de interpretação propositiva (*purpositive interpretation*) também auxilia na ampliação das permissões constitucionais, em especial em países que possuem o texto constitucional enxuto, fazendo com que o julgador crie instrumentos jurídicos ao julgar, não se atendo somente a interpretação. De acordo com um dos expoentes desta teoria, o juiz da Suprema Corte de Israel Ahron Barak, na revista de Harvard, em livre tradução, rejeita a alegação de que o juiz apenas declara a lei e não a cria²³. É uma abordagem fictícia e até infantil. A teoria de Montesquieu de que o juiz é não mais do que a boca que produz as palavras da lei é igualmente desacreditada. Ele suspeita que a maioria dos juízes da Suprema Corte acredita que, além de declarar a lei, eles às vezes criam leis. Em relação ao sistema de direito comum (*Common Law*), isso certamente é verdade: nenhum sistema de direito comum é o mesmo hoje que há cinquenta anos, e os juízes são responsáveis por essas mudanças. Segundo ele, essa mudança envolve a criação. O mesmo se aplica à interpretação de um texto legal. O significado da lei antes e depois de uma decisão judicial não é o mesmo. Antes da decisão, havia, nos casos difíceis, várias soluções possíveis. Após a decisão, a lei é o que a decisão diz que é.²⁴

Com isto, revela-se a possibilidade judicial direta de inserção de novas normas por intermédio do Poder Judiciário, como as que dariam vazão à morte digna. Nesta toada de ampliação interpretativa percebe-se maior facilidade de inclusão de novas teorias no bojo constitucional. É quase natural pensar que os ditos intérpretes e órgãos oficiais de interpretação podem, e muitas vezes vão, negar tais formas livres de interpretação, reclamando, assim, a sua competência tradicionalmente conferida pelo texto constitucional. Então, o dito anteriormente pode não ser aceito por tais órgãos.

Se a interpretação constitucional pode ser livre e em consonância com um espírito social desligado da interpretação oficial do Estado, a eutanásia facilmente

²² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 153

²³ BARAK. Ahron - **A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy**. Cambridge: Harvard Law review, 2002, p,97. Livre Tradução.

²⁴ BARAK. Ahron - *A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, p,102. Livre Tradução.

pode ser incluída no bojo das garantias constitucionalmente garantidas, tendo em vista que a proteção dos direitos fundamentais, como a vida, tende a ser expressa por cláusulas abertas, sem densidade normativa, logo muito abertas à interpretação.

Sem o intuito de instigar o anarquismo jurídico, por tal teoria, a inserção de novas figuras no ordenamento encontra uma assustadora facilidade de se tornar realidade na vida dos jurisdicionados.

Assim, ligando-se o direito à morte ao direito à vida e tendo em vista que não existem direitos fundamentais maiores que os outros, o fim da vida digno poderia facilmente se tornar realidade.

Soma-se a estes argumentos a velha máxima do Princípio da Legalidade no âmbito privado, que diz que as pessoas são livres para fazer tudo o que não é vedado, e como a morte não respeita nenhuma norma jurídica, mas tão somente as naturais, a sua proibição iria contra o mais basilar da natureza humana. Assim, a morte livre e desimpedida somada ao princípio da dignidade da pessoa humana revela a necessidade de atribuir a morte digna o caráter de direito constitucional, valorizando-se, assim, a esfera de liberdade privada.

Note que se trata de uma escolha, pautada na racionalidade humana e não em uma imposição estatal. As liberdades tendem a ser mais valorizadas que as restrições no atual Estado de Direito Democrático. As liberdades são crescentes e tomam uma nova face a cada dia, gerando novas liberdades constitucionais impensáveis na fundação da própria constituição e do próprio constitucionalismo.

Entre tais liberdades crescentes na esfera privada estão a liberdade de gênero, digital, comércio eletrônico, sexual, dos animais, do tele trabalho, entre outras, que são exemplos de novas possibilidades que foram se somando ao texto constitucional, ampliando e complexando o próprio conceito de dignidade da pessoa humana. Mas, uma vez presentes no bojo da sociedade dificilmente conseguiríamos excluir estas novas práticas por intermédio da legislação, ainda que constitucional.

Assim, empodera-se o cidadão, dando a ele *status* de interprete, mas o mesmo, diga-se com ênfase, continua sob o bojo do Estado de Direito Democrático e de todas as derivações desta forma de ser do Estado.

