

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ÁGATA CRISTY ZERMIANI

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, DIREITO À VIDA E EUTANÁSIA.

CURITIBA
2009

ÁGATA CRISTY ZERMIANI

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, DIREITO À VIDA E EUTANÁSIA.

Monografia apresentada no Curso de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharelado.

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève.

CURITIBA
2009

Aos meus pais, exemplos de vida, trabalho, dedicação e fé, pelo estímulo e confiança em mim depositados e com quem aprendi que não se deve desistir da conquista de nossos ideais.

Quando a morte é o maior perigo, se espera na vida; mas quando se encontra um perigo ainda maior, se espera na morte. Entretanto quando este perigo é tão grande que a morte se torna a esperança, o desespero é a não esperança de não poder nem mesmo morrer.

S. Kierkegaard

RESUMO

A eutanásia, ou seja, morte suave e sem sofrimento é, atualmente, uma questão muito discutida em todo o mundo. Ante os avanços tecnológicos no âmbito da medicina, discute-se se o melhor para o paciente é o prolongamento da vida, ainda que com agonia e sofrimento do paciente terminal. O presente trabalho buscou esclarecer a possibilidade de um direito à morte digna frente à Constituição Federal, e como consequência o direito à prática da eutanásia. Para tanto, iniciou-se com um esboço histórico do tema, apresentando-se a definição de eutanásia, assim como as diversas espécies, diferenciando-a da distanásia e ortotanásia. Em seguida, verificou-se o tratamento jurídico dado ao tema no Direito Brasileiro e Comparado. Após, discorreu-se sobre a inviolabilidade do direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, em comento, quando se discute a possibilidade da prática eutanásica. Por fim, apresentou-se a máxima da proporcionalidade e seus subprincípios para então analisar qual direito ou princípio deve prevalecer no caso concreto.

Palavras-chave: Eutanásia. Distanásia. Ortotanásia. Morte. Vida. Dignidade humana. Conflito de direitos. Proporcionalidade. Morte digna.

SUMÁRIO

Introdução	7
I. EUTANÁSIA	9
1.1. <i>Evolução histórica</i>	9
1.2. <i>Etimologia e definição</i>	16
1.3. <i>Espécies de Eutanásia</i>	17
1.3.1. Eutanásia propriamente dita	23
1.4. <i>Distanásia</i>	24
1.5. <i>Ortotanásia</i>	25
II. ENFOQUE JURÍDICO	28
2.1. <i>A Constituição Federal de 1988</i>	28
2.2. <i>A legislação infraconstitucional</i>	31
2.3. <i>O tratamento da eutanásia no direito comparado</i>	34
2.3.1. Uruguai.....	34
2.3.2. Holanda.....	35
2.3.3. Espanha	37
2.3.4. Austrália	38
2.3.5. Estados Unidos.....	38
2.3.6. Bélgica	40
2.3.7. França	40
III. DIREITOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS APLICÁVEIS À QUESTÃO DA EUTANÁSIA	42
3.1. <i>Direito à vida</i>	45
3.1.1. O dever de conservar a vida e a sua inviolabilidade.....	48
3.1.2. Os extremos biológicos da vida	50
3.2. <i>O princípio da dignidade da pessoa humana</i>	52
3.2.1. Dignidade da pessoa humana como direito fundamental	56
3.2.2. O princípio da autonomia da vontade.....	57
IV. EUTANÁSIA: UM COTEJO ENTRE O DIREITO À VIDA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	60
Conclusão	73
REFERÊNCIAS	76

Introdução

Diante dos vertiginosos avanços operados no campo da Medicina, principalmente no que tange às novas técnicas de manutenção da vida humana, especialmente no âmbito das doenças que antes eram consideradas incuráveis, a discussão acerca da prática eutanásica se faz inevitável.

Se até pouco tempo, em se tratando de doenças taxadas como incuráveis pelos médicos, não havia alternativas senão a espera angustiante pela morte e o sofrimento da família do enfermo, hoje, devido aos avanços nos tratamentos médicos, é possível se alongar o período de vida do paciente, pela imposição de tratamentos diversos ou administração de medicamentos, ainda que em condições de sofrimento e dor, muitas vezes impostas ao enfermo.

E diante de tal situação, a prática eutanásica surge como forma de amenizar o sofrimento do paciente terminal que não deseja se submeter a tratamentos que prolonguem a vida, mas que, pelo contrário, prefere optar pela então chamada “morte digna”.

A relevância do tema não decorre apenas da discussão gerada em função dos recentes casos públicos de eutanásia ocorridos no mundo, como o caso da italiana Eluana Englaro (Itália, fevereiro de 2009), mas em virtude da interdisciplinaridade que o tema envolve, seja no âmbito constitucional, quando da análise do conflito existente entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana; no âmbito médico, quando se discute a quem cabe praticar a eutanásia; assim como no plano religioso, quando se sabe que as lições religiosas impostas aos devotos exercem total influência quando se pretende discutir a legalidade da eutanásia, principalmente quando se questiona a santidade da vida.

É importante frisar, no entanto, que o presente trabalho não tem por objetivo abranger o tema em sua plenitude, visto tratar-se de tema complexo e interdisciplinar.

O foco da presente pesquisa é analisar se, ainda que na ausência de previsão expressa na Constituição Federal de 1988, é possível se falar em um direito de liberdade à morte digna. Para tanto, primeiramente discorrer-se-á sobre o contexto histórico da eutanásia, conceito e suas modalidades.

Em virtude da importância dada ao tema nos países estrangeiros, além do enfoque jurídico dado à matéria pelo Direito Brasileiro, serão abordadas também, ainda que sucintamente, algumas legislações estrangeiras que regulamentam a prática da eutanásia. Outrossim, tendo em vista que o tema da eutanásia envolve questões como a vida e a morte, serão feitas algumas considerações acerca do direito à vida e princípio da dignidade da pessoa humana, já que se pretende averiguar a possibilidade de um direito à morte digna, de acordo com as garantias asseguradas na Carta Magna.

Na busca de se apresentar uma possível solução ao conflito que se apresenta entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, tomar-se-á o princípio da proporcionalidade e sua aplicação ao caso concreto, ressaltando-se a importância do devido sopesamento dos interesses em conflito.

I. EUTANÁSIA

1.1. *Evolução histórica*

Conforme preceitua Gisele Mendes de Carvalho, no sentido etimológico, a palavra eutanásia deriva dos vocábulos gregos *eu*, prefixo que significa “bom” e *thánatos*, substantivo que corresponde à “morte”, resultando no termo “boa morte”. Tal vocábulo foi citado pela primeira vez no século XVII, pelo filósofo inglês Francis Bacon, na obra *Nova Organum* de 1616, o qual atribuiu ao termo eutanásia, o estudo das enfermidades incuráveis. Tal autor recomendava que o final da vida deveria ser aceito com serenidade pela razão.¹ Nos termos utilizados por Maria Auxiliadora Minahim, “todos os recursos deveriam ser utilizados para que o final da vida fosse como o último ato da obra de um poeta dramático”.²

Com o passar do tempo, diversas foram as conotações atribuídas ao termo eutanásia, tais como “morte rápida e sem tormento”, “morte digna, honesta e com glória”, “morte fácil”, “morte misericordiosa”, entre outras definições. Na concepção teológica entendia-se por eutanásia, a “morte em estado de graça”, o que se difere da doutrina moderna, na qual o termo eutanásia pode significar em sentido estrito “agonia boa” e em sentido mais amplo, a “morte natural”, “suicídio”, “auxílio à morte” e “homicídio piedoso”.³

Em diversos períodos históricos a prática da eutanásia se fez presente, em que pese, tenha assumido característica diversa da que lhe é impelida atualmente. Em muitos casos assumiu um caráter social, econômico e até mesmo eugênico.

Verifica-se que a discussão sobre os valores sociais, culturais e religiosos envolvidos na questão da eutanásia se deu pela primeira vez na Grécia antiga, de modo que encontramos em Platão, Epicuro e Plínio os primeiros filósofos a

¹ CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídicos-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 31-32.

² MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e biotecnologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. – (Ciência do direito penal contemporânea; v.8), p. 179.

³ *Ibid.*, p. 32.

abordarem o tema.⁴ Platão propugnava a eutanásia como benefício para os pacientes e para a cidade, de forma que concordava que se deixasse morrer os cidadãos que não fossem bem constituídos de corpo e de alma, bem como, que se matasse aqueles que fossem mal conformados e incuráveis espiritualmente.⁵ Assim também pensava Sócrates, o qual defendia a idéia de que o sofrimento resultante de uma doença dolorosa justificava o suicídio. Em contraposição a tais autores, Aristóteles, Pitágoras e Epicuro, condenavam a prática eutanásica.⁶

Minahim destaca que em Esparta era comum lançamentos no monte Taijeto dos recém-nascidos deformados e anciãos, em virtude da inutilidade para a guerra, valor de união entre o povo espartano. Também se verificou o caráter utilitarista da morte entre os celtas e as tribos antigas que tinham por obrigação administrar a boa morte aos pais e aos doentes. Em Atenas, atribuía-se ao Senado o poder de escolher pela eliminação ou não dos velhos e doentes incuráveis utilizando-se de bebidas venenosas.⁷

É importante ressaltar que na Roma antiga, desde os tempos de Numa Pompílio, punia-se o homicídio, excetuando-se apenas alguns casos, entre os quais se destaca o direito à vida e morte que os ascendentes exerciam sobre os descendentes submetidos ao seu pátrio poder. Era permitido ao genitor dar a morte ao filho que nascesse disforme e que não fosse útil à sociedade, de forma que tal direito era assegurado na Lei das XII Tábuas.⁸

A eutanásia praticada pelos parentes também se verificou na Índia antiga, onde os doentes incuráveis eram conduzidos pela família até a margem do Rio Ganges e eram quase asfixiados, vez que, lhes enchiam a boca e as narinas de barro, para serem jogados posteriormente no leito do rio sagrado.⁹

Importante ressaltar que até mesmo no livro sagrado, a Bíblia, há menção de prática eutanásica, precisamente no Segundo Livro dos Reis, Capítulo 1, versículos 1 ao 16. Tal passagem narra a morte do Rei Saul, que em razão de um grave ferimento, oriundo de uma batalha contra os filisteus, e ante a negativa de um

⁴ CARNEIRO, Antonio Soares et al. **Eutanásia e distanásia**: a problemática da bioética. Teresina, a. 2, n.24, abril,1998. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1862>. Acesso em: 16/02/2009.

⁵ RAMOS, Augusto César. **Eutanásia**: Aspectos éticos e jurídicos da morte. Florianópolis: OAB/SC editora, 2003. p. 96.

⁶ CARNEIRO. A.S. *Op. cit.*

⁷ MINAHIM, M. A. **Direito Penal e biotecnologia**, vol.8, p. 179.

⁸ CARVALHO, G. M. de. **Aspectos jurídicos-penais da eutanásia**, p. 36.

⁹ *Ibid.*, p. 33.

escudeiro em lhe retirar a vida, atirou-se sobre a própria espada. E em decorrência da tentativa frustrada, suplicou a um amalecita que o matasse para pôr fim ao sofrimento que o afligia, no que foi atendido. Como na época vigia o princípio do Talião, ou seja, a morte de outrem era punida com a morte daquele que matou, o amalecita foi morto por ordem de Davi.¹⁰

Destaca Minahim, que os doutrinadores católicos fazem menção à Bíblia para demonstrar o exemplo mais expressivo de um caso de livre renúncia à vida, qual seja, a morte de Jesus Cristo, em nome do amor e da solidariedade ao próximo.¹¹

Salienta-se que os cristãos medievais não aceitavam a morte por compaixão, pois entendiam que a dor era obra de Deus e que, portanto, deveriam suportar como forma de aceitar a vontade imposta pelo soberano. Dentre os mandamentos da Igreja Católica destaca-se aquele que se refere a proibição de matar o próximo, sendo tal mandamento respeitado até hoje entre os cristãos. Porém, com o Cristianismo, a morte passou a assumir outro significado entre os cristãos, deixando de simbolizar o fim, para assumir a idéia de passagem para uma nova vida e saúde espiritual no reino dos céus.¹²

Também em contraposição a morte solidária, São Tomás de Aquino, (*Summa Theologica*) entendia que a eutanásia representava um tríplice atentado contra o amor devido a si mesmo. Para ele, praticar a eutanásia significava falta de caridade com o próprio indivíduo, desprezo pela comunidade, e inobservância do direito exclusivo de Deus sobre a vida humana.¹³

Verificou-se também práticas de eutanásia no Egito, em virtude da fundação de uma academia por Cleópatra e Marco Antonio, criada com a finalidade de oferecer métodos mais brandos e menos dolorosos de morrer.¹⁴ Durante a baixa Idade Média, Thomas Morus, na obra intitulada *A utopia* (1516), descreveu um Estado ideal, no qual se deveria disponibilizar todos os cuidados necessários e oferecer intensa solidariedade ao enfermo, ainda que nos casos de intenso sofrimento fosse recomendável pôr fim a vida do paciente.¹⁵ Conforme afirma

¹⁰ CARVALHO, G. M. de. **Aspectos jurídicos-penais da eutanásia**, p. 34.

¹¹ MINAHIM, M. A. **Direito Penal e biotecnologia**, vol.8, p. 180.

¹² CARVALHO, G.M. *Op. cit.*, p. 38.

¹³ *Ibid.*, p. 39.

¹⁴ RAMOS, A.C. **Eutanásia: Aspectos éticos e jurídicos da morte**, p. 97-98.

¹⁵ CARVALHO, G.M. *Op. cit.*, p. 39.

Augusto Ramos, a prática da eutanásia deveria depender de uma decisão voluntária do enfermo incurável.¹⁶ Destaca-se a seguir uma passagem da obra *A utopia*:

(...) no caso de a doença não só ser incurável, mas originar também dores incessantes e atrozes, os sacerdotes e magistrados exortam o doente, fazendo-lhe ver que se encontra incapacitado para a vida, que sobrevive apenas à própria morte, tornando-se um empecilho e um encargo para os outros e fonte de sofrimento para si próprio (...) e já que sua vida é agora um tormento, que já não se importe com a morte, antes a considere um alívio, e consinta em libertar-se dela como de uma prisão ou de uma tortura, ou que então permita que os outros o libertem dela (...).¹⁷

Também se verificou o homicídio piedoso entre os combatentes gravemente feridos, que recebiam a morte como forma de pôr fim ao sofrimento. Dar a morte aos combatentes foi prática constante até a Idade Média. Muito comum nesta época era o punhal "*miserordiae*" utilizado para matar aqueles que não resistiam aos combates e aos Juízos de Deus.¹⁸ Gisele Mendes afirma que tais práticas se estenderam até pouco tempo, tendo em vista que no século XIX ainda era comum entre alguns povos antropófagos matar crianças enfermas e idosos impotentes para preparar os banquetes e as festas.¹⁹

Especial caso se deu com Napoleão Bonaparte que, na campanha pelo Egito, ordenou a morte dos soldados enfermos de peste para supri-los das dores decorrentes da moléstia. Após ter consultado o médico doutor Desgenèttes, sobre as formas de transportar os feridos e a possibilidade de infecção dos demais combatentes, ordenou-o que matasse todos os enfermos, aplicando-lhes fortes doses de ópio, para que não permanecessem vivos quando chegassem os turcos. O médico, no entanto, não cumpriu a ordem de Bonaparte, alegando para tanto que tinha por dever mantê-los vivos e não os matar.²⁰

O respeito ao dever de curar os enfermos não foi corrente apenas nesta época. Em que pese a prática freqüente da eutanásia na Grécia antiga,

¹⁶ RAMOS, A.C. **Eutanásia: Aspectos éticos e jurídicos da morte**, p. 99.

¹⁷ MORE, Thomas. **A utopia**. Trad. de: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 86-87.

¹⁸ CARVALHO, G. M. de. **Aspectos jurídicos-penais da eutanásia**, p. 37.

¹⁹ *Ibid.*, p. 33.

²⁰ *Id.*

Hipócrates, considerado o pai da Medicina, já estabelecia em seu juramento, a regra a ser observada pelos médicos, qual seja, “a ninguém darei, para agradar, remédio mortal, nem conselho que o induza à perdição”.²¹

Contemporaneamente, a discussão acerca da eutanásia recebeu ênfase acadêmica, em especial com a publicação de três obras, quais sejam, *L’Omicídio-suicídio* (1884), de Enrico Ferri, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens* (1920), “A autorização para exterminar as vidas sem valor vital”, dos alemães Karl Binding e Alfred Hoche, e *L’uccisione pietosa: l’eutanasia* (1923), de Enrico Morselli.²²

Enrico Ferri estabeleceu um limite entre a prática delituosa de matar, a qual deve ser punida, e aquela praticada em função de altruísmo e piedade, sobre a qual não deve recair qualquer tipo de punição. Para este autor, a presença do consentimento no homicídio deixa transparecer um direito de morrer e permite a sua descriminalização.²³

Em 1920, os alemães Karl Binding e Alfred Hoche lançam a obra “Autorização para exterminar as vidas sem valor vital”, exaltando a existência de um direito de matar os indivíduos cuja vida é desprovida de qualquer valor vital.

Conforme ressalta Gisele Mendes de Carvalho:

(...) vidas carentes de valor vital seriam não apenas aquelas dos seres que padecem de enfermidades irremediavelmente mortais como a vida dos deficientes psíquicos, das crianças com retardo mental, dos disformes, dos que sofrem de paralisia mental progressiva e dos inconscientes irreversíveis (...).²⁴

Os indivíduos que se encontrassem nestas condições, por conseguinte, não teriam a vida protegida enquanto bem jurídico, como destaca Gisele Mendes de Carvalho.

