

EUTANÁSIA: INVIOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA?

EUTHANASIA: INVIOLEABLE RIGHT TO LIFE?

Fabiana Ávila¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Direito à vida; 2. Vida Humana e Dignidade Humana; 3. Deontologia Médica e a Eutanásia; 4. Eutanásia; 5. Análise Jurídico-Penal da Eutanásia; 6. A Colisão de Princípios Constitucionais na Prática da Eutanásia 6.1 Normatividade dos Princípios Constitucionais; 6.1.1 Colisão de Direitos Fundamentais; 6.2 Princípio da Proporcionalidade - Estratégia para a Solução de Conflitos; 6.1.2 O Princípio da Proporcionalidade e a Solução de Colisões de Direitos; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

O ser humano possui direitos e autonomia, para escolher o que é melhor para si em qualquer circunstância de sua vida, inclusive optando pela eutanásia.

O problema em questão é o conflito entre a sacralidade da vida e o direito de liberdade. Para pensar esta colisão de direitos trabalha-se com o princípio da proporcionalidade, na perspectiva de identificar, no caso em tese, o menor dano e a garantia dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Eutanásia; princípios constitucionais; princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

The human being has rights and autonomy, to choose which is best for themselves in any circumstance of life, including opting for euthanasia.

The problem is the conflict between the sacredness of life and the right to freedom. To think this collision rights works-with the principle of proportionality,

¹Advogada, Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Tributário, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Ciências Penais pelo Instituto Luis Flavio Gomes (LFG) Linha de Pesquisa Direito Estado e Sociedade. Pesquisadora na área de Direito Médico, Direitos Humanos e Direito Público. Contato eletrônico:fabiana_avila@yahoo.com.br

in order to identify, in the case in theory, the least damage and the guarantee of fundamental rights.

KEYWORDS: Euthanasia; constitutional principles; the principle of proportionality.

INTRODUÇÃO

A prática da eutanásia ocorre desde os primórdios da humanidade até a atualidade, ainda tratando-se de assunto polêmico e controvertido. Será a eutanásia inviolabilidade do Direito a vida? Mas até que ponto há vida? Uma pessoa em estado vegetativo, que não consegue se movimentar, falar, alimentar-se sozinha, nem ao menos expressar-se e precisa de atendimento personalizado integralmente, tem realmente uma vida digna? Será que não teria direito ao descanso em paz?

Como poderia o direito à vida estar ameaçado pela eutanásia, quando o indivíduo não mais goza de sua vida em sua plenitude? Não apresenta mais vida digna, está privado de sua liberdade e do exercício de seus direitos e suas obrigações.

Apesar de não se tratar de um assunto novo a eutanásia encontra-se mais do que atual, recebendo a atenção de muitas pessoas criando discussões e muitos debates visto que as inovações tecnológicas e as descobertas na área da medicina vislumbram novos conceitos e opiniões sobre vida e morte.

1. DIREITO A VIDA

Na legislação brasileira temos assegurado o direito à vida, afirmação essa que é consagrada dentro do nosso ordenamento jurídico, por ser o alicerce de qualquer prerrogativa jurídica da pessoa, razão pela qual o Estado resguarda a vida

humana, desde a vida intraútero até a morte.²

O Estado confere a qualquer indivíduo que vive dentro de seu território o direito à vida, pois concebe a vida como sendo um direito humano fundamental, como não deixou de conferir o direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. No âmbito constitucional brasileiro, a vida, configura-se um princípio que deve ser observado e conferido a todos sem distinção³

O direito a se manter vivo é, certamente, um dos direitos mais fundamentais que possuímos. Discorda-se, portanto é da intocabilidade que se sobrepõe sobre ela, pois se temos direito à vida também temos o direito de decidir sobre nossa própria morte. Viver bem não é viver muito, mas sim com qualidade de vida⁴

Verifica-se no que se refere à eutanásia a discussão encontra-se na disponibilidade da vida humana. Se a condenação do paciente é certa, se a morte é inevitável, estão realmente protegendo a vida? Ou seria a postergação da morte com sofrimento e indignidade. Se vida e morte são indissociáveis, e sendo esta última um dos mais elevados momentos da vida, não deve o ser humano dispor dela, assim como dispõe sobre a sua vida? Ao longo deste artigo, buscar-se-à subsídios para chegar a melhor forma de solucionar esta questão.

