

CRIZIANY MACHADO FELIX

**DIREITO DE VIVER E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:
BREVES REFLEXÕES SOBRE A EUTANÁSIA PASSIVA
(UM ESTUDO DO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO)¹**

*Morrer é dormir. Nada mais.
E por um sonho, diremos, as aflições se acabarão e as dores sem número,
patrimônio da nossa débil natureza.
Isto é o fim que deveríamos solicitar com ânsia.
Morrer é dormir... E talvez sonhar.
(William Shakespeare, *Hamlet*, ato III).*

Considerações iniciais

A morte descrita por Shakespeare, cujo fragmento se encontra supramencionado, é desejada por muitos no mundo contemporâneo, porquanto esta mudou seu caráter, não é mais uma morte domiciliar rodeada das pessoas queridas. Atualmente, a morte dá-se ora antes de termos um tratamento digno; ora em meio a tratamentos que gostaríamos de nos furtar.

No contexto brasileiro, as pessoas menos afortunadas financeiramente, que, raramente têm acesso às modernas tecnologias, morrem, muitas vezes, na espera de uma chance de consultar um médico; é a “eutanásia social”, a mistanásia. Os mais privilegiados economicamente têm à sua disposição uma larga gama de tratamentos, que, por vezes, são extremamente úteis, outras, acarretam apenas a morte longe da família, longe dos amigos, longe do calor humano e próximo do frio das máquinas hospitalares. Esse paradoxo deve-se, em boa parte, ao progresso geométrico da ciência e tecnologia na área médica e das demais ciências da vida.

Para muitas pessoas, a disponibilidade da medicina de alta tecnologia para “consertar” as marcas da vida é uma fonte de esperança e consolo. Para outras, são tratamentos fúteis que podem acarretar males maiores do que benefícios. Porém, é comum

¹ Este artigo consiste numa versão revista, condensada e atualizada do artigo intitulado “Eutanásia passiva: breves reflexões acerca do respeito à dignidade da pessoa humana ao morrer”, publicado na revista *Depoimentos*, n.º 11, Jan.-Jun. 2007, pela Faculdade de Direito de Vitória, que tem por base parte da dissertação de mestrado em Ciências Criminais intitulada *Eutanásia: reflexos jurídico-penais e o respeito à dignidade da pessoa humana ao morrer* e apresentada em Agosto de 2006 na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

a recusa a abrir mão de tratamentos desproporcionais por parte de alguns médicos e familiares na busca incessante da “vida”. Essas pessoas agem como se a “vida” não fosse também morte. Vida é nascimento, desenvolvimento e morte; por vezes o desenvolvimento é menor do que esperávamos, e a morte chega antes do que almejávamos, mas ela também é parte da vida.

A não consideração da morte como uma dimensão da existência humana e do conseqüente desafio de lidar com ela como um dos objetivos da medicina faz com que sejam introduzidos tratamentos agressivos que somente prolongarão o processo de morrer. A postura a ser pautada diante desse processo traz implicações éticas e jurídicas que deverão ser analisadas em cada caso, é uma exigência introduzida pelos novos paradigmas científicos, traduzindo a complexidade das interfaces da problemática da (in)admissibilidade de práticas eutanásicas. Todavia, em face da limitação espacial deste ensaio optamos por discorrer apenas sobre a modalidade passiva, a qual será diferenciada das outras modalidades para, posteriormente, serem analisadas as implicações no campo da bioética e do direito.

Definições necessárias

A questão polêmica e complexa encontra-se longe do consenso. A eutanásia evidencia seu caráter problemático desde o intuito de defini-la. Em seu sentido etimológico, a palavra deriva dos vocábulos gregos “eu”, prefixo que significa bom, e “thánatos”, substantivo equivalente à morte, e alude ao ato de dar a “boa morte”, podendo, portanto, verificar-se em situações muito dessemelhantes e obedecendo aos mais diversos propósitos. Nesse diapasão, faz-se necessário procedermos a algumas conceituações a fim de delimitarmos o objeto de nossa análise.

Iniciaremos a abordagem discorrendo sobre a natureza da prática da conduta eutanásica. Valemo-nos para tanto das considerações de Jimenéz de Asúa (1929: 252-253) que destaca a necessidade de distinguir a eutanásia médica da prática do homicídio por piedade, praticado por familiares ou amigos fiéis e desinteressados. Alude que a eutanásia praticada pelos médicos nos seus justos limites² carece de substância polêmica, pois é uma verdadeira cura, um meio benéfico para os que sofrem cruelmente. A problemática reside

² Releva mencionar que Jimenéz de Asúa (1929) ao discorrer acerca dos justos limites da prática de eutanásia estava referindo-se aos casos de eutanásia de duplo efeito, ou seja, aquela acarretada indiretamente por administrar-se medicamentos que objetivem diminuir ou aliviar a dor do paciente.

na morte dada por pessoas ligadas ao paciente por laços de família, de amizade ou de amor, porque devemos verificar “*se ao matador não o guiou um motivo egoísta*”. Se a resposta for negativa o autor entende ensejar um perdão judicial.