No entendimento de Augusto César Ramos, a obra de Binding e Hoche representa uma apologia à eugenia. O autor destaca alguns trechos da referida obra, em que Binding pronuncia:

²¹ CARVALHO, G. M. de. **Aspectos jurídicos-penais da eutanásia**, p. 35.

²² RAMOS, A.C. **Eutanásia: Aspectos éticos e jurídicos da morte**, p. 101.

²³ CARVALHO, G. M. de. *Op. cit.*, p. 44.

²⁴ *Ibid.*, p. 46.

(...) eu não encontro nem no ponto de vista religioso, moral, jurídico ou social, argumentos que neguem a autorização para destruir esses seres humanos, arremedos de verdadeiros homens, que provocam a repulsa em todos os que os vêem (...).²⁵

A obra dos alemães causou grandes polêmicas entre as comunidades médica e jurídica, como observa Gisele Mendes de Carvvalho, da mesma forma que contribuiu para a aceitação entre os juristas da atenuação da pena nos casos de homicídio piedoso, e até mesmo do perdão judicial. Além disso, é possível afirmar que os argumentos levantados por Hoche, no que se refere à utilidade do ser humano, influenciaram expressivo grupo de psiquiatras alemães, o que, conforme afirma a autora, esclarece o apoio dado pela comunidade médica ao programa nazista implantado por Hitler em 1939.²⁶

Como forma de se contrapor as idéias levantadas por Binding e Hoche, Enrico Morselli lança em 1923 a obra *L'uccisione pietosa: l'eutanasia*, deixando transparecer a sua repulsa pela prática da eutanásia, em qualquer uma de suas formas.²⁷

Para o século XX, a discussão acerca da eutanásia teve como ponto mais elevado as décadas de 30 e 40. Em diversos países foram propostos projetos e leis que regulamentavam a prática eutanásica, tais como a Inglaterra (1931) e o Uruguai (1934).²⁸

A Igreja Católica, em 1956, posicionou-se contrária à prática da eutanásia, sob o argumento de que isso infligiria a “Lei de Deus”, porém, em 1957, o Papa Pio XII, em discurso à comunidade médica, manifestou-se favorável a utilização de drogas para amenizar o sofrimento dos pacientes que apresentassem dores insuportáveis, ainda que isso gerasse como consequência a morte do paciente. Verifica-se nesta hipótese a aplicação do princípio do duplo efeito, ou seja, pretende-se a diminuição da dor, mas como efeito sem vínculo causal, obtém-se a morte do enfermo.²⁹

Recentemente, em abril de 2001, a Holanda legalizou a prática da eutanásia, sob grande resistência das associações cristãs. Conforme ressalta

²⁵ RAMOS, A.C. **Eutanásia**: Aspectos éticos e jurídicos da morte, p. 101.

²⁶ CARVALHO, G. M. de. **Aspectos jurídicos-penais da eutanásia**, p. 46.

²⁷ RAMOS, A.C. *Op. cit.*, p. 101.

²⁸ CARNEIRO, Antonio Soares et. Al. **Eutanásia e distanásia**: a problemática da bioética. Teresina, a. 2, n.24, abril, 1998. Disponível em:

<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1862>. Acesso em: 16/02/2009.

²⁹ *Id.*

Augusto César Ramos, a Holanda se tornou o primeiro país a descriminar a eutanásia. Em 2002, foi aprovada lei semelhante na Bélgica, autorizando também a prática da eutanásia. No Brasil, não há definição sólida acerca da eutanásia, apenas esteve sob apreciação do Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 125/96, de autoria do Senador Gilvam Borges, que pretendia a legalização da eutanásia.³⁰ A seguir, quando da análise da eutanásia no direito pátrio, será exposto em que consistiu o referido projeto.

Como se pôde observar a prática da eutanásia remonta aos mais primitivos agrupamentos humanos e, em que pese, em cada época tenha apresentado fundamentos diversos, quais sejam, cultural, religioso, econômico e eugênico, a prática em si sempre existiu como forma de se abreviar a vida do ser humano.

Neste sentido, destaca-se o entendimento de Ricardo Royo Morales citado na obra de Augusto César Ramos:

(...) se é verdade que se dava a morte à alguns indivíduos com fins eugênicos e mesmo terapêuticos, para libertá-los de enfermidades incuráveis ou para evitar-lhes uma dolorosa agonia, não é menos certo que os meios empregados eram quase sempre de uma refinada crueldade, o que está em evidente contradição com o verdadeiro caráter e a autêntica significação da palavra eutanásia, que antes de tudo e sobretudo quer dizer morte indolor, doce e sem sofrimentos de espécie alguma, nem físicos e morais (...).³¹

A diferença em relação a atualidade é que hoje se procura cessar a vida como forma de livrar o paciente de intenso sofrimento, buscando-se para isso subsídios que diminuam a dor do enfermo incurável, diferente do que acontecia em épocas passadas, nas quais os métodos adotados eram quase sempre providos de crueldade.³²

³⁰ RAMOS, A.C. **Eutanásia**: Aspectos éticos e jurídicos da morte, p. 102.

³¹ MORALES, Ricardo Royo – Villanova y. **O direito de morrer sem dor**: o problema da eutanásia. Trad. de: J. Catoira e C. Barbosa. São Paulo: Edições e publicações Brasil, 1933. p. 27.

³² RAMOS, A.C. *Op. cit.*, p. 103.

1.2. Etimologia e definição

Como foi acima explicitado, a palavra eutanásia deriva dos vocábulos gregos *eu* (bem) e *thánatos* (morte), ou seja, morte tranqüila, boa morte, morte sem dor e sofrimento. O filósofo inglês Francis Bacon foi o primeiro a se utilizar da expressão eutanásia. Maria Celeste Cordeiro Leite Santos ressalta que é deste filósofo o conceito clássico para o termo, ao expressar que cabe ao médico acalmar os sofrimentos e as dores não apenas quando este alívio possa trazer a cura, mas também quando possibilite uma morte doce e tranqüila.³³

Luis Jimenez de Asúa mantém o entendimento de que eutanásia significa boa morte, contudo, esclarece que tal termo deve ser entendido num sentido mais estrito, qual seja, a morte que outro proporciona ao enfermo que padece de uma doença incurável ou muito penosa.³⁴

Em contraposição à visão estrita do termo eutanásia, toma-se o entendimento de Jorge Teixeira da Cunha, para o qual eutanásia é “(...) o ato de provocar a morte, com intenção de o fazer, quer o interesse seja do agente, quer do paciente, quer de terceiros(...)”.³⁵ Tal definição se demonstra demasiado ampla se comparada com a definição de Asúa, podendo englobar, inclusive, o ato de homicídio.

Gisele Mendes de Carvalho entende como conceito adequado para atender a extensão do termo eutanásia, passagem da obra de Romeo Casabona, que a seguir se transcreve:

(...) (eutanásia significa) a privação da vida alheia perpetrada por razões humanitárias, a requerimento do interessado, que sofre de uma enfermidade terminal incurável ou de uma situação de invalidez irreversível no atual estágio das ciências médicas, e deseja pôr fim aos seus sofrimentos, bem como nas situações em que aquele não

³³ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Transplante de órgãos e eutanásia: Liberdade e Responsabilidade: abordagem filosófica, religiosa e penal, limites éticos e jurídicos da experimentação humana, responsabilidade penal dos médicos, eutanásia, ortotanásia e distanásia, aborto eugênico e ética médica.** São Paulo: Saraiva, 1992. p. 209.

³⁴ ASÚA, Luis Jiménez de. Eutanásia. In: **Cuadernos sobre Derecho y Ciencias Sociales.** Cochabamba: Imprensa Universitária, n. 21, p. 186.

³⁵ CUNHA, Jorge Luiz Teixeira da. **Bioética breve.** São Paulo: Paulus, 2002. p. 87.

pode manifestar sua vontade ou esta não pode ser levada em conta por qualquer outro motivo (...).³⁶

Ainda que a maioria dos autores defina a eutanásia como “boa morte”, atualmente não é possível adequar todas as situações ao termo clássico, vez que hoje a eutanásia não se limita apenas aos casos terminais, mas também às hipóteses relacionadas aos recém-nascidos com malformações congênitas, aos pacientes em estado vegetativo irreversível, aos incapazes entre outros.³⁷

Segundo Goldim, o termo eutanásia tem sido utilizado de maneira confusa e ambígua, tendo em vista, que tem assumido diferentes significados com o passar do tempo e o doutrinador que o utiliza.³⁸ Devido ao grande número de situações que podem ser adequadas ao termo, atualmente se verifica a disseminação de expressões que são criadas com o intuito de classificar as diversas formas de eutanásia. No entanto, verifica-se que nem sempre os vocábulos são utilizados com precisão de significado. Palavras como distanásia, ortotanásia e mistanásia são exemplos dos novos termos criados para designar situações diferentes.

Isto posto, não há que se falar em eutanásia apenas para se referir aos casos de morte de um indivíduo sem qualquer tipo de sofrimento. A seguir serão expostas as diversas espécies de eutanásia, de forma a se deixar evidente que a criação de novos vocábulos se mostra benéfica tanto para os juristas como para profissionais da área médica, desde que, evidentemente, sejam utilizados com clareza de significado, já que o emprego incorreto pode ao contrário gerar ambigüidade de significado e dificuldade de entendimento.

1.3. *Espécies de Eutanásia*

Sanada a compreensão acerca da etimologia e definição do termo eutanásia, a classificação das diversas espécies surge como tema inevitável

³⁶ ROMEO CASABONA, Carlos María. **El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994. p. 424-425.

³⁷ CARVALHO, G. M. de. **Aspectos jurídicos-penais da eutanásia**, p. 17.

³⁸ GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia**. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/euthist.htm>. Acesso em: 18/02/2009.

para aquele que pretende se aprofundar no assunto, tendo em vista o elevado número de novos conceitos criados com a intenção de se diferenciar suas diversas formas.

Conforme destaca Maria Minahim, o direito brasileiro adota a expressão tradicional “eutanásia”, diferenciando-se de outras doutrinas que se referem à eutanásia utilizando-se da expressão “ajuda para morrer”, tal como o direito germânico e italiano, que apenas distinguem a ajuda ativa e passiva. Ainda que o direito brasileiro faça uso do termo tradicional, há também a classificação de suas diferentes formas de acordo com as características de cada designação.³⁹

A seguir será apresentada de forma sucinta a classificação das espécies de eutanásia, destacando-se as características principais de cada uma, para depois prosseguir com maior profundidade a análise da eutanásia propriamente dita, ortotanásia e distanásia.

Proceder-se-á, primeiramente, a distinção entre *eutanásia natural* e *eutanásia voluntária* ou *provocada*. A primeira decorre da debilidade progressiva das funções vitais, que tendem a se encerrar conforme avança a idade do indivíduo.⁴⁰ Nas palavras de Gisele Mendes de Carvalho, eutanásia natural “(...) é sinônimo da morte que sobrevém sem artifícios e padecimentos (...)”.⁴¹ Pelo contrário, na segunda, a morte é realmente antecipada, podendo ser induzida pelo próprio paciente, sem a cooperação de outros indivíduos ou mediante auxílio, a pedido do paciente ou com o seu consentimento.

A autoria é aspecto de suma importância na classificação das formas da eutanásia, podendo se diferenciar no âmbito da eutanásia voluntária ou provocada, a *eutanásia autônoma* e *heterônoma*.

Entende-se por *eutanásia autônoma*, aquela em que o próprio paciente induz a morte sem qualquer participação de terceiros. Por sua vez, a eutanásia *heterônoma* corresponde àquela em que a morte resulta da ação ou participação de outras pessoas.⁴² Dispensa maior análise a modalidade de eutanásia voluntária autônoma, por constituir modalidade de suicídio, e como se sabe, não constituir ato punível no direito brasileiro.

³⁹ MINAHIM, M. A. **Direito Penal e biotecnologia**, vol.8, p. 184.

⁴⁰ RAMOS, A.C. **Eutanásia: Aspectos éticos e jurídicos da morte**, p. 109.

⁴¹ CARVALHO, G. M. de. **Aspectos jurídicos-penais da eutanásia**, p. 17.

⁴² *Ibid.*, p. 18.

É possível diferenciar as formas de eutanásia segundo a atuação que se processa diante do sistema vital do paciente, em *solútiva* e *resolútiva*. A *eutanásia solútiva* ou *autêntica* e *lenítiva*, como também é chamada, corresponde àquela em que não se busca como resultado, a morte, apenas se deseja abreviar o sofrimento do paciente. Procura-se dispensar ao enfermo todo o tipo de auxílio, qual seja, médico, psicológico, espiritual, como forma de se amenizar sua dor e agonia.⁴³ Conforme destaca Niño, a *eutanásia solútiva* nada mais significa que um dever moral e jurídico.⁴⁴

Por outro lado, na *eutanásia resolútiva*, a morte do paciente pode surgir como efeito, vez que há uma intervenção no seu processo vital, podendo diminuir ou suprimir o período de vida, desde que isso ocorra em atendimento aos interesses do enfermo ou com o seu consentimento ou de seus representantes legais.⁴⁵

Ainda no que tange à atuação do agente, é possível classificar a eutanásia, segundo a motivação daquele, em *libertadora* ou *terapêutica*, *eugênica* ou *selecionadora e econômica*.

Na eutanásia *libertadora* dois pontos são essenciais, a existência de um enfermo em situação de intenso sofrimento e agonia, devido a uma doença incurável ou de difícil reversibilidade, e um agente que movido pelo sentimento de piedade, sente-se quase que obrigado a amenizar o sofrimento da vítima. É característico dessa forma de eutanásia o cunho altruístico e solidário, de compaixão pelo próximo. O agente objetiva libertar o enfermo de sua agonia, acelerando o processo de morte.⁴⁶

Gisele Mendes de Carvalho, já mencionada pela excelente compilação sobre a classificação das práticas eutanásicas, destaca que a *eutanásia eugênica* “(...) consiste na supressão indolor das pessoas portadoras de deformidades, doenças contagiosas e incuráveis e de recém nascidos degenerescentes com o objetivo de promover o melhoramento da espécie humana (...)”.⁴⁷

⁴³ CARVALHO, G. M. de. **Aspectos jurídicos-penais da eutanásia**, p. 18.

⁴⁴ NIÑO, Luis Fernando. **Eutanásia morir con dignidad consecuencias jurídico-penales**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994. p. 83.

⁴⁵ CARVALHO, G. M. de. *Op. cit.*, p. 18.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁷ *Id.*

Há nesta espécie a busca incessante pela pureza da raça humana, a ponto que, aqueles que não colaborem e que representem um peso para a sociedade sejam banidos. A principal diferença em relação à *eutanásia libertadora* é que quando se fala em *eutanásia eugênica* não se cogita de estado de sofrimento por parte do doente, de modo que a morte não estaria se aproximando, se não fosse o objetivo de aperfeiçoar a raça humana. Tampouco há que se falar em compaixão por parte do agente ativo, que só age imbuído pelo egoísmo e pela necessidade de excluir os indivíduos desprovidos de valor social.

A *eutanásia econômica* é praticada quando a intenção do agente ativo consiste em livrar a sociedade das pessoas economicamente inúteis. Procura-se evitar gastos desnecessários com enfermos que não apresentem possibilidade de cura ou aqueles que se demonstrem inúteis para a sociedade. Nesta forma de prática eutanásica não se verifica o caráter egoístico presente na modalidade eugênica, mas utilitarista.⁴⁸

No entendimento de Gisele Mendes de Carvalho, apenas a *eutanásia libertadora* se enquadraria como verdadeira, por ser a única imbuída pelo caráter altruístico e a mais próxima ao conceito etimológico do termo. No que tange às modalidades *eugênica* e *econômica*, Luis Niño afirma que se tratam de hipóteses de homicídio qualificado e que o que se pretende ao designá-las de homicídio eutanásico é apenas encobrir a realidade utilizando-se de eufemismo.⁴⁹

Classificação de maior importância se impõe em relação ao critério de execução, tendo em vista que grande parte da confusão que se faz no emprego correto dos termos, se dá na diferenciação entre *eutanásia ativa* e *passiva*.

A *eutanásia ativa, comissiva* ou *positiva*⁵⁰ como pode também ser designada corresponde à eutanásia propriamente dita, que se efetiva com a prática de atos que ajudem o paciente a morrer, dessa forma, diminuindo ou eliminando o sofrimento do paciente. Diferencia-se a *eutanásia ativa*, no âmbito

⁴⁸ CARVALHO, G. M. de. **Aspectos jurídicos-penais da eutanásia**, p. 21-22.

⁴⁹ NIÑO, L. F. **Eutanásia morir con dignidad consecuencias jurídico-penales**, p. 84.

