

SWELLEN YANO DA SILVA

EUTANÁSIA
Colisão entre princípios fundamentais

Monografia apresentada à disciplina de Direito Constitucional como requisito parcial à conclusão do Curso de Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Clèmerson Merlin Clève.

CURITIBA
2005

TERMO DE APROVAÇÃO

SWELLEN YANO DA SILVA

EUTANÁSIA: COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Monografia aprovada como requisito parcial à conclusão de curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Professor Doutor Clémerson Merlin Clève
Universidade Federal do Paraná



Professor: Elizeu de Moraes Correa
Universidade Federal do Paraná



Professora Doutora Vera Karam
Universidade federal do Paraná

Curitiba, 24 de outubro de 2005.

RESUMO

A eutanásia, ou seja, a morte suave é, hoje, um tema bastante polêmico e vem sendo discutido em todo o mundo. A grande questão a ser debatida é saber até onde o homem tem autonomia para dispor de seu corpo e até que ponto a dignidade da pessoa humana deve ser preservada. A religião exerce um importante papel na tomada de decisões pertinentes a disponibilidade da vida. Representa na maioria dos casos, a principal barreira para a autorização da eutanásia nos diversos países. Muitos consideram que a dignidade da pessoa humana possui um valor súpero e, portanto, deve ser preservada a qualquer custo, mesmo que isso implique na disponibilidade da vida. É certo que estamos longe de chegar a um consenso, pois se trata de assuntos muito complexos, quais sejam, a vida e a morte. Pode-se dizer, todavia, que, se bem ponderados os direitos conflitantes, diante do caso concreto, a restrição a um dos direitos não causará tantos prejuízos.

SUMÁRIO

Resumo.....	iii
Introdução.....	1
I. Evolução histórica e as diversas formas da eutanásia (natureza central).....	3
1.1. Eutanásia propriamente dita.....	4
1.2. Mistanásia.....	5
1.3. Distanásia.....	6
1.4. Ortotanásia.....	6
II. Princípios Fundamentais na eutanásia.....	7
2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana.....	7
2.2. Princípio do direito à integridade psicofísica e o direito à vida.....	11
2.3. Princípio da autonomia da vontade.....	11
III. Colisão entre os princípios fundamentais na eutanásia.....	13
IV. Princípio da proporcionalidade.....	18
4.1. Subprincípio da Adequação.....	19
4.2. Subprincípio da necessidade.....	20
4.3. Subprincípio da Proporcionalidade em sentido estrito.....	21
4.2. Ponderação de Interesses.....	22
V. A eutanásia no direito brasileiro.....	26
VI. A eutanásia no direito comparado.....	28
VII. A influência e os aspectos das diversas religiões do mundo.....	30
6.1. O Budismo.....	31
6.2. O Islamismo.....	32
6.3. O Judaísmo.....	33
6.4. O Cristianismo.....	34
6.4.1. Catolicismo Romano.....	34
6.4.2. Igrejas Ortodoxas Orientais.....	35
6.4.3. Testemunhas de Jeová.....	36
VIII. A solução do conflito principiológico na eutanásia.....	37
Conclusão.....	44
Referências.....	45

INTRODUÇÃO

O presente trabalho não tem por objetivo abranger o tema em sua plenitude, visto que é um tema bastante complexo. Crivo se faz notar que a eutanásia não é apenas um problema do direito, mas também da medicina, envolvendo inclusive as diversas religiões e crenças, de forma que interessa também a opinião de filósofos, dos sociólogos e escritores e sem deixar de lado a opinião do povo em geral.

Na maioria dos países, a população de idosos vem se alargando cada vez mais. Isso se deve, a diversos fatores, como a melhora na qualidade de vida e no avanço da medicina. Essa longevidade, por sua vez, trouxe a tona, algumas discussões sobre a ética aplicada à saúde.

A Eutanásia está sendo bastante discutida em todo o mundo, pois envolve questões de extrema relevância, como a vida e a dignidade da pessoa humana. Apesar da grande polêmica na qual está envolvida, no Brasil, essa discussão ainda é incipiente, quando comparada a outros países.

O intenso sofrimento trazido pelo fim da vida representa um dos grandes desafios a ser enfrentado na atualidade. O avanço da medicina assume um papel muito importante, principalmente no que diz respeito ao prolongamento do processo de morte, pois concomitantemente, traz a possibilidade de prolongar a agonia e o sofrimento do paciente em estado terminal.

A morte tem sido em muitos casos, uma experiência dramática e sofrida, sem contar o aspecto econômico, afinal extenuar-se num hospital custa caro para a família que, muitas vezes, não tem condições de arcar com todas as despesas, daí a importância de se discutir o tema.

Alguns países, evidentemente, com certa cautela, já aceitam tal prática, o que causa certo desconforto para grande parte da população. Nos Estados Unidos e em alguns países europeus verdadeiras batalhas são travadas, tendo de um dos lados, na maioria das vezes, a Igreja.

O mundo todo enfrenta uma fase diferente, no que diz respeito à religião. Hoje, é possível fazer uma separação – mesmo que singela – entre a questão religiosa e a questão política. Mas mesmo com esse avanço, quando se colocam em

debate os extremos da vida como a eutanásia e o aborto, essa posição se modifica, fazendo com que a influência da religião prevaleça em muitos casos, pois a vida é algo sagrado e intocável. O medo de ser castigado é o que tem mais força neste aspecto. Talvez, a eutanásia só será possível e aceita quando, efetivamente, separar-se a religião da política.

Existem, neste universo de discussões, pessoas que acreditam que cada indivíduo possui um direito fundamental de tomar suas próprias decisões, ou seja, o Estado, desde que seja uma decisão razoável, deve respeitar essa opinião, ou esse Princípio Fundamental. Outras pessoas, contrariamente, acreditam que o Estado deve interferir nesta causa, pois a eutanásia, assim como o aborto violam os direitos e interesses mais fundamentais que a pessoa tem. Há uma divergência de opiniões que jamais poderão chegar a uma decisão conciliatória.

É certo que sempre existirão grupos pró e contra a eutanásia, por ser um tema que envolve a vida e a dignidade. A Igreja, com um papel bastante influenciador irá a todo custo primar pelo direito à vida, seja ela sofrida ou não, pois somente Deus tem o poder de decidir a respeito da disponibilidade da vida.

Capítulo I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA E AS DIVERSAS FORMAS DA EUTANÁSIA (natureza central);

A eutanásia não é uma prática recente, muito pelo contrário, desde a antiguidade vem sendo praticada¹. Em alguns povos, como em Esparta, por exemplo, as pessoas eram obrigadas a praticar a eutanásia em indivíduos que nasciam deficientes².

Atualmente, tornou-se um assunto bastante polêmico, principalmente no universo jurídico, por envolver a colisão de direitos fundamentais.

Inicialmente a primeira lei que se referiu à eutanásia foi o projeto de lei elaborado pela Comissão codificadora, presidida pelo lorde Macaulay, oferecida ao governador-geral do Conselho da Índia Inglesa, em 1835, o qual considerou a prática da eutanásia apenas uma atenuante do homicídio:

O soldado que a pedido de um companheiro ferido o livra de sua dor, o amigo que subministra láudano a uma pessoa que sofre o tormento de uma enfermidade prolongada, o aristocrata indígena da Índia que fere mortalmente as mulheres de sua família a pedido destas, com o objetivo de salvá-las da luxúria de um bando de malfeitores etc. dificilmente serão julgados como culpáveis, exceto em uma sociedade cristã, e ainda nesta não seriam olhados pelo público, nem tratados pela lei como assassinos.³

Na Itália, os primeiros projetos apresentados para a autorização da eutanásia foram duramente repudiados. Na Alemanha, da mesma forma não foram aceitos, somente por volta de 1935, com a ajuda de Hitler diversos enfermos foram mortos. A principal justificativa era a “eliminação da vida sem valor vital”, mais tarde, todavia, com a indignação e a pressão da população, Hitler foi obrigado a suspender tal prática⁴.

¹ SILVA, A. *A eutanásia ou o Direito de Viver*. Disponível em http://www.suigeneris.pro.br/direito_dp_aeutanasia.htm, acesso em 25 jul 2005.

² PAGANELLI, W. *A eutanásia*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1861>, acesso em 25 jul 2005.

³ Projeto de lei da Comissão codificadora, presidida pelo lorde Macaulay, citado por SANTOS, M. C. C. L. *Transplante de órgão 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. 216-217.

⁴ SANTOS, M. C. C. L. *Transplante de órgão e eutanásia. Liberdade e Responsabilidade: abordagem filosófica, religiosa e penal, limites éticos e jurídicos da experimentação humana, responsabilidade*

Essa mesma discussão ocorreu em vários outros países como nos Estados Unidos e na França e hoje a polêmica continua. Mas, para se chegar à discussão da problemática, necessária é a conceituação das diversas acepções trazidas pelo termo eutanásia. Desta forma, é possível relacionar algumas categorias no que diz respeito ao fim da vida como: eutanásia propriamente dita, mistanásia, distanásia e ortotanásia.

Salienta-se que esta classificação é a mais aceita dentre os doutrinadores, porém existem os que preferem utilizar outra terminologia, mas ficaremos apenas com estas.

1.1. Eutanásia propriamente dita

De acordo com o dicionário AURÉLIO a definição de eutanásia é: “Morte serena, sem sofrimento. Prática, sem amparo legal, pela qual se busca abreviar, sem dor ou sofrimento, a vida de um doente reconhecidamente incurável”.

A origem do vocábulo eutanásia provém do grego (*eu* = bem, *thanasía* = morte) e pode ser traduzida em boa morte ou morte tranqüila.

Inicialmente o significado da palavra eutanásia referia-se somente a morte provocada pelo médico em pacientes em estágios terminais, ou seja, aqueles cujas doenças eram incuráveis ou de incerta cura que estivessem passando por terrível sofrimento⁵. Porém, com o passar dos anos sua conceituação passou a ser mais abrangente.

Para José Roberto GOLDIM⁶ a eutanásia configura-se “quando uma pessoa causa deliberadamente a morte de outra que está mais fraca, debilitada ou em sofrimento”. Na mesma linha, acrescenta Maria Celeste C. Leite SANTOS⁷ que, a intenção primordial não é a de causar a morte e sim aliviar o sofrimento, ou seja, os valores mais fortes são a compaixão e a piedade.

penal dos médicos, eutanásia, ortotanásia e distanásia, aborto eugênico e ética médica. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 219.

⁵ DODGE, R. E. F. *Eutanásia – Aspectos Jurídicos*. in *Revista Bioética*, vol. 7, nº1- 1999, p. 117.

⁶ GOLDIM, J. R. *Eutanásia*. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanasi.htm> Acesso em 25 jul 2005.

⁷ SANTOS, M. C. C. L., *op. cit* p. 209.

Hoje, a principal justificativa para a eutanásia é a de evitar o sofrimento causado por doenças que, em princípio, são incuráveis ou que provocam intenso sofrimento. A compaixão e a piedade são sentimentos que incentivam tal prática.

Ainda como ensina o Mestre José Roberto GOLDIM⁸ para a caracterização da eutanásia são necessários dois elementos, quais sejam, “a intenção e o feito da ação”.

1.2. Mistanásia

A mistanásia ou eutanásia social representa a chamada morte miserável, que é feita antes ou fora da hora. Implica em um grande sofrimento ao enfermo⁹.

Enquanto a eutanásia propriamente dita é definida como morte boa ou suave, a mistanásia, de maneira oposta é conceituada por morte sofrida¹⁰.

Leonard M. MARTIN¹¹, identifica três situações dentro da conjuntura da mistanásia: A primeira delas é o elevado número de doentes e deficientes que jamais chegam à condição de paciente, por diversos motivos como os sociais, políticos e econômicos. Outra situação é dos pacientes que conseguem ingressar no sistema de atendimento médico, mas devido a erros médicos acabam também morrendo. Por fim, a última situação é a dos pacientes que são vítimas da própria sociedade que, por motivos econômicos ou políticos levam o paciente a morte de maneira impiedosa.

Afirma ainda o autor que: “A mistanásia é uma categoria que nos permite levar a sério o fenômeno da maldade humana.”¹²

⁸ GOLDIM, J. R. *Eutanásia*. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanasi.htm> Acesso em 25 jul 2005.