Martin (1998: 183), em posição similar a de Jimenez de Asúa, destaca ser o questionamento de consistir a eutanásia, exclusivamente, num ato médico ou não, uma ambigüidade que surge freqüentemente em relação à sua natureza e aduzindo que o uso consagra o sentido das palavras, propõe que se reserve a palavra eutanásia exclusivamente para denotar atos médicos que, motivados por compaixão, provoquem precoce e diretamente a morte a fim de eliminar a dor. De nossa parte, concordamos apenas com as posições de Jimenez de Asúa e de Martin sobre a distinção que se impõe entre a eutanásia realizada por médicos e a morte misericordiosa dada por outras pessoas, pois concebemos a eutanásia como ato médico.

No que diz respeito à conduta do agente, podemos classificar a eutanásia em por ação ou positiva e por omissão ou negativa; ou, ainda, em ativa e passiva. Observando-se o fim perseguido pelo autor podemos dividir a eutanásia ativa em: direta, indireta ou pura. Esta última modalidade, consistente na aplicação de meios no auxílio à boa morte desprovido de efeitos que abreviem o curso vital, não acarretando maiores questionamentos.

A problemática circunscreve a confusão, que é feita, por alguns doutrinadores, entre a modalidade ativa e a por ação; e a modalidade passiva e a por omissão, bem como entre a modalidade ativa e a direta; e a passiva e a indireta.

Javier Gafo (1989: 54), ao abordar a distinção entre eutanásia ativa e passiva, entende ser o primeiro caso a colocação em prática de uma ação médica positiva com a qual ou se acelera a morte de um enfermo ou se põe fim a sua vida. Aduz o autor que, de forma contrária, no caso da eutanásia negativa não há uma ação positiva, senão que simplesmente não se aplica nenhuma terapia ou ação que possa prolongar a vida do enfermo. A característica da eutanásia passiva ou negativa seria, portanto, a omissão, a não aplicação de uma terapia disponível.

Nesse mesmo sentido, é a posição traçada por Pessini e Barchifontaine (2000: 293), ao afirmarem ser a eutanásia ativa (positiva ou direta) uma ação médica pela qual se põe termo à vida de uma pessoa enferma, podendo também ser chamada de morte piedosa ou suicídio assistido e ser a eutanásia passiva (negativa) uma omissão, ou seja, a não aplicação de uma terapia médica com a qual se poderia prolongar a vida da pessoa enferma.

Parece-nos oportuno apontar que os referidos autores equivocam-se, pois na

eutanásia passiva também pode haver uma ação, uma vez que o agente pode frustrar a ocorrência de técnicas que já vêm sendo utilizadas, sem que com isso leve diretamente à morte. Essa morte pode advir por outros fatores proliferados em razão da ausência da aplicação dessas técnicas, portanto, indiretamente. Nessa orientação é a posição de Lecuona (1997: 99):

Es importante no asimilar la distinción entre eutanasia activa y eutanasia pasiva a la distinción entre acción y omisión, pues aunque pudiera encontrar-se algún parentesco entre ellas, no son exactamente equivalentes. Un médico que desconecta el respirador de un paciente, por ejemplo, ciertamente está realizando una acción: está haciendo algo, a saber, retirando un aparato y por lo tanto dando muerte al paciente cuya vida dependía del mismo. Sin embargo, esa acción normalmente se clasificaría como un acto de eutanasia pasiva, puesto que sin el respirador la muerte del paciente sobreviene naturalmente, sin mayor intervención por parte del médico. Aquí, el médico no da muerte activamente a un paciente, sino que pasivamente le deja morir.³

Ainda, no sentido do exarado, vale mencionar as considerações de Morão (2006: 38):

Devem também ser consideradas situações de eutanásia passiva certos casos de omissão da continuação do tratamento médico que se encontram, não obstante, relacionados com comportamentos activos, como designadamente, o caso da interrupção da reanimação artificial. Pois, como defende actualmente a melhor doutrina, na esteira da construção roxiniana, o acto de desligar um aparelho reanimador, embora traduzindo uma conduta activa de uma perspectiva fenomenológica, consubstancia afinal uma *omissão* do ponto de vista normativo, uma *omissão através da acção*, uma vez que representa uma recusa da continuação da intervenção médica.

³ “É importante não assemelhar a distinção entre eutanásia ativa e eutanásia passiva à distinção entre ação e omissão, pois ainda que pudéramos encontrar algum parentesco entre elas, não são exatamente equivalentes. Um médico que desconecta o respirador de um paciente, por exemplo, certamente está realizando uma ação: está fazendo algo, a saber, retirando um aparelho e, portanto, dando a morte ao paciente cuja vida dependia do mesmo. Entretanto, essa ação normalmente se classificaria como um ato de eutanásia passiva, porque sem o respirador a morte do paciente sobrevém naturalmente, sem maior intervenção por parte do médico. Aqui, o médico não dá morte ativamente a um paciente, senão que passivamente lhe deixa morrer” (tradução nossa).