⁵⁰ RAMOS, A.C. **Eutanásia: Aspectos éticos e jurídicos da morte**, p. 110.

da intenção do agente ativo, em *eutanásia ativa direta* e *eutanásia ativa indireta*.⁵¹

Na *eutanásia ativa direta* o agente tem por objetivo encurtar o período de vida do paciente. Diferente do que ocorre com a *eutanásia ativa indireta*, na qual, há a preocupação com um duplo efeito, qual seja, aliviar o sofrimento do paciente e concomitantemente encurtar o seu tempo de vida, efeito decorrente do objetivo principal que é abreviar o sofrimento do paciente.⁵²

Faz-se interessante para a elucidação de tal classificação o trecho da obra de Leocir Pessini, que a seguir se transcreve:

(...) a distinção ética entre prover cuidados paliativos que podem ter como efeito colateral a morte e provocar a eutanásia é sutil, porque em ambos os casos a ação que causa a morte tem o objetivo de aliviar sofrimento. O objetivo dos primeiros é aliviar apesar do efeito colateral fatal, enquanto a intenção da última é causar a morte como um meio para aliviar o sofrimento (...).⁵³

Ressalta Gisele Mendes de Carvalho que na modalidade de *eutanásia ativa indireta* pode ser incluída a *eutanásia pura* ou *lenitiva (solutiva)*, a qual corresponde à ajuda no processo de morrer, sem qualquer intenção de se praticar a morte do paciente, porém apenas cerrar o seu sofrimento. Significa apenas “utilizar-se de drogas ou outros meios paliativos e morais que mitiguem o estado de prostração do enfermo”.⁵⁴

Por outro lado, na *eutanásia por omissão* ou *passiva*, o que ocorre é uma “(...) abstenção deliberada da prestação de tratamentos médicos ordinários⁵⁵ ou proporcionados (úteis) que poderiam prolongar a vida do

⁵¹ CARVALHO, G.M. **Aspectos jurídicos-penais da eutanásia**, p. 23.

⁵² *Id.*

⁵³ PESSINI, Leo. **Distanásia: até quando prolongar a vida?**. São Paulo: Loyola, 2001, p.120.

⁵⁴ CARVALHO, G. M. de. *Op. cit.*, p. 23.

⁵⁵ Tratamento ordinário corresponde àquele disponível para a maioria dos casos, vez que são econômicos, habitualmente utilizados e de aplicação temporária. Em virtude da disponibilidade, tais tratamentos são obrigatórios, ou seja, de aplicação imediata em qualquer tipo de paciente. De outro ponto, caracterizam-se como extraordinários aqueles restritos à apenas alguns casos, tendo em vista que são mais custosos, quase sempre sob experimentação, de alta tecnologia e aplicação permanente. (MINAHIM, M. A. **Direito Penal e biotecnologia**, vol.8, p. 190). Gisele Mendes de Carvalho refere-se a tais tratamentos como proporcionais e desproporcionais. A primeira designação corresponde aos tratamentos que apresentam custos adequados aos bons resultados que serão gerados, considerando especialmente a condição do paciente. Em contrapartida tratamentos desproporcionais são aqueles considerados demasiadamente exagerados se comparados aos possíveis resultados que podem gerar. (CARVALHO, G.M. *Op. cit.*, p. 26.)

paciente e cuja ausência antecipa sua morte (...).⁵⁶ Tal modalidade será sempre *voluntária* e *direta*, tendo em vista que conforme destaca Gisele Mendes de Carvalho, a omissão indireta corresponde aos casos em que o próprio paciente se recusa a receber tratamentos que seriam imprescindíveis à sua cura.

A omissão pode se dar pela interrupção de um tratamento em andamento ou simplesmente a não submissão a um tratamento ainda não iniciado.⁵⁷ Tema discutido na doutrina refere-se ao desligamento dos aparelhos que mantêm em atividade as funções do paciente em estágio terminal.

Parte da doutrina entende que se trata de omissão do médico, sob o argumento de que o ato de desligar os aparelhos apenas representa uma *longa manus* das atividades médicas, um prolongamento da suspensão de um tratamento.⁵⁸ Como exemplo de doutrina divergente toma-se o entendimento de Nelson Hungria, para o qual não há diferença entre suspender o tratamento e praticar uma ação que cause imediatamente a morte do paciente. Neste caso desligar os aparelhos consiste efetivamente numa ação.⁵⁹

É importante ressaltar também que parte da doutrina equipara a eutanásia passiva, por omissão, à ortotanásia. Tal divergência, no entanto, será analisada nesta obra, a seguir, em ponto específico, ante a relevância do tema.

Por fim, ainda objetivando-se esclarecer os significados dos diversos termos relativos à questão eutanásica, impende se fazer menção à mistanásia. Trata-se de outra variação de eutanásia, que se caracteriza como forma dolorosa e miserável de morrer, em decorrência da fome, condições precárias de habitação, falta de água potável ou outras condições básicas para o exercício do direito à vida.⁶⁰

⁵⁶ CARVALHO, G.M. **Aspectos jurídicos-penais da eutanásia**, p. 24.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 381.

⁶⁰ RAMOS, A.C. **Eutanásia: Aspectos éticos e jurídicos da morte**, p.117.

1.3.1. *Eutanásia propriamente dita*

Conforme foi acima referenciado, a eutanásia propriamente dita corresponde à eutanásia por comissão, ativa ou positiva, ou seja, aquela que se efetiva por meio de atos que ajudam o paciente a morrer, aliviando a sua dor e sofrimento.

Trata-se de autêntica prática de eutanásia, tendo em vista que a finalidade única consiste em realizar atos que cessem o sofrimento do paciente, voltando-se dessa forma à definição etimológica do termo eutanásia, qual seja, “boa morte”. É nítido o caráter altruístico daquele que pretende a boa morte do paciente, tendo em vista que se move desde o início com a intenção de evitar incessante sofrimento ao paciente, proporcionando-lhe verdadeira morte digna.

Tem-se a eutanásia propriamente dita por meio da eutanásia ativa direta, prática de atos que encurtam o processo vital do paciente, assim como na modalidade de eutanásia ativa indireta, na qual se pretende a dupla finalidade, primeiramente aliviar o sofrimento do paciente, para depois encurtar o seu tempo de vida.

É possível incluir nesta espécie de eutanásia, a modalidade de eutanásia pura ou genuína (solutiva), conforme ensina Gisele Mendes de Carvalho, já que neste caso também se pretende prestar ajuda ao paciente no processo de morrer, sem praticar atos que diretamente abreviem o seu tempo de vida, mas apenas aliviem o seu estado de angústia e sofrimento.⁶¹

Maria de Fátima Freire de Sá, por outro lado, defende que a eutanásia propriamente dita consiste na promoção do óbito, seja através da ação ou omissão do médico. Dessa forma, tem-se a eutanásia propriamente dita, quando se emprega ou omite meio eficiente para produzir a morte do paciente com doença incurável ou em estágio de grande sofrimento, abreviando assim o seu curso vital.⁶²

⁶¹ CARVALHO, G. M. de. **Aspectos jurídicos-penais da eutanásia**, p. 23.

⁶² SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 67.

1.4. *Distanásia*

Em nítida oposição ao conceito de eutanásia, tem-se o termo *distanásia*, o qual etimologicamente significa morte lenta, ansiosa e com muito sofrimento. Em outras palavras é possível definir o termo como o emprego de todas as formas de tratamentos que se mostrem necessárias para prolongar a vida do paciente com doença incurável e que se encontra em situação de constante sofrimento, sem qualquer questionamento acerca da eficácia de tais tratamentos na reversibilidade do quadro clínico. Neste caso se prescinde da autonomia do paciente, vez que não se considera a inutilidade do tratamento, sendo a única preocupação, o prolongamento da vida do paciente.⁶³

Conforme entendimento de Leo Pessini, a *distanásia* caracteriza-se como: (...) ação, intervenção ou um procedimento médico que não atinge o objetivo de beneficiar a pessoa em fase terminal e que prolonga inútil e sofridamente o processo do morrer, procurando distanciar a morte (...).⁶⁴

Verifica-se que neste caso, o imprescindível não é aliviar o sofrimento do paciente, mas proporcionar todos os meios suficientes que possam lhe manter vivo, ou seja, o que se combate é a morte do paciente. A finalidade deixa de ser a morte digna do paciente, para ser a manutenção de sua vida a qualquer custo, ainda que sob o sofrimento do enfermo.

O que se questiona quando se discute sobre a prática *distanásica* é a futilidade do tratamento ao qual o paciente é submetido, ou seja, quando a técnica médica empregada já não se mostra eficiente para a cura do paciente, ou para reversibilidade da enfermidade, mas apenas gera desconforto e sofrimento.

Conforme destaca Pessini, é possível confundir a futilidade de um tratamento com a futilidade da vida em si. Ressalta que o termo futilidade deve ser usado com cautela e como “guia prudente de avaliação moral” daquilo que pode servir para o bem do paciente, devendo-se ater a três elementos, quais sejam, o bem do paciente, a eficácia do tratamento e o aspecto da onerosidade para todos os envolvidos.

⁶³ RAMOS, A.C. **Eutanásia**: Aspectos éticos e jurídicos da morte, p. 115.

⁶⁴ PESSINI, L. **Distanásia**: até quando prolongar a vida?, p. 330.

É importante destacar como forma de elucidar ainda mais a problemática atinente à distanásia, o entendimento de Leonard Martin, com o trecho que a seguir se transcreve:

(...) a distanásia, que também é caracterizada como encarniçamento terapêutico ou obstinação ou futilidade terapêutica, é uma postura ligada especialmente aos paradigmas tecnocientífico e comercial-empresarial da medicina; os avanços tecnológicos e científicos e os sucessos no tratamento de tantas doenças e deficiências humanas levaram a medicina a se preocupar cada vez mais com a cura de patologias e a colocar em segundo plano as preocupações mais tradicionais com o cuidado do portador das patologias (...).⁶⁵

Assim, diante de tamanho avanço tecnológico nos tratamentos médicos, é importante privilegiar não apenas a dimensão biológica da vida humana, submetendo-se os pacientes a todas as técnicas médicas que mantenham o seu processo vital, mas também atentar a qualidade de vida que se impende ao paciente terminal. Nesse sentido, o prolongamento da vida somente se justifica quando oferecer benefícios ao paciente, e conforme destaca Maria de Fátima Freire de Sá, desde que esse benefício não viole a dignidade do viver e do morrer.⁶⁶

1.5. *Ortotanásia*

Utilizando-se mais uma vez do conceito etimológico, ortotanásia significa “morte correta”, “normal” (do grego *orthós*: normal, correta e *thánatos*: morte). Conforme ressalta Augusto Cesar Ramos, tal prática corresponde à omissão voluntária do médico em aplicar tratamentos extraordinários ao paciente com doença incurável ou em situação de intenso sofrimento, observando-se a sua vontade.⁶⁷

Maria Auxiliadora Minahim, por sua vez, utiliza-se de dois aspectos para definir o que vem a ser ortotanásia, quais sejam, morte iminente e meios

⁶⁵ MARTIN, Leonard M. **Eutanásia e distanásia**: iniciação à bioética. Revista do Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 171-192.

⁶⁶ SÁ, M. de F.F. de. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido, p. 60.

⁶⁷ RAMOS, A.C. **Eutanásia**: Aspectos éticos e jurídicos da morte, p. 113.

extraordinários ou desproporcionais. Conforme destaca a autora, faz-se uso do conceito de iminência como forma de se afastar a tipicidade da conduta do médico que se abstém de aplicar ou suspende um tratamento considerado fútil, que apenas retardaria a morte do paciente e não lhe traria benefícios, somente mais sofrimento. Dessa forma, sem a aplicação de qualquer técnica médica, é possível oferecer ao paciente a morte natural, decorrente de sua própria doença.⁶⁸

A noção de ortotanásia se completa com a menção aos tratamentos extraordinários ou desproporcionais, ou seja, aqueles cuja aplicação se mostra desnecessária, sendo aplicados somente em casos extremos, onde há ainda uma possibilidade de reversibilidade da doença do enfermo. Conforme foi acima referido, a ortotanásia está estritamente relacionada à morte iminente, vez que se trata de pacientes terminais, e por certo, a aplicação de tratamentos desproporcionais apenas seriam protelatórios da morte dos enfermos e, por conseguinte, estenderiam a situação de sofrimento destes.

Em virtude de tais peculiaridades é que a prática da ortotanásia é mais aceita pelos estudiosos do que as demais. Não há neste caso, uma conduta ativa do médico, que apenas deixa de prolongar a vida do paciente por meios artificiais, proporcionando assim um alívio ao sofrimento do paciente terminal.

Existe divergência na doutrina, quanto ao emprego dos termos ortotanásia e eutanásia passiva ou por omissão. Parte da doutrina entende que ortotanásia corresponde à eutanásia passiva, não fazendo qualquer distinção entre ambas. Nesse sentido, ortotanásia corresponderia à abstenção ou interrupção do emprego de tratamentos que mantenham a vida do paciente terminal, deixando dessa forma que a morte se aproxime naturalmente, em decorrência da doença do enfermo.

Conforme destaca Gisele Mendes de Carvalho, neste caso, não há que se falar em tratamentos ordinários ou extraordinários, apenas se interrompe a técnica médica que tem a única função de prolongar o momento de sofrimento do paciente em estágio terminal, já que não há cura ou probabilidade de reversibilidade da doença.⁶⁹

⁶⁸ MINAHIM, M. A. **Direito Penal e biotecnologia**, vol.8, p. 191-192.

⁶⁹ CARVALHO, G. M. de. **Aspectos jurídicos-penais da eutanásia**, p. 27.

Porém parte da doutrina possui entendimento diverso, estabelecendo claramente a distinção entre ortotanásia e eutanásia passiva. Neste diapasão destaca-se a opinião de Gisele Mendes de Carvalho, para a qual a ortotanásia deve ser entendida como o “direito de morrer dignamente, ou a exigência ética de auxiliar a quem procura exercitar esse direito”. A autora usa como aspecto para distinção entre as duas modalidades, a espécie de tratamento médico que se aplica ao paciente.⁷⁰

No caso da ortotanásia se tem a abstenção ou suspensão de tratamentos extraordinários, tendo em vista a iminência de morte do paciente terminal. A morte do paciente não decorre de uma ação do médico, mas é resultado da enfermidade do paciente. Já na eutanásia passiva, provoca-se a morte do paciente por abstenção ou suspensão de tratamentos ordinários, ou seja, tratamentos disponíveis e que poderiam prolongar a vida do paciente.

Para maior elucidação da distinção, a seguir destaca-se trecho da obra de Gisele Mendes de Carvalho:

(...) enquanto na eutanásia por omissão o problema reside na licitude do abandono das técnicas cuja abstenção acelera sem dúvida a morte, na ortotanásia discute-se a obrigação de atuar, de continuar o tratamento, que supõe na maioria dos casos uma série de inconvenientes e prejuízos maiores que o próprio prolongamento hipotético de uma vida precária e em condições lamentáveis (...).⁷¹

Verificou-se ao longo do presente capítulo, que a eutanásia não é mais uma das questões atinentes apenas ao século XXI, mas que já ocorria desde a antiguidade, sob as mais diversas formas e para atingir inúmeras finalidades. Outrossim, diante da gama de termos atinentes à problemática buscou-se classificar as espécies de eutanásia, assim como esclarecer a distinção entre a eutanásia, ortotanásia e distanásia. Partindo-se dessas premissas, no capítulo seguinte, pretender-se-á aprofundar a análise da prática eutanásica, sob o enfoque jurídico dispensado à matéria no Direito Brasileiro e Direito Comparado.

⁷⁰ CARVALHO, G. M. de. **Aspectos jurídicos-penais da eutanásia**, p. 28.

⁷¹ *Ibid.*, p. 28-29.

II. ENFOQUE JURÍDICO

2.1. A Constituição Federal de 1988

Não é possível identificar na Constituição Federal de 1988 um tratamento específico para a questão da eutanásia. O Constituinte não fez uso em nenhum momento da expressão eutanásia, seja para proibi-la ou autorizar a sua prática. Por outro lado deduz-se, em princípio, sua proibição em virtude da garantia do direito à vida como direito fundamental.

Ressalta-se, no entanto, que conforme será abordado em um segundo momento, é possível questionar se da colisão entre o direito fundamental à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, de igual proteção jurídica e também em cotejo quando se discute a legalização da eutanásia, não seria conveniente permitir a prática desta, ante a prevalência da dignidade da pessoa humana sobre o direito à vida, a fim de se realizar o direito de liberdade à morte digna.

A Carta Magna assegura a inviolabilidade do direito à vida (artigo 5º, *caput*), e para tanto, considera os bens físicos, psíquicos e morais da personalidade, transcendendo dessa forma somente um ramo do direito. Conforme afirma Emerson Ike Coan tal direito ocupa posição de primazia, pois em sua volta e em virtude de sua existência gravitam os demais direitos assegurados à pessoa humana.⁷²

José Afonso da Silva ressalta, que se a Constituição Federal não assegurasse a inviolabilidade do direito à vida não haveria justificativa para assegurar outros direitos fundamentais, tais como, a igualdade, intimidade e liberdade. No conteúdo do conceito é possível identificar o direito à dignidade

⁷² COAN, Emerson Ike. Biomedicina e Biodireito. Desafios bioéticos. Traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida. IN: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora RT, 2001. p. 259.

da pessoa humana, o direito à privacidade, direito à integridade físico-corporal, direito à integridade moral e o direito à existência.⁷³

É importante destacar neste aspecto que não se assegura o valor vida apenas para o indivíduo em si, mas para garantir a missão da sociedade, qual seja, perpetuar a vida humana. Ressalta Emerson Coan que será inconstitucional qualquer projeto de lei que objetive abolir a inviolabilidade do direito à vida, sendo ainda insuscetível de emenda, conforme preceitua o artigo 60, § 4º da Constituição Federal.⁷⁴

Em entendimento contrário aos posicionamentos que defendem a inviolabilidade do direito à vida como direito absoluto, Rachel Sztajn, ensina que o direito de preservar a própria vida, garantido pelo Estado, não transfere a este a titularidade sobre este bem jurídico. Ressalta que são verificáveis dois limites negativos derivados do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 no que tange à vida, quais sejam, o Estado não pode privar ninguém de sua vida e, nem o Estado e a comunidade co-dividem a sua titularidade, que é individual.⁷⁵

Nesse aspecto, destaca-se trecho da obra de Rachel Sztajn:

(...) pensar o Estado como titular da vida das pessoas equivale a transformar seres humanos em *commodities* e aceitar processo de reificação em oposição clara às normas que garantem liberdade e direitos de personalidade, por exemplo.⁷⁶

Conforme destacado, sendo a vida bem de titularidade de cada um que tem o direito a dela usufruir com dignidade, respeito e liberdade, não há que se falar em obrigatoriedade de submissão a tratamentos médicos, ainda que contra a vontade do paciente terminal, tendo em vista que isso violaria o livre arbítrio do indivíduo.⁷⁷

⁷³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2007. p. 198.