2. VIDA HUMANA E DIGNIDADE HUMANA

Torna-se difícil conceituar o termo dignidade humana, pois este conceito remonta de reflexões filosóficas e individuais para cada ser humano.

A dignidade da pessoa humana está prevista na Constituição Federal do Brasil, no artigo 1º, em seu inciso III⁵, constituindo-se em fundamento da República

²OLIVEIRA, Lílian Carla de; JAPAULO, Maria Paula. **Eutanásia e o direito à vida**. Disponível em <http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=19041>. Acesso em 23 ago 2010

³ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. 20

⁴OLIVEIRA, Lílian Carla de; JAPAULO, Maria Paula. **Eutanásia e o direito à vida**. Disponível em <http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=19041>. Acesso em 23 ago 2010

⁵Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do distrito federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana”.

Federativa do Brasil.

Como se vê, a Constituição Federativa do Brasil de 1988 assegura a dignidade da pessoa humana, ou seja, no Direito Constitucional a pessoa tem uma dignidade própria, constituindo um valor em si mesmo, isto afirmando que tal direito não poderá ser sacrificado em benefício de qualquer interesse coletivo.⁶

A dignidade humana vista como princípio ético-jurídico tem contribuído sobremaneira para o tratamento jurídico dos problemas bioéticos[...] O processo de morrer faz parte da vida humana, que como tal deve ser vivida com dignidade. Se a morte é parte da vida e o direito à vida implica uma garantia de uma vida com dignidade, parece possível argumentar pela existência de um direito à morte digna⁷.

É importante salientar que não se está aqui propugnando a prática da eutanásia em qualquer hipótese ou circunstância, de modo irresponsável e indiscriminado, mas ressaltando o direito à vida e ao direito à liberdade individual, fazer valer o postulado da dignidade da pessoa humana, para que seja garantido o direito a uma morte digna, como extensão ao respeito a uma vida digna.⁸ A dignidade da pessoa humana deve ser analisada conjuntamente com a inviolabilidade do direito à vida, permitindo, desta forma, que se estabeleça a proteção jurídica da pessoa humana em face dos progressos tecnológicos no campo biomédico.⁹

Uma verdadeira concepção da dignidade indica uma liberdade individual isenta de coerção externa, a favor de um regime jurídico que garanta, inclusive, a possibilidade de escolha pessoal sobre a própria morte. Um Estado verdadeiramente democrático não pode impor noções de moralidade pública aos seus cidadãos, sendo assim, deve se abster sobre decisões pessoais acerca de

⁶MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p.129.

⁷PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das ordens de não ressuscitação hospitalares**. Porto Alegre: Edipucrs, 2004, p. 58.

⁸ADONI, André Luiz. **Biomédica e Biodireito: Aspectos Gerais Sobre A Eutanásia e o Direito a Morte Digna**. Revista dos Tribunais. São Paulo ano 9, v.818, p 394-421, 2003

⁹COAN, Emerson Ike. Biomedicina e biodireito: Desafios bioéticos: Traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: RT. 2001. p. 261.

temas como o início e fim da vida.¹⁰

3. DEONTOLOGIA MÉDICA E A EUTANÁSIA

A evolução tecnológica, sobretudo no campo da medicina e das investigações científicas, ocorre com uma fantástica velocidade, influenciando diversos questionamentos atrelados a valores que partem de um consenso universalmente aceito, que servem de indicadores à obtenção de uma fórmula que apóie a conduta humana correta e eticamente aceitável.¹¹ Nesse contexto, faz-se necessário uma nova discussão sobre os limites da técnica e a função da ética, o que repercute sobre o Direito, pressionando-o a consolidar as reflexões da Bioética e a dar novos sentidos aos conceitos atingidos pelas descobertas técnico-científicas.¹²

Dentro deste contexto, importante trazer o artigo 6º¹³ do Código de Ética Médica que disciplina:

Art. 6º. - O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra a dignidade e integridade.

Também importante o artigo 66¹⁴ do mesmo diploma legal:

É vedado ao médico:

Art. 66- Utilizar, em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de

¹⁰DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 313.

¹¹ADONI, André Luiz. **Bioética e Biodireito: Aspectos Gerais Sobre A Eutanásia e o Direito a Morte Digna**. Revista dos Tribunais. São Paulo ano 9, v.818, p 397, 2003.