Consideramos, portanto, que a *eutanásia passiva* é aquela em que alguém decide retirar de outra pessoa, com a finalidade de acelerar sua morte, os aparelhos ou medicamentos que a mantêm viva, ou negar-lhe o acesso a tratamento que poderia prolongar sua vida, restando, dessa forma, a possibilidade de um agir positivo, bem como de um agir negativo. Pode-se nomeá-la, ainda, “ortotanásia”, o termo tem origem etimológica grega, provendo do prefixo “orthós”, que significa normal, correta, e do substantivo “thánatos”, equivalente à morte, significando o morrer corretamente, humanamente.

Por *eutanásia ativa* concebe-se aquela que uma pessoa administra à morte a outra, podendo encurtar-lhe a vida diretamente – *eutanásia direta* – ou podendo o tempo de vida ser reduzido indiretamente através de medicamentos ministrados para aliviar a dor – *eutanásia indireta*, também denominada *eutanásia de duplo efeito*.

A bioética, seus princípios basilares e as interfaces com o direito

Bioética é um neologismo derivado das palavras gregas *bios* (vida) e *ethike* (ética). Atualmente a bioética compreende, basicamente, o campo de interseção da ética com as ciências biológicas, que se transformou numa área do conhecimento interdisciplinar, apresentando múltiplas facetas. “O objetivo principal desse campo de estudos éticos consiste, assim, em trabalhar as relações entre a ética e a vida humana, a ciência e os valores humanos, sendo necessariamente interdisciplinar” (Barreto, 2001: 43).

Pautaremos nosso estudo no paradigma principialista⁴, que está entre os modelos de análise da bioética mais divulgados e propõe a orientar as ações três princípios: a autonomia (princípio do respeito à autonomia), a beneficência e a justiça. É denominada “Trindade Bioética”. Alguns doutrinadores acrescentam um quarto princípio: a não-maleficência. Os princípios aludidos não têm disposição hierárquica entre si e são válidos *prima facie*, a situação em causa e suas conseqüências é que indicarão que princípio deve ter precedência, em caso de colisão. Esse modelo é amplamente aplicado na práxis clínica, pois

⁴ Destacamos que o paradigma principialista não é o único modelo de análise teórica da bioética, embora seja o mais utilizado; existem outros como os paradigmas: liberatório, das virtudes, casuístico, fenomenológico e hermenêutico, narrativo, do cuidado, do direito natural, contratualista e antropológico personalista. Todavia, optamos pela abordagem através do viés principialista por considerarmos que as demais perspectivas são, em realidade, abordagens, aprimoradas em alguns aspectos e deterioradas em outros, do próprio principialismo. Assim, não podemos considerá-los como exclusivos e sim como complementares.

se considera que possui resultados bastante positivos em relação ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

O *princípio do respeito à autonomia* (*autos*, eu; *nomos*, lei) denota que todos devem ser responsáveis por seus atos. A responsabilidade, nesse sentido, implica atos de escolha. Segundo nos ensina Clotet (2003: 144), o princípio em tela pode ser analisado sob dois enfoques distintos, quais sejam: sob o aspecto exclusivo do médico, referindo-se nesse caso à autonomia do médico ou do profissional da saúde, ou entendido como o reconhecimento e a expressão da vontade do paciente ou dos seus representantes nas diversas etapas ou circunstâncias do tratamento médico.

Em face do respeito à dignidade da pessoa humana, refutamos posições que considerem a prevalência da autonomia do médico ou profissional da saúde em detrimento da autonomia do paciente. Clotet (2003: 145), no sentido do exposto, destaca que: “o direito de autodeterminação do paciente ou do seu representante deveria ser sempre respeitado pelo profissional da medicina, pois este de modo geral deveria sempre agir conforme o interesse do paciente, manifestado através da sua vontade autônoma”.

A autonomia expressa a liberdade de escolha, a possibilidade do paciente optar em relação a tudo que diga respeito à sua pessoa, de decidir sobre sua história pessoal, de decidir sobre a ingerência ou não no seu curso vital. Entretanto, para que isso seja possível faz-se mister que ele tenha total consciência do seu estado clínico, devendo, dessa forma, o consentimento ou a recusa à submissão de determinada terapêutica estar vinculado ao esclarecimento da situação do paciente por parte dos profissionais da saúde que lhe estiverem ministrando atendimento.