⁷⁴ COAN, E.I. Biomedicina e Biodireito. Desafios bioéticos. Traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida. IN: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**, p. 260.

⁷⁵ SZTAJN, Rachel. Terminalidade da vida: a ortotanásia e a constitucionalidade da Res. CFM 1.805/2006. IN: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, Ano 17, n. 66, jan.-mar./2009, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 255-256.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 256.

⁷⁷ *Id.*

Destaca a autora que a autonomia e a dignidade do indivíduo, assim como o respeito ao ser humano e às pessoas não devem ser considerados em grau de importância menor que a inviolabilidade da vida, pois “vida sem dignidade é vida sem qualidade, sem respeito”.⁷⁸

No mesmo sentido entende Carmen Lúcia Antunes Rocha, para a qual considerar a dignidade como atributo inerente ao direito à vida, em uma instância intangível à concepção jurídico-estatal altera a lógica dos argumentos apresentados quando em discussão questões atinentes ao direito à vida, tais como pena de morte, aborto e eutanásia.⁷⁹

Ressalta que a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana determina a ampliação do conteúdo do direito à vida, tendo em vista que considera o homem em sua condição plena, sendo essa configurável quando os indivíduos no espaço social, mantêm relações intersubjetivas, expressando o direito à liberdade.⁸⁰

Além de assegurar a inviolabilidade do direito à vida, a Constituição Federal de 1988, garante também o direito aos pacientes de não se submeter a tratamentos médicos ou interrompê-los, o qual decorre da garantia constitucional de liberdade do indivíduo, liberdade de consciência, inviolabilidade da intimidade e honra, além da dignidade da pessoa humana, assegurada no artigo 1º da Constituição Federal. A Carta Magna garante ainda no artigo 5º, inciso XXXV, o direito de o paciente recorrer ao Judiciário para impedir intervenção ilícita em seu corpo, sem o consentimento.⁸¹

No âmbito constitucional, não há a previsão expressa de um direito à morte, mas é possível a partir de uma interpretação sistemática, cogitar da possibilidade de se mitigar a inviolabilidade do direito à vida em função de um direito de viver com dignidade. As condições para resolução desse eventual conflito entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana e da

⁷⁸ SZTAJN, Rachel. Terminalidade da vida: a ortotanásia e a constitucionalidade da Res. CFM 1.805/2006. IN: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, p. 257.

⁷⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Vida digna: Direito, Ética e Ciência (Os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). IN: **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 43.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 73.

⁸¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. IN: SANTOS, M. C. C. L. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**, p. 298.

prevalência de um deles no caso concreto serão discorridas em momento oportuno.

2.2. A legislação infraconstitucional

Assim como não há previsão na Constituição Federal de 1988, também o Código Penal não prevê nenhum tipo penal específico para a prática eutanásica. No entanto, de um modo geral, entende-se que a eutanásia é regulada no artigo 121, parágrafo primeiro do Código Penal,⁸² o qual dispõe:

Art. 121. Matar alguém:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, (...) o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Conforme destaca Augusto Cesar Ramos, deve-se entender por motivo de relevante valor social ou moral, aquele que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, conforme descrição estabelecida no item 39 do Decreto-Lei nº 2.848/40 (Exposição de motivos da parte especial do Código Penal). Aplicando-se à questão em análise, agiria sobre motivo de relevante valor social ou moral, aquele que comete homicídio impulsionado pela compaixão e piedade diante do sofrimento de um enfermo.⁸³

É importante destacar que o Código Penal Brasileiro não tratou tal conduta como crime próprio, determinando qual deve ser o sujeito ativo para caracterização do delito. Nesse sentido, não há a exigência de que a eutanásia seja realizada por médicos, admitindo-se, portanto, que qualquer indivíduo pratique o delito.⁸⁴

Outrossim, ressalta-se que tal dispositivo não preceitua a respeito da particular situação da vítima, a qual deve padecer de enfermidade terminal

⁸² SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.175.

⁸³ RAMOS, A.C. **Eutanásia**: Aspectos éticos e jurídicos da morte, p. 123.

⁸⁴ SÁ, M. de F.F. de. *Op. cit.*, p.176.

incurável, além de consentir com a abreviação da vida, para se caracterizar a legítima eutanásia.⁸⁵

Em 1984 foram propostos dois anteprojetos que pretendiam a alteração da parte geral e especial do Código Penal. Em que pese não ter sido aprovado, o anteprojeto referente à parte especial trazia a previsão da ortotanásia⁸⁶, no artigo 121, parágrafo terceiro, que a seguir se transcreve:

Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém, por meio artificial, se previamente atestada, por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão.

Posteriormente, em 1999, foi proposta nova reforma para a parte especial do Código Penal, que procedeu à inserção dos parágrafos terceiro e quarto, sendo um deles relativo à figura da eutanásia, o que não havia no anteprojeto de 1984.⁸⁷ A seguir se transcreve a alteração proposta ao artigo 121 do Código Penal:

Eutanásia

§ 3º Se o autor do crime é cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima, e agiu por compaixão, a pedido desta, imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticados. Pena: reclusão, de dois a cinco anos.

Exclusão de ilicitude

Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

A diferença entre os dois parágrafos é feita de forma esclarecedora na exposição de motivos do anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal:

⁸⁵ RAMOS, A.C. **Eutanásia: Aspectos éticos e jurídicos da morte**, p. 124.

⁸⁶ SANTOS, M. C. C. L. **Transplante de órgãos e eutanásia: Liberdade e Responsabilidade: abordagem filosófica, religiosa e penal, limites éticos e jurídicos da experimentação humana, responsabilidade penal dos médicos, eutanásia, ortotanásia e distanásia, aborto eugênico e ética médica**, p. 292.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 292-293.

(...) A eutanásia foi considerada em suas duas formas. A eutanásia ativa conserva a ilicitude: em homenagem à motivação de solidariedade humana, a pena é reduzida. Tem-se aí sem dúvida a figura do homicídio. A eutanásia passiva (ortotanásia) está incluída no rol das hipóteses de exclusão de ilicitude. Há evidente distinção entre elas. Na primeira, o agente inicia a cadeia causal que levará à morte; na segunda, não é provocada pelo agente, está em curso (...).⁸⁸

No que tange ainda a legislação infraconstitucional referente à eutanásia, deve-se destacar o Projeto-Lei nº 125/1996 de autoria do Senador Gilvam Borges, que objetivou regulamentar a autorização da prática da morte sem dor em determinados casos.⁸⁹ Importante mencionar que o referido projeto esteve em tramitação no Congresso Nacional, mas que atualmente encontra-se arquivado.⁹⁰

O Projeto-Lei permitia o desligamento de aparelhos responsáveis pela manutenção de sinais vitais do enfermo, quando constatada a morte cerebral, atestada por uma junta médica, mediante manifestação do paciente (artigo 2º). Tal projeto previa ainda o consentimento pelos familiares (artigo 3º, §1º), além da inclusão de morte em virtude de sofrimentos psíquicos (artigo 7º).⁹¹

Além do âmbito penal, há previsão no Código Civil de 2002 em relação a tratamentos terapêuticos. Conforme disposição do artigo 15 ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.⁹²

Em termos concretos, foi sancionada em 17 de março de 1999, a lei estadual paulista nº 10.241, que dispõe sobre os direitos dos usuários de todos os serviços e ações de saúde, público e privado, de autoria do médico e deputado Roberto Gouveia.⁹³

A lei autoriza que o paciente em estado terminal ou fora dos recursos de cura, mediante consentimento próprio ou de seu representante legal, possa recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para prolongar a vida (artigo

⁸⁸ RAMOS, A.C. **Eutanásia**: Aspectos éticos e jurídicos da morte, p. 129.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 131.

⁹⁰ O Projeto-Lei nº 125/1996 encontra-se arquivado desde 29/1/1999. (Disponível em: http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=27928&p_sort=DE SC&cmd=sort. Acesso em: 26/09/2009)

⁹¹ RAMOS, A.C. *Op. cit.*, p. 131-132.

⁹² ATHENIENSE, Aristoteles. Enfoque jurídico da ortotanásia. **Revista Bioética**. Editora Del Rey, ano 9, nº 17, 1º semestre de 2007, p. 16.

⁹³ *Ibid.*, p. 17.

2º, inciso XXIII). Permite-se ainda que o paciente escolha o local no qual pretende morrer (artigo 2º, inciso XXIV).

É importante destacar ainda a Resolução nº 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina, a qual objetiva regularizar a prática da ortotanásia.⁹⁴ A seguir destaca-se a ementa da referida resolução:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.⁹⁵

Como forma de se aliviar o sofrimento do paciente a Resolução determina no artigo 2º, que sejam prestados os cuidados necessários, bem como assistência e conforto físico, psíquico, social e espiritual, sendo, inclusive assegurado o direito de alta hospitalar.⁹⁶

2.3. O tratamento da eutanásia no direito comparado

2.3.1. Uruguai

O Código Penal uruguaio, em vigor desde 1934, preceitua no artigo 37 que o juiz tem a faculdade de exonerar o autor do chamado “homicídio piedoso”, nos casos em que sejam preenchidos três requisitos, quais sejam: bons antecedentes, ter o agente praticado a conduta por motivo piedoso e que

⁹⁴ ATHENIENSE, A. Enfoque jurídico da ortotanásia. **Revista Bioética**, p. 12.

⁹⁵ Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/php/pesquisa_resolucoes.php#. Acesso em: 14/07/2009.

⁹⁶ Resolução suspensa por decisão liminar do MM. Juiz Dr. Roberto Luis Luchi Demo, nos autos da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara Federal, movida pelo Ministério Público Federal.

tenha sido praticado mediante súplicas da vítima. O Uruguai foi o primeiro país a legislar sobre a eutanásia.⁹⁷

Não obstante tal faculdade atribuída ao juiz, não há previsão legal de autorização judicial prévia para realização da eutanásia, apenas a possibilidade de se exonerar o indivíduo que praticou eutanásia, mas que se enquadra nos requisitos do artigo 37 do referido diploma legal, de uma sanção penal. Trata-se, portanto, de perdão judicial.⁹⁸

É importante destacar que o perdão judicial apenas pode ser concedido aos indivíduos que cometerem homicídio piedoso, pois em relação ao crime de auxílio ao suicídio, há vedação expressa no artigo 315 do Código Penal uruguaio.⁹⁹

2.3.2. Holanda

O Código Penal holandês prevê as figuras da eutanásia e suicídio assistido, nos artigos 293 e 294, respectivamente, sendo caracterizadas tais condutas como típicas, antijurídicas e culpáveis. Conforme disposição do artigo 293 do Código Penal, o indivíduo que tirar a vida de outrem, ainda que a pedido da vítima, deverá ser punido com pena de prisão não excedente a 12 (doze) anos ou a pagamento de multa.¹⁰⁰

Em que pese a legislação holandesa coibir a prática da eutanásia, impondo sanção penal àquele que a pratica, o Ministério da Justiça e a Real Associação Médica holandesa estabeleceram um procedimento de notificação da eutanásia. Por meio deste procedimento é possível que um médico, apesar de ter praticado eutanásia, considerada ilegal na Holanda, possa não ser acusado pelo Ministério Público pela prática de homicídio, desde que, observados determinados requisitos, vige, portanto, o princípio da

⁹⁷ SÁ, M. de F. F. de. **Biodireito**, p. 164-165.

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 165.

oportunidade, diferente do que ocorre no Brasil, onde vigora o princípio da legalidade.¹⁰¹

Conforme afirma Maria Celeste Cordeiro, desde 1990, tal procedimento foi aplicado na Holanda, o que se permite dizer que apesar de ilegal, a prática eutanásica foi aceita. Posteriormente em 1993 a Lei Funeral (Burial Act) também incorporou o procedimento de notificação da eutanásia.¹⁰²

Em 10/04/2001 a prática da eutanásia foi legalizada, formalizando o procedimento que já vinha sendo praticado desde 1990. A nova lei estabeleceu requisitos que devem ser observados para que a prática da eutanásia seja considerada lícita.¹⁰³

O paciente deve estar acometido de doença incurável e que cause sofrimentos insuportáveis, bem como deve manifestar sua vontade em abreviar a vida, através de pedido voluntário e refletido. O médico deverá prestar informação completa ao paciente de sua condição, assim como, consultar pelo menos um colega que concorde com a intervenção. Outrossim, a assistência ao falecimento deverá ser minuciosamente preparada e organizada.¹⁰⁴

Após a realização da eutanásia, o novo diploma legal prevê que o caso deverá ser submetido ao controle de comissões regionais, compostas por um médico, um jurista e um especialista em ética. A função desta comissão é fiscalizar se os requisitos legais foram devidamente cumpridos. Em caso de desobediência aos requisitos, a própria comissão deverá apresentar uma denúncia à Justiça Penal.¹⁰⁵

A nova lei autoriza ainda, que menores de idade, entre doze e dezesseis anos, requeiram a prática da eutanásia, mediante consentimento dos pais, e que por meio de uma “declaração de intenção de eutanásia”, qualquer pessoa possa pedir por escrito a realização da eutanásia, o que será acatado quando o paciente não puder decidir por si mesmo.¹⁰⁶

¹⁰¹ SÁ, M. de F. F. de. **Biodireito**, p.166.

¹⁰² SANTOS, M. C. C. L. **Transplante de órgãos e eutanásia: Liberdade e Responsabilidade: abordagem filosófica, religiosa e penal, limites éticos e jurídicos da experimentação humana, responsabilidade penal dos médicos, eutanásia, ortotanásia e distanásia, aborto eugênico e ética médica**, p. 301.

¹⁰³ SÁ, M. de F. F. de. *Op. cit.*, p. 167.

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 168.

¹⁰⁶ *Id.*

2.3.3. Espanha

Ressalta Maria de Fátima Freire de Sá que a Espanha assim como a Holanda possui vasta doutrina no que tange a eutanásia, mas que o mesmo não se refletiu na legislação, vez que até 1995, o Código Penal espanhol equiparou a prática da eutanásia ao homicídio comum (artigo 409), o que é visto pela autora como algo desproporcional, posto que há divergência entre as motivações que levam a prática de cada uma das condutas.¹⁰⁷

Em 1995, após fortes críticas da doutrina, o tratamento dispensado à eutanásia foi alterado, diferenciando-se a forma de punição do homicídio comum e homicídio piedoso. Não houve, porém, descriminalização da eutanásia ativa.¹⁰⁸ A seguir transcreve-se o artigo 143.4 do Código Penal espanhol:

Causar ou cooperar ativamente com atos necessários ou diretos para morte de outro, por petição expressa, séria e inequívoca deste, caso a vítima sofresse de uma doença grave que a levaria à morte, ou produzisse graves padecimentos permanentes e difíceis de suportar, terá a pena reduzida em um ou dois graus em relação à pena correspondente pela cooperação necessária ao suicídio (artigo 143.2) e a do homicídio-suicídio (artigo 143.3).¹⁰⁹

Destaca-se que a eutanásia passiva e a eutanásia ativa indireta não estão sujeitas à punição, tendo em vista que foram despenalizadas no Direito Penal espanhol conforme afirma Maria Celeste Cordeiro.¹¹⁰

¹⁰⁷ SÁ, M. de F. F. de. **Biodireito**, p.168-169.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 169.

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ SANTOS, M. C. C. L. **Transplante de órgãos e eutanásia: Liberdade e Responsabilidade: abordagem filosófica, religiosa e penal, limites éticos e jurídicos da experimentação humana, responsabilidade penal dos médicos, eutanásia, ortotanásia e distanásia, aborto eugênico e ética médica**, p. 170.

2.3.4. Austrália

Segundo Goldim vigeu em alguns territórios da Austrália, no período de 1996 e 1997, a Lei dos Direitos dos Pacientes Terminais, que autorizava a prática da eutanásia. Tal diploma legal estabelecia critérios e precauções que deveriam ser observados para a realização da eutanásia, a fim de se evitar solicitações intempestivas ou sem base em evidências clinicamente comprováveis.¹¹¹

2.3.5. Estados Unidos

Conforme destaca Maria de Fátima Sá, a eutanásia nos Estados Unidos é tema bastante discutido e polêmico, sendo comum que o Poder Judiciário se depare com pedidos de antecipação de morte, assim como que a população seja incitada a decidir pela autorização ou não da prática eutanásica em plebiscitos que discutem a aprovação de leis relativas a esta questão. Ressalta-se que a discussão não ocorre somente em âmbito nacional, mas principalmente no interior dos Estados-membros, vez que neste país a competência estadual tem grande extensão e importância no âmbito nacional, tanto que incumbe aos Estados decidir sobre a prática eutanásica.¹¹²

Afirma ainda a autora, que foi nos Estados Unidos que surgiram as primeiras tentativas de legislação sobre a eutanásia. Isso ocorreu em mais de um estado americano em virtude de casos específicos em que americanos requereram a autorização para abreviar suas vidas, ou seja, praticar eutanásia.¹¹³

No âmbito jurisdicional houve algumas decisões importantes relativas à autorização ou não da eutanásia.