Considerações Finais

Flexionando-se a teoria principiológica constitucional dos ordenamentos jurídicos estudados, percebeu-se que existe espaço para a compatibilidade abstrata entre as normas constitucionais e a eutanásia, haja vista as teorias apresentadas de aplicação dos princípios e de sua força normativa.

Trata-se de prática ainda proibida no Brasil e na Espanha. Por isto, foi verificada à adequação social da desproibição penal e civil do tema, bem como a possibilidade de compatibilização constitucional da eutanásia, por técnicas neoconstitucionalistas, e a Constituição vigente do Brasil e da Espanha. Verificou-se que técnicas de interpretação podem ajudar no deslinde do problema, a exemplo da interpretação propositiva e a sociedade aberta de intérpretes. Notou-se que as características modernas do neoconstitucionalismo são suficientes para incluir a eutanásia, uma vez desproibida, nos ordenamentos jurídicos estudados.

Referência das fontes citadas

ADRAGÃO, Paulo Pulido. **A Eutanásia: Argumentos de um Debate**. Lisboa: JusJornal. 2016 Disponível em https://drive.google.com/file/d/1_G7RUxUNTIL9yiXqmMfsyRkHcPCLjqLs/view Acesso em 05/07/2019 às 20:30 h.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANJOS, Mafalda. Eutanásia: quando a morte chega pelo correio a casa dos portugueses. Lisboa: Visão, 2016. Disponível em

BARAK. Ahron - A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy. Cambridge: Harvard Law review, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 201819/RJ** Relator (a): Min. ELLEN GRACIE. Julgado em 11/10/2005. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185067&modo=cms Acesso em 10/08/2019 às 20:30 h.

BRENA. Carmém Moran. **Um milhão de assinaturas para descriminalizar a eutanásia na Espanha**. Madrid: El País, 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/11/internacional/1562859484_327711.html Acesso em 09/08/2019 às 18:30

CRUZ, José. Comissão apresenta anteprojeto do novo Código Penal. São Paulo: Conjur, 2012.

CUTLER. A. Claire. **Private Power and Global Authority**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

ESPAÑA. **Constituição Espanhola de 1978**. Diário da República. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>, Acesso em 07/08/2019 às 20:30 h.

EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950**. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf Acesso em 07/08/2019 às 20:55 h.

EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos, **Processo 2346/2002**, Relator: Mr M. Pellonpää, President. 4a Secção, de 29 Abr. 2002.

EXIT INTERNATIONAL. Canadian launch of world-first 3D Printed Euthanasia Machine. Exit Notices. Disponível em: <https://exitinternational.net/docs/SarcoIxx.pdf>. Acesso em 01/08/2019 às 19: 30 h.

GRAMSTRUP. Erik Frederico. **Eutanásia: definição e classes**. Coimbra: Almedina, 2010.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 153

<http://visao.sapo.pt/actualidade/sociedade/2016-04-26-Eutanasia-quando-a-morte-chega-pelo-correio-a-casa-dos-Pportugueses> Acesso em 05/07/2019 às 19:30h.

OLIVEIRA NETO, Francisco J. Rodrigues de. DEMARCHI, Clovis; ABREU, Pedro Manoel. (orgs), **Direito, Estado e Sustentabilidade**. Livro Eletrônico. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202016%20DIREITO,%20ESTADO%20E%20SUSTENTABILIDADE.pdf>

ROYO-VILLANOVA, Morales. **Concepto y definición de la eutanásia**. Zaragoza: La Academia, 1928, p. 10. Tradução livre.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo, SCHRAM, Fernando.. **A filosofia de Platão e o debate bioético sobre o fim da vida: interseções no campo da Saúde Pública**. Rio de Janeiro: Cadernos Saúde Pública. 2007, p. 855-865.

STRECK, Lenio Luiz. O que é positivismo, afinal? E qual positivismo? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Univali, v. 23, n. 3 (2018). Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13745>

TINANT, Eduardo Luis. **Antología para una Bioética jurídica**. Buenos Aires: La Ley, 2004, Nº 69, p. 5-10. Tradução livre.

TORRES. António Maria M. Pinheiro , **O valor da justiça**. Coimbra: Coimbra editora 2014.