⁹ MARTIN, L. M. *Eutanásia e Distanásia*, in *Iniciação à Bioética*. Coordenadores COSTA, Sérgio Ibipiana Ferreira, et al. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 171-192.

¹⁰ MARTIN, L. M. *Eutanásia e distanásia*. Disponível em http://www.portalmédico.org.br/include/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIIeutanasia.htm, acesso em 6 jul. 2005.

¹¹ Idem. acesso em 6 jul. 2005.

¹² Idem. acesso em 6 jul. 2005.

1.3. Distanásia

A distanásia representa um prolongamento, através de inúmeros recursos como os tecnológicos ou terapêuticos da morte. Além de representar uma morte lenta, é também com muito sofrimento. É, portanto, a renúncia às medidas terapêuticas, bem como às interferências médicas com o objetivo de prolongar a vida do indivíduo, mas que não proporcionam um resultado eficaz e concreto.

Para Márcio P. HORTA¹³ a distanásia pode ser definida como “violenta deformação estrutural do processo natural de morrer.”

1.4. Ortotanásia

Também denominada paraeutanásia, a ortotanásia consiste na omissão de auxílio médico. É considerada um direito de morrer dignamente.

Conforme entendimento de Paulo José da COSTA Junior¹⁴:

... ortotanásia não implica qualquer conduta do médico. Este não pratica mesmo solicitado, a morte piedosa. Não age: deixa apenas de prolongar, por meios artificiais, uma vida que, além de sofrida, mostra-se irrecuperável.

¹³ HORTA, Márcio Palis. *Eutanásia – Problemas éticos da morte e do morrer*, in *Revista Bioética*, vol. 7, nº1- 1999. Brasília, Conselho Federal de Medicina, 1999, p. 31.

¹⁴ COSTA. Jr. P. J. *Jornal O Estado de São Paulo*, pub. em 03/07/1990, p. 44.

Capítulo II - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NA EUTANÁSIA¹⁵

2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

É evidente que hoje, a idéia de dignidade da pessoa humana encontra-se pacificada. Porém, nem sempre foi assim, a pessoa humana nem sempre foi dotada de dignidade, para o seu reconhecimento diversas lutas foram travadas ao longo do tempo.

Inicialmente surgiu como uma forma de oposição ao Poder soberano e absoluto do Estado.

E hoje, felizmente, a Carta Constitucional de 1988 preconiza a dignidade da pessoa humana¹⁶ em seu artigo 1º, inciso III. Representando, portanto, um avanço no que diz respeito à reconstituição do Estado Democrático de Direito¹⁷, com o término do período militar de autoritarismo¹⁸. Hoje, como fundamento da República, possui um valor súpero no ordenamento jurídico brasileiro.

Etimologicamente a palavra dignidade vem do latim e significa “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante¹⁹”.

Nesta conjuntura é possível dizer que a distinção entre os homens e o restante dos seres vivos é a de que nos humanos existe uma natureza inseparavelmente ligada que é a dignidade²⁰. Enquanto as coisas possuem preços,

¹⁵ A conceituação de cada princípio fundamental na eutanásia será sucinta, visto que se trata de princípios bastante complexos e por isso não serão esgotados com todas as suas peculiaridades, afinal este não é o objetivo do presente trabalho.

¹⁶ Conforme os ensinamentos de SARMENTO, D. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 61, o princípio da dignidade da pessoa humana “repousa na idéia de respeito irrestrito ao ser humano – razão última do Direito e do Estado.(...) Assim, é apenas o respeito à dignidade da pessoa humana que legitima a ordem estatal e comunitária, constituindo, a um só tempo, pressuposto e objetivo da democracia”.

¹⁷ Como relata SARLET, I. W. *“Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988”*, 3 ed., rev. atual. ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004, p. 38: “... a dignidade da pessoa humana – continua talvez mais do que nunca, a ocupar um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, do que dá conta a sua já referida qualificação como valor fundamental da ordem jurídica, para expressivo número de ordens constitucionais, pelo menos para as que nutrem a pretensão de constituírem um Estado democrático de direito.

¹⁸ BARROSO, L. R. *Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?)*. In *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 2.1993. citado por SARMENTO, D. *op. cit* p. 58.

¹⁹ MORAES, M. C. B. de. *op. cit* p. 77.

²⁰ J.-M. Breuvert, Le concept philosophique de dignité humaine. *Revue d'Étique et Théologie Morale*, n. 191, 1994, p. 104-105, citado por MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 77.

o homem possui dignidade, logo, impossível de substituição²¹ e, por isso, este valor é considerado imensamente superior àquele²².

Na mesma linha Ingo W. SARLET²³ ao citar as lições de Michael SACHS²⁴ afirma que:

... no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jus fundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade (...) passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa.

A dignidade da pessoa humana atinge os diversos ramos do ordenamento jurídico, ou seja, cumpre inúmeras funções no ordenamento jurídico, tendo por isso um grau de abstração muito elevado, o que implica numa dificuldade no que diz respeito a sua delimitação e aplicação²⁵.

Dentre as funções desempenhadas pelo princípio da dignidade é possível citar a “legitimação ética da Constituição²⁶”, bem como a função de fazer o Estado atuar de maneira positiva, criando meios e praticando atos para garantir que a dignidade da pessoa humana seja protegida²⁷. Ingo W. SARLET²⁸, utilizando-se das lições de PODLECH²⁹ fala também da importância do papel do Estado frente a tutela

²¹ No mesmo sentido Daniel Sarmento, *op. cit.*, p. 72, afirma que “a dignidade é compreendida como atributo inalienável da pessoa humana, que não pode dela dispor em suas relações de ordem privada”.

²² KANT. *Crítica da Razão Prática*. Citado por MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 81.

²³ SARLET, I. W. *op. cit.*, p.40.

²⁴ SACHS, M. *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, p.173.

²⁵ MORAES, M. C. B. de. *op. cit.* p. 84.

²⁶ PINTO, L. M. S. C. Afirma que “...o poder constituinte, ao estabelecer o estatuto dos governantes e governados, isto é, o domínio dos homens sobre os homens, não pode divorciar-se da idéia de que a legitimidade do poder assenta nos direitos da pessoa humana, sendo os indivíduos simultaneamente a causa eficiente e a causa final de toda a organização política”, citada por SARMENTO, D. *op. cit.* p. 70.

²⁷ SARMENTO, D. *op. cit.* p. 71.

²⁸ *idem*, p. 47.

²⁹ PODLECH, A.: *Anmerkungen zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz*, in: R Wassermann (Org), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Alternativkommentar)*, vol I, 1989, p. 280-1.

da dignidade humana, isto é, o dever do Estado de não violar a dignidade, bem como de protegê-la para garantir dignidade a todos³⁰:

... na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (este sendo considerado o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, sendo, portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade).

O autor, portanto, conceitua a dignidade da pessoa humana como algo inerente a ela, na qual o Estado e a sociedade deverão respeitar de modo a garantir condições de mínimas de vida saudável³¹.

Maria Celina de MORAES³², citando M. Chauí, afirma que a materialidade da dignidade da pessoa humana se concretiza quando presentes as seguintes características:

i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.

Defende ainda, a autora, que diante de um conflito entre princípios fundamentais, em que figura em um dos pólos o princípio da dignidade da pessoa humana, a ponderação jamais poderá ser utilizada em desfavor de tal princípio³³:

a medida da ponderação, o objetivo a ser alcançado, já está determinado, a priori, em favor do princípio, hoje absoluto, da dignidade humana. Somente os corolários, ou subprincípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados. A dignidade,

³⁰ Conforme os ensinamentos de Ingo SARLET, o dever do Estado, neste caso, é tanto positivo quanto negativo. Positivo ao tutelar esse direito de modo a garantir que todos o respeitem, criando condições viáveis para tal garantia e negativo no sentido do próprio Estado respeitar a dignidade da pessoa humana. Ressalte-se ainda que o dever do Estado abrange também a proteção da dignidade contra atos do próprio indivíduo contra si mesmo, por tratar-se – a dignidade – de um direito irrenunciável. *op. cit* p. 110-113.

³¹ SARLET, I. W. *op. cit* p. 60.

³² MORAES, M. C. B. de. *op. cit* p. 85.

³³ O autor SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana*. São Paulo, Celso Bastos, 1999, p. 94 e ss., também segue este pensamento, ou seja, defende que o princípio da dignidade da pessoa humana possui um caráter absoluto, o que vai em confronto com os preceitos defendidos por ALEXY, R. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 106 e ss.

assim como ocorre com a justiça, vem à tona no caso concreto, se bem feita aquela ponderação.³⁴

O princípio da dignidade da pessoa humana tem, portanto, um papel fundamental para a ordem constitucional, sendo assim fundamental e de extrema valia para a realização do traçado da interpretação constitucional. São estes os ensinamentos de Daniel Sarmento³⁵:

Por outro lado, fundamental também é o papel hermenêutica desempenhada pelo princípio em questão. Como fundamento basilar da ordem constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana configura diretriz inafastável para a interpretação de todo o ordenamento. Na qualidade de vértice axiológico da Constituição, o cânone em pauta condensa a idéia unificadora que percorre toda a ordem jurídica, condicionando e inspirando a exegese e aplicação do direito positivo, em suas mais variadas manifestações. É a partir desta perspectiva que o princípio da dignidade da pessoa humana revela-se como guia substantivo para a realização da ponderação entre interesses constitucionais³⁶.

Desta feita, dito princípio reserva-se ao papel de direcionar o critério da ponderação de interesses constitucionais, ou seja, ao estar diante de uma colisão, sob a análise do caso concreto, entre direitos fundamentais, a ponderação deve orientar-se pelos preceitos da dignidade humana³⁷. Porém, contrariamente ao defendido por Maria Celina de Moraes, Robert ALEXY³⁸ afirma que tal princípio não é absoluto, isto é, em determinadas situações é possível restringi-lo em prol do interesse coletivo.

Ingo SARLET³⁹ da mesma forma, afirma que mesmo reconhecendo o valor súpero do princípio da dignidade humana pelo ordenamento jurídico, é possível em determinados casos admitir a ponderação de interesses⁴⁰.

³⁴ MORAES, M. C. B. de. *op. cit* p. 85.

³⁵ *idem* p. 73.

³⁶ Da mesma forma defende e acrescenta Ingo SARLET, ao dizer que o princípio da dignidade humana "serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico". *op. cit* p. 80.

³⁷ SARMENTO, D. *Op. cit* p. 74.

³⁸ ALEXY, R. *op. cit* p. 108-109.

³⁹ SARLET, I. *ob cit* p. 130.

⁴⁰ É possível encontrar na jurisprudência referências ao caráter relativo e não absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana – Acórdão proferido pela 8ª CCrim do TJ/RS, Apel crim. nº 70007613649. Rel. Dês. Marco Antonio Ribeiro de Oliveira: "O princípio da dignidade da pessoa humana, embora constitua um dos princípios fundamentais de nossa Constituição Federal, **não ostenta caráter absoluto**, encontrando relativização nas demais normas constitucionais, dentre as

2.2. Princípio do direito à integridade psicofísica e o direito à vida

Contempla tal princípio a proibição de tratamentos desumanos, como a tortura ou as penas cruéis. A integridade psicofísica também garante os direitos da personalidade como o direito à vida, à imagem, à honra, à privacidade, dentre outros. Ainda como dano psíquico pode ser considerado o assédio sexual, ou o diagnóstico errôneo⁴¹.

A grande questão a ser explorada é saber o limite individual, no que tange a disponibilidade do próprio corpo⁴² frente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O bem da vida é tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro a começar pela Constituição Federal, em seu Título II, dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, presente no artigo 5º “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida (...)”.

Conforme os ensinamentos de Alexandre de MORAES, a vida tem um valor súpero com relação a todos os outros direitos, pois sem ela, o exercício e a própria existência dos demais direitos não terão sentido algum⁴³.

2.3. Princípio da autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade nos traz a idéia de liberdade, ou seja, o homem é livre para agir conforme sua própria determinação, de escolher suas próprias ideologias e forma de agir.

quais o princípio do devido processo legal, em cujo âmbito se insere o reconhecimento pessoal”. (não há grifo no original).

⁴¹ MORAES, M. C. B. de. *op. cit* p. 101.

