

A EUTANÁSIA HOJE: UMA QUESTÃO DE HERMENÊUTICA À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

EUTHANASIA TODAY: A MATTER OF HERMENEUTICS IN THE LIGHT OF HUMAN
PERSON DIGNITY

Karina Pereira Benhossi¹

<http://lattes.cnpq.br/8422258752882441>

Priscila Caroline Gomes Bertolini²

<http://lattes.cnpq.br/8159498250465198>

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade abordar a problemática acerca da eutanásia no contexto atual, defendendo uma ponderação entre o direito fundamental à vida e o direito fundamental à liberdade, de acordo com o caso concreto, utilizando-se da dignidade da pessoa humana como fator de decisão. Os direitos fundamentais advêm de uma longa construção histórica de proteção do homem, encontrando-se hoje positivados na Constituição Federal. Em que pese a complexidade do tema e as variações doutrinárias a seu respeito, os direitos fundamentais podem ser interpretados de maneira bastante simples como sendo o núcleo de direitos sem os quais uma pessoa não vive, merecedores de proteção tanto no âmbito vertical das relações entre indivíduo e Estado, quanto nas relações horizontais entre os próprios indivíduos. Partindo-se da premissa irrefutável da “vida digna”, estando a morte inserida em seu ciclo biológico, não restam dúvidas de que esta segunda também precisa estar acompanhada pelo valor maior da dignidade da pessoa humana. Neste contexto, considerando-se o atual cenário do direito pátrio acerca da criminalização da prática da eutanásia, é que se defende a hermenêutica à luz da dignidade da pessoa humana, exercendo para tanto a vontade, autodeterminação e a liberdade papel preponderante para a diminuição do sofrimento de não poder ter a oportunidade de optar entre viver ou morrer com dignidade, porém com cautelas para se evitar uma possível coisificação da vida e do próprio ser humano.

PALAVRAS-CHAVE: Eutanásia; Hermenêutica; Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: This paper aims to approach the problematic concerning euthanasia nowadays, standing for a balance between the fundamental right to life and the fundamental right to freedom, according to the case, using the dignity of the human being as the main choosing factor. The fundamental rights come from a long historical construction of human's protection, which can be found today in the federal constitution. Despite the complexity of the theme and the variations in the doctrine about it, fundamental rights can be interpreted very simply as the core of rights without which a person can not live, deserving protection under

¹ Graduada e Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Advogada. Endereço eletrônico: <karinapb12@hotmail.com>.

² Graduada e Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Pós-graduanda em Direito Empresarial na Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada. Endereço eletrônico: <pri_bertolini87@hotmail.com>.

vertical relationships between individual and state, and horizontal relationships between individuals themselves. Based on the irrefutable premise of "dignified life" and the death being inserted in the life cycle, there is no doubt that death must also be accompanied by the greater value of the dignity of the human being. In this context, considering the present scenario of the national laws about the criminalization of euthanasia, there is the defense of the hermeneutic in the light of the dignity of the human being, to exercise his desirability, self-determination and freedom, which plays the main role in the reduction of the feeling of not having the opportunity to choose to live or to die with dignity, but with caution to avoid possible commodification of life and the human being himself.

KEY WORDS: Euthanasia; Hermeneutics; Dignity of the Human Being.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 apresenta um rol de direitos fundamentais, estejam eles previstos de maneira implícita ou explícita. Tais direitos resultam de uma longa construção histórica em busca de proteção do ser humano, direitos sem os quais não se vislumbra a existência humana. Inserido nesta gama de direitos fundamentais encontram-se o direito à vida e o direito à liberdade, que possuem especial relevância no estudo da eutanásia.

O princípio da dignidade da pessoa humana assume papel fundamental no tocante à eutanásia, que envolve questões relacionadas à vida e a morte, esta segunda como um acontecimento inevitável. Nesse contexto, é necessário considerar que os direitos fundamentais não podem ser revogados ou excluídos de maneira que, na hipótese de conflito, necessitam serem harmonizados para apresentação de uma solução.

Atualmente, tendo em vista a aceitação da autodeterminação e da autonomia nas questões existenciais, como o direito de viver ou morrer, defende-se como forma de exercício do direito de liberdade, a possibilidade de escolha por uma morte digna, considerando-se ser esta uma das etapas do ciclo biológico da vida. Apesar desta nova vertente de pensamento, a legislação nacional, especialmente o Código Penal apresenta-se em contrassenso uma vez que, apesar de não conter a expressão eutanásia de forma expressa, a sua prática é considerada crime.

Um dos grandes desafios enfrentados pelos defensores da eutanásia encontra-se naqueles que se posicionam de forma contrária, defendendo a impossibilidade de se considerar o direito à vida um direito subjetivo, além da multiplicidade de valores e questões complexas que envolvem o tema, como a defesa de determinadas ideologias e culturas, bem como os posicionamentos religiosos.

Nesse cenário envolverá questões peculiares e complexas, buscar-se-á, portanto, uma solução para a emblemática questão da eutanásia, onde a hermenêutica, ciência da interpretação, exercida principalmente pelo Poder Judiciário, deve ser invocada à luz da dignidade da pessoa humana a fim de analisar o caso concreto. Nesta missão, direitos e garantias individuais deverão ser ponderados na tentativa de cessar ou amenizar o sofrimento de todos aqueles que passam por situações onde a vida digna, ou até mesmo morte digna, seja a questão em pauta, eis que constitui função do direito ajustar-se à contemporaneidade, seja pela via legislativa, ou pela interpretação doutrinária e jurisprudencial.