¹¹¹ GOLDIM, J. R. **Eutanásia-Austrália**. Disponível em: www.hcpa.ufrgs.br/gppg/eutancri.htm. Acesso em: 20/07/2009.

¹¹² SÁ, M. de F. F. de. **Biodireito**, p. 170-171.

¹¹³ *Id.*

Em 1987, um tribunal de Nova Jersey, reconheceu o direito aos indivíduos de recusarem tratamentos médicos para manutenção da vida, nos casos em que não há possibilidade de recuperação. Da mesma forma em 1996, o juiz Stephen Reinhardt, do 9º Tribunal de Apelações de Los Angeles estabeleceu que a Constituição norte-americana garante o direito ao suicídio assistido a todos os pacientes terminais.¹¹⁴

Com entendimento contrário, em 1997 a Suprema Corte Americana, por unanimidade de votos, declarou constitucionais as leis dos Estados de Nova Iorque e Washington, que admitiam como crime a conduta dos médicos que fornecessem medicamentos a pacientes terminais, em estado de lucidez, para lhes abreviar a vida. Dessa forma, firmou-se o entendimento de que os americanos não teriam o direito constitucional ao suicídio assistido. Tal vedação, no entanto, não impossibilitou que os Estados-membros criassem leis autorizando a prática de eutanásia pelos médicos.¹¹⁵

No país também é rica a discussão relativa à eutanásia entre os doutrinadores. Destaca-se, porém, a obra de Ronald Dworkin, O domínio da vida, escrita em 1993.¹¹⁶

Em decorrência da garantia do direito à autonomia, é comum nos Estados Unidos que se realize o “Living Wills”, ou seja, testamento em vida. Através deste documento, o indivíduo que se encontra em estado de lucidez e capaz de tomar decisões a seu próprio respeito, pode definir aos quais recursos para manutenção da vida pretenderá se submeter quando estiver em fase terminal.¹¹⁷

Além deste documento, existe ainda o “Health-care proxies”, também chamado de procuração de auxílio-saúde, instrumento bastante utilizado entre os americanos. Por meio deste documento aponta-se alguém, que em situação de terminalidade do signatário, decidirá sobre sua vida e morte.¹¹⁸

¹¹⁴ SÁ, M. de F. F. de. **Biodireito**, p. 171-172.

¹¹⁵ *Ibid.*, p.172.

¹¹⁶ *Ibid.*, p.173.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 174.

¹¹⁸ *Id.*

2.3.6. Bélgica

Em 23 de setembro de 2002, a morte assistida foi parcialmente legalizada na Bélgica, sob condições estritas. Duas exigências devem ser observadas para que o médico que preste o auxílio à morte do paciente não seja punido, quais sejam, estágio terminal do paciente, sem probabilidade de reversão do quadro clínico, ou portador de doença incurável, bem como consentimento do próprio enfermo. A lei não se aplica aos menores e pacientes incapazes de decidir pelo fim da vida de forma consciente.¹¹⁹

2.3.7. França

Destaca-se na legislação francesa, o projeto de lei nº 166, apresentado ao Senado Francês em 26 de janeiro de 1999, que estabelecia a despenalização da eutanásia. Esta lei possibilitaria a utilização de diretivas avançadas, ou seja, a possibilidade do paciente deixar por escrito às quais medidas se submeteria para dar continuidade ao seu tratamento.¹²⁰

Recentemente foi aprovada na França, a Lei Leonetti, de 22 de abril de 2005, que instaurou o direito a "deixar morrer", sem permitir aos médicos que pratiquem a eutanásia. Admite-se apenas que se deixe o paciente à espera da morte.¹²¹

Conforme se verificou anteriormente, ainda que não tenha previsão expressa autorizando a prática da eutanásia no Direito Brasileiro, direitos e princípios fundamentais estão em cotejo quando se reflete acerca da possibilidade de realização da eutanásia, sendo necessário, nesse sentido,

¹¹⁹ GUERRA FILHO, Fernando. **Eutanásia: Direito à "boa" morte e despenalização da piedade médico-homicida consentida**. Disponível em:

<http://fguerra.wordpress.com/2009/04/04/ortotanasia-atipicidade-da-conduta-medica-por-ausencia-de-tipicidade-material/>. Acesso em: 20/07/2009.

¹²⁰ GOLDIM, J. R. **Eutanásia-França**. Disponível em:

<http://www.hcpa.ufrgs.br/gppg/penalfra.htm>. Acesso em: 20/07/2009.

¹²¹ **Legislações e práticas da eutanásia na Europa**. Disponível em:

<http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/2009/02/10/legislacoes+e+praticas+da+eutanasia+na+europa+3974918.html>. Acesso em: 20/07/2009.

tecer alguns comentários sobre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana.

III. DIREITOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS APLICÁVEIS À QUESTÃO DA EUTANÁSIA

Para maior compreensão acerca da estrutura dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet, destaca a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos. Os direitos fundamentais correspondem aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados pelo direito constitucional de um determinado Estado, já os direitos humanos estão relacionados aos 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.”¹²²

Não há uma identidade necessária entre ambos, de modo, que todos os direitos humanos sejam também fundamentais, se comparados os direitos constitucionais de diversos Estados e o direito internacional. É importante ressaltar que muitas vezes os direitos fundamentais constitucionais ficam aquém do rol dos direitos humanos contemplados nos documentos internacionais, e que em outros casos, o direito constitucional de determinado Estado pode apresentar um rol muito mais extenso que os direitos humanos garantidos em âmbito internacional.¹²³

Segundo o posicionamento de Martin Borowski, é possível caracterizar os direitos fundamentais a partir de três conceitos. De acordo com um conceito formal, compreende-se os direitos fundamentais como aqueles que pertencem ao catálogo de direitos taxados na Constituição de um determinado Estado. Como forma de complementação a esse conceito, vez que existem direitos fundamentais que estão fora do catálogo estabelecido na Constituição, há o conceito material de direitos fundamentais, pelo qual se define direitos fundamentais como aqueles que pretendem a transformação dos direitos

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 33.

¹²³ *Ibid.*, p. 36.

humanos em direito positivo, ou seja, são os direitos fundamentais admitidos na Constituição com a intenção de positivizar determinados direitos humanos.¹²⁴

É possível ainda definir os direitos fundamentais a partir de um conceito procedimental. Para caracterizar o direito fundamental, seria necessário definir a sua importância, ou seja, se esse direito poderia ser garantido pelos parlamentares ou se somente pelo Constituinte. Segundo o autor, deve-se partir dos direitos humanos para determinar quais os direitos fundamentais são mais importantes, e conseqüentemente, deveriam ser garantidos somente através de decisões tomadas pelo Constituinte.¹²⁵

Passada a análise acerca da caracterização dos direitos fundamentais, faz-se necessário, ainda que sucintamente, tecer alguns esclarecimentos sobre a norma de direito fundamental, assim como, esclarecer a diferença entre regras e princípios.

Conforme afirma Willis Santiago Guerra Filho, a norma jurídica não é a única forma de expressão dos direitos fundamentais, sendo estes mais abrangentes que a concepção de norma. Conforme previsão contida no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, admite-se direitos fundamentais positivados no Ordenamento Jurídico pátrio, que não estão previstos na Carta Magna.¹²⁶

Neste aspecto é importante ressaltar o posicionamento de Sarlet, para o qual os direitos fundamentais garantidos fora do catálogo da Constituição de um determinado Estado somente poderão ser dotados de fundamentalidade se por seu conteúdo e importância puderem ser equiparados aos direitos fundamentais taxados no rol elencado no Título II da Constituição Federal. É imprescindível que ambos os critérios estejam presentes, quais sejam, substância e relevância, para que se tenha um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais.¹²⁷

Tendo em vista que a seguir será discorrido sobre os princípios fundamentais aplicáveis à questão da eutanásia, faz-se necessário esclarecer

¹²⁴ BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003. p. 34-36.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 36-37.

¹²⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001. p. 43.

¹²⁷ SARLET, I.W. **A Eficácia dos direitos fundamentais**, p. 96.

as diferenças entre regras e princípios, como forma de caracterizar essa espécie de norma jurídica.

Segundo Willis Santiago, os princípios caracterizam-se por fazer referência direta a valores, diferente do que ocorre com as regras, que fixam um estado-de-coisas formado por um ou mais fatos. Nesse sentido, é que se afirma que os princípios possuem um grau maior de generalidade e abstração quando comparados às regras.¹²⁸

Os princípios se distinguem das regras também no que tange a forma de aplicação, tendo em vista que para se aplicar um princípio ao caso concreto, deve-se recorrer à ponderação, enquanto que as regras devem ser subsumidas. Dessa forma, os conflitos entre princípios, são solucionados a partir da análise do princípio que tem maior peso, e que, portanto, deve ser aplicado ao caso concreto, diferente do que ocorre com as regras, em que se discute a validade.¹²⁹

Importante citar neste contexto, trecho da obra de Martin Borowski:

(...) Los principios representan un objeto de optimización, que puede ser realizado em um grado máximo, según las posibilidades facticas y jurídicas. Los principios son por ello gradualmente realizables. El grado de realización y la importancia de esta determinan en cada caso concreto qué principio se impone en una colisión entre principios (...).¹³⁰

Em virtude deste aspecto faz-se necessário, conforme afirma Willis Santiago, a adoção de um “princípio de proporcionalidade”, para que normas como princípios, e conseqüentemente normas de direitos fundamentais, que possuem caráter de princípios, possam ser respeitadas, quando da aplicação ao caso concreto.¹³¹

Na Constituição Federal de 1988 tanto os princípios como os direitos fundamentais estão assegurados expressamente. Verifica-se no título primeiro (artigos 1º a 4º) o catálogo dos princípios fundamentais, e adiante no título segundo, vem disposto o rol dos direitos fundamentais. Ressalta-se, no entanto, que conforme previsão do artigo 5º, § 2º, admite-se outros direitos

¹²⁸ GUERRA FILHO, W.S. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, p. 45.

¹²⁹ BOROWSKI, M. **La estructura de los derechos fundamentales**, p. 49.

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ GUERRA FILHO, W.S. *Op. cit.*, p. 46.

fundamentais, desde que sejam decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Magna ou dos tratados internacionais em que o país seja signatário.

No entendimento de Sarlet, quando o dispositivo faz referência aos “princípios” adotados pela Carta Magna, deve-se compreender como os princípios fundamentais fixados no título primeiro do referido diploma legal. Segundo o autor isso deve ocorrer, especialmente, em homenagem à dignidade dos direitos fundamentais na ordem constitucional.¹³²

A seguir serão analisados os direitos e princípios fundamentais comumente em cotejo quando se discute a prática da eutanásia.

3.1. *Direito à vida*

Conforme já referido em capítulo anterior, a Constituição Federal assegura a inviolabilidade do direito à vida (artigo 5º, *caput*). A garantia desse direito na Carta Magna é um dos principais argumentos elencados por aqueles que defendem a ilicitude da eutanásia, já que a sua prática implicaria necessariamente a mutilação do direito à vida. Sendo assim, não há como analisar a matéria referente à eutanásia sem esbarrar na garantia da inviolabilidade do direito à vida, por se tratar de temas fronteiriços.

Inúmeras são as formas de se conceituar “vida”, variando seu conceito, por exemplo, se partimos da teoria da criação, aceita entre os religiosos ou das teorias da panspermia, biogênese e abiogênese, suscitadas entre os cientistas, sendo defendida atualmente a teoria da biogênese. De outro ponto, entre os médicos já há outra definição do que vem a ser vida, principalmente no que tange ao início e fim da vida. Importante ressaltar ainda o tratamento jurídico dado ao tema, principalmente em relação à identificação do início da vida e as conseqüências legais daí decorrentes.¹³³

¹³² SARLET, I.W. **A Eficácia dos direitos fundamentais**, p. 98.

¹³³ Importante destacar que o Supremo Tribunal Federal decidiu que a vida se inicia com a concepção, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, quando em discussão a constitucionalidade da manipulação genética de células-tronco. (Disponível em:

Conforme destaca José Afonso da Silva, “vida não é apenas uma incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder a sua própria identidade”. Trata-se de um processo vital que se instaura com a concepção, segue transformando-se e progredindo, porém mantendo a identidade, até perder a qualidade, tornando-se morte.¹³⁴

Em que pese a essencialidade deste direito perante os demais direitos fundamentais, Rita de Cássia Curvo Leite destaca que o direito à vida é o primeiro dos direitos naturais, cabendo ao Direito Positivo apenas reconhecê-lo. Sendo assim, “o direito fundamental do ser humano à vida, é lei não criada pelo Estado, mas pelo Estado apenas reconhecida, e que pertence ao ser humano pelo simples fato de ter sido concebido. É-lhe inerente e não concedida”.¹³⁵

Caracteriza-se o direito à vida, como um direito *irrenunciável* que se manifesta desde a concepção e perdura até a morte do titular, *intransmissível* de titularidade, vez que é direito inerente à pessoa, e *indisponível*, devendo ser entendido como direito à vida e não direito sobre a vida, sendo dessa forma ineficaz qualquer declaração de vontade que imponha seu cerceamento, ainda que com consentimento do indivíduo.¹³⁶

É possível verificar como conteúdo do direito à vida dois aspectos, quais sejam, o direito de permanecer vivo, desenvolver todo o processo vital até a interrupção com a morte em decorrência de causas naturais, e como segunda vertente, a segurança de se ter um nível mínimo de vida digna, ou seja, compatível com a dignidade da pessoa humana.¹³⁷ É em referência ao segundo aspecto que os defensores da prática eutanásica a legitimam, partindo do pressuposto de que não seria digno ao paciente terminal tomado

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI.SCLA.%20E%203510.NUME.&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 26/09/2009).

¹³⁴ SILVA, J.A. da. **Curso de Direito Constitucional positivo**, p. 197.

¹³⁵ LEITE, Rita de Cássia Curvo. **Transplantes de órgãos e tecidos e direitos de personalidade**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 50.

¹³⁶ COAN, E.I. Biomedicina e Biodireito. Desafios bioéticos. Traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida. IN: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**, p. 259.

¹³⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 499.

por doença incurável manter-se vivo, mediante a imposição de tratamentos extraordinários/desproporcionais, contra a sua vontade.

Além da garantia expressa do direito à vida na Constituição Federal, depreende-se da análise de outros dispositivos do referido diploma legal, que o Constituinte, ainda que implicitamente, pretendeu assegurar o valor maior da vida, o que ressalta ainda mais o caráter essencial do referido direito fundamental.¹³⁸

Assim ocorre, por exemplo, no artigo 5º, incisos III, XLVII, alíneas “a”, “c” e “e”, os quais proíbem a prática da tortura, tratamentos desumanos, pena de morte, assim como penas de trabalhos forçados e cruéis. Denota-se ainda a ênfase à proteção do direito à vida, no Código Penal, vez que são consideradas condutas ilícitas a prática do aborto, excetuando-se a autorização expressa no artigo 128, e da eutanásia.¹³⁹

Além da previsão constitucional de proteção ao direito à vida, verifica-se na legislação infraconstitucional a garantia deste direito fundamental. O artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90) preceitua que:

(...) a criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.¹⁴⁰

Tal previsão inova, se comparada à garantia expressa na Constituição Federal, pois assegura a imposição de políticas públicas que proporcionem nascimento sadio ao nascituro, restando evidente a tutela ao ser no ventre materno.

O Código Civil de 2002, no artigo 2º, também tutela o direito à vida, ainda que indiretamente, ao preceituar que “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”.¹⁴¹

¹³⁸ MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKI, Celso. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., atual. pela EC 26/2000. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000. p. 321-324.

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ TAVARES, A.R. **Curso de direito constitucional**, p. 501.

¹⁴¹ *Id.*

Conforme afirma André Ramos Tavares, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente quanto no Código Civil, assegura-se o desenvolvimento embrionário, sem fazer menção à vida propriamente dita. A tutela jurídica decorre da importância e valoração que se dá a este bem jurídico.¹⁴²

Cabe fazer menção ainda à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose de Costa Rica), de 1969, cujo artigo 4, nº 1, determina que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”.¹⁴³

Em comentário ao referido artigo, André Ramos Tavares, ressalta que:

(...) Resulta nítido do dispositivo que a regra deverá ser a proteção desde o momento da concepção. A expressão “em geral”, contida no dispositivo, ressalva a possibilidade de quebra dessa diretriz, o que só poderá ocorrer em situações apontadas pelo legislador com respeito ao critério da proporcionalidade (...) especialmente legitimada (a relativização), quando estiverem em jogo outros valores igualmente constitucionais (...).¹⁴⁴

Depreende-se, portanto, que em regra o direito à vida deve ser assegurado desde a concepção, excetuando-se a aplicação dessa máxima apenas nas situações em que este estiver em conflito com outros valores de igual proteção, desde que observado o princípio da proporcionalidade.

3.1.1. O dever de conservar a vida e a sua inviolabilidade

Segundo Alexandre de Moraes o direito à vida tem um conteúdo de proteção positiva, não sendo possível dessa forma configurá-lo como um direito de liberdade que inclua o direito à própria morte. Não cabe ao Estado prever e impedir que alguém disponha da própria vida, mas disso não decorre que o direito à vida seja disponível, bem como que exista um direito subjetivo do indivíduo à morte. Sendo assim, não há que se falar em autorização pelo

¹⁴² TAVARES, A.R. **Curso de direito constitucional**, p. 502.