¹²MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e Biotecnologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 23

¹³BRASIL. **Código de ética Médica**. Disponível em: http://www.abctran.com.br/Conteudo/codigo_etica_medica.pdf Acesso em: 29 de ago. 2010.

¹⁴BRASIL. **Código de ética Médica**. Disponível em: http://www.abctran.com.br/Conteudo/codigo_etica_medica.pdf Acesso em: 29 de ago. 2010.

seu responsável legal.

A tradição médica é no sentido de resistir à eutanásia, por entender que a morte representa derrota frente à luta que até então foi travada.¹⁵

Assim, fica claro que o médico não pode nem deve, de forma alguma e em nenhuma circunstância, contribuir ativamente para a morte do paciente, pois isso se contrapõe ao seu compromisso profissional e à sua formação moral. O médico, amparado na sua tradição e no seu código de ética, fundamenta tal posição nos ditames que lhe vedam "utilizar em qualquer caso meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal". Orienta-se no princípio que deve empregar o melhor do seu esforço e da sua ciência, no sentido de "promover a vida humana e jamais utilizar seus recursos para promover a morte". É inaceitável qualquer forma de eutanásia, mantendo o respeito pela vida do paciente.¹⁶

Ainda que a ética não seja uma ciência exata, ela tem implicações lógicas que nos permitem, em cada caso, um procedimento que se ajuste ao bem procurado. Se não tivermos bem definida a questão da morte, através de critérios cada vez mais claros e precisos, a vida se transformará num objeto disponível sujeito às imposições subjetivas - e isso não pode se constituir numa experiência do atuar moralmente. Uma coisa é certa: se o indivíduo está vivo, tratá-lo. Se ele morreu, não há porque mantê-lo artificialmente ligado a aparelhos. Não há meia vida, nem meia morte.¹⁷

4. EUTANÁSIA

De acordo com José Idefonso Bizzato A palavra eutanásia é de origem grega, significa 'morte doce, morte calma', tendo sido empregada pela primeira vez por

¹⁵ROBERTI. Maura **Direito Penal e Eutanásia.** Disponível em: <http://www.mauraroberti.hpg.com.br/artigos/eutanasia.doc> Acesso em: 29 de ago. 2010.

¹⁶FRANÇA. Genival Veloso de. **Eutanásia: um enfoque ético-político.** Revista Bioética, Vol. 7, No 1, 1999. p 7.

Francis Bacon, no sec. XVII. Do grego *eu* e *Thanatos*, que tem por significado 'a morte sem sofrimento e sem dor' – para outros a palavra eutanásia também expressa: morte fácil e sem dor, morte boa e honrosa, alívio da dor, golpe de graça, morte direta e indolor, morte suave, etc.¹⁸

Para legitimar a eutanásia, com freqüência se apresenta a imagem do enfermo terminal vítima de sofrimentos atrozes, que, além disso, se mantém contra a sua própria vontade em razão do empenho médico – que perdeu o seu sentido terapêutico – por parte da equipe que o atende. Por um lado, o médico está obrigado não só a estabelecer a saúde do paciente, mas também a aliviar seu sofrimento. Com este fim, pode (e deve) administrar calmantes ou analgésicos, inclusive se os seus efeitos têm como resultado, não desejado dessa forma, o encurtamento da vida do paciente.¹⁹

Por outro lado, o empenho "terapêutico" não é exigido por uma razão moral nem jurídica. Pelo contrário, a deontologia médica, a moral e o direito obrigam o médico unicamente a combater a dor e a administrar um tratamento ordinário, útil e proporcional ao mal padecido.²⁰

Para Roxin²¹ eutanásia entende-se a ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção da dignidade humana.

O instituto da eutanásia diz respeito tanto à moral, a religião, ao direito, como a ciência médica, e se torna objeto de estudo e discussões a partir do momento em que se questiona a possibilidade da disponibilidade da vida humana. Existem muitas controvérsias a respeito de sua utilização, tendo muitos defensores, como

¹⁷FRANÇA. Genival Veloso de. **Eutanásia: um enfoque ético-político**. Revista Bioética, Vol. 7, No 1, 1999. p 9.

¹⁸BIZATTO, José Idelfonso. **Eutanásia e responsabilidade médica**. 2ª ed. São Paulo: LED, 2002, p. 13.