A validade do consentimento informado depende da capacidade de fato⁵ do indivíduo em consentir, que se encontra disciplinada no Código Civil pátrio nos artigos 3.º e 4.º, que versam respectivamente:

Art. 3.º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de 16 (dezasseis) anos;

⁵ É de extrema importância que não se confunda a “*capacidade de direito*” (personalidade) com a “*capacidade de fato*”. A capacidade de direito, personalidade jurídica, é igual para todos e exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Ela independe da consciência ou da vontade humana, pois a capacidade de direito é atributo de todo homem, e dele inseparável. O mesmo não ocorre com a capacidade de fato (ou de exercício), que é a faculdade de poder exercer pessoalmente os direitos de que se é titular; esta pressupõe a existência de duas faculdades: a consciência e a vontade. A falta de uma dessas faculdades ou de ambas torna a pessoa incapaz. Tal incapacidade pode ser suprida pelo instituto da representação (Felix, 1996: 222).

II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4.º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou a maneira de os exercer:

I – os maiores de 16 (dezasseis) anos e menores de 18 (dezoito) anos;

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

Diante do exposto, deparamos-nos com dois tipos de incapacidade, respectivamente, a incapacidade absoluta e a relativa. A primeira consiste numa restrição do poder de agir, devido à ausência da faculdade do exercício pessoal e direto dos direitos de personalidade – dessa forma, são representados por terceiros nos atos que se relacionam com seus direitos e interesses. A segunda refere-se a pessoas que não possuem integralmente qualidades que lhes permitam liberdade de ação para procederem com completa autonomia – dessa forma, a legislação exige que sejam assistidos por terceiros nas tomadas de decisões; não são privados de ingerência ou participação na vida jurídica.

Como podemos perceber, a capacidade, compreendida como capacidade de fato, é imprescindível para validar-se o consentimento. Todavia, outros requisitos também se apresentam como necessários para que o paciente possa validamente prestar sua anuência a um tratamento, quais sejam: a revelação adequada e veraz da informação pela equipe médica; a compreensão adequada dessa informação e o consentimento voluntário.

O testamento vital, também denominado de *Living Will* ou *Testament de Vie*, é uma forma de respeito à autonomia do paciente que aparece ao lado da possibilidade do consentimento informado. Através desse documento a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja receber caso se encontre doente, em estado incurável, terminal, ou em estado clínico não condizente com a dignidade da pessoa humana. Pode ser revogado pelo paciente a qualquer momento. Serve para uma pessoa manifestar sua vontade de forma inequívoca, caso, em momento futuro, não possa fazê-lo. Além de evitar procedimentos médicos que o paciente não desejaria receber, poderia assegurar que o médico não fosse processado em face de sua omissão.

Outro princípio que devemos analisar é o *princípio da beneficência*. “Do latim *bonum facere* (fazer o bem)”. Segundo ensina Clotet (2003: 64) “o princípio da beneficência tenta, num primeiro momento, a promoção da saúde e a prevenção da doença e em segundo lugar pesa os bens e os males buscando a prevalência dos primeiros”. Portanto, quando não

for mais possível fazer-se o bem ao paciente deve-se buscar não lhe fazer mal. É aqui que reside o *princípio da não-maleficência*. Por ilação, temos que o princípio da não-maleficência envolve uma abstenção, qual seja a do profissional da saúde de fazer o mal, de não tomar nenhuma atitude que venha a trazer conseqüências negativas para o paciente; ao passo que o princípio da beneficência tem como norte uma comissão, um agir, em prol do bem do paciente.

O último dos princípios da “Trindade Bioética” é o *da justiça*. “O princípio da Justiça, nesse campo, indica a obrigação de se garantir uma distribuição justa, equitativa e universal dos bens e serviços (dos benefícios) da saúde. Liga-se ao contexto da cidadania, implicando uma atitude positiva do Estado, no que se refere ao direito à saúde” (Fabríz, 2003: 111).

Adotando a posição de Barreto (2001), entendemos que os três princípios apresentados não foram estabelecidos para concomitantemente resolverem as questões controversas oriundas das profundas mudanças no campo das ciências biomédicas contemporâneas, porquanto estes são referências de três campos de atuação distintos, ainda que todos relacionados à pessoa humana. Nessa senda, servem para privilegiar um dos aspectos da relação médico-paciente: o princípio da autonomia refere-se ao espaço decisório que cabe à pessoa humana a submeter-se a tratamento ou não, bem como a frustrar tratamentos já iniciados; os princípios da beneficência e não-maleficência enfatizam o papel do profissional da saúde ao tratar com o corpo e a mente da pessoa humana; e o princípio da justiça relaciona-se com o poder público estatal e da sociedade, por onde se procura realizar o mais alto grau de justiça, através da justa distribuição dos benefícios e serviços de saúde e da obrigação de tratamento igualitário, respeitadas as diferenças de quadros clínicos.

Para os fins propostos no presente estudo releva apenas a análise dos princípios da autonomia e da beneficência e não-maleficência. Assim, levando em consideração uma abordagem contemporânea do direito, não arraigada no positivismo jurídico, podemos afirmar que na base da discussão jurídica da morte eutanásica encontra-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que se expressa, dentre outras formas, através dos princípios da autonomia e da beneficência e não-maleficência, princípios estruturais da bioética.