O método utilizado no presente trabalho foi o teórico, constituindo-se na pesquisa de obras doutrinárias, artigos científicos, legislação nacional e documentos eletrônicos.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE

Muito se discute acerca dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e a necessidade de sua plena efetivação e concretização, o que contribuiria sobremaneira na solução de inúmeros problemas suportados pela sociedade. Pelo exposto, sem pretensão de exaurir o conteúdo que alberga os referidos direitos, pretende-se ao menos esclarecer e evidenciar o quão relevante se mostra o direito à liberdade, inserido no rol de direitos fundamentais.

Inicialmente, cumpre asseverar que os direitos fundamentais percorreram um longo trajeto até estarem expressa e implicitamente previstos na Constituição Federal exercendo assim grande força normativa. Os direitos em estudo emanam de uma construção histórica marcada pela necessidade de proteção do ser humano, seu bem-estar, do poder desfrutar uma existência digna, livre e igual, ou seja, com as mesmas oportunidades para todos. Neste sentido, infere-se que, “os direitos fundamentais, por serem fundantes, são prévios, isto é, ligados a um núcleo de valores antecedentes ao próprio Estado”³. Desta forma, salutar consignar a advertência de José Afonso da Silva no sentido de que

No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de

³ AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 103.

que a todos, por igual, devem ser , não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados⁴.

Ao entender de Ingo Wolfgang Sarlet os direitos fundamentais são

[...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à constituição material, tendo, ou não assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo)⁵.

Para Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, os direitos fundamentais “são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”⁶. A partir dessa perspectiva, infere-se que os sujeitos dos direitos fundamentais são tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas, possuindo eles uma posição privilegiada dentro do ordenamento jurídico, exercendo função de proteção do indivíduo.

Os direitos fundamentais podem ser interpretados como limitadores dos poderes do Estado, em função de sua incidência nas relações entre Estado e indivíduo, configurando a denominada eficácia vertical⁷. Além disso, discute-se a possibilidade de interferência desses direitos também nas relações interpessoais, onde a princípio, predomina o direito privado, mas que em consideração à possibilidade de agressão para com uma das partes da relação, especialmente a mais vulnerável, admite-se a eficácia horizontal direta e imediata⁸ dos direitos

⁴ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007, p. 178.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 91.

⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 46-47.

⁷ Sobre a eficácia vertical, compreende-se [...] “a forma clássica de aplicabilidade jurídica das normas constitucionais, oriunda de sua própria gênese, à medida que há intromissão direta do Poder Público, e dos demais entes que o compõem, junto ao direito privado, sob a justificativa de resguardar os bens e interesses particulares dos cidadãos”. POLARINI, Giovana Meire. A eficácia vertical e horizontal das normas de direitos fundamentais. In: GOZZO, Débora (Coord.). *Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

⁸ Daniel Sarmento explicita claramente a ideia de eficácia horizontal com a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, justificando que numa sociedade desigual, a incidência desses direitos é imprescindível, tendo em vista que as agressões não provem apenas do Estado, mas de uma

fundamentais, ou seja, a predominância desses direitos também nas relações privadas. Portanto, evidente e inegável a significativa importância dos direitos fundamentais no contexto atual, onde os indivíduos são desrespeitados constantemente, em diversas perspectivas, e impossibilitados muitas vezes de fazer valer direitos e garantias positivados na Constituição Federal.

Sob a ótica da imprescindibilidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, Gilmar Ferreira Mendes explana que

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático⁹.

Superada a questão relacionada ao grau de respeitabilidade dos direitos fundamentais, dentre eles é preciso destacar o direito fundamental à liberdade, que se desdobra em várias espécies de “liberdade”, espalhadas pelo texto constitucional. Tamanha relevância é conferida à liberdade que atribui-se inclusive a dignidade da pessoa humana como consequência daquela, considerando-a como “condição *sine qua non* para realização dos valores, portanto, guindada à garantia jurídica, indispensável na realização do homem ou impugnação de sua própria natureza de ser humano”¹⁰.

Como forma de situar a liberdade no atual contexto da eutanásia, é preciso considerar que o ser humano é livre para decidir sobre sua vida, atendendo a vontade que se perfaz no desejo de viver melhor, sem que isso ofenda a dignidade de outrem. A Constituição Federal assegura o direito à vida e à liberdade, que possui na autonomia um de seus meios de expressão. Não é possível afastar o direito do cidadão de ser informado acerca de suas

multiplicidade de atores privados presentes no âmbito familiar, empresarial, no mercado e na sociedade civil. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 223.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico* 10, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 de setembro de 2012.

¹⁰ ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006, p. 107.

efetivas condições de saúde e as alternativas de tratamento e sobrevivida, permitindo-lhe assim, optar por um menor sofrimento¹¹. Nesse contexto, para Robert Alexy,

Toda liberdade fundamental é uma liberdade que existe ao menos em relação ao Estado. Toda liberdade fundamental que existe em relação ao Estado é protegida, no mínimo por um direito garantido direta e subjetivamente, a que o estado não embarace o titular da liberdade no fazer aquilo para o qual é constitucionalmente livre¹².

Apesar da divisão doutrinária acerca da liberdade positiva e liberdade negativa¹³, importante consignar que o ser humano, pautado na dignidade da pessoa humana, possui o direito de reger seus próprios interesses, uma vez que se apresenta livre para compreender e sentir aquilo que lhe faz bem. Nessa senda, Norberto Bobbio, em um sentido político, entende a liberdade positiva como sendo

[...] a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer dos outros. Essa forma de liberdade é também chamada de autodeterminação ou, ainda mais propriamente, de autonomia¹⁴.

Analisando as circunstâncias enfrentadas, não há como deixar de observar que toda a fundamentação aplicada para defender a vida com dignidade, prevalência dos direitos fundamentais, liberdade e autodeterminação, deve ser logicamente estendida para o momento da morte, já que constitui parte integrante do círculo de acontecimentos experimentados pelo ser humano e que merece toda a atenção necessária, a fim de impossibilitar qualquer forma de agressão a direitos e garantias fundamentais.