¹⁹MONTERO, Etienne. **Rumo a uma legalização da eutanásia voluntária? Reflexões sobre a tese da autonomia**. Revistas dos Tribunais. São Paulo, vol. 778 nº 89,2000, p. 462

²⁰MONTERO, Etienne. Rumo a uma legalização da eutanásia voluntária? Reflexões sobre a tese da autonomia. Revistas dos Tribunais. São Paulo, vol. 778 nº 89,2000, p. 462.

²¹ROXIN, Claus. **A apreciação jurídico-penal da eutanásia**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 8, n. 32, p. 9- 32, out/dez. 2000. p. 10.

também adversários, o que contribui para a complexidade do tema. Porém, o tempo faz com que as civilizações se transformem e se adaptem às novas realidades que se apresentam, e seus indivíduos acolhem estas transformações culturais e valorativas da melhor maneira que lhes convêm.²²

Apesar da medicina moderna ter alcançado muitas vitórias e poder prolongar a vida do homem através de tratamentos que minimizam e até curam doenças, ao final, todos devem morrer, mas deve-se lutar pelo direito a uma morte que seja digna, que ocorra sem abusos ou omissões. De outro lado, há o entendimento de que o direito à existência engloba o direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo, ou seja, é o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. O direito constitucional à vida é um processo vital, instaurado com a concepção, que se transforma, progride, mantendo sua identidade, até mudar de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo o que interferir em prejuízo neste fluir espontâneo contraria a vida.²³

5. ANÁLISE JURÍDICO-PENAL DA EUTANÁSIA

Imprescindível trazer ainda alguns aspectos relevantes da eutanásia no Direito Penal em um tópico específico para melhor compreensão e discussão de importantes aspectos.

O Código Penal vigente, de 1940, instituiu o tipo privilegiado de homicídio ao fazer constar no § 1º do art. 121 que “se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral [...] o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”. Esclarece o item 39 da Exposição de motivos da parte especial do Código Penal que, “por motivo de relevante valor social ou moral entende-se o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio

²²RODRIGUES, Paulo Daher. **Eutanásia**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 72

²³SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 201

eutanásico).²⁴

Importa considerar que a disciplina atual do homicídio eutanásico capitulado no § 1º do art. 121 do Código Penal “nada dispõe a respeito da particular situação da vítima, que deve, para que se perfaça a legítima eutanásia, padecer de enfermidade terminal incurável ou encontrar-se em situação de invalidez irreversível”.²⁵

Não se pode esquecer, por evidente, do consentimento da vítima e do causa piedosa do sujeito ativo no homicídio eutanásico para que se possa abrigar o crime na modalidade privilegiada.²⁶

Ainda, pelo fato de o § 1º do art. 121 não especificar a amplitude do vocábulo agente, permite concluir que se trata “de qualquer pessoa que realiza o ato [...]”. Portanto, não há, no Direito brasileiro, a exigência de que a eutanásia seja praticada por médico. Como tecnicamente é entendida”.²⁷

O início, a continuação ou ampliação de um tratamento está condicionado a possibilidade de o médico cumprir sua função curativa, segundo o atual estágio de evolução das ciências médicas e com os meios disponíveis. Não existe o dever de tratar, quando o quadro apresentado pelo paciente não indicar qualquer probabilidade de evolução, apenas existe o dever de ministrar cuidados paliativos indispensáveis contra a dor e o sofrimento, sob pena de incorrer o facultativo em obstinação terapêutica. Assim sendo, a desconexão dos aparelhos que mantêm vivo o doente não se enquadra no tipo de delito de homicídio, já que para que se perfaça a tipicidade não basta que o autor esteja na posição de garante, é necessário que tenha capacidade de ação, ou seja, deve haver a possibilidade material de evitar o resultado. Em tal hipótese, não haveria omissão punível por

²⁴RAMOS, Augusto César. **Eutanásia: aspectos éticos e jurídicos da morte**. Florianópolis OAB/SC Editora, 2003. p.67.

²⁵RAMOS, Augusto César. **Eutanásia: aspectos éticos e jurídicos da morte**. Florianópolis OAB/SC Editora, 2003. p.67.