A (in)disponibilidade do direito à vida e o respeito devido à pessoa humana

Um argumento, aparentemente forte, pautado para impedir a admissibilidade da eutanásia consiste na consideração que a vida é um bem indisponível. Vários são os autores adeptos desse pensamento, por considerarem que o direito à vida é absoluto e deve sobrepor-se aos demais direitos fundamentais. Destacamos alguns:

Nessa seara, Diniz (2002: 21) aduz que “o direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade”. Entende que “a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo”. Na mesma linha é a posição de Bitencourt (2004: 28):

A conservação da pessoa humana, que é a base de tudo, tem como condição primeira a vida, que mais que um direito, é a condição básica de todo o direito individual, porque sem ela não há personalidade, e sem esta não há o que se cogitar de direito individual.

O respeito à vida humana é, nesse contexto, um imperativo constitucional, que, para ser preservado com eficácia, recebe ainda a proteção penal. A sua extraordinária importância, como base de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, vai ao ponto de impedir que o próprio Estado possa suprimi-la, dispondo a Constituição Federal que “não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX” (art. 5.º, inciso XLVII, letra a). Com efeito, embora seja um direito público subjetivo, que o próprio Estado deve respeitar, também é direito privado, inserindo-se entre os direitos constitutivos da personalidade. Contudo, isso não significa que o indivíduo possa dispor livremente da vida. Não há um direito sobre a vida, ou seja, um direito de dispor, validamente, da própria vida. Em outros termos a vida é um bem indisponível, porque constitui elemento necessário de todos os demais direitos.

A inviolabilidade do direito à vida ora descrito encontra, segundo a maioria dos autores que o defendem, seu respaldo na Constituição Federal no artigo 5.º, *caput*, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 3.º, que preceituam respectivamente:

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

Art. 3.º. Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Diante do exposto constata-se que os contrários à prática da eutanásia consideram o direito à vida como absoluto, sendo que todos os demais direitos, por conseguinte, decorreriam deste. Todavia, cumpre destacar que, não obstante o direito à vida assumir posição de relevo no ordenamento jurídico brasileiro, sendo reconhecido como bem jurídico constitucional digno de tutela penal, não possui, como qualquer outro, caráter absoluto. A autorização da pena de morte, em caráter excepcional, no caso de guerra declarada, prevista na alínea 'a' do inciso XLVII do artigo 5º da Carta Constitucional, é um dos exemplos do caráter relativo do direito à vida.

Acresce-se ao exemplo referido as situações em que o Código Penal brasileiro admite a possibilidade de mitigação do direito à vida, como quando prevê não configurar crime o agente que “mate outrem” amparado por causas de justificação, tais como legítima defesa, estado de necessidade ou estrito cumprimento do dever legal, ou ainda, diante de discriminantes putativas, bem como quando autoriza determinadas formas de aborto ou não incrimina a tentativa de suicídio.

Canotilho (2002: 407), no sentido do pensamento supra exarado, entende que o direito à vida pressupõe sua proteção perante terceiros; e não contra tudo e contra todos, como abordam alguns partidários do caráter absoluto deste direito, deixando uma abertura para fazermos a ilação de ser o consentimento do titular do direito suficiente para ensejar uma eutanásia lícita.

Discorrendo sobre a (in)disponibilidade do bem jurídico vida, por parte de seu titular, Zaffaroni (2002: 465) assevera: “a vida é o mais disponível dos bens jurídicos, porque costumamos consumi-la a cada momento a nosso bel-prazer”. Corroboramos a posição do autor em comento, pois entendemos que “viver” são contínuos atos de disposição da própria vida.

É, pois, flagrante o caráter relativo do direito à vida, sendo uma constatação que se impõe a sua disponibilidade, em determinadas situações, em especial por parte de seu titular, porquanto, ademais de sua relatividade, trata-se de direito à vida e não de um dever de perpetuação; viver não é uma obrigação; não é, e não pode ser considerado, compulsório. A relativização do direito à vida a fim de assegurar o respeito devido à dignidade da pessoa humana impõe-se em decorrência da necessidade de refutarmos situações indignas e degradantes.

Todavia, cumpre mencionarmos que a disponibilidade da vida também não é um direito absoluto, sofrendo mitigações em diversas situações, a exemplo, entre outros, das

peças que não têm capacidade de exarar seu consentimento, e, não podendo, pois, dispor sobre ingerências em seu curso vital.

Encontro-nos diante de situações que fogem aos rigores das regras jurídicas, pautam-se em princípios, via de regra, em colisão. Assim, é mister, para viabilizar uma adequada postura frente ao tema, estudarmos não apenas a (in)disponibilidade do direito à vida, mas também as dimensões da dignidade da pessoa humana e as principais teorias sobre princípios em colisão.