¹⁴³ *Id.*

¹⁴⁴ *Id.*

ordenamento jurídico constitucional de qualquer espécie de prática eutanásica.¹⁴⁵

Nesse sentido, Rita de Cássia Curvo Leite defende a ineficácia de qualquer declaração de vontade que implique no cerceamento deste direito, vez que se trata de direito dotado de caráter negativo, ou seja, que impõe a todos o respeito à vida do outro, não se admitindo, ainda que mediante consentimento, a abreviação da vida. Ressalta que isso se deve ao fato de que o homem não vive apenas para si, mas em prol de toda a sociedade, e sendo assim, não deve buscar apenas o aperfeiçoamento pessoal, mas contribuir para o progresso da coletividade como um todo.¹⁴⁶

Em contraposição a tal entendimento, Roxana Cardoso, afirma que o direito à vida não deve ser considerado como absoluto, e tampouco caracterizado como dever imposto aos indivíduos. Nesse sentido, afirma a autora que em não se tratando de um dever, mas direito, é possível que o paciente escolha se irá se submeter a um tratamento médico ou não.¹⁴⁷

Em íntima relação com o direito à vida, o direito à existência consiste no direito de estar e permanecer vivo, de modo que o processo vital do indivíduo não seja interrompido e que a morte seja um acontecimento natural e inevitável. Conforme já foi acima mencionado, é devido à garantia do direito à vida, que se pune aqueles que interrompem violentamente o processo vital. Ressalta Afonso da Silva que em decorrência da garantia do direito à existência, admite-se a abreviação da vida nas hipóteses de legítima defesa e estado de necessidade.¹⁴⁸

Importante destacar neste sentido, trecho da obra de José Afonso da Silva, o qual a seguir se transcreve:

(...) a vida é um bem jurídico que não importa proteger só do ponto de vista individual; tem importância para a comunidade. O desinteresse do indivíduo pela própria vida não exclui esta da tutela penal. O Estado continua a protegê-la como valor social e este interesse

¹⁴⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006 (Coleção Temas Jurídicos). p. 85.

¹⁴⁶ LEITE, R.C.C. **Transplantes de órgãos e tecidos e direitos de personalidade**, p. 51.

¹⁴⁷ BORGES, R. C. B. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. IN: SANTOS, M. C. C. L. **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios, p. 297-298.

¹⁴⁸ SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional positivo**, p. 198.

superior torna inválido o consentimento ao particular para que dela o privem. Nem sequer quando ocorrem as circunstâncias que incluíram o fato na categoria da eutanásia, ou homicídio piedoso (...).¹⁴⁹

Vislumbra-se a partir dos dizeres de José Afonso, a preocupação com a proteção da vida, enquanto bem jurídico, em função de toda a coletividade, não tomando como fundamento o indivíduo em si mesmo. É nesse sentido que Rita Leite afirma que o indivíduo não vive apenas para si, mas em prol da sociedade, devendo contribuir para o progresso da coletividade como um todo.

3.1.2. Os extremos biológicos da vida

Insta ainda tecer alguns esclarecimentos acerca do início da vida, ou seja, o momento em que se considera haver um ser humano vivo, para que se possa assinalar também quando se inicia o dever do Estado de assegurar a inviolabilidade do direito à vida, garantia constitucional.

Conforme destaca Alexandre de Moraes, o início da vida deve ser fixado pela Biologia, restando aos juristas apenas realizar o enquadramento legal da matéria. Nesse sentido, deve-se tomar como início da existência humana, o momento em que surge o zigoto, sendo este resultante da fecundação do óvulo pelo espermatozóide. Ressalta ainda, que o feto representa um ser individualizado, com carga genética própria, distinta da carga genética dos genitores, sendo incorreto afirmar que o feto tem sua vida englobada pela vida da genitora.¹⁵⁰

André Ramos Tavares adverte, contudo, que existem várias teorias que pretendem definir o início da vida, quais sejam, teorias da concepção, nidificação, implementação do sistema nervoso e teoria dos sinais eletroencefálicos. A primeira delas, teoria da concepção, aceita pela Igreja Católica, defende que a vida humana tem como início a concepção. Pela teoria

¹⁴⁹ SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional positivo**, p. 202.

¹⁵⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. atual. até a EC. nº 56/2007. São Paulo: Atlas, 2008. p.36.

da nidação, entende-se que a existência humana só tem início com a fixação do óvulo, já fecundado, no útero da mulher.¹⁵¹

Os defensores da teoria da implementação do sistema nervoso, admitem como princípio da vida o momento em que surgem os rudimentos do que será o sistema nervoso central, característica exclusivamente humana, não bastando a individualidade genética. De outra parte, pela teoria dos sinais eletroencefálicos, a vida humana teria início com a primeira manifestação no feto de atividade cerebral. Desconsiderando a vida uterina, existe também quem defenda que somente após o nascimento, ou seja, exteriorização do ser, é que se poderia avaliar a incidência do direito à vida.¹⁵²

Em que pesem as várias teorias apresentadas, é importante ressaltar que no Ordenamento Pátrio adota-se a teoria da concepção, vez que o Código Civil de 2002, no artigo 2º determina que a personalidade civil inicia-se com o nascimento com vida, mas que os direitos do nascituro são assegurados desde a concepção.¹⁵³

No que tange ao fim da vida, impende-se fazer referência ao artigo 6º do Código Civil de 2002, o qual preceitua que a existência da pessoa natural termina com a morte. Depreende-se da análise deste artigo que se estabelece um limite para a existência da pessoa natural, mas que não há uma definição exata do momento em que ocorre a morte do indivíduo.

Durante algum tempo a morte foi caracterizada pela parada cardíaca e pela cessação das atividades pulmonares. Atualmente tal conceito se torna descabido, vez que a medicina possui aparatos que permitem a regressão de quadros clínicos de parada cardíaca e cessação da atividade respiratória, vigendo, portanto, a caracterização da morte, como sendo a cessação das atividades cerebrais, ou seja, morte cerebral ou encefálica.

O Conselho Federal de Medicina através da Resolução nº 1.480 de 08/08/1997 estabelece as diretrizes para caracterização da morte encefálica. O artigo 4º do referido diploma legal preceitua os parâmetros clínicos a serem

¹⁵¹ TAVARES, A.R. **Curso de direito constitucional**, p. 500-501.

¹⁵² *Ibid.*, p. 501.

¹⁵³ Vide nota 133.

observados para constatação de morte encefálica, quais sejam: *coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia*.¹⁵⁴

A definição da morte cerebral como fim da existência humana foi adotada pela Lei de Doação de Órgãos (Lei nº 9.434/1997), no artigo 3º, que a seguir se transcreve:

A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.¹⁵⁵

Conforme afirma Rachel Sztajn, a fim de uniformizar os critérios neurológicos para determinar o início e o fim da vida, deve-se realizar eletroencefalograma no feto para se verificar se há, ou não, atividade cerebral. Ressalta que as ondas cerebrais são emitidas pelo cérebro do feto, em regra, no período de 24 e 27 semanas após a concepção, e constatada a existência de atividade cerebral, tem-se o termo inicial da vida humana. Da mesma forma que o cessar da atividade cerebral caracteriza o fim da vida.¹⁵⁶

3.2. O princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é assegurado na Constituição Federal de 1988, como fundamento da República Federativa do Brasil, cujo conteúdo deve ser concretizado levando em consideração os objetivos elencados no artigo 3º e os direitos fundamentais, especialmente, os expressos no artigo 5º da Carta Magna.

No âmbito internacional verifica-se a garantia da dignidade da pessoa humana em diversos documentos, tais como Carta das Nações Unidas

¹⁵⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1.480/97**. Brasília: Diário Oficial da União 08 ago. 1997. Disponível em: <http://dtr2001.saude.gov.br/transplantes/portaria/res1480.htm>. Acesso em: 08/08/2009.

¹⁵⁵ Lei nº 9.434/1997. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 12/08/2009.

¹⁵⁶ SZTAJN, R. Terminalidade da vida: a ortotanásia e a constitucionalidade da Res. CFM 1.805/2006. IN: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, p. 247.

(26/06/1945), Declaração Universal dos Direitos Humanos (10/12/1948), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (19/12/1966) e no Estatuto da Unesco (16/11/1945). A referência a este valor representa uma forma de reação às violações ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, assim como meio de se projetar um futuro calcado na proteção da dignidade da pessoa humana.¹⁵⁷

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵⁸ ressalta que somente ao longo do século XX, especialmente após o desfecho da Segunda Guerra Mundial, é que as Constituições passaram a assegurar a dignidade da pessoa humana.¹⁵⁹

Na Constituição Brasileira, além da previsão expressa no artigo 1º, inciso III, há referência à dignidade da pessoa humana em outros dispositivos, quais sejam, artigo 170, *caput*, ao assegurar que a ordem econômica tem como escopo garantir a todos existência digna, artigo 226, § 6º, o qual estabelece que o planejamento familiar será pautado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável e artigo 227, *caput*, que assegura o direito à dignidade às crianças e adolescentes.¹⁶⁰

Além da garantia expressa na Constituição Federal do princípio da dignidade da pessoa humana, ressalta-se que no Brasil também há grande empenho no âmbito legislativo, jurisprudencial e doutrinário no que tange à sua concretização.¹⁶¹ Gilmar Mendes destaca neste aspecto, os parágrafos 3º e 4º introduzidos recentemente no artigo 5º da Lei fundamental, pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, esclarecendo que se trata de “um salto jurídico de proteção aos direitos humanos, em geral, e à dignidade da pessoa humana, em particular”.¹⁶²

¹⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 152-153.

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.65.

¹⁵⁹ Destaca o autor, que a Constituição Alemã de 1919, Constituição Portuguesa de 1933 e a Constituição da Irlanda de 1937, anteciparam a previsão e garantia da dignidade da pessoa humana, configurando verdadeira exceção à regra. (*Ibid.*, p.66)

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 64.

¹⁶¹ MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Op. cit.*, p. 154.

¹⁶² Art. 5º (...)

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”

Importante ressaltar ainda, o § 5º acrescentado ao artigo 109 da Constituição Federal, também em decorrência da referida Emenda Constitucional, o qual preceitua que nas hipóteses de grave violação aos direitos humanos, é permitido ao Procurador-Geral da República, suscitar perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, a fim de que se assegure o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.¹⁶³

Segundo o entendimento de Ingo Sarlet, o Constituinte deixou evidente a intenção de conceder aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, especialmente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, as quais juntamente com os princípios fundamentais integram o núcleo essencial da Constituição formal e material.¹⁶⁴

Quando se pretende a análise do princípio da dignidade da pessoa humana, dois aspectos devem ser necessariamente abordados, quais sejam, o caráter absoluto do princípio ou sua relativização e a sua natureza jurídica. Há divergência na doutrina quanto ao caráter absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme destaca Gilmar Mendes a maioria da doutrina defende o caráter absoluto da dignidade da pessoa humana, sendo considerado como um valor de hierarquia supraconstitucional. Tem-se como crítica a este posicionamento, a defesa de que os princípios não podem ser considerados absolutos, na medida em que, estão sujeitos a juízos de ponderação, quando da sua aplicação ao caso concreto, juntamente com outros valores dotados de igual hierarquia constitucional.¹⁶⁵

Neste diapasão, Robert Alexy, esclarece que a norma da dignidade da pessoa humana não pode ser considerada um princípio absoluto, vez que essa impressão resulta do fato de que tal valor se expressa em duas normas, ou seja, regra e princípio, assim como da existência de diversas condições que

¹⁶³ MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**, p. 154-155.

¹⁶⁴ SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 64.

¹⁶⁵ MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Op. cit.*, p. 150-151.

ensejam em determinadas circunstâncias, a prevalência deste princípio sobre os demais.¹⁶⁶ Destaca ainda o autor que:

(...) não se discute o valor da dignidade da pessoa humana em si mesmo (...) mas tão-somente se em determinadas situações, ele foi ou não respeitado, caso em que, se a resposta for negativa, legitima-se a precedência da norma ou da conduta impugnadas em nome desse princípio fundamental (...).

Conforme ensina Ingo Sarlet, todas as pessoas são dotadas de igual dignidade, em que pese não se comportarem de modo igualmente digno, e existindo um dever recíproco de respeito pela dignidade do outro, é possível que ocorram conflitos diretos entre as dignidades de pessoas diversas, que serão solucionados apenas mediante uma “harmonização”, que implicará, necessariamente, a ponderação dos bens em conflito, ou seja, a dignidade atribuída a dois ou mais titulares. Nesse sentido, não se poderia falar em caráter absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana, vez que conforme demonstrado, em determinadas circunstâncias, seria possível a sua relativização.¹⁶⁷

No entanto, impende-se destacar que a relativização jamais poderá importar no sacrifício da dignidade, na condição de valor intrínseco e insubstituível de cada ser humano, configurando o que se pode denominar de núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, o qual deverá ser sempre reconhecido e protegido.¹⁶⁸

Como forma de exemplificar a possibilidade de relativização do princípio da dignidade da pessoa humana, Sarlet ressalta a contraposição dos valores dignidade e vida. Esse conflito apresenta-se de forma evidente nos casos em que pacientes em estágio terminal, questionam a possibilidade de uma morte digna, em virtude dos sofrimentos decorrentes de doenças incuráveis. Aqueles que defendem a ilicitude da eutanásia, levantam como

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 105-109.

¹⁶⁷ SARLET, I.W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 124-125.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 132 e 138.

principal argumento, a inviolabilidade do direito à vida, valor que se sobrepõe a proteção da dignidade da pessoa humana, importando em sua relativização.¹⁶⁹

3.2.1. Dignidade da pessoa humana como direito fundamental

O artigo 1º, inciso III da Carta Magna, dispositivo em que se encontra enunciada a dignidade da pessoa humana, contém além da caracterização desse valor como princípio fundamental, fundamentos de posições jurídico-subjetivas, ou seja, normas definidoras de direitos, garantias e deveres fundamentais. Como exemplo, toma-se a dupla função defensiva e prestacional da dignidade, vez que se verifica no dispositivo que garante esse princípio fundamental, normas que asseguram direitos subjetivos negativos (de não violação da dignidade) e normas que impõem condutas positivas para proteção e promoção da dignidade.¹⁷⁰

Conforme o entendimento de Ingo Sarlet, ainda que os direitos fundamentais encontrem seu fundamento, em regra, na dignidade da pessoa humana, e inclusive no próprio princípio da dignidade da pessoa humana, não é possível reconhecer que exista, de fato, um direito fundamental à dignidade.¹⁷¹

A dignidade enquanto qualidade intrínseca da pessoa humana, e por isso mesmo, aspecto intangível, conforme acima referido, não poderá ser concedida pelo Ordenamento Jurídico. Nesse sentido, não há razão para se falar em direito fundamental à dignidade, vez que este não é concessão do Estado, mas tão-somente, em direito ao reconhecimento, respeito, proteção e promoção da dignidade.¹⁷²

Ainda que não seja possível reconhecer a existência de um direito fundamental à dignidade, é inegável que existe proximidade entre as matérias referentes aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

¹⁶⁹ SARLET, I.W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 130-131.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 72.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 72-73.

¹⁷² *Ibid.*, p. 73.

A dignidade da pessoa humana, como parte, ainda que variável (até mesmo inexistente), do conteúdo dos direitos fundamentais, atua como elemento de proteção dos direitos fundamentais contra medidas restritivas, assim como legítima, em determinados casos restrições a estes direitos, assumindo, dessa forma, dupla função.¹⁷³

3.2.2. O princípio da autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade relativo aos atos de disposição corporal e demais ações relacionadas à área da saúde, está assegurado na Constituição Federal de 1988 como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade. Vislumbra-se no artigo 199, § 4º, que nos termos da lei, os cidadãos poderão permitir a remoção de elementos corporais destinados a fins socialmente relevantes, tais como: transfusões, tratamentos, transplantes e pesquisa.¹⁷⁴

É importante ressaltar que desta permissão constitucional, não decorre uma liberdade ou espécie de poder absoluto do sujeito para dispor do próprio corpo, vez que o corpo do indivíduo não perdeu seu caráter essencial e merecedor de tutela jurídica. Conforme ensina José Antônio Peres Gediel, “a liberdade se vê sempre colocada diante da intangibilidade do corpo humano”.¹⁷⁵

Ressalta Adriana Espíndola Corrêa que em relação ao princípio da intangibilidade da pessoa, a autonomia pode ser compreendida como uma “reserva da esfera da intimidade à pessoa, no interior da qual ela pode tomar as decisões relevantes na condução de sua vida”.¹⁷⁶

¹⁷³ SARLET, I.W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 123.

¹⁷⁴ GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p. 96.

¹⁷⁵ *Id.*

¹⁷⁶ CORRÊA, Adriana Espíndola. **Consentimento do paciente e dever de informar do médico: os limites da autonomia corporal**. Curitiba, 2002. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Orientador: Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel, p. 66.

No entendimento de Sarlet, a noção da dignidade repousa na autonomia pessoal, ou seja, na liberdade que o indivíduo tem de, potencialmente, formatar a própria existência, e em virtude disso resta inevitável reconhecer que a liberdade e os direitos fundamentais inerentes à sua proteção, constituem, simultaneamente, pressuposto e concretização direta da dignidade da pessoa. Concluindo, o autor afirma que “sem liberdade (negativa e positiva) não haverá dignidade, ou pelo menos, esta não estará sendo reconhecida e assegurada”.¹⁷⁷

Decorre também do princípio da autonomia da vontade a impossibilidade de realização de qualquer procedimento médico sem o consentimento do paciente. No entanto, verifica-se a obrigatoriedade da imposição de tratamentos ou procedimentos nos casos em que há colisão de direitos fundamentais, quais sejam, direito da autodeterminação do paciente e direito à saúde de terceiros ou coletividade. Toma-se como exemplo as hipóteses de tratamentos de doenças infectocontagiosas, vacinação obrigatória ou exames necessários para garantir a segurança da equipe médica quando da realização de cirurgias.¹⁷⁸

Verifica-se também a colisão de direitos fundamentais quando se discute a legalização da eutanásia. Os principais embates que ocorrem entre os defensores e opositores dessa prática encontram como eixo principal a discussão acerca da inviolabilidade do direito à vida e do direito de autodeterminação do paciente, sendo este complementado pelo até então chamado direito à morte digna.