²⁶MONTERO, Etienne. **Rumo a uma legalização da eutanásia voluntária?** Reflexões sobre a tese da autonomia. *Revistas dos Tribunais*. São Paulo, vol. 778 nº. 89, 2000, p 473

²⁷RAMOS, Augusto César. **Eutanásia: aspectos éticos e jurídicos da morte**. Florianópolis OAB/SC Editora, 2003, p. 67.

atipicidade da mesma.²⁸

Se não houver expectativa alguma de se conseguir uma vida plena e independente para o doente, resulta que a desconexão não interrompe curso causal salvador nenhum, pois o curso causal salvador é aquele capaz de salvar. A desconexão do reanimador em casos como esses é impune tanto da perspectiva comissiva quanto da omissiva. Do ponto de vista dessa última, porque sequer se pode falar de omissão quando a única conduta possível não seria capaz de conseguir a salvaguarda do bem jurídico. Mesmo os insistentes defensores da intangibilidade da vida humana admitem que nenhuma razão obriga o médico a fazer durar por um pouco mais uma vida que natural e irremissivelmente se extingui²⁹

A manutenção de terapias que não oferecem chances reais de recuperação para o paciente, especialmente os em estado vegetativo crônico, cuja sobrevivência pode ser artificialmente protraída por meses ou anos, implica em grave atentado à dignidade da pessoa humana, em tudo contrário à proibição constitucional de submissão a tratamentos desumanos ou degradantes.³⁰

Lembra-se ainda que para que a eutanásia seja configurada é necessária a presença de três elementos: terminalidade e/ou incurabilidade, móvel piedoso e consentimento. Estando presentes tais elementos, a situação do homicídio eutanásico pode ser resolvida através de uma possível avaliação infraconstitucional a respeito da sua não punibilidade. Em casos de homicídio eutanásico, presente os elementos acima mencionados, deveria ser aberta a possibilidade de perdão judicial (artigos 107, IX e 120 do Código Penal)³¹

6. A COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA PRÁTICA DA

²⁸CARVALHO, Gisele Mendes de **Aspectos Jurídicos-Penais da Eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001b, p. 168-169.

²⁹BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Ouro, 1976, p. 124.

³⁰CARVALHO, Gisele Mendes de **Aspectos Jurídicos-Penais da Eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001b, p. 168-169.

³¹FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas. **Eutanásia - aspectos jurídicos**. Jurisprudência Mineira, Belo horizonte, v. 166, p. 17- 26, out/dez. 2003. p. 25.

EUTANÁSIA

6.1 Normatividade dos Princípios Constitucionais

Entende-se de suma importância discorrer sobre a normatividade dos princípios constitucionais, para maior compreensão no que tange a colisão e solução dos conflitos.

A superioridade normativa dos princípios implica a necessidade de que todos os atos estejam em conformidade com a Constituição Federal. E caracterizando os princípios, se observa que eles têm normatividade, porquanto são normas, têm perceptividade, portanto, ordenam, proíbem, permitem, enfim, servem à regulação de condutas. Possuem maior amplitude, seja em face de seu maior grau de generalidade, seja em função de sua maior indeterminação, possuindo também maior abstratividade.³²

Os princípios terminam irradiando-se ou projetando-se sobre outras normas, têm textura aberta e por isso não regulam de forma conclusiva ou plena todas as situações, permitindo, também, sua expansão para casos novos, que o sistema fechado de regras não poderia abranger. Possuem ainda versatilidade, sendo os seus conteúdos modificáveis dependendo das exigências políticas, sociais e jurídicas.³³

As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não apenas lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.³⁴

Ressalva-se que nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque

³²ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 94

³³ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 94

³⁴BONAVIDES, Paulo **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros 2001, p. 260.

servem de base ao direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do direito e proteção aos direitos. Vê-se que os princípios constitucionais representam senão os princípios gerais do direito ao darem estes o passo decisivo de sua caminhada normativa que inaugura nos Códigos e acaba nas Constituições.³⁵

Os princípios constitucionais se inserem em uma categoria especial de normas devido ao excesso de generalidade, sem perder sua validade de normatividade que já lhes foi outorgado pela doutrina dominante na atualidade.

Não temos nenhuma intenção de exaurir a matéria a respeito dos princípios constitucionais, adiante se explana como e porque ocorre a colisão entre direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico constitucional e quais poderão ser os critérios empregados para a solução dos conflitos.

6.1.1 Colisão de direitos fundamentais

A colisão de direitos fundamental torna-se de difícil solução já que são direitos expressos por normas constitucionais com hierarquia e força vinculativa idêntica³⁶

A colisão entre princípios constitucionais não tem solução no campo da validade, mas no campo do valor³⁷. Se uma determinada situação é proibida por um princípio, mas permitida por outro, não há que se falar em nulidade de um princípio pela aplicação do outro. No caso concreto, em uma relação de precedência condicionada, determinado princípio terá maior relevância que o outro, preponderando segundo as circunstâncias fáticas e jurídicas.