A dignidade da pessoa humana, no ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se situada entre um dos cinco fundamentos do Estado Democrático de Direito, no artigo 1.º, inciso III, da Carta Constitucional de 1988. Canotilho (2002: 225), versando sobre o tema, assevera que “trata-se de princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna de *dignitas-hominis*, ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual”.

A dignidade possui uma dúlice perspectiva, qual seja: uma dimensão autonômica e outra assistencial, protetiva. Quando não for possível a conduta de uma determinada pessoa ser pautada pela dimensão autonômica, em especial nas questões bioéticas ora propostas, devemos seguir respeitando a dignidade da pessoa humana na sua perspectiva protetiva, ou seja, devemos analisar o caso pelo prisma da beneficência e da não-maleficência, pois o direito à assistência é devido a todos os seres humanos, mesmo aos incapazes de reger-se de forma autônoma⁶.

É, pois, nesse ponto que a discussão acerca do direito de morrer encontra o seu maior gargalo, porquanto para alguns o direito à vida deve sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, e para outros, esta deve sobrepor-se àquele.

Princípios constitucionais em colisão: aportes para sua interpretação e ponderação

Buscando pautar a postura jurídica que julgamos adequada ao tratamento da eutanásia passiva deparamos-nos com alguns princípios da bioética que freqüentemente estão em tensão quando discutimos ingerência no curso vital e devem ser analisados à luz da máxima da proporcionalidade.

⁶ Nesse sentido, ver Dworkin (2003: 337-340), pois o autor assevera que a dignidade possui uma voz ativa e outra passiva, sendo que ambas encontram-se interligadas, pois é no valor intrínseco da vida humana que encontramos respaldo para afirmar que mesmo aquele que já perdeu a consciência de sua dignidade, ou nunca a teve, merece tê-la respeitada e considerada.

Abstratamente, as garantias constitucionais do direito à vida e do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana deveriam coexistir em harmonia, sendo, dessa forma, um direito à vida digna. Contudo, nem sempre esse ideal é atingido. Nessa senda é que se impõe como corolário lógico da tarefa de julgar, em situações de princípios conflitantes, a máxima da proporcionalidade, que se subdivide em três máximas parciais (ou subprincípios): adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação, também denominado de princípio da pertinência, idoneidade ou princípio da conformidade, exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Demanda uma relação adequada entre um ou vários fins determinados e o meio ou os meios com que são levados a termo.

O subprincípio da necessidade é também descrito como princípio da exigibilidade, da indispensabilidade, da menor ingerência possível, da intervenção mínima, da escolha do meio mais suave e da proibição de excesso, sendo, inclusive, por alguns autores, confundido nessa última acepção com o próprio princípio da proporcionalidade em sentido lato. O exame deste subprincípio, consoante nos ensina Ávila (2003: 114), “envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados”.

A análise da proporcionalidade em sentido estrito leva em consideração os interesses em tensão, verifica-se a relação custo-benefício da medida a ser tomada, isto é, devemos ponderar os danos a serem causados e os resultados a serem obtidos. Nessa seara, Ávila (2003: 116) aduz que “o exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”.

Como podemos perceber, o princípio da proporcionalidade demanda uma dimensão tripla, devendo as questões que forem discutidas sob seu prisma serem pautadas na adequação, necessidade e proporcionalidade – em sentido estrito – dos meios mitigados em prol dos fins objetivados. A sua relevância demonstra-se na análise de situações concretas, quando bens jurídicos ou direitos fundamentais igualmente habilitados a uma proteção do ordenamento jurídico se encontram em colisão, porquanto não existe hierarquia entre os mesmos, já que possuem a mesma natureza normativa, devendo ser igualmente obedecidos. Surge como parâmetro das interpretações constitucionais e ponderações destinadas a solucionar colisões, devendo sua aplicabilidade ocorrer através de

suas projeções: a concordância prática e, na impossibilidade desta, o dimensionamento de peso ou importância dos princípios em tensão.

Tendo como corolário o princípio da unidade da Constituição, através do qual se estabelece que nenhuma norma constitucional possa ser interpretada em contradição com outra norma da Constituição e levando-se em conta que não existe escalonamento entre normas de direitos fundamentais, faz-se necessária a harmonização das normas constitucionais em pauta no caso a ser analisado, através do denominado princípio da “concordância prática”.

A concordância prática é uma forma de interpretação constitucional que objetiva a aplicação simultânea e conciliável dos princípios constitucionais, ainda que no caso concreto seja necessário o abrandamento de um deles, desde que não perca sua identidade, pois a harmonização busca obter a máxima efetivação de todos os princípios em discussão.

Não obstante a relevância do princípio da concordância prática, ou da harmonização para a interpretação das normas constitucionais, nem sempre é possível solucionarmos as colisões entre princípios aplicando-o. Em muitos casos, faz-se necessário o dimensionamento de peso ou importância dos princípios sob discussão.