⁴² KANT, citado por MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit* p. 101-102, no livro *Metafísica dos costumes*, de 1797, defende que: “O homem não pode dispor de si mesmo porque não é uma coisa; nem é propriedade de si mesmo, pois seria contraditório. Na medida em que ele é pessoa, ele é sujeito ao qual pode caber a propriedade de outras coisas. Mas se fosse propriedade de si mesmo, seria uma coisa, cuja posse poderia reivindicar. Ora, ele é pessoa, o que é diferente de propriedade e portanto não é uma coisa, pois é impossível ser, ao mesmo tempo, coisa e pessoa, e fazer coincidir o proprietário e a propriedade. Baseado nisto, o homem não pode dispor de si mesmo.”

⁴³ MORAES, A. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 176.

Maria Celeste C. L. Santos⁴⁴ afirma que a liberdade ao longo do tempo passou por diversas lutas, alguns retrocessos e outras conquistas, sendo estas de fundamental importância, principalmente para garantir a existência humana e atingir a sua dignidade:

Entendemos que o tema da liberdade não tem fronteiras. Ela é una e indivisível por mais que mostre distintas facetas. Podemos renunciá-la, lutar por ela ou perdê-la e ainda temê-la. Porém, o certo é que se deve lutar constantemente pela liberdade, que deve ser humana, que é um valor permanente e que muitas vezes está em contraposição com o conceito de autoridade (...).

Dita liberdade, todavia, sofre limitações trazidas principalmente pelo ordenamento jurídico⁴⁵, porém se faz no intuito de proteger esta autonomia da vontade e, conseqüentemente, “alcançar a dignidade humana”⁴⁶.

⁴⁴ SANTOS, M. C. C. L. *Transplante de órgão 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. 6.

⁴⁵ Outras limitações que a liberdade sofre, trazidas por Maria Celeste C. L. Santos, *op. cit.* p.100-101, são os limites da doença, que provoca a morte e os limites do intelecto, que propiciam o controle social nas diversas situações.

⁴⁶ SANTOS, M. C. C. L., *op. cit.* p. 6.

Capítulo III - COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NA EUTANÁSIA

Ao estar diante de um caso eutanásico, o sujeito expõe-se aos diversos princípios constitucionais que, inevitavelmente, entrarão em conflito.

Assim, qual princípio deverá prevalecer? O princípio da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade ou o direito à vida? Será que o Estado tem o direito a interferir na autonomia da vontade das pessoas a ponto de não respeitar a liberdade de escolha?

Seria lícito ao indivíduo, na qualidade de proprietário de seu corpo, poder mutilá-lo ou destruí-lo, estando também autorizado a extrema diminuição permanente da integridade física que se traduziria na perda da própria vida?

Desta forma, para se discutir o caso concreto referente à eutanásia ou suas diversas acepções, é necessário compreender a dogmática da colisão entre princípios fundamentais. Tais princípios, diferentemente das regras jurídicas, ao entrar em conflito, sujeitam-se à análise do 'peso' que cada um representa diante do caso concreto. Logo, é possível dizer que ao estar diante de uma colisão entre princípios fundamentais não haverá a exclusão nem a invalidade de um deles do ordenamento jurídico, ocorrerá apenas o afastamento de um deles e tudo dependerá das circunstâncias concretas. Para Ruy Samuel ESPÍNDOLA ao impedir a aplicação de um princípio diante de hipóteses concretas, não significa que tal princípio será afastado definitivamente do ordenamento, mas pelo contrário, em outras hipóteses, esse "afastado" poderá ser "reaproximado" de maneira a prevalecer sobre os demais⁴⁷. Pode se dizer por isso, que os conflitos entre princípios se dão sob o critério do peso, enquanto o conflito entre regras pelo critério da validade⁴⁸. Esta análise, por sua vez, será de fundamental importância para a solução do caso concreto, de tal maneira que não haja a exclusão de nenhum deles.

Os princípios fundamentais assim como preceitua Daniel Sarmento:

⁴⁷ ESPÍNDOLA, R. S. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 74.

⁴⁸ ALEXY, R. *op.cit* p. 89.

... representam as traves-mestras do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que radicam. Revestem-se de um grau de generalidade e de abstração superior ao das regras, sendo, por conseqüência, menor a determinabilidade do seu raio de aplicação. Ademais, os princípios possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam⁴⁹.

Da mesma forma e brilhantemente, Walter Claudius ROTHEMBURG⁵⁰, citado por Daniel SARMENTO⁵¹, também explana acerca dos princípios constitucionais e seus valores na Constituição:

... sendo os princípios manifestação primeira dos valores constitucionais, é certo que estão carregados de sentimentos e emoções. Ignorá-los seria desconsiderar a importância simbólica da Constituição e seu significado histórico enquanto projeção de expectativas da comunidade. Vai daí que é impossível uma compreensão exclusivamente intelectual dos princípios: eles também são sentidos (experimentados no plano dos afetos).

Os princípios como ensina Robert ALEXY⁵² são dotados de valores, de forma que, quando entram em conflito, é necessário definir uma relação entre eles e sopesar, visto que possuem um caráter contraposto. Não existe, aparentemente, uma hierarquia entre os princípios constitucionais. Ela, somente será verificada depois de ponderados os valores na análise do caso concreto.

Por conseguinte, as normas jurídicas em geral trazem em si uma gama de significados. A própria Constituição contém normas originadas das diferentes ideologias e, por isso fornecem ao intérprete uma série de conceitos. Tais diversidades ideológicas representam, na realidade, o reflexo dos pensamentos de toda uma sociedade⁵³. E, a colisão existirá se da própria Constituição através da interpretação constitucional for possível uma dedução da regra ou princípio conflitante. A incidência do princípio, portanto, dependerá do caso concreto, ou seja, é a realidade que irá definir em qual medida a norma jurídica deverá ser aplicada. BARROSO⁵⁴ assim defende:

(...) as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma

⁴⁹SARMENTO, D. *op. cit.*, p. 42.

⁵⁰ ROTHEMBURG, W. C. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 65.

⁵¹ SARMENTO, D. *op. cit.* p. 59.

⁵² ALEXY, R. *op. cit.* p. 89-144.

⁵³ SARMENTO, D. *op. cit.* p. 22.

⁵⁴ BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 346.

certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.

STEINMETZ, afirma ainda que estando diante de uma colisão entre normas constitucionais, sendo estas de mesma hierarquia, a decisão deve se ater aos critérios da otimização e harmonização dos direitos em questão, sem deixar de lado o aspecto da unidade da constituição e a concordância prática⁵⁵.

Ruy S. ESPÍNDOLA⁵⁶ ao citar CANOTILHO⁵⁷ fala da mesma forma acerca da concordância prática ou da ponderação de bens como sendo a fórmula que melhor se aplica no caso de conflitos entre princípios constitucionais, de maneira que o peso de cada princípio dado pelas circunstâncias concretas é que trarão a harmonia entre os princípios em conflito.

O método tradicional para a solução dos conflitos entre as regras constitucionais é baseado em três critérios: o cronológico, o da especialidade e o hierárquico.

O critério cronológico não é muito útil para a solução de conflitos entre normas constitucionais pelo fato delas serem editadas no mesmo instante (com exceção das emendas constitucionais), não havendo, portanto, hierarquia cronológica⁵⁸.

Da mesma forma o critério da especialidade não tem muita validade quando presente o conflito entre normas constitucionais, visto que o meio só será válido e eficaz quando houver incompatibilidade entre norma geral e norma especial⁵⁹.

Por fim, tem-se o critério da hierarquia, que é da mesma forma de reduzida valia, pois não há hierarquia absoluta⁶⁰ entre as normas constitucionais. Tal critério

⁵⁵ STEINMETZ, W. A. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 140.

⁵⁶ ESPÍNDOLA, R. S. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.245.

⁵⁷ CANOTILHO, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Almedina, 1982, pp. 281-282.

⁵⁸ SARMENTO, D. *op. cit.* p. 30.

⁵⁹ *Idem* p. 32.

⁶⁰ Como afirma Alexy, *op. cit.*, p. 86. A hierarquia absoluta entre os princípios constitucionais não existe, porém poderá haver a predominância de um princípio em relação ao outro, ou seja, só será possível medir o peso de cada princípio, depois da análise das especificidades do caso concreto.

preconiza que as normas de maior hierarquia devem prevalecer sobre as de menor hierarquia⁶¹.

Nota-se, portanto, que o critério tradicional para a solução dos conflitos entre normas nem sempre será útil e eficaz no caso de colisões entre princípios constitucionais.

A unidade da Constituição deve ser preservada e, para isso, diante dos conflitos entre suas normas jurídicas, as medidas ora suscitadas, muitas vezes são insuficientes para a resolução do caso concreto. Se a conciliação entre os princípios conflitantes não for possível, outras técnicas, como a ponderação de interesses, são de extrema importância e muitas vezes essenciais para a solução do caso concreto e para manter a harmonia das normas constitucionais. O primordial desafio é o de aliar a “segurança e previsibilidade metodológicas – tão fundamentais ao Estado de Direito – com a fluidez e plasticidade que devem necessariamente revestir a técnica de composição dos conflitos entre interesses constitucionais antagônicos⁶²”.

Defende BARROSO que a nova interpretação constitucional não quer negar as regras tradicionalistas do passado, mas representa um progresso, na medida em que une as regras tradicionalistas com a idéia moderna da ponderação de interesses⁶³, para assim atender todas as demandas decorrentes do mundo moderno.

Tratando-se então, de normas ou princípios constitucionais de mesma hierarquia e havendo conflito entre ambas, será necessário e fundamental aplicarmos a teoria da ponderação de interesses, ou seja, “deverá atender ao imperativo da otimização e da harmonização dos direitos que elas conferem, observando-se os postulados da unidade da Constituição e da concordância prática”.⁶⁴

CANARIS⁶⁵, citado por SARMENTO⁶⁶ da mesma forma afirma que as soluções subsuntivas, no que diz respeito a premissa maior incidindo sobre a

⁶¹ Idem p. 33.

⁶² SARMENTO, D. *Op. cit.*, p. 23

⁶³ De acordo com STEINMETZ, a aplicação do método da ponderação de interesses iniciou-se em 1958 pelo TCF alemão na decisão do caso Luth, p.140.

⁶⁴ STEINMETZ, W. A. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 140.

⁶⁵ CANARIS, C. W. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do direito*. Trad. de Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pp. 86 e 87.

⁶⁶ SARMENTO, D. *op. cit.*, p. 43.

premissa menor, já não são suficientes para atender e solucionar os diversos incidentes, principalmente quando se trata de princípios, visto que estes não possuem o grau de objetividade essencial para a aplicação de tal técnica. Deve-se adotar, além dela, uma outra solução que cause um menor prejuízo a ambas as partes, para isso, a ponderação de interesses representa um papel de extrema importância, no trato das colisões entre normas com elevado teor de abstração que é o caso dos princípios fundamentais.

Os princípios por terem ampla margem de incidência, devido ao seu caráter abstrato, entram constantemente em colisão, direcionando a solução do problema para diversos caminhos. A solução como já dito anteriormente, só é possível através da aplicação do princípio da proporcionalidade⁶⁷ e também realizar a ponderação de interesses⁶⁸, isto é, o peso ou a importância de cada princípio é de extrema importância para a solução do caso concreto.

⁶⁷ Georg Röss citado por Paulo Bonavides, *op. cit* p 345, afirma que a aplicação do princípio da proporcionalidade não representa substancialmente uma decisão, mas apenas um procedimento da busca pela decisão do caso concreto.

⁶⁸ No mesmo sentido STEINMETZ conceitua o termo Ponderação de Interesses como a metodologia capaz de optar por uma decisão de preferência entre os direitos e bens em conflito, ou seja, será através dela que haverá a possibilidade de escolher qual o bem e em qual medida deverá prevalecer diante do conflito em análise do caso concreto.