1.1 A autodeterminação *versus* o risco da coisificação humana

¹¹ PEREIRA, Tânia da Silva. O direito à plenitude da vida e a possibilidade de uma morte digna. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 3.

¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 234.

¹³ Acerca da liberdade negativa e liberdade positiva pondera-se: “[...] agregada à própria natureza do ser humano, não só a liberdade de, empregada no sentido negativo, suposta como ausência de limitações ou coação, mais ainda, a liberdade para, no seu aspecto positivo, merece uma pesquisa mais apropriada”. ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006, p. 106.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 5. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 51.

Inserto na tratativa do direito fundamental à liberdade, o tema relacionado à autonomia - autodeterminação e o livre desenvolvimento da personalidade implica grandes debates, sobretudo, por tratar de questões tão peculiares que envolvem, por vezes, crenças, ideologias, vontade e intimidade de cada indivíduo. Importante consignar nesse contexto, que “a autonomia privada na contemporaneidade assumiu feições que ultrapassam o viés estritamente patrimonial [...]”¹⁵ sendo possível hoje estudar o caráter existencial da autonomia privada.

Na atualidade, tem-se que o direito fundamental à liberdade precisa ser interpretado da forma mais pura possível, evitando-se interferências e abrindo espaço para decisões pessoais. Apesar do exposto, embora haja uma tendência voltada à autodeterminação e possibilidade de disposição de determinados direitos, é necessário ponderar as possíveis consequências que tais atos podem implicar, justamente em função da liberdade desmesurada, diante de uma sociedade cada vez mais sem “limites”. É nesse contexto que Fernanda Borghetti Cantali consigna

Atualmente, a autonomia persiste como um princípio básico da ordem jurídica, conferindo aos particulares o poder de disposição sobre seus interesses; todavia, não é mais considerada como um poder absoluto, onde a vontade reina de forma ilimitada. Impondo limites, restringiu-se a esfera de livre atuação dos privados. Embora limitados, conferiu-se um âmbito de incidência mais abrangente aos atos de autonomia, os quais passaram a ter trânsito também nas situações subjetivas existenciais”¹⁶.

Discute-se, portanto, a autodeterminação pessoal e liberdade, mas ao mesmo tempo denota-se o perigo da ausência de limites para determinados atos, de maneira que a problemática deságua na questão dos “[...] limites para a admissibilidade do poder de disposição e a metodologia que deve ser empregada para a solução dos casos concretos que envolvem colisões de direitos fundamentais em uma mesma pessoa”¹⁷. A Constituição Federal, de forma direta ou indireta, dentre outros, prevê em seu texto o direito à vida, à

¹⁵ PENALVA, Luciana Dadalto; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 58.

¹⁶ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 204.

¹⁷ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 201.

liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade patrimonial¹⁸, de modo que estes, enquanto direitos fundamentais, não podem ser revogados ou excluídos e, na hipótese de conflito necessitam de ponderação, harmonizando-se para solução do caso concreto. Neste cenário é que considera-se como requisito para validade do ato de disponibilidade, que esta “deverá sempre estar atrelada ao ato voluntário, consciente e que respeite os limites da sociabilidade e ordem pública, e o limite dos limites que é o respeito ao núcleo mínimo da dignidade da pessoa humana”¹⁹.

Ao mesmo tempo em que no cenário atual de desenvolvimento de novas tecnologias, principalmente no que diz respeito ao prolongamento da vida, defende-se uma nova abordagem acerca da eutanásia, possibilitando que aquele que padece de sofrimento atroz, tenha o poder de dispor sobre sua vida, consentindo com sua abreviação, seja deixando a morte seguir seu curso natural, ou mesmo optando por uma antecipação da morte de forma indolor, é preciso reconhecer a dimensão do problema e tomar os cuidados necessários para que não se abra precedente para o descarte do feio, do velho e do enfermo e sim garantir-lhes apoio em sua vulnerabilidade²⁰.

Por todo o exposto, salta aos olhos a necessidade de uma rigorosa sistematização das formas de eutanásia com o que se impediria, ou ao menos, colocaria sob reserva, algumas práticas. É preciso estabelecer segurança no tratamento da eutanásia, partindo de uma efetiva compreensão primeiramente acerca do que consiste a morte digna, exercendo o direito papel de relevante importância nessa missão, a resguardar a autonomia de decisão do indivíduo, impedindo ao mesmo tempo, a sua coisificação.

2 A EUTANÁSIA HOJE

Para iniciar uma abordagem acerca da eutanásia, no contexto atual, necessário consignar a ideia de que a vida é sim um direito inviolável e indisponível, não sendo possível, porém, rechaçar a problemática envolvendo o direito de morrer com dignidade, em se tratando de pacientes terminais ou com deficiências extremas, que submetidos a sofrimento desumano

¹⁸ Art. 5º da Constituição Federal: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

¹⁹ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 152.

²⁰ MINAHIM, Maria Auxiliadora. O direito e o dever de morrer: a complexidade de um tema. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 223.

buscam a morte como uma saída digna²¹, já que o direito à vida digna compreende a morte digna.

Atualmente, o que se observa é que o caráter absoluto da vida não é mais interpretado de forma tão radical, tanto o é, que na contramão da ideia de “absolutividade” da vida, a Constituição Federal, de forma expressa, traz em seu art. 5º, XLVII, exceção ao referido direito à vida, com a autorização da pena de morte na hipótese de guerra declarada. Desta forma, tem-se que o modo de agir ético, deve ser pautado pelos princípios bioéticos e pelo direito, tomando como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana²².