³⁵SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 815.

³⁶STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 69

³⁷ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático**. Revista de Direito Administrativo, n.º 217, trimestral, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 91.

Não se pode aceitar que um princípio reconhecido pelo ordenamento constitucional possa ser declarado inválido, porque não aplicável a uma situação específica. Ele apenas recua frente ao maior peso e importância, naquele caso, de outro princípio também reconhecido pela Constituição. A solução do conflito entre regras, em síntese, dá-se no plano da validade, enquanto a colisão entre princípios constitucionais ocorre no âmbito do valor.³⁸

Na resolução da colisão entre princípios constitucionais devem ser consideradas as circunstâncias que cercam o problema prático, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o princípio de maior importância. A tensão se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos, determinando qual destes interesses, abstratamente, possui maior peso no caso concreto

O juiz, quando decide pela prevalência de determinado princípio constitucional em colisão com outro ou outros, deve basear sua decisão não em convicções de foro íntimo, mas em argumentos e razões fáticas e jurídicas que, além de consentâneas ao ordenamento normativo vigente, sejam plenamente aceitáveis e justificáveis perante comunidade. Sem resumir, por outro lado, a justificação judicial ao argumento majoritário, que não pode ser a priori identificado como argumento razoável. Do contrário, pode-se estar avançando a passos largos para uma nefasta e deletéria substituição do primado da lei, típica do tradicional modelo formal-positivista, pelo primado das valorações subjetivas dos juízes, desprovidas de parâmetros e critérios aferíveis e justificáveis para respaldar a atividade jurisdicional.³⁹

6.2 Princípio da Proporcionalidade - Estratégia para a Solução de Conflitos

6.1.2 O princípio da proporcionalidade e a solução de colisões de direitos

O princípio da proporcionalidade é um instrumento de ponderação dos direitos

³⁸ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático**. Revista de Direito Administrativo, n.º 217, trimestral, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 92.

³⁹GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 142.

fundamentais, tendo como objetivo a manutenção da dignidade humana. Teixeira⁴⁰ entende que o princípio da proporcionalidade se deriva do princípio da dignidade humana, o qual está consagrado pela Constituição Federativa do Brasil de 1988, princípio este de onde se derivam todos os demais direitos e no qual a Constituição Federal se assenta.

Dentro da Constituição Federal o princípio da proporcionalidade se destaca e possui como função primeira a hierarquização dos princípios que forem utilizados e que estejam em conflito no caso concreto. Havendo o conflito, ele deve ser resolvido pela interpretação dos preceitos constitucionais que prevêm cada um dos direitos fundamentais.⁴¹

È entendimento de Gilmar Ferreira Mendes⁴²:

“(...) no processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação.”

Os direitos ou princípios estão em um estado de conflito permanente, merecendo uma atenção especial, haja vista que a preponderância de um não pode colocar o outro em grau de desprezo. Sob esse aspecto, impõe-se a existência de um equilíbrio, ou mesmo de um divisor para que, em determinados casos, prevaleça um princípio sem que isso importe na negação do outro. É preciso que haja um balanceamento efetivo dos direitos em conflito. Nesse sentido, ganhou grande força o princípio da proporcionalidade ao analisar um caso concreto, o princípio da proporcionalidade deve conduzir a uma harmonização dos valores tendo como fim atingir o respeito e a proteção da dignidade humana.⁴³

⁴⁰TEIXEIRA, Eduardo Didonet; HAEBERLIN, Martin. **A proteção da privacidade:** aplicação na quebra do sigilo bancário e fiscal. Porto Alegre: Fabris, 2005, p 94.

⁴¹GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade** - in BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo, (orgs.) - *Hermenêutica Plural: Possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos* - São Paulo: Martins Fontes, 2002., p. 54

⁴²MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 31, n. 22, abr./jun. 1994, p. 301.

⁴³BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 169.