Capítulo IV - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O Princípio da proporcionalidade em sentido amplo é o norteador do legislador quando em pauta as restrições a direitos fundamentais. Compreende diversos princípios parciais ou subprincípios, são eles o da adequação, da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito, os quais em conjunto dão a substância necessária para o alcance do objetivo pretendido. Dito princípio possui um grau de importância de extrema valia na conjuntura do Direito Constitucional, sendo considerado um dos princípios mais importantes, principalmente porque é ele que ampara os direitos fundamentais, ou seja, a atuação do princípio da proporcionalidade na Constituição se dá através dos direitos fundamentais⁶⁹. Para Pierre Muller⁷⁰ tal princípio “se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo”. Defende ainda que haverá uma afronta ao princípio sempre que não existir a dita adequação entre os meios e os fins.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade ganha a cada dia mais força e importância, especialmente depois da promulgação da Constituição de 1988, mais precisamente com o artigo 5º, LIV, o qual consagra o princípio do devido processo legal. A sua conceituação, todavia, é confundida com a do princípio da razoabilidade, ou seja, é definida como a proibição do excesso, de modo que “a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não-excessiva, não-arbitrária...”⁷¹. É um instrumento de resignação das leis e dos atos administrativos doutrinados pela razão e justiça⁷². Não há uma verdadeira unidade conceitual⁷³, o próprio STF apresenta diversas acepções em suas jurisprudências para o princípio da proporcionalidade.

⁶⁹ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. E ampl. – São Paulo: Ed. Malheiros, 1994, p. 359.

⁷⁰ Pierre Muller, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Band 97, 1978, Basel, p. 531. citado por Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. E ampl. – São Paulo: Ed. Malheiros, 1994, p. 461.

⁷¹ STEINMETZ, *op. cit* p. 149

⁷² SARMENTO, D. *Op. cit* p. 77.

⁷³ Para Suzana de Toledo Barros, em seu livro “*O Princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*”, 1996, a expressão razoabilidade deve ser analisada pelo intérprete nos seus diversos sentidos, voltando-se para os sentidos da

A primeira vez que o STF utilizou a expressão “Princípio da Proporcionalidade” foi em 1993, quando tratou do controle de constitucionalidade⁷⁴.

Mas é evidente que anteriormente, referências ao princípio da proporcionalidade foram utilizadas, sem a sua citação expressa, como exemplo temos o julgado proferido em 21 de setembro de 1951, no RE nº 18.331 do Relator Ministro Orozinho Nonato, sobre a majoração de imposto⁷⁵.

4.1. Subprincípio da Adequação

O princípio da proporcionalidade, em termos literais nos leva a idéia de harmonia entre as normas jurídicas. Porém, o intérprete diante do caso concreto, não deve se basear apenas nesta concepção, mas também adequar os meios e os fins, levando em consideração a utilidade proporcionada em decorrência da possível restrição do direito.

Assim, de acordo com o princípio da adequação os meios aplicados, isto é, a norma fundamental restringida deve garantir o alcance do objetivo pretendido⁷⁶. Este é o primeiro ponto a ser observado no que diz respeito à aplicação do princípio da proporcionalidade.

“adequação, aceitabilidade, logicidade, equidade, tudo aquilo que não é absurdo, tão-somente o que é admissível (...), bom senso, prudência, moderação”.

⁷⁴ A decisão era esta: “Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para a substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menos: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §§, 25, §2º, e 238, além de violação ao princípio da 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 à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida. (STF, Pleno, j. 1-07-93, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

⁷⁵ Referências ao princípio da proporcionalidade proferidas pelo STF: “O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode-se acender não somente considerando a letra, o texto, como também, e principalmente, o espírito e o dispositivo invocado.”

⁷⁶ Nesta linha Daniel Sarmiento (idem p. 87) afirma que o juiz ao analisar o caso concreto deve primeiramente, à luz do princípio da adequação, se ater aos objetivos colimados pelo legislador ao editar tal norma. A partir daí, perceber se a norma em questão é utilizável, ou melhor, se presta para o fim almejado pelo legislador, caso contrário, dita norma será inconstitucional.

Ressalta-se, oportunamente, que é possível existir diversos meios a serem aplicados para atingir o fim desejado, é necessário, todavia, que se apresentem de forma idônea e compatível com a finalidade buscada.

O juiz, como defende Suzana T. BARROS deve, em primeiro lugar, analisar se o meio a ser adotado é capaz de produzir o fim desejado. Ao adotar tal medida, o poder absoluto do legislador fica exposto ao controle judicial, o que impede a criação de situações desproporcionais ou desarrazoadas. Assim explana:

Note-se que a possibilidade de controle judicial sobre uma relação de causalidade, entre a medida restritiva adotada e o fim a que se destina, por si só já abala a idéia do legislador onipotente, capaz de criar situações desarrazoadas, incoerentes ou até mesmo bizarras. O juiz, por ocasião do controle de uma medida legislativa com repercussão na esfera de liberdade do cidadão, em um primeiro passo procura deduzir a razão de tal intervenção. Desde que tal fim esteja contido entre aqueles que a legitimam, ou, em outras palavras, desde que esteja o legislador autorizado a proceder restrições naquela situação, deve o magistrado examinar se a medida restritiva é apta a atingir o fim pretendido.⁷⁷

4.2. Subprincípio da necessidade

Diante de um conflito entre normas constitucionais a restrição de uma delas somente deve ocorrer se realmente for necessária, ou seja, a intervenção, no que diz respeito aos direitos e interesses da coletividade, deve ser a menor possível para se chegar ao fim desejado. Procura-se sempre o meio menos gravoso e igualmente eficaz às partes⁷⁸, em outras palavras, só é possível adotar a medida que realmente for necessária e eficaz para a solução do caso concreto⁷⁹.

Conforme os ensinamentos de Gonzalez Cuellar SERRANO, citado por STEINMETZ⁸⁰, algumas características típicas do princípio da necessidade podem ser identificadas como: a interferência reduzida no que diz respeito ao exercício do direito fundamental; a possibilidade da utilização de um meio sempre menos gravoso e por fim a constante busca pelo meio mais eficaz e menos prejudicial.

⁷⁷ Barros, S. de T., *op. cit.* p. 74.

⁷⁸ STEINMETZ. *op. cit.* p. 151, citando GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 361, citando Hans Huber, *Über den Grundsatz der Verhältnismässigkeit in Verwaltungsrecht* in *Zeitschrift fuer Schweizerisches Recht (ZSR)*, 96, I, Basel, 1977.

⁸⁰ STEINMETZ. *op. cit.* p. 150.

D. SARMENTO⁸¹ ao citar CANOTILHO, acrescenta, na mesma linha, que para a aplicação do princípio da necessidade alguns requisitos são essenciais como:

a) a necessidade material, pois o meio deve ser o mais 'poupado' possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial, que aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal, que pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva pelo poder público; d) a exigibilidade pessoal que significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados.

4.3. Subprincípio da Proporcionalidade em sentido estrito

A utilização dos subprincípios da adequação e da necessidade nem sempre são suficientes para a solução de todos os conflitos, ou seja, tais métodos ainda “não são suficientes para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao direito atingido que não se compadece com a idéia de justa medida⁸²”, sendo nestes casos, necessária a utilização de outro método que é o do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, de acordo com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito os meios aplicados, isto é, a restrição do direito fundamental deve ter uma relação de sensatez com o fim alcançado, sob pena de ser declarada a inconstitucionalidade. Em outras palavras, a razoabilidade e a racionalidade são fundamentais ao escolher pela restrição de um princípio fundamental⁸³. Os valores e bens devem estar em perfeita harmonia, o que configura, essencialmente, uma ponderação de interesses.

A diferença basilar entre dito princípio e o princípio da necessidade, conforme os ensinamentos de R. ALEXU, é a de que aquele cuida da análise e aproveitamento das situações fácticas, enquanto este cuida das possibilidades jurídicas⁸⁴.

Como bem asseverou Daniel SARMENTO “... subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. De um lado da balança, devem ser postos os interesses protegidos

⁸¹ SARMENTO, D. *Op. cit.* p. 89.

⁸² BARROS, S. de T., *op. cit.* p. 80

⁸³ GAVARA DE CARA, *op. cit.* p. 309, citado por STEINMETZ, *op. cit.* p. 152.

⁸⁴ ALEXU, R. *op. cit.* p. 112-113.

com a medida, e, de outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas, se ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade”.⁸⁵

Um exemplo a ser considerado e que elucida a questão da proporcionalidade em sentido amplo e que dá enfoque ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito é o dado pela autora Suzana T. de BARROS⁸⁶, referindo-se ao julgamento da Corte Constitucional alemã em 1974, acerca da interrupção de gravidez:

... Segundo o dispositivo legal examinado, esta interrupção não seria punível, em determinadas situações elencadas, ‘durante as 12 primeiras semanas seguintes à concepção’. A Corte Constitucional declarou a incompatibilidade desta disposição com o art. 2º, primeira parte, da lei Fundamental, que garante o direito à vida e à integridade física, entendendo que a norma de direito fundamental também se destina à proteção da vida da mãe.

A decisão ocorreu em três etapas. Na primeira, foi reconhecida ‘uma situação de tensão entre a proteção da vida do nascituro e a liberdade da mãe’. Depois de haver comprovado a colisão entre direitos de igual hierarquia (D1 e D2), o Tribunal, sopesando vários argumentos, estabeleceu uma **precedência genérica** de D1 sobre D2, no sentido de que a vida do feto, em princípio, desfruta da prevalência sobre a liberdade da mulher de dispor sobre si mesma e que o Estado também tem obrigação de proteger a vida em formação frente ao direito da mãe. Essa precedência genérica foi, entretanto, ponderada em uma derradeira etapa, na qual se concluiu que, em face de circunstâncias especiais, principalmente quando existe perigo de vida para a mulher ou quando a gravidez resulta de crime, não se poderia exigir da afetada suportar esta gravidez, independentemente do estágio de desenvolvimento do feto. Em homenagem ao princípio da proporcionalidade entre meio e fins, o tribunal julgou o prazo de 120 dias atentório à esfera de direitos da mãe.⁸⁷

É de se concluir, portanto, que o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito deve ser aplicado baseado na técnica da ponderação de interesses, para que o ônus seja distribuído igualitariamente para todas as partes.

4.2. Ponderação de Interesses

A ponderação de interesses na Constituição surgiu pela inserção das múltiplas idéias expressas pela sociedade na Constituição. Os valores e interesses expressos pela sociedade foram inseridos no ordenamento jurídico através dos

⁸⁵ SARMENTO, D. *op. cit* p. 89.

⁸⁶ BARROS, S. de T. *op. cit* p. 82.

⁸⁷ Referido julgamento foi retirado da obra HANS RUPP, *El Tribunal Constitucional Federal Aleman, in: Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, trad. Espanhola do original

princípios. Todavia, essas múltiplas idéias, pela suas diversidades, muitas vezes e, inevitavelmente, entram em conflito diante da situação fática, o que se faz necessário aplicar a técnica da ponderação de interesses para dirimir a colisão. Importante salientar que o método somente se torna preciso com a análise fática do problema com as suas devidas peculiaridades, pois a real medida de cada princípio só é determinada e ponderada precisamente depois do estudo casuístico, principalmente porque o ordenamento jurídico não é capaz de solucionar expressamente todos os conflitos entre princípios.

A idéia de ponderação possui relação bastante íntima com noção de justiça. Durante muito tempo foi menosprezada em favor da teoria jurídica positivista, o qual fazia dos juízes meros aplicadores da lei concreta, nada acrescentando ou nada interpretando⁸⁸.

Hoje, todavia, representa um método de inovação metodológica, mas ainda, no Brasil, não possui a atenção merecida em termos doutrinários. E, para que se entenda a aplicação do método da ponderação de interesses é necessário, primeiramente, o estudo do princípio da proporcionalidade em sentido amplo⁸⁹, visto que é somente através deste que o sopesamento poderá ser realizado diante do caso concreto.

A ponderação de bens, de acordo com STEINMETZ, “consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito, o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão⁹⁰”.

A unidade constitucional e a harmonia interna de suas normas, bem como de todo o ordenamento jurídico são postulados essenciais em que se firma o Direito Moderno, ou seja, em princípio todas as normas - que representam partes de um sistema do ordenamento jurídico – estão em perfeita consonância. Mas, é evidente que nem sempre isso ocorre, o que torna necessário buscar essa harmonia e, para isso opta-se pela restrição de uma das normas em conflito⁹¹.

francês por Luis Aguiar de Luque e Maria Gracia Rubio de Casas, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 337.

⁸⁸ SARMENTO, D. *op. cit.* p. 19.

⁸⁹ Vide capítulo seguinte.