Apesar da existência de corrente doutrinária no sentido de que “a disponibilidade da própria vida não pode ser tolerada como um direito subjetivo, por ser a vida um bem indisponível”²³, no momento atual de desenvolvimento é preciso aceitar que a vida possui outras dimensões que não somente existir e respirar, devendo o direito pautar-se no bem-estar do ser humano; motivo que leva a considerar que o prolongamento da vida somente se justifica quando do oferecimento de algum benefício²⁴. Pelo exposto, diante da escassa regulamentação acerca do tema no ordenamento pátrio, é preciso buscar um equilíbrio jurídico e doutrinário.

O direito fundamental à vida precisa caminhar ao lado da dignidade que também encontra previsão no texto constitucional, art. 1º, inciso III, justificando a assertiva de que o dever de dignidade tem que acompanhar a pessoa até mesmo no momento de sua morte, e assim autorizando a pessoa a reivindicar uma morte digna, ou seja, recusar-se a submeter a tratamentos que não possibilitarão a cura ou melhora, apenas prolongarão o sofrimento. Neste sentido é que Fernanda Borghetti Cantali consigna que “se não há dignidade sem vida também não deve haver vida sem dignidade”²⁵. E ainda, Gisele Mendes de Carvalho assinala:

Convém que se substitua aqui o princípio da sacralidade da vida humana, segundo o qual esse bem jurídico se apresenta como uma magnitude absoluta e intangível, pelo da qualidade de vida, que considera a capacidade do indivíduo de relacionamento e comunicação, e não sua simples existência

²¹ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 177.

²² MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira Moreira; PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. Notas fundamentais do conceito de vida humana. In: XVII Encontro Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília. Anais do XVII Encontro Nacional do CONPEDI Brasília/DF, 2008.

²³ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 7. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 439.

²⁴ CAMILO, Andryelle Vanessa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Da eutanásia – efetivação dos direitos da personalidade e causa suprallegal de excludente de ilicitude. In: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2009, Maringá. Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI Maringá/PR, 2009.

²⁵ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 182.

biológica. Assim, se a vida está sendo mantida através de instrumentos, deixa de ser um dado da realidade e transforma-se num mero artifício²⁶.

Na tratativa do tema eutanásia, insta salientar que a morte precisa ser interpretada como um processo, um fenômeno progressivo, não passível de ser identificado temporalmente, embora possível de ser diagnosticado, considerando-se nesse sentido como critério, a morte encefálica²⁷. Etimologicamente, enquanto a morte do latim *mors*, *mortis*, de *mori* (morrer), exprime, geralmente, a cessação da vida do animal ou do vegetal, a eutanásia é definida como a boa morte, a morte calma, a morte doce e tranquila, sendo derivada do grego *eu* (bom) e *thanatos* (morte)²⁸. Nesta modalidade de morte assistida, a morte é provocada em paciente de forma antecipada, pelo fato de sua doença se apresentar irreversível ou terminal, por pedido próprio ou de seus parentes, tendo em vista o alto grau de sofrimento e a inutilidade do tratamento médico, com justificativa nos fins humanísticos²⁹. De maneira sintética é tida como ação ou omissão praticada com o objetivo de acarretar ou apressar a morte de alguém, abreviando o seu sofrimento³⁰.

Importa consignar, que a eutanásia se divide em ativa e passiva, de maneira que, enquanto no primeiro caso, conforme anteriormente exposto, a conduta incide na realização de atos positivos no intuito de dar a morte a um enfermo terminal, no outro, consiste em uma não-iniciação ou na interrupção de um tratamento determinado, pela abstenção de métodos e aparelhos que constituem um prolongamento da vida³¹. Neste segundo caso, está-se a falar da ortotanásia, hipótese em que o médico deixa de ministrar remédios que prolonguem artificialmente a vida da vítima, portadora de enfermidade incurável, em estado terminal e irremediável³². Na ortotanásia há concordância ao “desígnio biológico, sem desnecessárias interferências externas, com repúdio a abusos e sofrimentos”³³.

²⁶ CARVALHO, Gisele Mendes de. A Eutanásia no Anteprojeto de Código Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 8, n. 99, p. 15, fev. 2001.

²⁷ COCICOV, Giovanny Vitório Baratto. Ortotanásia: contribuições dos direitos de personalidade à dignidade da morte. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 8, n. 1, p. 63-79, jan./jun. 2008, p. 66.

²⁸ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro, 1999.

²⁹ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Patrimônio genético humano – e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 195.

³⁰ CAMILO, Andryelle Vanessa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Da eutanásia – efetivação dos direitos da personalidade e causa supralegal de excludente de ilicitude. In: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2009, Maringá. *Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI Maringá/PR*, 2009.

³¹ CARVALHO, Gisele Mendes de. A Eutanásia no Anteprojeto de Código Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 8, n. 99, p. 15, fev. 2001.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 579.

³³ COCICOV, Giovanny Vitório Baratto. Ortotanásia: contribuições dos direitos de personalidade à dignidade da morte. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 8, n. 1, p. 63-79, jan./jun. 2008, p. 70.