O critério da Dimensão de Peso ou Importância foi estruturado por Dworkin (2002), a fim de buscar a solução de casos difíceis, com fulcro na distinção por ele proposta entre regras e princípios, e aperfeiçoado por Alexy (2001). Assim, para uma melhor compreensão das questões a serem exaradas, analisaremos o pensamento de ambos, pautando as divergências e as convergências entre eles.

Afirma Dworkin (2002: 40-43) que a diferença entre regras e princípios reside numa distinção lógica, decorrente da natureza da orientação que oferecem. Não obstante os dois conjuntos de padrões apontarem para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, as regras são aplicáveis na lógica do “tudo ou nada”, o que não ocorre com os princípios. Se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou ela é válida e a sua consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida, em nada contribuindo para a decisão. Portanto, se duas regras entrarem em conflito, uma delas deverá ser considerada inválida. Os princípios ao contrário, não determinam as consequências normativas de forma direta, mas apenas contêm fundamentos, os quais devem ser examinados em conjunto com outros fundamentos provenientes de outros princípios.

Pautando-nos na posição de Dworkin podemos afirmar que um princípio não determina as condições que tornam sua aplicação necessária; ao revés, estabelece uma razão

– fundamento – que impele o intérprete numa direção, mas que não reclama uma decisão específica. Dessa maneira, quando nos deparamos com um princípio frente a outro, haverá prevalência de um em detrimento do outro, o que não significa que ele perca a sua condição de princípio, que deixe de pertencer ao sistema jurídico.

Alexy (2001), partindo desse posicionamento aprimora-o e elabora sua teoria dos direitos fundamentais. Ressalva que apesar de sua distinção entre princípios e regras se parecer com a de Dworkin, distingue-se dessa em um ponto essencial, na caracterização dos princípios como mandados de otimização. Concebe a tese de Dworkin como demasiadamente simples, justificando sua posição da seguinte maneira:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla é válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio (Alexy, 2001: 66-67).⁷

Essa distinção é evidenciada, consoante Alexy, quando nos deparamos com conflitos de regras ou colisões de princípios. O primeiro só poderá ser solucionado se introduzirmos em uma das regras uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou com a declaração de que uma é inválida. O segundo deverá ser solucionado de maneira totalmente diversa. Quando dois princípios entram em colisão, um deve ceder ao outro. Porém, isso não importa declarar que o outro princípio é inválido, ou que deva ser excepcionado. O

⁷ “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível. Dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandatos de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Ao contrário, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então se deve fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm *determinações* no âmbito do fáctica e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é bem uma regra ou um princípio” (tradução nossa).

que ocorre é que em face de determinadas circunstâncias, a tensão entre esses mesmos princípios pode ser solucionada de forma diferente. Os princípios não possuem mandatos definitivos, senão só *prima facie*, pois ordenam que algo deva ser realizado na maior medida do possível, levando em conta as possibilidades jurídicas e fáticas (Alexy, 2001: 89).

A distinção entre as teorias esposadas é bastante tênue, sendo a posição de Alexy um aprimoramento da de Dworkin no que tange à consideração dos princípios serem mandatos de otimização, aplicando-se, dessa forma, a problemática da eutanásia, porquanto, nessa situação estar-se-ia a discutir qualitativamente a aplicabilidade do respeito à dignidade da pessoa humana, através dos diversos princípios da bioética a serem pautados na discussão.

O tratamento jurídico da eutanásia passiva no ordenamento brasileiro: considerações finais

O intérprete deve, frente ao caso concreto, verificar qual o direito que o ordenamento em sua unidade deseja assegurar, sempre buscando a harmonia dos princípios em tensão e, apenas quando esta não for possível, decidir levando em consideração o princípio que naquela determinada situação assume maior peso ou importância.

Quando estivermos diante de situações que o indivíduo capaz solicita ou anui com a prática da eutanásia estamos diante de uma tensão entre direitos fundamentais de igual hierarquia, quais sejam: o direito à vida e o respeito devido à dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a legitimidade da interpretação somente preservar-se-á na medida em que respeitarmos a máxima da proporcionalidade, através de sua tripla dimensão: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Todavia, questiona-se qual das posições dessa máxima deverá pautar a decisão a ser tomada? O postulado da concordância prática ou a dimensão de peso ou de importância? Será possível conciliar os direitos em questão? Ou devemos proceder ao dimensionamento de peso ou importância para verificar qual o princípio que deverá ser condicionalmente precedido?

A resposta a esta questão parece-nos que decorrerá da dimensão que dermos ao direito à vida; porquanto, se consideramos esse uma faculdade que pode ou não ser exercida por seu titular, e não um dever, uma imposição, uma compulsoriedade; temos que é viável, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, concluirmos que o direito à vida é complementado pelo respeito devido à dignidade da pessoa humana e assim

respectivamente, sendo possível a harmonização de ambos através do postulado da concordância prática.