⁹⁰ STEINMETZ, *op. cit.* p. 140.

⁹¹ SARMENTO, D. *op. cit.* 27.

Alguns aspectos são necessários para a aplicação do método da ponderação de interesses como a ausência de hierarquia entre as normas constitucionais, sendo assim fundamental analisar o caso concreto⁹² e ponderar os princípios constitucionais de modo a prevalecer a que mais peso possuir diante das circunstâncias concretas. O intérprete, todavia, deve estar direcionado sempre para os valores inerentes à ordem constitucional, como os princípios humanitários, ao efetuar a ponderação de interesses. O que deve ser levado em consideração, especialmente, é que a restrição do direito fundamental jamais poderá ser desproporcional de modo a lesionar a substância primordial do direito restringido⁹³.

CANOTILHO também defende que para se realizar a ponderação de interesses das normas ou princípios constitucionais é necessária uma análise profunda do caso concreto e, conseqüentemente, das normas em conflito, para assim tornar possível uma fundamentação precisa e consistente de forma a trazer um equilíbrio entre os direitos em conflito.

Neste sentido, o balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens.⁹⁴

Importante salientar que o peso de cada princípio não é determinado em si mesmo ou absolutamente e sim de forma relativa, sendo este o fundamento defendido por R. ALEX⁹⁵.

Para D. SARMENTO o juiz, ao decidir o conflito, deve respeitar obrigatoriamente, a ordem jurídica, o qual definirá o limite de sua atuação. Afirma que, é dentro desse espaço limitado que o juiz poderá solucionar de forma mais justa o conflito, de modo que ultrapassando tais limites sua decisão não será legítima⁹⁶.

⁹² Como Também defende Daniel Sarmiento, a análise do caso concreto é de extrema valia, visto que o resultado da ponderação pode mudar dependendo das peculiaridades de cada caso concreto, ou seja, nada é tomado como absoluto, p. 75.

⁹³ SARLET, I. *op. cit.* p. 119.

⁹⁴ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da constituição*, p. 1109, citado por STEINMETZ, *op. cit.* p. 147.

⁹⁵ ALEX⁹⁵, R. *op. cit.* p. 161.

⁹⁶ SARMENTO, D. *op.cit.* p. 108.

É evidente, nestes casos, que haverá certa subjetividade por parte do julgador, mesmo respeitando o limite⁹⁷ imposto pelo ordenamento jurídico. No caso dos direitos constitucionais, esta subjetividade é mais intensa, por se tratar de valores e interesses contrapostos. Mesmo neste contexto, não se pode dizer que há espaço para decisões arbitrárias.

A aplicação do método da ponderação só é possível se, diante do caso concreto, houver um conflito real entre os direitos constitucionais. O método, portanto, irá delimitar a atuação de um dos direitos em conflito⁹⁸. E, para que esse método se opere efetivamente é necessário o emprego do princípio da proporcionalidade em sentido amplo⁹⁹.

Um aspecto importante e que deve ser salientado é que o método da ponderação de princípios constitucionais não representa uma forma arbitrária¹⁰⁰ de decisão acerca de um conflito, mas ao contrário, está embasado no princípio da proporcionalidade e visa, exclusivamente, a solução dos conflitos constitucionais¹⁰¹.

⁹⁷ Conforme os ensinamentos de D. SARMENTO, um limite a ser considerado que é imposto pelo ordenamento jurídico é o do "respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais", ou seja, o conteúdo mínimo do direito fundamental que jamais deve ser violado, independentemente do julgador. *Op. cit.* p. 111.

⁹⁸ STEINMETZ *op. cit.* p. 113.

⁹⁹ STEINMETZ, *op. cit.* p. 143

¹⁰⁰ De acordo com Suzana T. de Barros, *op. cit.* pp. 168-169, muitos autores criticam a técnica da ponderação de interesses por acreditarem ser um método que possibilita ampla margem para arbitrariedade do juiz, de forma que a análise do mesmo caso concreto pode ser decidida de diversas maneiras se feita por juízes diferentes. Mas é evidente que tal assertiva não pode prosperar, pois " a questão da ponderação radica na necessidade de dar a esse procedimento um caráter racional e, portanto, controlável. Quando o intérprete pondera bens em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele estabelece uma precedência de um sobre o outro, isto, é, atribui um peso maior a um deles. Se se pode estabelecer uma fundamentação para esse resultado, elimina-se o irracionalismo subjetivo e passa-se para o racionalismo objetivo".

¹⁰¹ SARMENTO, D. *op. cit.* pp. 97-99.

CAPÍTULO V - A EUTANÁSIA NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, a primeira menção à prática da eutanásia se deu através do Código Criminal de 1830 que se referiu à proibição do auxílio ao suicídio. Mais tarde, com o Código de 1890, essa mesma linha foi mantida, porém a pena para tal crime foi aumentada¹⁰².

Hoje o Código Penal não trata especificamente do termo eutanásia, porém nos leva a entender que tal prática se movida “por motivo de relevante valor moral”¹⁰³ é causa de atenuação da pena.

Houve, todavia, no Congresso um anteprojeto de lei¹⁰⁴ para alteração do Código Penal brasileiro, o qual permitiria a eutanásia passiva.

O que se tem notado é uma tendência cada vez maior no que diz respeito à aceitação¹⁰⁵ de tal medida, principalmente em situações em que a doença é irreversível. Aqui, cabe fazer um comparativo com a prática do aborto de fetos anômalos, que nada mais é do que a prática da eutanásia¹⁰⁶.

¹⁰² SANTOS, M. C. L., *op. Cit.* pp. 224-225.

¹⁰³ Artigo 121, § 1º do Código Penal Brasileiro.

¹⁰⁴ Se fosse aprovado o anteprojeto a redação da lei ficaria da seguinte forma:

"Art. 121 ...

§ 1º ...

§ 2º ...

Eutanásia

§ 3º Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave:

"Pena: Reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos.

Exclusão de Ilcitude

"§ 4º 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 na sua impossibilidade de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão."

¹⁰⁵ De acordo com pesquisa realizada pela Revista Super Interessante, ano 15, nº 3, março 2001, cerca de 50, p. 42-50, 4% brasileiros, dentre aproximadamente 15.000 participantes da enquete, são contra a prática da eutanásia, contra 49,6% a favor.

¹⁰⁶ Importante citar, neste aspecto, a decisão recente dada pelo Supremo Tribunal Federal, que autorizou o aborto anencefálico, nos autos de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 do Distrito Federal, Ministro Marco Aurélio de Melo:

"A literatura médica aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência de, no máximo, algumas horas após o parto. A permanência de feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante. Consoante o sustentado, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana – a física, a moral e a psicológica – e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde,

Maria de Fátima Freire de Sá¹⁰⁷ justifica a prática da eutanásia como sendo uma forma de proteger e garantir a dignidade da pessoa humana:

Não se pode privilegiar apenas a dimensão biológica da vida humana, negligenciando a qualidade do indivíduo. A obstinação em prolongar o mais possível o funcionamento do organismo de pacientes terminais não deve mais encontrar guarida no Estado Democrático de Direito, simplesmente porque o preço desta obstinação é uma gama indivisível de sofrimentos gratuitos, seja para o enfermo, seja para os familiares deste. O ser humano tem outras dimensões que não apenas a biológica, de forma que aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também da pessoa. O prolongamento da vida somente pode ser justificado se oferecer às pessoas algum benefício, ainda assim, se esse benefício não ferir a dignidade do viver e do morrer.

Contrariamente, Alexandre de MORAES¹⁰⁸ fala acerca da indisponibilidade da vida e a proibição do ordenamento jurídico brasileiro em permitir a prática da eutanásia ou suicídio assistido:

O Estado, principalmente por situações fáticas, não pode prever e impedir que alguém disponha de seu direito à vida, suicidando-se ou praticando eutanásia. Isso, porém, não coloca a vida como direito indisponível, nem a morte como direito subjetivo do indivíduo. (...) O ordenamento jurídico-constitucional não autoriza nenhuma das espécies de eutanásia, quais sejam, a ativa ou passiva (ortotanásia). Enquanto a primeira configura o direito subjetivo de exigir de terceiros, inclusive do próprio Estado, a provocação de morte, para atenuar os sofrimentos (morte doce ou homicídio por piedade), a segunda é o direito de opor-se ao prolongamento artificial da própria vida, por meio de artifícios médicos, seja em caso de doenças incuráveis e terríveis, seja em caso de acidentes gravíssimos (o chamado direito à morte digna).

Em relação ao suicídio, não suicidar ou prestar-lhe auxílio para que o faça, desde que o suicídio se consuma ou da tentativa resulte lesão corporal grave (art. 122 do Código Penal). No caso da eutanásia, a lei penal tipifica a conduta como homicídio (art. 121 do Código Penal).

No Brasil, a prática da eutanásia, apesar de proibida, é exercida com bastante frequência. Não se tem ao certo o número exato de “vítimas” da eutanásia, pelo fato de ser uma conduta ilícita, mas não se pode negar que seu número não seja elevado.

tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde – o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”.

¹⁰⁷ SÁ, M. F. F. de. *Da relação médico-paciente: dignidade d pessoa humana e autonomia privada*. In: *Biodireito*. Maria de Fátima Freire de Sá (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 110.

¹⁰⁸ MORAES, A. *op. cit* P. 179.

CAPÍTULO V - A EUTANÁSIA NO DIREITO COMPARADO

No Brasil, como se sabe, a prática eutanásia é considerada crime pelo Código Penal, porém em determinados países, tal prática é permitida, desde que preenchidas algumas regras e condições.

Diversas foram as tentativas de incluir a eutanásia no ordenamento jurídico. Com exemplo é possível citar países, como a Holanda, Austrália, Uruguai, Estados Unidos, dentre outros, alguns, com sucesso conseguiram tal inclusão, outros sofreram restrições.

Na Holanda, por exemplo, desde 1993, a legislação garantia a impunidade para os médicos que praticavam a eutanásia desde que respeitadas algumas regras. Em 2001, a Holanda tornou-se o primeiro país a legalizar a prática da eutanásia, desde que respeitadas algumas regras como: 1) A solicitação para morrer deve ser uma decisão voluntária feita por um paciente informado; 2) A solicitação deve ser bem considerada por uma pessoa que tenha uma compreensão clara e correta de sua condição e de outras possibilidades. A pessoa deve ser capaz de ponderar estas opções, e deve ter feito tal ponderação; 3) O desejo de morrer deve ter alguma duração; 4) Deve haver sofrimento físico ou mental que seja inaceitável ou insuportável; 5) A consultoria com um colega é obrigatória¹⁰⁹.

Outros elementos para notificação também devem ser cumpridos: 1) O médico que realizar a eutanásia ou suicídio assistido não deve dar um atestado de óbito por morte natural. Ele deve informar a autoridade médica local utilizando um extenso questionário; 2) A autoridade médica local relatará a morte ao promotor do distrito; 3) O promotor do distrito decidirá se haverá ou não acusação contra o médico. Hoje, na Holanda a prática da eutanásia mata por ano, aproximadamente, 12.000 pessoas segundo pesquisas¹¹⁰.

Na Colômbia, Cuba, Bolívia e Costa Rica a prática da eutanásia é considerada homicídio privilegiado.

¹⁰⁹ GOLDIM, J. R. *Eutanásia e Distanásia: a problemática da bioética*. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1862&p=2>. Acesso em 05/08/05.

¹¹⁰ Segundo dados de GOLDIM, J. R. *Eutanásia e Distanásia: a problemática da bioética*. op cit acesso em 05/08/05.

O Uruguai possui uma legislação bastante parecida com a da Holanda. E, conforme o exposto por José Roberto GOLDIM, é bem provável que tenha sido o primeiro país a legislar sobre o assunto e tratar a eutanásia como um “homicídio piedoso”, fato ocorrido em 1934. Importante salientar que a impunidade não se aplica nos casos de suicídio assistido.

No norte da Austrália existe uma legislação que permite a eutanásia ativa, o qual recebeu a denominação de “Lei dos Direitos dos pacientes terminais”. De forma semelhante com a Holanda, vários critérios deverão ser preenchidos para que se autorize tal prática.