Acerca da ortotanásia, importante destacar que, apesar da ausência de positivação expressa a seu respeito no ordenamento pátrio, a Resolução n.º 1.805 do Conselho Federal de Medicina (CFM) que entrou em vigor no dia 28 de novembro de 2006 regulamentou, no âmbito disciplinar, a chamada “limitação do esforço terapêutico” dispondo em seu art. 1º, *caput* que: “é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”. No entanto, a referida Resolução teve seus efeitos suspensos, por meio de uma decisão liminar nos autos da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara Federal, movida pelo Ministério Público Federal. Em busca de uma solução para o caso, fora aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado, o Projeto de Lei do Senado n.º 116, de 2000, que descriminaliza a conduta do médico que deixa de fazer uso de meios desproporcionais e extraordinários em paciente terminal, desde que com a observância de alguns requisitos.³⁴

Internacionalmente, é possível exemplificar a conduta do Papa João Paulo II, que escolheu interromper todas as ingerências alternativas para a sua sobrevivência e optou receber apenas medicação que suavizasse sua dor, preferindo, permanecer em sua residência, no Vaticano. Contrariamente à ideia de vida em sentido absoluto e intangível, a ortotanásia tem sido vista com bons olhos, somente ocorrendo nos casos em que não há mais esperanças, pois todos os tratamentos eficazes já foram utilizados, e apesar disso, a morte é certa.

Além da distinção da eutanásia passiva e ativa, envolta na problemática da morte digna, está a distanásia procedimento que possui significado contrário à eutanásia e consiste em uma obstinação terapêutica onde a morte é lenta, com forte sofrimento, tanto para a vítima quanto para os familiares, apresentando-se a medicina desvirtuada³⁵. A prática da distanásia, não encontra respaldo na Constituição brasileira, se opondo para tanto, ao princípio da dignidade da pessoa humana³⁶. Além do que, a obstinação terapêutica, em busca por uma cura

³⁴ Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 136-A:

Art. 136-A. Não constitui crime, no âmbito dos cuidados paliativos aplicados a paciente terminal, deixar de fazer uso de meios desproporcionais e extraordinários, em situação de morte iminente e inevitável, desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

§ 1º A situação de morte iminente e inevitável deve ser previamente atestada por 2 (dois) médicos.

§ 2º A exclusão de ilicitude prevista neste artigo não se aplica em caso de omissão de uso dos meios terapêuticos ordinários e proporcionais devidos a paciente terminal.

³⁵ CAMILO, Andryelle Vanessa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Da eutanásia – efetivação dos direitos da personalidade e causa suprallegal de excludente de ilicitude. In: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2009, Maringá. Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI Maringá/PR, 2009.

³⁶ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Patrimônio genético humano – e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 197.

que não existe, contra a vontade do paciente, caracteriza ainda tratamento desumano, que encontra proibição expressa na Constituição Federal, pelo que se observa da análise do art. 5º, inciso III.

No que diz respeito à eutanásia ativa, no ordenamento pátrio esta prática é incriminada, ainda que o termo eutanásia não seja utilizado especificamente. Considera-se que é a complexidade do tratamento jurídico-penal conferido à eutanásia e seus inúmeros questionamentos de ordem humana, social, ideológica e ética que circundam o seu debate, são os responsáveis pela “impropriedade da regulamentação do instituto em face do atual Código Penal, como homicídio perpetrado por motivo de relevante valor moral (art. 121, §1º)”³⁷.

Apesar do atual estágio de criminalização da eutanásia, está em tramite no Senado o Anteprojeto de Reforma do Código Penal, buscando-se uma releitura do sistema penal à luz da Constituição de 1988 e dos tratados e convenções internacionais, fixando sanções mais brandas para a eutanásia ativa direta. O art. 122³⁸ do referido anteprojeto faz menção expressa a eutanásia de maneira que no *caput*, é tipificada a conduta imputando pena de prisão de dois a quatro anos para o agente e no parágrafo primeiro, consigna-se que o juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso e ainda a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima. A reforma em análise ainda elenca como causa excludente de ilicitude a prática da eutanásia passiva, ou ortotanásia. Por esta proposta de novo tratamento em questões relacionadas à eutanásia, apesar de se entende-la correta, em linhas gerais, há posicionamento no sentido de ressaltar a impossibilidade de descriminalização da conduta, eis que a liberdade individual não constitui valor passível de ser considerado isoladamente, a ponto de possibilitar a disposição da própria vida³⁹.

As questões envolvendo a morte digna reivindicam especial tratamento considerando-se a fragilidade natural do processo de desvinculação à existência terrena⁴⁰ e

³⁷ CARVALHO, Gisele Mendes de. A Eutanásia no Anteprojeto de Código Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 8, n. 99, p. 15, fev. 2001.

³⁸ Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§ 1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Exclusão de ilicitude

§ 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

³⁹ CARVALHO, Gisele Mendes de. A Eutanásia no Anteprojeto de Código Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 8, n. 99, p. 15, fev. 2001.

⁴⁰ COCICOV, Giovanni Vitório Baratto. Ortotanásia: contribuições dos direitos de personalidade à dignidade da morte. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 8, n. 1, p. 63-79, jan./jun. 2008, p. 75.

não há dúvidas de que a criminalização, ou não da eutanásia, bem como os debates em seu entorno dividem opiniões. O cenário de dúvidas se acentua diante das novas feições assumidas pela eutanásia “em decorrência dos recursos médico-científicos da atualidade, que permitem o prolongamento da vida, ainda em seu estágio terminal, por longos períodos, mas com severo comprometimento de sua qualidade”⁴¹. A doutrina acerca do tema pondera que “[...] longe de estar resolvida a questão, é preciso considerar que muitos aspectos de ordem religiosa estão envolvidos na discussão do tema. Por tal razão, dificilmente, em breve tempo, haverá solução legal para a eutanásia (ou ortotanásia no Brasil)”⁴².

Em alguns países da Europa, como exemplo a Holanda, a eutanásia não mais figura como crime⁴³. Nacionalmente, há quem defenda a eutanásia como causa supralegal de excludente de ilicitude, com fundamento em que:

[...] não é porque a eutanásia permite a abreviação da vida, em seu sentido fisiológico, que guarda correspondência com condutas penalmente tipificadas. O direito deve servir ao homem e seus operadores devem estar sensíveis à realidades sociais nas quais estão inseridos⁴⁴.