As mudanças sociais cada vez mais céleres demandam o surgimento de novos direitos fundamentais que entram em conflito com outros já existentes, exigindo uma crescente necessidade de uma ponderação. Essa ponderação deve ser tomada sob um aspecto de relatividade, uma vez que não existem princípios ou direitos absolutos em si mesmo.⁴⁴

Fato que não pode ficar esquecido é que a aplicação do princípio da proporcionalidade deve ter como fim a promoção e o respeito a todos os princípios e direitos fundamentais envolvidos, razão pela qual o meio empregado para o exame do conflito deve ser o mais suave. Assim, no caso concreto, ao conferir a prevalência ou a preponderância de um princípio sobre o outro, não poderá haver desprezo ou a negação de qualquer um deles. Permanecem todos intactos. Deve o princípio da proporcionalidade ser entendido como um mandamento de otimização onde exista uma observância aos direitos fundamentais em conflito dentro de um aspecto fático-jurídico.⁴⁵

Afirma Paulo Bonavides⁴⁶ ser esse princípio notável para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes.

Assim, deve-se ser observar o princípio da proporcionalidade sob dois aspectos: primeiro, como protetor da liberdade, pois impede que o Estado afaste ou mesmo impeça o exercício dos direitos fundamentais; segundo, como limite à liberdade de atuação do legislador em eleger valores que imporão graves mazelas aos cidadãos, fazendo com que haja a observância à adequação, à exigibilidade de que os meios utilizados sejam proporcionais aos fins pretendidos. Em síntese, que haja observância ao princípio da "justa medida" defendido por Canotilho⁴⁷ que não comporta desproporção entre o meio utilizado e o fim a ser alcançado.

⁴⁴BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 169.

⁴⁵BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 169

⁴⁶BONAVIDES, Paulo **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros 2001, p. 262.

⁴⁷CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional: teoria e prática**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 407

No caso de um pedido de prática da eutanásia onde entram em choque os direitos fundamentais: direito à vida, dignidade humana, autonomia, e liberdade prevalecerão os direitos que melhor e maior argumento tiverem, levando em consideração a manutenção daqueles direitos individuais.⁴⁸

Os argumentos para a prevalência de um direito sobre o outro deverão levar em consideração os valores, a liberdade, autonomia e a dignidade do paciente, já que esta é subjetiva se considerada particularmente, como também seu desejo e capacidade de decisão embasados na consciência de seu estado físico e psicológico.⁴⁹

Ainda deve reconhecer que a o direito à vida não é absoluto, não deixando assim de se verificar a "sacralidade" da vida, mas sim que a vida não é "intocável", pois diante da colisão de princípios fundamentais, o que deve prevalecer são aqueles princípios cujos argumentos estão baseados na dignidade humana e na solidariedade.⁵⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O paciente quer abolir com o sofrimento que lhe foi embutido pela doença. Ele está ali imóvel, impotente, oculto em sua dor e nutrido mecanicamente, diminuindo seu sofrimento com medicamentos sem os quais sofreria dores dilacerantes. Sabe que não há mais retorno, sofre em seu físico e em seu psicológico, pois não quer permanecer desta forma.

Como ser humano que é, possui direitos e a Constituição Federal lhe confere a autonomia e liberdade de escolha, direitos que resultam do princípio da dignidade humana, porém está impedido. E, haveria algum fundamento jurídico

⁴⁸FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. *Ética e saúde: questões éticas, deontológicas e legais, autonomia e direitos do paciente, estudo de casos*. São Paulo: EPU, 1998., p.72

⁴⁹FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. **Ética e saúde: questões éticas, deontológicas e legais, autonomia e direitos do paciente, estudo de casos**. São Paulo: EPU, 1998., p.72

⁵⁰FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. **Ética e saúde: questões éticas, deontológicas e legais, autonomia e direitos do paciente, estudo de casos**. São Paulo: EPU, 1998., p.72

para impedir a prática da eutanásia?

O Estado que tem a tutela do direito à vida entende que a pessoa não pode dispor da sua vida ao ponto de decidir sobre a sua terminalidade no momento em que melhor convir, quando não é mais digna de ser vivida.

Elucidar eutanásia é complexo por abranger questões éticas, médicas, religiosas, culturais e jurídicas. Defendê-la para muitos é uma afronta ao direito à vida. Entretanto, aqui não se defende a prática da eutanásia pura e simples, defende-se o direito do pedido da eutanásia passiva voluntária, ou seja, o pedido de um paciente que se encontra em fase terminal, porém consciente e informado de sua situação.