Nos Estados Unidos, em todos os seus estados existe uma permissão para que as pessoas deixem autorizações aos familiares de modo a decidirem sobre suas vidas em caso de uma doença cujo sofrimento seja muito intenso. Há também os chamados “testamentos de vida” que proíbem determinadas intervenções médicas que prolonguem demasiadamente a vida desses enfermos¹¹¹.

Na Califórnia, em 1991 foi apresentada uma proposta para legalização da eutanásia, porém não logrou êxito. Somente em 1996 que foi assegurado o direito a suicídio assistido aos pacientes terminais.

Na Suíça a eutanásia propriamente dita é proibida, porém o suicídio assistido é permitido. Assim, o doente tem a liberdade de pedir ajuda a alguma das instituições especializadas da Suíça para morrer. Muitos enfermos, do mundo todo, procuram o país para obter essa ajuda, o que fez com que crescesse o denominado “turismo da morte”. Tais instituições defendem a morte digna e exigem que o paciente esteja de acordo com plena consciência de sua morte¹¹².

¹¹¹ DWORKIN, R. *op. cit* p. 252.

¹¹² CHADE, J. *Suíça proíbe eutanásia, mas autoriza a morte assistida*. Suíça proíbe eutanásia, mas autoriza a morte assistida. Disponível em <http://www.tribunadonorte.com.br/antiores/2005/02/20/inter/inter1.html>, acesso em 17/09/2005.

Capítulo VII - A influência e os aspectos das diversas religiões do mundo

Não existe dúvida que a religião exerce forte influência para tomada de decisões, no que diz respeito à aceitação da eutanásia ou não. O que se tem notado é que, apesar de vivermos num mundo onde a maioria das pessoas acreditam e respeitam os valores espirituais, os valores materiais muitas vezes são sobrepujados, o que leva a aceitação da prática indiscriminada da eutanásia¹¹³.

Sabe-se que a credibilidade que é dada às diversas religiões é extremamente alta e, por isso, atinge o mundo jurídico. É de tamanha importância que mesmo os ateus devem respeitar a existência da religião, bem como dos deuses, pois aí é que se encontra "a realidade social e existencial básica"¹¹⁴. E, por isso a importância de abordar a questão da eutanásia inserida nas diversas religiões.

Leo Pessini explicita acerca da importância da religião:

As religiões podem dar às pessoas uma norma superior de consciência, aquele imperativo categórico tão importante para a atual sociedade e que obriga numa outra profundidade e firmeza. Pois todas as grandes religiões exigem uma espécie de "regra de ouro" - não se trata de uma norma hipotética, condicional, mas de uma norma incondicional, categórica e apodítica - totalmente praticável diante das mais complexas situações que os indivíduos ou mesmo grupos possam apresentar.

Esta 'regra de ouro' já foi atestada por Confúcio: '*O que não desejas para ti, também não o faças aos outros*' (Confúcio, cerca de 551-489 aC); também no judaísmo, em formulação negativa: '*Não faças aos outros, o que não queres que te façam a ti*' (Rabi Hillel, 60 aC-10dC); com Jesus de Nazaré, em forma positiva: '*O que quereis que os outros vos façam, fazei-o também vós a eles*' (Mt 7,12; Lc6,31); no budismo: '*Um estado que não é agradável ou prazeroso para mim não o será para o outro; e como posso impor ao outro um estado que não é agradável ou prazeroso para mim?*' (Samyutta Nikaya V, 353.3-342.2); e no islamismo: '*Ninguém de vocês é um crente a não ser que deseje para seu irmão o que deseja para si mesmo*'.

O que se tem notado é que os religiosos praticantes, diversamente dos não praticantes, possuem uma tendência mais conservadora, de modo a repelir qualquer atitude lesiva à vida¹¹⁵. Já os ateus ou não praticantes tendem para uma opção mais racional, ou seja, em muitas situações aceitam a eutanásia.

¹¹³ SILVA, A. *A eutanásia ou o Direito de Viver*. Disponível em http://www.suigeneris.pro.br/direito_dp_aeutanasia.htm, acesso em 25 jul 2005.

¹¹⁴ PESSINI, Leo. *A Eutanásia na Visão das Grandes Religiões Mundiais (Budismo, Islamismo, Judaísmo e Cristianismo)*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/revista/bio1v7/eutvisao.htm>. Acesso em 21 de agosto 2005.

¹¹⁵ DWORKIN, R. *op. cit* p. 48.

6.1. O Budismo

O Budismo foi criado na Índia por volta de 480-400 a.C., é hoje uma das religiões que mais adeptos possui.

O termo buda traduz-se em “iluminado” e, refere-se ao príncipe Siddharta Gautama, representando para os budistas um ícone de virtude ímpar.

Uma das características da religião budista é a racionalidade, ou seja, apesar dos preceitos e ensinamentos deixados por Buda representarem ordens divinas, a racionalidade sempre está presente¹¹⁶.

No que tange à bioética, o Budismo vem ao longo do tempo sofrendo profundas transformações e, conseqüentemente uma evolução. Hoje, assuntos como aborto e eutanásia, por tratar da vida e da morte ganharam bastante destaque nas discussões de bioética.

De acordo com Leo Pessini, o fundamento religioso do budismo está no fato de que a mente ultrapassa a vida material, sendo esta a missão espiritual. Por conseguinte, “a vida e a morte devem seguir seu curso natural”, e, conseqüentemente, a vida não pode ser retirada pelo homem, assim, nem mesmo o prolongamento da vida seria aceito¹¹⁷.

Porém, com o passar dos tempos e o surgimento de novas tecnologias pertinentes ao prolongamento da vida e, principalmente, a consagração de técnicas que amenizassem o sofrimento dos enfermos, o budismo tradicional foi aos poucos mudando o seu posicionamento. Buda então, deixou para seus seguidores o poder de decisão, ou seja, passou a respeitar o desejo do enfermo em ter uma morte suave, desde que haja um equilíbrio com a atitude do médico de não causar dano. A sabedoria e a compaixão devem guiar qualquer decisão¹¹⁸.

O fim da vida é bastante valorizado pelo budismo, a tal ponto que verdadeiros rituais são realizados no processo de morte. Assim, o encurtamento da vida ou o auxílio ao suicídio são condenáveis, mas em determinadas situações para preservar

¹¹⁶ GAUTAMA, S. A Doutrina de Buda, trad. Jorge Anzai, São Paulo: Martin Claret, 2004, pp. 17-23.

¹¹⁷ PESSINI, L. *op. cit.*, acesso em 21 ago. 2005.

¹¹⁸ PESSINI, L. *op. cit.*, acesso em 21 ago. 2005.

a morte digna, é aceitável o auxílio ao suicídio, apenas por condolência¹¹⁹. Eles acreditam na importância da vida, mas não como sendo algo divino, de forma que a vontade de cada indivíduo é de fundamental importância, sendo capaz de guiar a consciência de cada um¹²⁰.

Pessini ainda explana como era o processo de auxílio ao suicídio engendrado pelos samurais:

... o código samurai do suicídio incluía uma disposição para a eutanásia: o *kaishakunin* (assistente). O simples corte do *hara* (abdome) era muito doloroso e não provocava uma morte rápida. Depois de cortar o *hara*, poucos samurais tinham forças suficientes para degolar-se ou cortar a espinha dorsal. Mas sem cortar o pescoço a dor do *hara* aberto continuaria durante minutos e até horas antes da morte. Portanto, o samurai combinava com um ou mais *kaishakunin* para que o assistissem em seu suicídio. Enquanto o samurai tranquilizava sua mente e se preparava para morrer em paz, o *kaishakunin* permaneceria a seu lado. Se o samurai falasse ao *kaishakunin* antes ou durante a cerimônia *seppuku*, a resposta padrão era “*go anshin*” (mantém tua mente em paz). Todas as interações e conversações que rodeavam um *seppuku* ordenado oficialmente também estavam fixadas pela tradição, de modo que o suicida pudesse morrer com a menor tensão e a maior paz mental. Depois que o samurai terminasse de abrir o ponto preestabelecido ou desse qualquer outro sinal, o *kaishakunin* tinha o dever de cortar-lhe o pescoço para terminar com sua dor, dando-lhe o golpe de misericórdia.

A eutanásia, portanto, na religião budista é somente permitida para diminuir o sofrimento do enfermo que já está prestes a morrer por ter perdido um órgão importante e também para evitar que desconhecidos auxiliem a morte do mesmo que se encontra já em estado crítico.

6.2. O Islamismo

O Islamismo que em termos literais significa “submissão à vontade de Deus”, foi fundada em torno de 570-632 d.C. Tem como crença a idéia de que “todos os direitos provêm de Deus”¹²¹, desta forma, a vida deve ser respeitada por não ser de propriedade de ninguém, apenas de Deus, cabendo a ele a escolha da morte. O homem jamais pode reduzir ou limitar essa vida, salvo se permitidos pelos ordenamentos: Corão e Suna.

¹¹⁹ PESSINI, L. *op. cit.*, acesso em 21 ago 2005.

¹²⁰ COSTA, M. C. L., *op. cit.* p. 245.

¹²¹ PESSINI, L. *op. cit.*, acesso em 21 ago 2005.

A importância da vida humana é tal que retirá-la é algo condenável, como se retirasse a vida de toda uma humanidade. Pessini assim explana sobre o significado da vida no islamismo:

(...) a pessoa humana é criatura de Deus e seu representante na Terra. Ele a criou com as próprias mãos, deu-lhe um sopro de sua alma e fez dela a figura mais bela. O respeito à pessoa é tão importante que a vida de uma única pessoa é quase tão valiosa como a vida de todo o gênero humano e de sua posteridade: 'Se alguém matar uma pessoa isto deve ser considerado como se tivesse matado todas as pessoas. E se alguém mantiver com vida outra pessoa é como se tivesse mantido com vida todas as pessoas' (Suna: a mesa, verso 32).¹²²

O islamismo, portanto, condena o suicídio, bem como a eutanásia. O Código de ética médica, fala acerca do mérito da eutanásia e da vida humana como algo sagrado:

A vida humana é sagrada (...) e não deve ser tirada voluntariamente, exceto nas indicações específicas de jurisprudência islâmica, as quais estão fora do domínio da profissão médica. O médico não tirará a vida, mesmo quando movido pela compaixão. O médico, na defesa da vida, é aconselhado a perceber os limites, e não transgredi-los. Se é cientificamente certo que a vida não pode ser restaurada, então é uma futilidade manter o paciente em estado vegetativo utilizando-se de medidas heróicas de animação ou preservá-lo por congelamento ou outros métodos artificiais. O médico tem como objetivo manter o processo da vida e não o processo do morrer. Em qualquer caso, ele não tomará nenhuma medida para abreviar a vida do paciente. Declarar uma pessoa morta é uma responsabilidade grave que em última instância é do médico. Ele apreciará a gravidade do seu diagnóstico e o transmitirá com toda a honestidade, e somente quando estiver certo disto. Ele pode dirimir qualquer dúvida buscando conselho e utilizando-se dos modernos instrumentos científicos. Em relação ao paciente incurável, o médico fará o melhor para cuidar da vida, prestará bons cuidados, apoio moral e procurará livrar o paciente da dor e aflição...¹²³.

6.3. O Judaísmo

O judaísmo representa a mais antiga religião. A Escritura e os princípios morais gerais é que guiam seus seguidores. Aos poucos vem sofrendo mudanças, para satisfazer aos anseios da sociedade. Conseqüentemente, assuntos éticos, por exemplo, representam hoje, assuntos de extrema importância e que devem ser protegidos pelo ordenamento. Não há, todavia uma posição unânime, no que diz

¹²² Idem. acesso em 25 ago. 2005.

¹²³ Sachedina A . Islam. In: Reicht WT, editors. Encyclopedia of bioethics. rev.ed. New York: Macmillan, c1995: 1289-96, citado por PESSINI, L. *op. cit.*, acesso em 21 ago 2005.

respeito ao pensamento religioso e a questão da ética da vida moderna, mas já existem algumas tendências a serem seguidas e respeitadas¹²⁴.

O judaísmo repele a idéia da morte assistida ou eutanásia, por considerar o enfermo um indivíduo como todos os outros seres humanos vivos. Mesmo diante de dor insuportável, ou a pedido do paciente, o médico ou qualquer outra pessoa não podem antecipar ou procrastinar a hora da morte. Quem tem o poder de decidir a hora da morte não é o indivíduo, muito menos seu médico, mas sim as autoridades rabínicas em face da interpretação do seu livro sagrado o *Torah*¹²⁵.