Apesar da mudança de paradigma, das divergências ideológicas e da falta de regulamentação precisa no ordenamento pátrio, o que realmente tem relevância é o fato de que a cada dia com maior frequência questões relacionadas à morte digna, ao direito de morrer, direito de liberdade e autodeterminação, batem às portas do Judiciário, buscando uma solução, que precisa ser apresentada pelo direito, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

3 O PROBLEMA DA EUTANÁSIA NA ATUALIDADE: UMA QUESTÃO DE HERMENÊUTICA À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O direito fundamental à vida todas as vezes que estudado sob o prisma de uma “vida digna” e conseqüentemente “morte digna”, é considerado ponto de partida para grandes discussões acerca do conteúdo e carga valorativa da dignidade da pessoa humana, bem como,

⁴¹ BARBOZA, Heloisa Helena. Autonomia em face da morte: alternativa para a eutanásia? In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 31.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 580.

⁴³ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial v. 2* (arts. 121 a 212). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56.

⁴⁴ CAMILO, Andryelle Vanessa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Da eutanásia – efetivação dos direitos da personalidade e causa supralegal de excludente de ilicitude. In: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2009, Maringá. Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI Maringá/PR, 2009.

da relevância dos direitos fundamentais que embasam o núcleo mínimo de proteção do indivíduo. Posto isso, cumpre mencionar neste momento, que a eutanásia diz respeito a uma questão complexa, vez que envolve uma multiplicidade de direitos, valores, crenças e ideologias, o que dificulta demasiadamente a possibilidade de se chegar a um consenso acerca de sua aceitação ou reprovação. Entretanto, imprescindível a busca de uma solução para essa problemática, de modo que a hermenêutica, pautando-se na dignidade da pessoa humana, pode apresentar a resposta para os casos concretos fazendo com que o direito consiga de alguma forma acompanhar os fatos sociais.

Para uma efetiva compreensão de questões relacionadas à vida digna e morte digna, importante consignar que a história enfrentou uma série de percalços até a efetiva concretização da dignidade da pessoa humana como um valor supremo a ser respeitado, conforme se depreende da análise de importantes documentos legislativos, como a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Os referidos documentos resultaram do intenso sofrimento humano em função da Guerra sem limites, que tanto agrediu os direitos e valores intrínsecos do ser humano. Nestes documentos restou assentado o respeito aos direitos fundamentais do homem e o fato de que todos são livres e iguais em dignidade e direitos⁴⁵.

O ordenamento jurídico pátrio se perfaz tendo como princípio primeiro a dignidade humana em seu ápice, pautada nos direitos fundamentais que propiciam a proteção específica ao ser humano. Ela é “o valor fundante do Estado brasileiro (art. 1º, inciso III) e inspirador da atuação de todos os poderes do Estado e do agir de cada pessoa. Tal valor está presente, de modo expreso ou implícito, em todas as partes da Constituição”⁴⁶. Nessa perspectiva, é possível inferir que a dignidade humana é o princípio norteador que sustenta o ordenamento jurídico, como na concepção de Luiz Edson Fachin, em que constitui o

princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a ideia de predomínio do individualismo atomista do Direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo

⁴⁵ Pelo Preâmbulo da Carta das Nações Unidas e o artigo 1º da Declaração Universal dos direitos Humanos, é possível evidenciar a origem e o fundamento da dignidade da pessoa humana, resultado de um período de sofrimento que se converteu na proteção de um direito “maior” do ser humano, isto é, o respeito à sua dignidade humana.

⁴⁶ FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 207.

preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata⁴⁷.

A dignidade da pessoa humana se mostra tão profunda, que pode ser considerada como o elemento primordial na existência do ser humano. É capaz de propiciar a igualdade, a liberdade na vivência das culturas, na defesa de ideologias, bem como na vontade individual de conduzir a vida e traçar o caminho que for mais conveniente conforme a escolha de cada ser humano.

Os valores que cada pessoa possui, são precursores para a regulamentação da proteção humana por meio do direito. Nas palavras de Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão,

Os valores humanos influenciaram na realização do direito, sobretudo na dignidade humana e na autonomia ética da pessoa humana. Sem os valores que norteiam as virtudes humanas, na essência de seu espírito, a sociedade não seria justa e nem humana. Por isso, a pessoa humana é a essência do direito, por possuir algo especial, o seu mundo espiritual e sua capacidade de amar, que o eleva superior ao mundo da matéria⁴⁸.

Ressalte-se que o ser humano e seu bem-estar são fatores que impulsionam o respeito aos direitos e princípios tanto explícitos como implícitos na Constituição Federal. Portanto, a dignidade humana não deve ser vista como uma mera previsão constitucional, pois ela resguarda um conteúdo muito mais amplo e profundo, que na lição de Ingo Wolfgang Sarlet representa

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida⁴⁹.

⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 191.

⁴⁸ FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Direito e axiologia – o valor da pessoa humana como fundamento para os direitos da personalidade. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 7, n. 1, p. 57-80, jan./jun. 2007, p. 61.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67.

Somente colocando em evidência a dignidade da pessoa humana, é que se fará possível o projeto existencial de cada ser humano, sujeito de deveres, porém detentor de direitos, dentre os quais se inclui a liberdade, a fim de que se possa decidir sobre seu destino, tendo a chance de escolher entre o céu, a água e o mar⁵⁰.

O ser humano possui a autonomia suficiente para regular os próprios interesses, e tê-los respeitados, pois de que adianta ter a vida, mas sofrer agressões por meio dela, em função do desrespeito a culturas, ideologias, valores e condutas ora adotados por cada indivíduo.