A partir de uma interpretação ordenada da norma é possível encontrar, na Constituição Federativa de 1988, um fulcro para o pedido de eutanásia passiva voluntária tendo como pressuposto para este pedido a manutenção da dignidade da pessoa humana em face da autoridade do Estado que possui a tutela do direito à vida. Isto porque, para a concretização da dignidade humana, implica na garantia da liberdade de escolha, inclusive sobre dispor da própria vida, quando um indivíduo, capaz e esclarecido de sua condição, que se encontre acometido de uma doença terminal ou incurável queiram pedir a prática da eutanásia encontra fundamento para este pedido nos direitos fundamentais individuais consagrados na Constituição Federativa do Brasil de 1988, diante da visão constitucional moderna, possibilitando juridicamente esse pedido.

A questão é que os direitos fundamentais, liberdade, autonomia, dignidade humana e o direito à vida, que diante de um caso concreto de pedido de prática da eutanásia entrarão em choque, pois os princípios possuem a mesma hierarquia, havendo necessidade de se fazer à ponderação desses direitos e para isso se utilizará o princípio da proporcionalidade que levará em conta o peso, valor dos direitos que se encontram em choque.

Com a consagração da Constituição Federativa do Brasil de 1988 os direitos fundamentais individuais decorrentes da dignidade da pessoa humana possibilitaram a verificação de que o direito à vida não é absoluto e que diante

de um choque com outros princípios como a autonomia ou liberdade haverá de ter uma justa medida para a solução desta colisão, e assim o princípio da proporcionalidade deverá ser utilizado para que o indivíduo tenha o menor prejuízo possível de seus direitos envolvidos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ADONI, André Luiz. **Biomédica e Biodireito: Aspectos Gerais Sobre A Eutanásia e o Direito a Morte Digna**. Revista dos Tribunais. São Paulo ano 9, v.818, 2003.

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático**. Revista de Direito Administrativo, n.º 217, trimestral, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BIZATTO, José Idelfonso. **Eutanásia e responsabilidade médica**. 2ª ed. São Paulo: LED, 2002.

BONAVIDES, Paulo **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros 2001.

BRASIL. **Código de ética Médica**. Disponível em: http://www.abctran.com.br/Conteudo/codigo_etica_medica.pdf Acesso em: 29 de ago. 2010.

BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Ouro, 1976.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional: teoria e prática**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Gisele Mendes de **Aspectos Jurídicos-Penais da Eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001b.

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

ÁVILA, Fabiana. Eutanásia: inviolabilidade do direito à vida?. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.1, 1º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FRANÇA. Genival Veloso de. **Eutanásia: um enfoque ético-político**. Revista Bioética, Vol. 7, No 1, 1999.

FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas. **Eutanásia - aspectos jurídicos**. Jurisprudência Mineira, Belo horizonte, v. 166, p. 17- 26, out/dez. 2003.

FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. **Ética e saúde: questões éticas, deontológicas e legais, autonomia e direitos do paciente, estudo de casos**. São Paulo: EPU, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade** - in BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo, (orgs.) - *Hermenêutica Plural: Possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos* - São Paulo: Martins Fontes, 2002

MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 31, n. 22, abr./jun. 1994.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e Biotecnologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MONTERO, Etienne. **Rumo a uma legalização da eutanásia voluntária? Reflexões sobre a tese da autonomia**. Revistas dos Tribunais. São Paulo, vol. 778 nº 89, 2000.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIVEIRA, Lílian Carla de; JAPAULO, Maria Paula. **Eutanásia e o direito à vida**. Disponível em http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=19041. Acesso em 23 ago 2010

PITHAN, Lívia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das ordens de não ressuscitação hospitalares**. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

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

ÁVILA, Fabiana. Eutanásia: inviolabilidade do direito à vida?. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.1, 1º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

ROBERTI. Maura **Direito Penal e Eutanásia**. Disponível em: <http://www.mauraroberti.hpg.com.br/artigos/eutanasia.doc> Acesso em: 29 de ago. 2010.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Paulo Daher. **Eutanásia**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

ROXIN, Claus. **A apreciação jurídico-penal da eutanásia**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 8, n. 32, p. 9- 32, out/dez. 2000.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEIXEIRA, Eduardo Didonet; HAEBERLIN, Martin. **A proteção da privacidade: aplicação na quebra do sigilo bancário e fiscal**. Porto Alegre: Fabris, 2005.