Maria Celeste C. L. SANTOS¹²⁶ afirma que a vida e o próprio corpo são pertencentes a Deus e não de propriedade do homem, logo, este jamais pode dispor de sua vida quando bem entender, somente Deus tem a competência de decidir a respeito da vida e do corpo humano.

6.4. O Cristianismo

O cristianismo se subdivide em diversas outras tradições cristãs. Representa, hoje, a religião que mais seguidores possui no mundo. Citarei, portanto, somente algumas.

6.4.1. Catolicismo Romano

Dentre os documentos publicados pelo catolicismo romano encontra-se a Declaração da Eutanásia, feita pela Congregação para a Doutrina da Fé, o qual condena a eutanásia, justificando ser um atentado contra a dignidade da pessoa humana. A eutanásia para dita Congregação é "uma violação da Lei Divina, de uma ofensa à dignidade humana, de um crime contra a vida e de um atentado contra a humanidade¹²⁷". A Igreja Católica acredita que o homem não é proprietário do seu próprio corpo e, por isso não pode dispor como bem entender ou quando lhe for conveniente.

¹²⁴ PESSINI, L. *op. cit.*, acesso em 21 ago 2005.

¹²⁵ *Idem*, acesso em 21 ago 2005.

¹²⁶ COSTA, M. C. L., *op. cit.* p. 244.

¹²⁷ Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé. Declaração sobre a eutanásia, 5-5-1980, em SEDOC XIII, col. 171., citado por PESSINI, L. *op. cit.*, acesso em 21 ago 2005.

Há, todavia, na atualidade pensamentos mais flexíveis no que diz respeito à aceitação da eutanásia. A norte-americana Lisa Sowle Cahill¹²⁸, citada por PESSINI, fala sobre as possibilidades de aceitação da eutanásia:

Um destaque fundamental a ser feito é que na tradição cristã a vida física nunca foi definida como algo 'absoluto', isto é, algo a ser conservado a todo custo. Enquanto bem físico, ela está subordinada aos bens espirituais, e é importante precisamente porque é a condição necessária para fruir desses bens espirituais. Mas não deve nunca suplantá-los. Temos, assim, o critério de 'oneroso' para determinar se a vida deve ser abandonada à inevitabilidade da morte.

PESSINI defende a idéia de que a morte virá quando chegar a hora e tratamentos terapêuticos não são capazes de mudar essa situação:

A morte não é o fim que se busca com a interrupção do tratamento. De qualquer modo, a morte chegaria, com ou sem terapia, e a interrupção dos tratamentos, com freqüência, tem pouco efeito sobre o momento da morte. A nossa sociedade acredita na mentira, segundo a qual a medicina moderna controlaria totalmente a qualidade e o momento da morte e da vida. Na realidade, controlam-se algumas coisas. A nossa capacidade de ressuscitar, prolongar ou curar é parcial e efêmera.¹²⁹

A visão da Igreja Católica, portanto, pertinente ao tema eutanásia, é o de que a intervenção direta no enfermo para causar-lhe a morte é condenável, porém atitudes passivas como a não intervenção médico-terapêutica em determinadas situações em que o doente encontra-se em estado terminal efetivamente, será permitida.

6.4.2. Igrejas Ortodoxas Orientais

Os ortodoxos orientais não aceitam a eutanásia ativa, porém permitem que deixem de utilizar os aparelhos mecânicos nos casos em que os órgãos principais do enfermo deixarem de funcionar e não houver qualquer expectativa de vida. Preservam-se apenas os meios capazes de aliviar a dor do paciente¹³⁰.

¹²⁸ Lisa Sowle Cahill Cahill LS. Respeitar a vida e provocar a morte no contexto médico. In: Concilium n. 199-1985/3. Petrópolis: Vozes, 1985: 38-8, citada por Pessini, L. *op. cit.*, acesso em 21 ago 2005.

¹²⁹ PESSINI, L. *op. cit.*, acesso em 21 ago 2005.

¹³⁰ PESSINI, L. *op. cit.*, acesso em 21 ago 2005.

6.4.3. Testemunhas de Jeová

Defendem que a vida deve seguir seu curso natural, portanto meios que prolonguem muito a vida não são obrigatórios. Mas, condenam a eutanásia propriamente dita.

Capítulo VIII - A SOLUÇÃO DO CONFLITO PRINCIPIOLÓGICO NA EUTANÁSIA

Como já explanado anteriormente, o intérprete ao estar diante do caso concreto deve guiar-se, inicialmente, pelo princípio da unidade constitucional. Para isso, frente ao conflito entre princípios constitucionais, como ocorrerá na eutanásia, a solução do embate deve ser buscada.

Na eutanásia diversos princípios fundamentais da Constituição podem entrar em conflito, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, do direito a liberdade de escolha e da integridade psicofísica. Todos eles possuem alto grau de importância no ordenamento jurídico e um nível hierárquico equivalente, visto que não há, verdadeiramente, nenhum princípio absoluto.

Sabe-se que o elo que liga os valores do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio do direito à vida é o ser humano, por isso não há uma verdadeira hierarquia entre esses bens¹³¹. O que há, na realidade, é uma profunda ligação entre eles, visto que a dignidade só existirá se houver vida¹³², logo “a dignidade engloba a necessidade de preservar e respeitar a vida humana, por mais sofrimento que se esteja a causar com tal medida¹³³”. O próprio artigo 6º do Código Civil nos ensina que “a existência da pessoa natural termina com a morte”, ou seja, mesmo agonizando ou inconsciente, o enfermo mantém a personalidade jurídica, pois tem vida¹³⁴.

O principal ponto a ser considerado é estabelecer o limite da disponibilidade do corpo humano e daí decorrem duas questões a serem consideradas. A primeira consiste em saber se o corpo humano pode ser manipulado total ou parcialmente e a segunda diz respeito a anuência do enfermo em autorizar a disponibilidade do próprio corpo¹³⁵.

¹³¹ “*Leben und Würde des Menschen*” p. 78 e ss, citado por SARLET, I. *op. cit* p. 89.

¹³² KLOPFER, M. “*Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – dargestellt am Beispiel der Menschenwürde*” p. 42, citado por SARLET, I. *op. cit* p. 129.

¹³³ SARLET, I. *op. cit* p. 129.

¹³⁴ DODGE, R. E. F. Eutanásia – Aspectos Jurídicos. *in Revista Bioética*, vol. 7, nº1- 1999, p. 114.

¹³⁵ SANTOS, M. C. L., *op. cit* p. 201.

É bem sabido que o ordenamento jurídico tem como pressupostos os princípios da indisponibilidade da vida¹³⁶, bem como o da integridade física e da saúde. Porém, em prol do interesse coletivo esse pensamento vem passando por algumas modificações, ou seja, em determinadas situações prevalece o interesse coletivo, desde que haja uma “proporção entre o interesse ofendido e a potencial vantagem social; por assim dizer, da adequação social”¹³⁷. É fundamental, portanto, que haja o consentimento do indivíduo.

Há, entretanto, um perigo muito grande ao dispor da vida, como se assim dispõe dos objetos, isto é, utilizar o corpo humano e conseqüentemente, a própria vida humana para fins científicos e experimental ou simplesmente tirar a vida de alguém para evitar desconfortos como o nascimento de crianças deformadas. Isto é algo extremamente censurado e um verdadeiro assassinato¹³⁸.

DWORKIN¹³⁹ ao citar o voto do juiz SCALIA¹⁴⁰ em decisão a respeito da eutanásia ocorrida nos EUA no Tribunal de Missouri, fala do valor intrínseco e sagrado da vida e que por isso, o homem não está livre para escolher quando quer viver ou não:

... o valor intrínseco da vida humana não depende de nenhum pressuposto sobre os direitos ou interesses de um paciente; os estados têm o poder, disse ele, de impedir o suicídio de pessoas capazes que pensam, corretamente, que o melhor para elas seria morrer, um poder que claramente não decorre de nenhuma preocupação com seus direitos e interesses. Se o fato de tais pessoas acabarem com a própria vida é um erro, assim o é a despeito de seus direitos, e não por causa destes. Assim o é porque suas vidas têm valor intrínseco – são sagradas -, ainda que continuar a viver não esteja entre os seus *próprios* interesses.

De um lado existem os defensores da vida como sendo algo sagrado e, por isso indisponível, cabendo a Deus somente decidir quando e como chegará seu fim e, de outro lado, os que acreditam que a dignidade da pessoa humana é algo que deve ser defendido e buscado a todo custo.

Essas questões referentes ao valor intrínseco da vida que revela a vida como sendo algo sagrado e por isso inviolável só pode ser entendida se for possível

¹³⁶ A indisponibilidade, para Maria Celeste C. L. Santos, *op. cit* p. 204, justifica-se pelo fato do ser humano ter como característica existencial um *valor em si e por si* e por isso não pode ser considerada uma grandeza em que se possa medir.

¹³⁷ *Idem*, p. 201.

¹³⁸ *Idem*, p. 202.

¹³⁹ DWORKIN, R. *Domínio da Vida – Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo. Trad. Jefferson Luiz Camargo: Fontes, 2004, p. 14.

entender porque determinadas pessoas, diante da mesma situação de dor e sofrimento, optam pela vida a qualquer custo e outras preferem a morte¹⁴¹. Questão esta, a ser abordada posteriormente.

Celso FERENCZI¹⁴² em entrevista à revista *Super Interessante*¹⁴³ afirmou que a aceitação da eutanásia é uma afronta aos direitos humanos declarados pela ONU. Diz ainda:

A declaração estabelece o direito fundamental à vida. Esse tipo de direito é inalienável, ou seja, não se pode abrir mão dele. Como os direitos humanos são cláusulas pétreas de nossa Constituição, não podem ser modificados nem se todos os deputados votarem a favor – só uma nova Assembléia Constituinte teria poder para aboli-los. 'A legalização da eutanásia seria inconstitucional'.

Contrariamente, existe no Congresso projeto de lei, elaborado pelo senador Gilvam Borges, a respeito da autorização da eutanásia, mediante parecer de junta médica composta por cinco médicos, porém tal proposta jamais entrou em votação¹⁴⁴.

No atual contexto é importante mencionar alguns casos reais ocorridos pelo mundo todo. Dentre eles é possível citar um caso ocorrido no Canadá, em 1992, no Quebec, dada pelo juiz Dufour, o qual permitiu que fosse encurtada a vida não só nos casos de doentes terminais, mas também das pessoas que simplesmente consideravam a vida intolerável. Este foi o caso de Nancy B., que respirava através de aparelhos. Apesar dos médicos falarem que desta forma ela poderia viver por muitos anos, Nancy preferiu encurtar sua vida, por considerá-la insuportável. O juiz, diante do caso, autorizou o desligamento do aparelho respiratório¹⁴⁵.

Um outro caso relevante foi o ocorrido nos Estados Unidos em 1991, um caso de homicídio assistido, na qual o médico, Dr. Quill da paciente Patrícia Trumbull, receitara-lhe certa quantidade de um remédio que poria fim a sua vida, mas deixou por conta da própria paciente a hora certa de por ou não fim à sua própria vida.

¹⁴⁰ *Cruzan contra Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990).

¹⁴¹ DWORKIN, R. *op. cit* p. 36.

¹⁴² É professor de direitos humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

¹⁴³ BURGIERMAN, D. R. *O direito de morrer*. Pub. Revista Super Interessante, ano 15, nº 3, p. 42-50, março 2001, p. 46.

¹⁴⁴ BURGIERMAN, D. R. *O direito de morrer*. p. 46. A discussão do projeto jamais entrou em votação, principalmente por questões políticas, segundo afirmou o presidente da comissão de direitos humanos da Câmara, na época.

¹⁴⁵ DWORKIN, R. *op. cit* p. 259.

Assim, a paciente preparou-se e um dia ingeriu os remédios e faleceu. O médico responsável pela receita foi julgado e acabou sendo absolvido. Passou também pelo departamento de saúde de Nova York e da mesma forma não houve qualquer punição. Cabe, aqui, ressaltar que este caso, se diferencia das condutas realizadas pelo Dr. Jack Kevorkian (mais conhecido como Dr. Morte), pois ele construía aparelhos destinados exclusivamente para o suicídio assistido.