Seja qual for a situação, “no convívio social, seus pensamentos, ações e o próprio comportamento têm que ser respeitados, desde que não prejudiquem ou firam a dignidade de outro e de si mesmo. É a liberdade de imagem, de intimidade e de consciência que, também, constituem a sua dignidade”⁵¹.

Sob o enfoque do resguardo à pessoa humana, é que se identifica a necessidade de observar as situações em cada caso concreto, respeitando, sobretudo, a vida em consonância com a vontade e o bem-estar do ser humano. Nessa perspectiva, colaciona-se a lição de Ingo Wolfgang Sarlet

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Tudo, portanto, converte no sentido de que também para a ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as conseqüências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa, embora esta, à evidencia, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo (de exclusão de atos degradantes e desumanos), já que assim se estaria a restringir demasiadamente o ambiente de proteção da dignidade⁵².

Partindo da premissa que defende a necessidade de uma análise peculiar e específica do caso concreto acerca da eutanásia, faz todo o sentido inserir a hermenêutica como uma peça fundamental para a solução de conflitos tão emblemáticos e atuais, que envolvem, logicamente a vida humana em conjunto com a dignidade. Neste sentido, tem-se que “para a

⁵⁰ COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. *Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 67, ano 17, p. 214-243, abr.-jun. 2009, p. 219.

⁵¹ SPINELLI, Ana Cláudia Marassi. *Dos direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana*. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 8, n. 2, p. 369-382, jul./dez. 2008, p. 378.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 66.

solução de *hard cases*, necessário lançar mão de critérios de solução, o que perpassa, inevitavelmente, pelo esforço hermenêutico dos operadores do direito”⁵³.

Por hermenêutica entende-se o ato de interpretar a lei, extraindo o significado do que o conteúdo da própria lei exprime. Na visão de André Franco Montoro

As leis são formuladas em termos gerais e abstratos, para que possam estender a todos os casos da mesma espécie. Passar do texto abstrato ao caso concreto, da norma jurídica ao fato real, é tarefa do aplicador do direito, seja ele juiz, tabelião, advogado, administrador ou contratante. Nessa tarefa, o primeiro trabalho consiste em fixar o verdadeiro sentido da norma jurídica e, em seguida, determinar o seu alcance e extensão⁵⁴.

O debate acerca da eutanásia envolve uma série de questões complexas, tendo em vista as controvérsias que impossibilitam o alcance de um consenso sobre sua aceitação ou regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, denota-se que o Poder Judiciário representa a chave para a solução de debates como a eutanásia, e portanto, ele não pode ficar inerte em face da sociedade. A Constituição deve ser então o meio pelo qual o Supremo Tribunal Federal deve se amparar a fim de extrair os princípios e fundamentos que embasam o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Lenio Luiz Streck entende que

Concebe-se ao Poder Judiciário (*lato sensu*, entendido aqui como justiça constitucional) uma nova inserção no âmbito das relações dos Poderes do Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais⁵⁵.

Ao ser o responsável por proferir a última palavra, o Supremo Tribunal Federal tem como obrigação precípua a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana por meio da hermenêutica aplicada a cada caso concreto. Dessa forma, observa-se que “é função da hermenêutica estabelecer caminhos para que a objetividade possa imperar em detrimento

⁵³ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 244.

⁵⁴ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 429.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 156.

da subjetividade e, assim que o juiz não crie soluções ou entendimentos próprios que sejam contrários à própria norma ou espírito da mesma”⁵⁶.

Há que se ter em mente que a legislação deve ser aplicada, contudo, é preciso uma análise verticalizada a respeito da essência de caso em concreto, a fim de que se faça uma interpretação pautada no texto da Constituição⁵⁷, observados todos os princípios, valores e garantias que protegem o indivíduo, e que por meio da imposição do Supremo Tribunal Federal, passa a ter maior força normativa, haja vista ser o órgão de maior destaque, importância e excelência do Poder Judiciário. Por essa perspectiva,

[...] a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico. Alerta-se, entretanto, que a Constituição não pode ser entendida como um ente disperso “no mundo”. *Tampouco pode ser entendida como uma espécie de topos conformador/subsuntivo da atividade interpretativa, o que igualmente seria resvalar em direção à metafísica, ocultando a diferença ontológica.* Dizendo de modo mais simples: é preciso ter claro que o sentido do ser de um ente não pode ser constitutivo do sentido do ser de outros entes⁵⁸.

A Constituição não possui apenas o dever único de ser cumprida e aplicada, mas o poder de fundamentar os direitos que precisam ser modificados e adaptados conforme a evolução da sociedade. Não é justo que se viva num Estado, onde o órgão supremo de decisão não se permita a coadunar com o problema enfrentado por inúmeras pessoas enfermas, além de amigos e entes familiares que sofrem por não terem a chance de desenvolver sua autodeterminação e liberdade de escolha sobre um fato extremamente importante para cada indivíduo. Trata-se da vida e da morte em consonância com a dignidade humana. Os tribunais não podem se privar de pacificar algo tão relevante para a sociedade.

É óbvio que há uma complexidade em decidir sobre situações tão extremistas, isto é, para aqueles que não defendem a eutanásia, o seu ato é considerado abominável e tipificado como um crime, conforme prescrição em lei, mas é preciso enfrentar a questão. São direitos

⁵⁶ GONÇALVES, Baptista Antonio. A nova hermenêutica ante o neoconstitucionalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 77, ano 19, p. 11-39, out.-dez. 2011, p. 13.