Neste aspecto, Ronald Dworkin assinala que a complexidade desta questão decorre do fato de que tanto aqueles que defendem a eutanásia, como aqueles que a rechaçam baseiam seus argumentos no valor inalienável e intrínseco da vida humana. Destaca que “mais uma vez, ambos os lados do debate sobre eutanásia compartilham uma preocupação com a sacralidade da

¹⁷⁷ SARLET, I.W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p.90.

¹⁷⁸ CORRÊA, A. E. **Consentimento do paciente e dever de informar do médico: os limites da autonomia corporal**, p. 73.

vida, eles são unidos por este valor, e discordam, apenas, sobre como melhor interpretá-lo e respeitá-lo”.¹⁷⁹

Discorridos alguns esclarecimentos acerca do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana, impõe-se analisar a relação entre ambos quando se discute a legalidade da eutanásia, bem como a possibilidade de assegurar aos indivíduos um direito à morte digna. Para tanto, impende-se, ainda que sucintamente, apresentar as formas de interpretação das normas de direito fundamental e aplicação dos princípios no caso concreto.

¹⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **Life's dominion**: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom. New York: A.A. Knopf, 1993. p. 238.

IV. EUTANÁSIA: UM COTEJO ENTRE O DIREITO À VIDA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 assegura a inviolabilidade do direito à vida como direito fundamental (artigo 5º, *caput*), assim como o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), sendo inevitável, portanto, discutir a legalização da eutanásia, sem cogitar do conflito entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento para a existência de um direito de liberdade à morte digna.

Os direitos fundamentais, caracterizados como direitos humanos positivados em uma determinada Constituição, conforme anteriormente mencionado, são polimórficos, dotados de um conteúdo nuclear aberto e passível de variação, que só é revelado quando da aplicação ao caso concreto, nas interações entre si ou quando relacionados com outros valores também assegurados na Carta Magna. Isso decorre do grau de abertura e dinamicidade das normas de direito fundamental.¹⁸⁰

Em decorrência disso, é comum que ocorram conflitos entre os direitos fundamentais, podendo-se destacar três casos especiais, quais sejam, hipóteses de concorrência entre direitos fundamentais, colisões de direitos fundamentais e colisões entre direitos fundamentais e bens jurídicos de natureza constitucional.¹⁸¹

A concorrência de direitos fundamentais se dá quando o comportamento de um mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais. Verifica-se a colisão de direitos fundamentais quando o exercício do direito fundamental de um titular impede ou dificulta a realização de outro direito fundamental por parte de outro titular. No caso da colisão entre direitos fundamentais e outros bens jurídicos constitucionais, o

¹⁸⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. IN: **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdades do Brasil**, V1, N1, março/agosto, 2002, Curitiba: Faculdades do Brasil, 2002. p. 30.

¹⁸¹ *Id.*

exercício de um direito fundamental implica prejuízo a um bem jurídico que a Constituição assegurou proteção.¹⁸²

A possibilidade de um direito à morte digna, fim que se pretende com a realização da eutanásia, implica na resolução do conflito entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, sendo ambos conteúdo de direito fundamental. Este é ponto nodal na discussão acerca da legalização da eutanásia.

Se por um lado, considera-se que o direito à vida é, de fato, absoluto, não cabendo o seu suprimento em função da dignidade da pessoa humana, não há que se falar em direito à morte digna garantido ao paciente terminal, vez que isso anularia o direito à vida. Porém, se como solução do conflito entre o direito fundamental à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, prioriza-se este, dando ensejo a garantia de um direito à morte digna, passa-se a aceitar o direito à vida, não como direito absoluto, imposto a todo custo, mesmo contra a vontade do indivíduo, mas um direito de viver dignamente.

Diante desse impasse, como forma de se apresentar uma possível solução ao conflito, a seguir serão colacionados alguns meios de interpretação e aplicação das normas de direito fundamental.

Para se proceder à análise das formas de interpretação e aplicação das normas de direito fundamental, impende-se ressaltar o conceito e a caracterização dos postulados normativos aplicativos. Conforme ensina Humberto Ávila tratam-se de metanormas (normas de segundo grau) e deveres que estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras ao caso concreto. Por meio dos postulados normativos aplicativos são definidos os modos pelos quais devem ser aplicados os princípios e regras, possibilitando que se identifiquem os casos em que houve violação às normas que disciplinam. Em suma, “estruturam a aplicação do dever de promover um fim estabelecido por uma regra ou princípio”.¹⁸³

Humberto Ávila estabelece as diretrizes para a análise dos postulados normativos aplicativos. Em síntese, para a investigação do postulado normativo aplicado em determinado caso concreto, o intérprete deve cumprir quatro

¹⁸² CLÈVE, C. M.; FREIRE, A. R. S. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. IN: **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdades do Brasil**, p. 30-31.

¹⁸³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed., rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 87-89.

etapas. Primeiramente, deve-se proceder ao levantamento na Jurisprudência dos casos solucionados com fundamento em algum postulado normativo. Num segundo momento, impende-se verificar na fundamentação das decisões, quais os elementos ou grandezas que foram manipulados e de que forma foram relacionados entre si.¹⁸⁴

Destacados os elementos que foram utilizados na decisão, deve-se identificar quais as normas que foram aplicadas ao caso concreto, assim como sob quais fundamentos se deu tal escolha. Por fim, após a identificação da estrutura para aplicação do postulado normativo, faz-se necessário buscar casos na Jurisprudência que deveriam ter sido decididos com fundamento no mesmo postulado normativo e não foram, a fim de se reconstruir os argumentos expostos na decisão de acordo com o postulado em comento.¹⁸⁵

Os postulados normativos podem ser classificados em específicos e inespecíficos, conforme estabeleçam ou não elementos e critérios para a sua aplicabilidade ao caso concreto. Como postulados específicos, Humberto Ávila apresenta a Igualdade, Razoabilidade e a Proporcionalidade. No que tange aos inespecíficos, tem-se os postulados normativos da Ponderação, Concordância prática e Proibição de excesso.¹⁸⁶

Em virtude da crescente importância no Direito Brasileiro e dos limites da presente pesquisa, em que pese a possibilidade de aplicação de outros postulados normativos, sejam específicos ou inespecíficos, tratar-se-á apenas do postulado da proporcionalidade a fim de se buscar uma solução particular ao conflito apresentado anteriormente, e não apenas eventuais soluções genéricas a partir dos demais postulados normativos.

O princípio da proporcionalidade tem sido aplicado pelo Judiciário, como meio para a solução de conflitos entre direitos fundamentais, conforme se vislumbra nos seguintes julgados:

Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição a vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e PARS., 25, PAR. 2., 238, além de

¹⁸⁴ ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 90-93.

¹⁸⁵ *Id.*

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 93-94.

violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis a economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida. (ADIN 855 MC/PR, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgamento em 01/07/1993, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal).

RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL PÚBLICO. FALHA DOS SERVIÇOS MÉDICOS. DESLIGAMENTO DE APARELHO RESPIRADOR SEM PRÉVIA COMUNICAÇÃO AOS FAMILIARES E COM O PACIENTE AINDA APRESENTANDO BATIMENTO CARDÍACO. DANO MORAL CONFIGURADO. OBSERVÂNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO EVENTO, CONDIÇÕES PESSOAIS DAS PARTES E EXTENSÃO DO DANO COMO CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.1- A equivocada anotação em prontuário quanto à inexistência de batimentos cardíacos e conseqüente desligamento do aparelho respirador se consubstanciam em falha dos serviços médicos prestados pelo hospital, a configurar o dano moral indenizável experimentado pelos pais do paciente, posto que tal desligamento foi precipitado, ante a inexistência do óbito, que efetivamente só não ocorreu porque religado a tempo o aparelho que mantinha vivo o paciente.2- Para fixação da verba indenizatória a título de dano moral há que se considerar as circunstâncias fáticas do evento; assim, em que pese ter sido precipitado o desligamento dos aparelhos, a pronta reativação do respirador se consubstancia em circunstância merecedora de consideração a autorizar a redução da indenização a fim de adequá-la aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso parcialmente provido. (Apelação Cível Nº 2006.001.53036, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Relator: Alvaro Henrique Teixeira, Julgado em 13/02/2007).

Conforme o entendimento de Humberto Ávila, ainda que haja em princípio uma similitude entre o postulado da proporcionalidade e o termo “proporção”, corriqueiramente utilizado em diferentes ramos da Ciência do Direito, aquele não deve ser confundido com a idéia de proporção. Somente será aplicado o postulado da proporcionalidade nas hipóteses em que se verifique uma relação de causalidade entre um meio e fim, elementos discerníveis, que possibilitem a análise dos subprincípios, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, tendo em vista que se trata de postulado normativo aplicativo específico, ou seja, que estabelece elementos e critérios para sua aplicabilidade.¹⁸⁷

¹⁸⁷ ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p.112-113.

Destaca Robert Alexy que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, vez que a “natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela”.¹⁸⁸

Os princípios podem ser caracterizados como mandamentos de otimização em face de possibilidades jurídicas e fáticas. Assim como a máxima da proporcionalidade decorre da natureza dos princípios, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito também deriva do caráter principiológico das normas de direito fundamental.¹⁸⁹

Ressalta Alexy que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, também denominada exigência de sopesamento, resulta da relativização verificada na aplicação dos princípios aos casos concretos, em face das possibilidades jurídicas.¹⁹⁰

Nas hipóteses em que se configure um conflito entre uma norma de direito fundamental e um princípio antagônico, impõe-se necessariamente um sopesamento, vez que diante de princípios válidos a aplicação é obrigatória, sendo inevitável, portanto que se aplique a máxima da proporcionalidade em sentido estrito.¹⁹¹

Por outro lado, as máximas da adequação e da necessidade decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas, vez que é na aplicação ao caso concreto que deverão ser analisados os meios adequados para atingir a finalidade de um princípio, e dentre os meios possíveis, aquele que realize o objetivo de forma menos gravosa ao indivíduo.¹⁹²

A seguir será especificada a trilogia dos subprincípios que compõem a máxima da proporcionalidade, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo o entendimento de Robert Alexy, as máximas da adequação e da necessidade expressam a exigência, própria da definição de princípio, de máxima realização em relação às possibilidades fáticas, ou seja, quando da

¹⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. edição alemã *Theorie der Grundrechte* publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 116.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 117.

¹⁹⁰ *Id.*

¹⁹¹ *Id.*

¹⁹² *Ibid.*, p.118-119.

aplicação de um princípio ao caso concreto, deve-se estar atento às possibilidades fáticas, de modo a realizar ao máximo o princípio em comento.¹⁹³

Destaca o autor que é inerente ao exame da máxima da adequação, a realização de algum tipo de otimização entre princípios. Importante ressaltar que a otimização não deve ser entendida como um ponto máximo, e sim como um critério negativo, de modo que não determina todas as hipóteses para aplicação dos princípios, excluindo apenas alguns meios inadequados.¹⁹⁴

Segundo o entendimento de Humberto Ávila, para verificar se um meio é adequado, deve-se analisar as espécies de relação existentes entre os meios disponíveis e o fim que se pretende. Tais relações podem ser analisadas sob o enfoque de três aspectos, quais sejam *quantitativo*, um meio pode realizar menos, igualmente ou mais um fim do que outro, *qualitativo*, o meio promove o fim de modo pior, igual ou melhor que outro e *probabilístico*, quando se discute se um meio pode promover com menos, igual ou com mais certeza o fim que outro meio.¹⁹⁵

No caso concreto nem sempre a escolha deverá ser pautada em apenas um desses aspectos, pelo contrário, é possível que em determinada situação mais de um nível esteja em cotejo para escolha do meio mais adequado para aplicação de um princípio.¹⁹⁶

O exame da máxima da necessidade por sua vez envolve duas etapas, num primeiro momento, procede-se a análise da igualdade de adequação entre meios alternativos, ou seja, se meios alternativos promovem igualmente um fim, para depois se realizar o exame do meio menos restritivo.¹⁹⁷

Conforme entendimento de Alexy, existindo um meio que intervenha menos e seja igualmente adequado, “uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas da outra posição”. O exame da necessidade se diferencia da adequação, vez que aquele não implica a exclusão de meios,

¹⁹³ ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 588.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 590.

¹⁹⁵ ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 116-117.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 117.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 122.

mas apenas a possibilidade de se adotar um meio menos restritivo.¹⁹⁸ Nesse sentido, destaca-se trecho da obra de Alexy:

(...) se o legislador quiser perseguir o objetivo escolhido, ele pode adotar apenas o meio mais suave, ou um meio igualmente suave ou um meio ainda mais suave. Isso não é nenhuma otimização em direção a algum ponto máximo, mas apenas a vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais (...).¹⁹⁹

O exame da necessidade não é de todo simples, tendo em vista que a comparação do grau de restrição dos direitos fundamentais em conflito e do nível de promoção de um fim pretendido enseja complexidade. No que tange à verificação dos meios, a dificuldade está no fato de que os meios promovem os fins de acordo com os aspectos vistos anteriormente (qualitativo, quantitativo e probabilístico) e sendo assim um meio não será em todos os aspectos igual à outro.²⁰⁰

Nas hipóteses em que os meios alternativos realizam em mesmo grau a finalidade, o exame acerca do potencial restritivo não será dificultoso, devendo-se apenas optar pelo meio mais suave. No entanto, o mesmo não ocorre se os meios forem distintos tanto no grau de restrição dos direitos fundamentais, como também no grau de promoção da finalidade.²⁰¹

Expostas as máximas parciais do princípio da proporcionalidade relacionadas às possibilidades fáticas, impende-se neste momento analisar a máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Conforme já mencionado a proporcionalidade em sentido estrito implica a realização máxima dos princípios em relação às possibilidades jurídicas, sendo estas determinadas principalmente pelos princípios colidentes.

Conforme afirma Alexy, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito expressa a otimização em relação aos princípios colidentes, podendo ser comparada à lei do sopesamento. Tal lei preceitua que quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser

¹⁹⁸ ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 591.

¹⁹⁹ *Id.*

²⁰⁰ ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 122-124.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 124.

a importância da satisfação do outro. Isso permite dizer que a otimização em relação aos princípios em conflito é o próprio sopesamento.²⁰²

É possível dividir o sopesamento em três etapas. Num primeiro momento avalia-se o grau de não-satisfação de um dos princípios, posteriormente avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente e por fim deve ser avaliado se a importância de satisfação de um princípio justifica a não-satisfação de outro.²⁰³

Virgílio Afonso da Silva ressalta que é fundamental para o sopesamento o juízo expressado na lei de colisão, apresentada para solução dos conflitos entre princípios. Em síntese, o caráter bilateral da lei significa que “o que se perde de um lado deve ser compensado pelo que se ganha do outro”.²⁰⁴

Como forma de solução das colisões entre princípios, Alexy apresenta a possibilidade de se estabelecer uma relação de precedência condicionada entre os princípios, baseada nas circunstâncias do caso concreto. Em suma, isso significa fixar condições sob as quais um princípio tem precedência sobre outro. Para definição dessas condições deve-se levar em consideração os “pesos” dos princípios em conflito, de modo que aquele que seja dotado de maior peso irá prevalecer sobre o princípio colidente, quando da aplicação ao caso concreto.²⁰⁵

É importante ressaltar que as condições de precedência desempenham uma dupla função. No enunciado de preferência estabelecem qual princípio deve prevalecer quando verificáveis no caso concreto e, além disso, constituem o suporte fático da regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.²⁰⁶

Como forma de expressar a íntima relação existente entre o sopesamento e a lei de colisão, cita-se trecho da obra de Alexy:

²⁰² ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 593-594.

²⁰³ *Ibid.*, p. 594.

²⁰⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas Relações entre Particulares**, São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 154.

²⁰⁵ ALEXY, R. *Op. cit.*, p. 96-97.

²⁰⁶ Como forma de descrição do enunciado de preferência destaca-se a fórmula apresentada na obra de Robert Alexy, qual seja, (P¹ P P²) C. Em síntese isso significa que se preenchida a condição C, P¹ terá precedência sobre P², e disso decorrerá a consequência R, ou seja, regra que apresenta como suporte fático a condição de precedência C, e que expressa a consequência jurídica do princípio que prevaleceu, ou seja, P¹. (*Ibid.*, p. 98-99).

(...) na própria definição do conceito de princípio, com a cláusula “dentro das possibilidades jurídicas”, aquilo que é exigido por um princípio foi inserido em uma relação com aquilo que é exigido pelo princípio colidente. A lei de colisão expressa em que essa relação consiste. Ela faz com que fique claro que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar em pesos relativos (...).²⁰⁷

Imperioso destacar ainda que segundo o entendimento de Alexy, não é possível definir o sopesamento como “fórmula vazia”, sem parâmetros para decisão, tendo em vista que ainda que não estabeleça um parâmetro para que os casos possam ser decididos de forma definitiva, apresenta um critério, quando associa a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica racional, vez que para a fundamentação dos enunciados de preferência podem ser utilizados todos os argumentos possíveis na argumentação constitucional.²⁰⁸

Exposta parte da problemática envolvida quando se pretende discutir a legalidade da eutanásia, impende-se neste momento apresentar uma possível solução para os casos concretos que envolvam a prática eutanásica. Importante ressaltar que conforme já demonstrado não há legislação no Ordenamento Pátrio acerca da matéria, o que implica naturalmente escassez também no âmbito jurisprudencial.