Vale salientar ainda uma importante decisão do caso de Nancy Cruzan frente ao Tribunal do Missouri. Por diversas vezes, Nancy manifestou o desejo de não ser mantida viva em estado vegetativo. Os pais, portanto, levaram este pedido ao juiz, o qual concedeu. Porém, o advogado designado pelo Tribunal à Nancy recorreu de tal decisão, alegando que simples alegações dos pais não são suficientes para conceder o direito de morrer, seria necessário um testamento, algo mais formal.

Hoje, depois dessa decisão, diversos estados passaram a dar total credibilidade aos testamentos deixados em vida, bem como as procurações pertinentes as decisões médicas¹⁴⁶.

Contrariamente, tem-se o caso da Sra. Helga Wanglie, ocorrido em 1991. Wanglie vivia também em estado vegetativo permanente. O hospital em que ela fazia tratamento recusou-se em continuar o tratamento, por considerar algo inútil e desnecessário, solicitando, portanto, autorização na justiça para suspender o tratamento. O Sr. Wanglie não concordou e a juíza não concedeu tal autorização, alegando ser ele o legítimo representante dos interesses de sua esposa. A Sra. Wanglie morreu, ainda ligada aos aparelhos, quatro dias depois da decisão.

Algumas questões devem ser levadas em consideração no que diz respeito a aceitação ou não da eutanásia: como a autonomia, os interesses fundamentais e a santidade.

Para os defensores da eutanásia a autonomia é um direito essencial a ser respeitado, ou seja, cada indivíduo deve ser livre para escolher o que mais desejar, sendo possível, portanto, planejar a sua própria morte. De outro lado, pessoas que são contra a eutanásia afirmam que a autonomia é importante, principalmente por

¹⁴⁶ Idem p. 265.

que se fosse legalizada a eutanásia, pessoas que quisessem viver contrariamente as suas vontades, seriam mortas¹⁴⁷.

A grande problemática concernente à autonomia da vontade se dá nos casos em que o enfermo encontra-se inconsciente e não deixou testamento, como no caso já citado de Nancy Cruzan. Alguns defendem que nestes casos a opinião da família deve ser respeitada, pois condiz com a opinião do enfermo, pelo fato de terem convivido por algum tempo e conhecerem, portanto os seus anseios¹⁴⁸.

Um outro aspecto bastante importante a ser considerado é o dos interesses fundamentais.

Conforme relata Ronald DWORKIN¹⁴⁹ a idéia central está em saber se a prática ou não da eutanásia assegura os interesses fundamentais do paciente em estado vegetativo.

Por fim, uma outra questão de relevância é a relação da eutanásia com a santidade, na medida em que a prática da eutanásia, seja por respeito à autonomia da vontade, seja para garantir e proteger um interesse fundamental será sempre condenável, pois nada justifica a violação de um valor intrínseco da vida humana que é a santidade. A escolha pertinente no que diz respeito à hora de morrer, não deve ser delegada ao homem, somente Deus tem o poder para tal escolha¹⁵⁰.

Para R. DWORKIN¹⁵¹ este aspecto, talvez fosse o maior obstáculo para a aceitação da eutanásia, visto que a Igreja exerce um papel extremamente forte e influenciador.

Em determinadas situações é fácil identificar qual interesse deve prevalecer. Por exemplo, ao estar diante de um enfermo que sofre dores terríveis, sem qualquer perspectiva de experiências boas, é fácil perceber que a vontade, neste caso, seria optar pela morte como um interesse fundamental. Já as pessoas que vivem em estado vegetativo permanente seria indiferente viver ou morrer. Por conseguinte, aquelas que mesmo em estado vegetativo possuem consciência, a melhor decisão a ser tomada é optar pela vida. Mas é evidente que essas opiniões não são absolutas. Existem sempre, aquelas pessoas que mesmo diante de dor infundável, preferem

¹⁴⁷ DWORKIN, R. *op. cit.* p. 270.

¹⁴⁸ *Idem.* p. 270-271.

¹⁴⁹ *Idem.* p. 271-274.

¹⁵⁰ *Idem.* p. 274-276.

¹⁵¹ *Idem.* p. 271-274.

optar pela vida. Esta discrepância, entre pessoas que diante das mesmas situações optam por morrer ou por viver se dá principalmente por que cada indivíduo tem seus próprios conceitos de vida boa e uma forma particular de encará-la.

A eutanásia poderá ser aceita somente em determinados casos em que seja feita a devida ponderação de interesses, como por exemplo, nos casos em que haja sofrimento intenso e para que se preserve a dignidade da pessoa – um valor súpero no ordenamento jurídico. Como bem assevera Ingo W. SARLET, os direitos fundamentais do ser humano, como o direito à vida, liberdade, igualdade e muitos outros, é que constituirão a base essencial para a dignidade da pessoa humana¹⁵². Da mesma forma, a própria Declaração Universal da ONU, fala a respeito da importância da dignidade humana, ou seja, “...o elemento nuclear da dignidade da pessoa humana parece residir – e a doutrina majoritária conforta este entendimento – primordialmente na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa)¹⁵³”, daí a importância de se preservar tal princípio. Mas é evidente que nem sempre dito princípio, bem como toda e qualquer norma, poderá ser tratada de maneira absoluta. O que deve prevalecer é o que mais peso possuir diante das circunstâncias concretas.

Talvez se aceitássemos a eutanásia como na Holanda, por exemplo, pessoas que não queriam morrer, acabariam morrendo, pois diante das circunstâncias em que se encontrava não tiveram condições de expressar sua opinião. Neste caso, haveria uma verdadeira afronta à autonomia individual ou liberdade de escolha, que jamais poderá ser aceita neste particular.

Devem-se levar em conta especialmente os valores individuais de cada pessoa, visto que cada um possui uma concepção diferente de encarar a vida¹⁵⁴. Assim, da mesma forma que existem pessoas que preferem morrer diante de situações terríveis de saúde, outras, nas mesmas situações, optam por viver, pois o peso que cada uma colocou em relação à vida, por exemplo, é diferente.

¹⁵² SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 97-118.

¹⁵³ *idem*, p. 107.

¹⁵⁴ Por isso, a manifestação da vontade do enfermo deve estar livre de qualquer vício, sendo ele, capaz de entender e discernir espontaneamente qualquer fato.

A legislação brasileira, todavia, deverá se adaptar a tal prática e exigir severas fiscalizações e punições a quem não cumprir, para não tornar as pessoas, principalmente os mais idosos, temerários aos médicos, por acreditarem que a qualquer momento poderão ser mortos por eles, a tal ponto de perguntarem aos médicos se tal injeção é para curá-lo ou para matá-lo.

Sendo bom ou ruim, a legislação deve adaptar-se as exigências da sociedade sob pena de se tornar ineficaz. Não se tem ao certo o número exato de pessoas que morrem com a prática da eutanásia, mas sabe-se que o número é bastante alto, principalmente se levar em consideração as condições precárias da saúde pública no Brasil. Logo, é fácil entender a prática da eutanásia, visto que a preferência para a destinação dos poucos recursos será para as pessoas cujo tratamento, em princípio, traga algum resultado positivo.

O problema da aceitação do “testamento de vida”, no caso da pessoa estar em estado inconsciente, está no fato, além dos já citados, de que tal opinião pode mudar com o passar do tempo, seja por acreditar em novos conceitos pertinentes a santidade da vida¹⁵⁵, seja por outros tantos motivos, como por exemplo, de querer viver mais para poder ver seus netos nascerem. E, se estiver inconsciente, não poderá expressar seus desejos e, estando legalizada a eutanásia, esta pessoa estará fadada à morte.

Frise-se, novamente que a eutanásia somente poderá ser aceita depois da análise minuciosa do caso concreto e da devida ponderação de interesses.

¹⁵⁵ Um exemplo é a crença de que a pessoa só atingirá o paraíso e viver bem depois da morte, se passar por intenso sofrimento. Quanto mais sofrimento antes da morte, mais fácil será chegar as portas do céu, quanto menos, mais próxima estará do inferno.

CONCLUSÃO

A presente monografia buscou esclarecer a problemática da eutanásia que a cada dia ganha mais força no mundo todo. Mas, é claro que, diante da complexidade do tema, sua análise não foi esgotada.

Sabe-se que a eutanásia não é um tema recente, visto que era praticada e discutida desde os tempos remotos, até mesmo antes de Cristo. A prática, no Brasil, é considerada crime, mas aos poucos o que se tem notado, é certa razoabilidade de forma a conceder tal prática a partir das peculiaridades do caso concreto.

O que não se pode negar é que, assim como o aborto, a eutanásia continua sendo praticada, mesmo com as proibições legais, daí porque se discutir uma forma ideal para a sua legalização ou não.

E, cabe aqui indagar, até que ponto é possível considerar a dignidade da pessoa como um princípio absoluto, que jamais pode sofrer restrição, frente ao direito igualmente supremo que é o direito à vida, este também reconhecido como um direito inerente ao homem e, portanto, indisponível. A restrição de tal princípio somente será possível sob a análise do caso concreto, com a devida ponderação de interesses.

Não se pode negar também que as diversas religiões exercem um papel de extrema importância, principalmente, para impedir a prática da eutanásia. Talvez, este seja o motivo principal para a sua não autorização.

Pode-se dizer, portanto, que a eutanásia somente poderá ser permitida, no Brasil, depois do estudo profundo do caso concreto, de modo a se realizar a devida ponderação de interesses.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROS, S. de T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. E ampl. – São Paulo: Ed. Malheiros, 1994.

BURGIERMAN, D. R. **O direito de morrer**. Pub. Revista Super Interessante, ano 15, nº 3, p. 42-50, março 2001.

CHADE, J. **Suíça proíbe eutanásia, mas autoriza a morte assistida**. Disponível em <http://www.tribunadonorte.com.br/antecedentes/2005/02/20/inter/inter1.html>, acesso em 17 set 2005.

COSTA, Jr. P. J. **Jornal O Estado de São Paulo**, pub. em 03/07/1990, p. 44

DODGE, R. E. F. **Eutanásia – Aspectos Jurídicos**. in *Revista Bioética*, vol. 7, nº1-1999.

DWORKIN, R. **Domínio da Vida – Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo. Trad. Jefferson Luiz Camargo: Fontes, 2004.

ESPÍNDOLA, R. S. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FAVERO, F. **Medicina Legal**. 11º ed. Ed. Itatiaia. São Paulo. 1980.

GAUTAMA, S. **A Doutrina de Buda**, trad. Jorge Anzai, São Paulo: Martin Claret, 2004.

GOLDIM, J. R. **Eutanásia**. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanasi.htm>
Acesso em 25 jul 2005.

GOLDIM, J. R. **Eutanásia e Distanásia: a problemática da bioética**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1862&p=2>. Acesso em 05/08/05

HORTA, Márcio Palis. **Eutanásia – Problemas éticos da morte e do morrer**, in Revista Bioética, vol. 7, nº1- 1999. Brasília, Conselho Federal de Medicina, 1999.

MARTIN, L. M. **Eutanásia e Distanásia**, in *Iniciação à Bioética*. Coordenadores COSTA, Sérgio Ibiapana Ferreira, et all. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

MARTIN, L. M. **Eutanásia e distanásia**. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/include/biblioteca_virtual/bioetica/Partellleutanasia.htm, acesso em 6 jul. 2005.

MORAES, A. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 176.

MORAES, M. C. B. de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PAGANELLI, W. **A eutanásia**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1861>, acesso em 25 jul 2005.

PESSINI, Leo. **A Eutanásia na Visão das Grandes Religiões Mundiais (Budismo, Islamismo, Judaísmo e Cristianismo)**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v7/eutvisao.htm>. Acesso em 21 agosto 2005.

SÁ, M. F. F. de. **Da relação médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade privada**. In: Biodireito. Maria de Fátima Freire de Sá (Coord.). Belo Horizonte: De Rey, 2002.

SANTOS, F. F. **Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana**. São Paulo, Celso Bastos, 1999.

SANTOS, M. C. C. L. **Transplante de órgão 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, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. rev. atual. ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.

SARMENTO, D. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SILVA, A. **A eutanásia ou o Direito de Viver – Portugal**. Disponível em http://www.suigeneris.pro.br/direito_dp_aeutanasia.htm, acesso em 25 jul 2005.

STEINMETZ, W. A. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.