⁵⁷ Por esta ótica, observa-se a importância da Constituição como efetivação e resguardo dos direitos, garantias e valores individuais, permitindo ser o substrato tanto para a criação de novas leis, como para impedir julgamentos desconformes com o texto constitucional. Para Lenio Luiz Streck “[...] a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), *é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram ou (tentam retirar) conquistas da sociedade*”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 257.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 249.

fundamentais que estão em evidência, e a observância da dignidade da pessoa humana pode fazer cessar inúmeras controvérsias que impedem a pacificação do conflito⁵⁹.

Para Fernanda Borghetti Cantali, “diante da colisão de direitos fundamentais, somente no caso concreto, lançando mão do princípio da proporcionalidade, se poderá optar pelo bem constitucionalmente preponderante, servindo a dignidade humana de valor guia para a tomada de decisão”⁶⁰.

Ao falar da eutanásia, albergam-se também direitos da personalidade, e conforme dito alhures, é preciso que haja o seu livre desenvolvimento. Contudo, nos dizeres de Elimar Szaniawski “os limites do direito geral de personalidade são fixados, em cada caso concreto, através da ponderação de bens e interesses postos em litígio, aplicando-se o princípio da proporcionalidade”⁶¹.

Por todo o exposto, tem-se que diante da colisão de princípios, a hermenêutica possui papel decisivo na análise do caso concreto, eis que o intérprete irá ponderar bens, valores e interesses pautados na proporcionalidade e razoabilidade. Nessa atividade hermenêutica uma vez detectada a colisão, acaba-se por privilegiar um direito fundamental em detrimento de outro, porém buscando desrespeitar o mínimo possível aquele que restou prejudicado e pautando a escolha na constante elevação do princípio da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo ser humano é detentor de garantias e direitos fundamentais que merecem ser estritamente respeitados, dentre eles, credores de especial destaque neste trabalho o direito fundamental à vida e à liberdade.

No cenário atual referente à problemática da eutanásia, por vezes valores envolvendo a vida e a liberdade poderão entrar em colisão de maneira que à luz da dignidade da pessoa humana, em visível ponderação de valores, uma resposta deverá ser apresentada para o caso concreto.

⁵⁹ Nesse sentido, Humberto Ávila salienta importante contribuição sobre a aplicação de regras e princípios: “[...] na aplicação do postulado da razoabilidade, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Constitucional Alemão têm deixado muitas vezes de aplicar uma regra, por entender que os princípios materiais superiores que determinam a não-aplicação da regra (dignidade humana e liberdade, por exemplo) são “mais importantes” do que os princípios formais que prescrevem a obediência incondicional à regra (segurança jurídica e certeza do Direito, por exemplo). ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed., rev São Paulo: Malheiros, 2010, p. 131-132.

⁶⁰ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 183.

⁶¹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, p. 106.

Diante das modernas tecnologias no âmbito da medicina, não há como permanecer atrelado somente ao posicionamento doutrinário que refuta de qualquer forma a conceituação do direito à vida enquanto direito subjetivo, de maneira a impossibilitar ao seu titular a escolha entre viver ou morrer, quando a dignidade há muito não mais se encontra presente. Nesse sentido, defende-se que a vida precisa ser considerada enquanto houver dignidade, e se esta deixar de existir, que ao menos seja ao indivíduo possibilitada uma morte digna.

Registre-se que embora o direito ao exercício da liberdade seja um direito fundamental, não se pode olvidar do possível risco da coisificação humana, sendo imprescindível o respeito à dignidade da pessoa humana e o estabelecimento de parâmetros claros, como forma de valorizar o indivíduo como pessoa que é.

Tendo em vista a função precípua do direito de acompanhar os fatos sociais, a hermenêutica ocupa papel de relevante destaque ainda mais no cenário do ordenamento pátrio em que a eutanásia encontra-se tipificada no Código Penal. É tarefa, principalmente do Poder Judiciário, invocar a legislação e interpretar normas, eis que por meio delas, se possibilita uma resposta ao caso concreto harmonizando e ponderando os direitos envolvidos a fim de preservar a dignidade da pessoa humana, princípio este considerado supremo sob o qual está pautado todo o ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Patrimônio genético humano – e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Editora Método, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARBOZA, Heloisa Helena. Autonomia em face da morte: alternativa para a eutanásia? In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 5. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

CAMILO, Andryelle Vanessa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Da eutanásia – efetivação dos direitos da personalidade e causa supralegal de excludente de ilicitude. In: XVIII

Encontro Nacional do CONPEDI, 2009, Maringá. Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI Maringá/PR, 2009.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial v. 2* (arts. 121 a 212). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Gisele Mendes de. A Eutanásia no Anteprojeto de Código Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 8, n. 99, p. 15, fev. 2001.

COCICOV, Giovanni Vitório Baratto. Ortotanásia: contribuições dos direitos de personalidade à dignidade da morte. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 8, n. 1, p. 63-79, jan./jun. 2008.

COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 67, ano 17, p. 214-243, abr.-jun. 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 7. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Direito e axiologia – o valor da pessoa humana como fundamento para os direitos da personalidade. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 7, n. 1, p. 57-80, jan./jun. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico* 10, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 de setembro de 2012.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. O direito e o dever de morrer: a complexidade de um tema. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira Moreira; PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. Notas fundamentais do conceito de vida humana. In: XVII Encontro Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília. Anais do XVII Encontro Nacional do CONPEDI Brasília/DF, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PENALVA, Luciana Dadalto; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

PEREIRA, Tânia da Silva. O direito à plenitude da vida e a possibilidade de uma morte digna. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENEZES, Rachel Aisengart; PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

POLARINI, Giovana Meire. A eficácia vertical e horizontal das normas de direitos fundamentais. In: GOZZO, Débora (Coord.). *Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 38-56.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro, 1999.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007.

SPINELLI, Ana Claudia Marassi. Dos direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 8, n. 2, p. 369-382, jul./dez. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.