Pretendeu-se ao longo da presente pesquisa demonstrar o conflito existente entre o direito à vida e o direito à liberdade de morte digna, quando se cogita a possibilidade de legalização da eutanásia. Há argumentos para ambos os lados, seja em prol do direito à vida como direito indisponível ou da prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, ensejando a existência de um direito de liberdade à morte digna. Principalmente se se leva em consideração os vários aspectos pelos quais a eutanásia pode ser estudada, quais sejam, médico, político, religioso ou da bioética.

Conforme já citado, o princípio da proporcionalidade vem crescendo em importância no âmbito da Jurisprudência, e levando-se em consideração que, ante a ausência de legislação específica sobre a matéria, inevitavelmente a discussão chegará ao Poder Judiciário, é possível utilizar-se da máxima da

²⁰⁷ ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 167-168.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 165 e 173-174.

proporcionalidade, bem como de seus subprincípios para solucionar eventuais casos concretos envolvendo a eutanásia.

Em 2005, na cidade de Franca, em São Paulo, o pai de uma criança de 04 (quatro) anos de idade, chegou a cogitar a possibilidade de ajuizar uma ação judicial pugnando pela autorização para realizar eutanásia no próprio filho. O menino de 04 (quatro) anos havia sido acometido por uma síndrome metabólica degenerativa que paralisou o corpo da criança e que na época já permanecia internada há 04 (quatro) meses, no Hospital Unimed, onde deveria permanecer, tendo em vista que mantinha seus sinais vitais com o auxílio de aparelhos. O pedido não chegou a ser ajuizado, mas causou grande comoção pública. A genitora do menino não foi conivente com a atitude do pai, defendendo que a vida da criança deveria ser mantida a qualquer custo.²⁰⁹

Importante mencionar também a decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 1999.002.03118 da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. A seguir destaca-se a ementa do referido julgado:

Recurso interposto por estabelecimento hospitalar contra decisão que proibiu o desligamento dos aparelhos que mantêm paciente em estado de coma vivo, sem a autorização de quem de direito, ao mesmo tempo impondo ao referido estabelecimento a obrigação de fornecer à genitora do paciente cópias de prontuários e exames médicos. Acervo da decisão agravada revestida, ademais, de indiscutível conteúdo humanitário. RECURSO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 1999.002.03118, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Relatora: Áura Pimentel Pereira, Julgado em 30/06/1999).

Depreende-se da referida ementa que ainda que não haja referência explícita à eutanásia, há nítida tutela da inviolabilidade do direito à vida, tendo em vista que se determinou a proibição do desligamento dos aparelhos que mantinham os sinais vitais do paciente.

Conforme visto anteriormente a aplicação da máxima da proporcionalidade implica a análise das máximas parciais. Nesse sentido, ante as condições que ensejam a aplicação da eutanásia, quais sejam, doença incurável, paciente terminal, intenso sofrimento, deve-se proceder à análise dos subprincípios da adequação e necessidade. Caberá ao julgador analisar se

²⁰⁹ **OAB, médicos e igreja são contra a eutanásia do menino paulista.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=530>. Acesso em: 06/09/2009.

para a proteção do direito à liberdade de morte digna, mitigar o direito à vida é um meio adequado e necessário, perante as circunstâncias do caso concreto.

Deverá ser dada atenção especial ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, vez que é neste momento que o julgador deverá realizar o devido sopesamento entre o direito à vida, direito à autonomia do paciente e o direito de liberdade à morte digna, sendo este subjacente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Importa mais uma vez ressaltar que conforme ensina Alexy, o processo argumentativo para realização do sopesamento deverá se dar de forma racional e ater-se às peculiaridades do caso concreto.

Importante ressaltar neste aspecto, que não somente as condições que ensejam a eutanásia podem estar presentes quando da análise do caso concreto. Questões como opção religiosa do paciente, possibilidade ou não de consentimento pelo próprio enfermo, manifestação dos familiares, pareceres médicos quanto ao estado clínico do paciente também deverão ser consideradas quando se proceder ao sopesamento dos direitos fundamentais em conflito.

Destaca-se que a ponderação dos interesses em cotejo, quando presentes as condições ensejadoras da prática da eutanásia, pode ser realizada pelos médicos, que detêm conhecimento técnico para avaliar a situação do paciente terminal sendo, inclusive, menos complexo a estes profissionais proceder ao devido sopesamento, já que estão em contato direto com o paciente.

Outrossim, deve-se atentar para a possibilidade de ponderação pelo Poder Legislativo, quando em discussão a legalização da eutanásia, principalmente quando da fixação dos requisitos e limites para a sua realização.

Recentemente em decisão liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio, ao autorizar o aborto de feto anencéfalo, apontou os diversos interesses envolvidos no momento da solução do caso concreto. O eminente julgador justificou sua decisão, alegando *tratar-se* (a autorização para realização do aborto do feto inviável), *do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia*

da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana.²¹⁰

É possível estabelecer um parâmetro entre a referida decisão e um caso concreto em que seja o julgador instado a decidir quanto a prática de eutanásia, tendo em vista que em ambos os casos se discute a possibilidade de se abreviar a vida inviável (anencefalia) ou em seu desfecho (eutanásia).

Conforme destaca Roxana Borges, a dignidade da pessoa humana, assegurada na Carta Magna, compreende a possibilidade do indivíduo conduzir sua vida e realizar a personalidade de acordo com sua própria consciência, incluindo os momentos finais da vida. Ressalta, no entanto, que o avanço da medicina quanto às novas possibilidades de tratamentos médicos, acaba afetando a dignidade do indivíduo, tendo em vista que a busca incessante pela manutenção da vida do paciente, ao invés de curar ou trazer benefícios, acaba postergando o processo da morte.²¹¹

A ação que pretendia ser ajuizada pelo pai do menor de Franca/SP, do caso acima referido, provavelmente traria como argumento para autorização da prática de eutanásia no menino de apenas 04 (quatro) anos, o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que ante a enfermidade que o acometia, teria que permanecer internado com os sinais vitais mantidos por aparelhos médicos sem previsão de alta.

Neste aspecto, destaca-se o entendimento de Jussara Meirelles e Eduardo Didonet Teixeira, quanto à obstinação terapêutica:

(...) é possível entender que o *acharnement* (obstinação terapêutica) subverte o direito à vida e, com certeza, fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, assim como o próprio direito à vida. Se a condenação do paciente é certa, se a morte é inevitável, está sendo protegida a vida? Não, o que há é postergação da morte com sofrimento e indignidade (...) se vida e morte são indissociáveis, e sendo esta última um dos mais elevados momentos da vida, não caberá ao ser humano dispor sobre ela, assim como dispõe sobre a sua vida? (...).²¹²

²¹⁰ ADPF 54 MC/DF, julgado em 01/07/2004.

²¹¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7571>. Acesso em: 15/08/2009.

²¹² MEIRELLES, Jussara; TEIXEIRA, Eduardo Didonet. Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossuficiente. In: RAMOS, Carmem Lúcia Nogueira *et al.* (orgs.). **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 371.

Importante retomar no que tange a dignidade da pessoa humana, o posicionamento de Ingo Sarlet, para o qual o referido princípio, enquanto parte, ainda que variável do conteúdo dos direitos fundamentais exerce dupla-função, ora, como elemento de proteção dos direitos fundamentais contra medidas restritivas, ora legitimando restrições a estes direitos, em determinados casos.²¹³

Sendo assim, no caso concreto, o julgador será incumbido de árdua tarefa, vez que para aplicação da máxima da proporcionalidade, deverá ater-se as várias possibilidades fáticas e jurídicas, para definir qual direito, após a devida ponderação de interesses deverá prevalecer. Optando, na análise do caso concreto, entre salvaguardar o direito à vida, como direito indisponível do indivíduo, ou restringi-lo tutelando a dignidade da pessoa humana, assegurando, dessa forma, um direito de liberdade à morte digna.

²¹³ SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 123.

Conclusão

O tema abordado na presente monografia, qual seja a possibilidade de um direito à morte digna e em consequência a prática de eutanásia, é altamente complexo, e mais uma vez é importante ressaltar que não se pretendeu esgotá-lo, até em virtude da extensão deste trabalho.

Pretendeu-se, ainda que sob análise restrita, ante a magnitude do tema, verificar se, de fato, é possível assegurar aos pacientes terminais, diante de situações de intenso sofrimento e agonia, a escolha de abreviar a própria vida em função de uma morte digna, principalmente diante dos direitos assegurados na Constituição Federal de 1988.

Verificou-se que a eutanásia já era praticada na Antiguidade, e que ao longo da história tal prática foi corrente, ainda que com desígnios diferentes daqueles que a eutanásia é imbuída atualmente. Isso demonstra a importância que deve ser dada ao tema, tendo em vista que não é questão apenas atinente ao século XXI, mas inerente à cultura de diversas civilizações desde contextos históricos mais longínquos. Em decorrência da gama de novas expressões correlatas à eutanásia, pretendeu-se esclarecer as diversas espécies, distinguindo-a da distanásia e ortotanásia, caracterizando cada uma das modalidades.

A divergência de opinião é maior quando se discute a possibilidade de legalização da eutanásia ativa, tendo em vista que neste caso o intuito é cessar a vida para abreviar o sofrimento de doentes terminais ou enfermos de doenças incuráveis. O argumento contrário reside principalmente da defesa do direito à vida, caracterizando-se este como direito indisponível.

As críticas são menos severas em relação à ortotanásia, vez que neste caso cessam-se os tratamentos artificiais de manutenção da vida, deixando-se o processo vital ou a proximidade da morte seguir o curso natural.

O Direito Brasileiro não regulamenta de forma específica a prática da eutanásia. A Constituição Federal não traz previsão específica, podendo-se apenas a partir de uma interpretação sistemática do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana, aferir se seria possível a garantia de um

direito à morte digna. No âmbito da legislação infraconstitucional também não há tratamento específico dispensado à eutanásia.

Diferente do que ocorre em diversos países, conforme se verificou quando da análise do Direito Comparado, nos quais há legislação específica regulamentando a prática da eutanásia. Inclusive, no âmbito do Poder Judiciário, a eutanásia é mais discutida, sendo comum, que casos emblemáticos causem comoção no mundo todo.

Pretendeu-se ao longo da presente pesquisa demonstrar que ainda que não haja uma previsão expressa no Direito Brasileiro, através da interpretação sistemática dos direitos e princípios assegurados na Constituição Federal, é possível verificar se no caso concreto pode ser garantido um direito de liberdade à morte digna.

Ainda que alguns autores defendam a inviolabilidade do direito à vida, como um direito absoluto, não se pode olvidar que existe quem defenda a complementaridade deste pelo princípio da dignidade da pessoa humana, em função de um direito à morte digna. Procurou-se demonstrar a possibilidade do sopesamento entre essas garantias constitucionais, ressaltando que ambas possuem o mesmo nível de proteção constitucional.

Caracterizado o conflito existente entre a inviolabilidade do direito à vida e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, buscou-se as formas de solução deste conflito no caso concreto. Em virtude da importância no Direito Brasileiro e do uso corrente pela Jurisprudência, explicitou-se a máxima da proporcionalidade e seus subprincípios como postulado normativo para solução dos casos concretos.

Considerando que não há legislação específica regulamentando a eutanásia, a discussão acerca da possibilidade de um direito à morte digna inevitavelmente caberá ao julgador, que na solução dos casos concretos deverá proceder à aplicação da máxima da proporcionalidade. Dever-se-á verificar se para assegurar o direito à morte digna, os meios utilizados são necessários e adequados, assim como caberá ao julgador realizar o devido sopesamento entre os interesses em conflito, e optar pela preponderância do direito à vida ou se este informado pelo princípio da dignidade da pessoa humana deve ser mitigado em função de um direito à morte digna.

Além da interpretação constitucional e da aplicação do princípio da proporcionalidade, seria importante, também que o Estado regulasse a matéria atinente à eutanásia, fixando os pontos controvertidos e que causam polêmica quando se discute a possibilidade de sua legalização, tais como condições para a realização da eutanásia, requisitos e limites para a sua prática. Ressalta-se entre os tópicos que merecem regulamentação, as condições para manifestação da vontade do paciente terminal em realizar a eutanásia, tendo em vista que o seu consentimento é indispensável.

Impende-se destacar, no entanto, que antes de se proceder à legislação da matéria, é preciso haver maior discussão sobre o tema, tentando-se buscar um entendimento pacífico, de modo a deixar esclarecido à sociedade o real sentido da eutanásia e a sua relevância no fim da vida, ressaltando-se que de forma alguma deve ser algo imposto ao paciente terminal, mas que esteja a sua disposição o direito de morrer dignamente, mediante o seu consentimento.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. edição alemã Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ASÚA, Luis Jiménez de. Eutanásia. In: **Cuadernos sobre Derecho y Ciencias Sociales**. Cochabamba: Imprensa Universitária, n. 21.

ATHENIENSE, Aristoteles. Enfoque jurídico da ortotanásia. **Revista Bioética**. Editora Del Rey, ano 9, nº 17, 1º semestre de 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed., rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. IN: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org). **Biodireito**: Ciência da vida, os novos desafios. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia**: breves considerações a partir do biodireito brasileiro. Disponível em:
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7571>. Acesso em: 15/08/2009.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1.480/97**. Diário Oficial da União, Brasília, 08 de ago. de 1997. Disponível em:
<http://dtr2001.saude.gov.br/transplantes/portaria/res1480.htm>. Acesso em: 08/08/2009.

_____. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1.805/2006**. Diário Oficial da União, Brasília, 28 de nov. de 2006. Disponível em:

http://www.portalmedico.org.br/php/pesquisa_resolucoes.php#. Acesso em: 14/07/2009.

_____. Lei nº 9.434/1997. Diário Oficial da União, Brasília, 04 de fev. de 1997. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 12/08/2009.

CARNEIRO, Antonio Soares et al. **Eutanásia e distanásia**: a problemática da bioética. Teresina, a. 2, n.24, abril,1998. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1862>. Acesso em: 16/02/2009.

CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídicos-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. IN: **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdades do Brasil**, V1, N1, março/agosto, 2002, Curitiba: Faculdades do Brasil, 2002.

COAN, Emerson Ike. Biomedicina e Biodireito. Desafios bioéticos.Traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida. IN: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CORRÊA, Adriana Espíndola. **Consentimento do paciente e dever de informar do médico**: os limites da autonomia corporal. Curitiba, 2002. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Orientador: Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel.

CUNHA, Jorge Luiz Teixeira da. **Bioética breve**. São Paulo: Paulus, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Life's dominion**: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom. New York: A.A. Knopf, 1993.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia**. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/euthist.htm>. Acesso em: 18/02/2009.

_____. **Eutanásia-Austrália.** Disponível em: www.hcpa.ufrgs.br/gppg/eutancri.htm. Acesso em: 20/07/2009.

_____. **Eutanásia-França.** Disponível em: <http://www.hcpa.ufrgs.br/gppg/penalfra.htm>. Acesso em: 20/07/2009.

GUERRA FILHO, Fernando. **Eutanásia: Direito à "boa" morte e despenalização da piedade médico-homicida consentida.** Disponível em: <http://fguerra.wordpress.com/2009/04/04/ortotanasia-atipicidade-da-conduta-medica-por-ausencia-de-tipicidade-material/>. Acesso em: 20/07/2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Legislações e práticas da eutanásia na Europa. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/2009/02/10/legislacoes+e+praticas+da+eutanasia+na+europa+3974918.html>. Acesso em: 20/07/2009.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. **Transplantes de órgãos e tecidos e direitos de personalidade.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

MARTIN, Leonard M. **Eutanásia e distanásia: iniciação à bioética.** Revista do Conselho Federal de Medicina, 1998.

MEIRELLES, Jussara; TEIXEIRA, Eduardo Didonet. Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossuficiente. In: RAMOS, Carmem Lúcia Nogueira *et al.* (orgs.). **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e biotecnologia.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. – (Ciência do direito penal contemporânea; v.8).

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006 (Coleção Temas Jurídicos).

MORE, Thomas. **A utopia**. Trad. de: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKI, Celso. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., atual. pela EC 26/2000. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

NIÑO, Luis Fernando. **Eutanásia morir con dignidad consecuencias jurídico-penales**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.

OAB, médicos e igreja são contra a eutanásia do menino paulista. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=530>. Acesso em: 06/09/2009.

PESSINI, Leo. **Distanásia**: até quando prolongar a vida?. São Paulo: Loyola, 2001.

PRIMEIRO LIVRO DE SAMUEL. In: BÍBLIA Sagrada. São Paulo: Difusão Cultural do Livro LTDA, Cap. 31, vers. 1-7, p. 277.

RAMOS, Augusto César. **Eutanásia**: Aspectos éticos e jurídicos da morte. Florianópolis: OAB/SC editora, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: Direito, Ética e Ciência (Os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). IN: **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Transplante de órgãos e eutanásia**: Liberdade e Responsabilidade: abordagem filosófica, religiosa e penal, limites éticos e jurídicos da experimentação humana, responsabilidade penal dos

médicos, eutanásia, ortotanásia e distanásia, aborto eugênico e ética médica. São Paulo: Saraiva, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas Relações entre Particulares**, São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SZTAJN, Rachel. Terminalidade da vida: a ortotanásia e a constitucionalidade da Res. CFM 1.805/2006. IN: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, Ano 17, n. 66, jan.- mar./2009, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.