O fundamento da premissa exposta encontra respaldo nas considerações já exaradas de que a vida é um direito disponível – por parte de seu titular – e relativo. O direito à vida deve, pois, compreender todas as fases da vida humana, quais sejam nascimento, crescimento e morte. Dispomos diariamente de nossa vida, ao fazer escolhas, ao tomar atitudes, ao deixar de tomá-las, e por que não deveríamos dispor do tratamento a que desejamos ou não nos submeter? Por que não poderíamos escolher quando basta de sofrimentos? Por que, na iminência da morte, ou em condições humanas degradantes, não podemos fazer o que por uma vida inteira fizemos: decidir?

Em face das considerações supra, temos que a pessoa capaz, devidamente informada, em decorrência da dimensão autonômica da dignidade da pessoa humana em harmonização com o direito à vida – e não dever – poderá, pautada na concordância prática, dispor acerca da suspensão ou não aplicação de determinadas terapêuticas – ortotanásia.

Situação diversa é quando se discute a colisão entre direito à vida e respeito à dignidade da pessoa humana de indivíduos incapazes de manifestar sua vontade. Nessas situações estar-se-ia discutindo a dimensão assistencial ou protetiva da dignidade da pessoa humana. Não devemos, portanto, cogitar da disponibilidade do direito à vida por parte de seu titular, e sim, no dever do Estado de impedir que terceiros acarretem danos a uma pessoa enferma. Na maioria desses casos, não há como aplicarmos o postulado da concordância prática, devendo o intérprete determinar qual o princípio que deverá ser considerado de maior peso ou importância.

Assim, ao analisarmos o direito à vida, nos casos de pessoas incapazes de manifestar sua vontade, deveremos discutir seu peso em face da dignidade da pessoa humana, que deverá ser dimensionada através dos princípios beneficência e não-maleficência, sendo esses princípios interpretados como mandatos de otimização.

Respeitadas essas interpretações entendemos que não deverá haver ingerência do direito penal a fim de criminalizar a conduta realizada pelo médico, porquanto, embora o Direito Penal seja um conjunto de normas jurídicas voltadas ao poder punitivo do Estado, assim como tudo que decorre das relações do Homem, não é estático, está em freqüente mutação; em especial na situação proposta neste estudo, em face da realidade desnudada pelo avanço da ciência médica. A lei penal incriminadora não pode ser cegamente aplicada desconhecendo a dinâmica do processo civilizatório e, ao julgador, sem substituir-se ao

legislador, cabe examinar as nuances do caso concreto, dentro dos parâmetros constitucionais.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert (2001), *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ÀVILA, Humberto (2003), *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros.
- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; PESSINI, Leo (2000), *Problemas atuais de Bioética*, São Paulo: Loyola.
- BARRETO, Vicente de Paulo (2001), “As relações da bioética com o biodireito”, in Heloisa Barboza e Vicente de Paulo Barreto (org.), *Temas de Biodireito e Bioética*, Rio de Janeiro: Renovar, pp. 41-75.
- BITENCOURT, Cezar Roberto (2004), *Tratado de Direito Penal: parte especial*, vol. II, São Paulo: Saraiva.
- CANOTILHO, J. J. Gomes (2002), *Constituição e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina (5.ª ed.).
- CLOTET, Joaquim (2003), *Bioética: uma aproximação*, Porto Alegre: Edipuc.
- DINIZ, Maria Helena (2002), *O Estado Atual do Biodireito*, São Paulo: Saraiva.
- DWORKIN, Ronald (2002), *Levando os Direitos a Sério*, São Paulo: Martins Fontes.
- DWORKIN, Ronald (2003), *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*, São Paulo: Martins Fontes.
- FABRIZ, Daury César (2003), *Bioética e Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte: Mandamentos.
- FELIX, Criziany Machado (1996), “Personalidade: início e fim”, in James Tubenschlak (coord.), *Doctrina 1*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito, pp. 220-227.
- GAFO, Javier (1989), *La Eutanasia: el derecho a una muerte humana*, Madrid: Temas de Hoy.
- JIMENÉZ DE ASÚA, Luiz (1929), *Liberdade de Amar e Direito a Morrer: ensaios de um criminalista sobre eugenesia, eutanásia e endocrinologia*, Lisboa: Livraria Clássica Editora.
- LECUONA, Laura (1997), “Eutanásia: algunas distinciones”, in Mark Platts (ed.), *Dilemas Éticos*, México: Fondo de Cultura, pp. 97-119.
- MARTIN, Leonard. M (1998), “Eutanásia e distanásia”, in *Iniciação à Bioética*, Brasília: Conselho Federal de Medicina, pp. 171-192.
- MORÃO, Helena (2001), “Eutanásia passiva e dever do médico de agir ou omitir em face do exercício da autonomia do paciente”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n.º 1, Jan.-Mar.
- SHAKESPEARE, William (2002), *Hamlet*, São Paulo: Martin Claret (tradução de Pietro Nassetti).
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique (2002), *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*, São Paulo: Revista dos Tribunais.