

SEMINARIO INTERNACIONAL EN CULTURA DE LA LEGALIDAD: “LOS DESAFÍOS DEL ESTADO DE DERECHO EN EL SIGLO XXI”

El Seminario Internacional en Cultura de la Legalidad: “Los Desafíos del Estado de Derecho” ha sido organizado por el **Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia** (GIDYJ) de la Universidad Carlos III de Madrid, en el marco de las actividades del proyecto [New Trust-cm Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad \(S2015/HUM-3466\)](#) financiado por la Consejería de Educación, Juventud y Deporte de la Comunidad de Madrid.

El programa completo del Seminario está disponible en www.derechoyjusticia.net

Las **comunicaciones** aquí recogidas fueron presentadas el día 13 de febrero de 2017 con motivo del I Seminario Internacional en Cultura de la Legalidad: “Los desafíos del Estado de Derecho en el siglo XXI”, celebrado en el campus de Getafe de la Universidad Carlos de Madrid bajo la dirección de María José Fariñas Dulce.

Las comunicaciones están disponibles en: <https://hdl.handle.net/10016/25562>



Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons
Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada

A EUTANÁSIA COMO POSSIBILIDADE NO SISTEMA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

EUTHANASIA AS A POSSIBILITY IN THE SYSTEM OF PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS.

Marcos Luiz de Melo

Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa

Maria Aparecida Rocha Miranda

Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa

RESUMO

A eutanásia tem sido discutida e aplicada desde séculos, por variados motivos, como forma de provocar a morte de outrem. Atualmente, a ideia conceitual da eutanásia orbita na provocação desta morte por sentimentos de piedade ou caridade, ante o sofrimento físico e/ou psicológico atroz a que determinada pessoa vivencia. O foco deste trabalho é a investigação da possibilidade de autorização da “morte piedosa” em casos especialíssimos, dentro dos reflexos do ordenamento jurídico português. E a investigação da existência de tensão ou conflito entre princípios firmados na Constituição da República Portuguesa que não possam ser realizados sem um sopesamento de valor entre um e outro. A atualidade do tema em Portugal é agora evidente, em face da discussão sobre futuro projeto de lei sobre a eutanásia, em discussão no Parlamento Português.

Palavras-chave: Eutanásia, Tensão entre conflitos constitucionais.

ABSTRACT

Euthanasia has been discussed and applied for centuries, for various reasons, as a way to cause the death of another person. Currently, the conceptual idea of euthanasia orbits in the provocation of this death by feelings of pity or charity, by the atrocious physical and / or psychological suffering that a certain person experiences. The focus of this work is the investigation of the possibility of authorizing the "merciful death" in special cases, within the

framework of the Portuguese legal system. And the investigation of the existence of tension or conflict between principles established in the Portuguese Federal Constitution that can not be carried out without a balance of value between one and the other. The up-to-dateness of the topic in Portugal is now evident, because of the discussion on the future legislative bill on euthanasia, under discussion in the Portuguese Parliament.

Keywords: Euthanasia, Collision of constitutional principles.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	3
2. EUTANÁSIA: ETIMOLOGIA E NOTAS HISTÓRICAS.....	4
2.1.1. Ideia-núcleo e conceito adotado	7
2.1.2. A eutanásia em alguns países	8
3. EUTANÁSIA E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA.....	10
3.1. Princípios constitucionais e dimensões de peso na aplicação.....	11
3.2. Tensão entre Normas Constitucionais e Soluções	14
4. CONCLUSÃO.....	20
5. BIBLIOGRAFIA	21

1. INTRODUÇÃO

Dentro do sistema de proteção dos princípios fundamentais que as Constituições Portuguesa, Espanhola e Brasileira, garantem sem dúvida alguma a discussão da regulação da eutanásia possui condição de destaque nesses novos desafios para o Estado de Direito.

Na Espanha, recente caso da menina Andrea, então portadora de doença degenerativa, cuja sonda de alimentação foi retirada e aplicada sedação profunda para afugentar dor e maior sofrimento, culminou em sua morte em 2015. O caso emblemático de Ramón Sampredo, também na Espanha, que não obteve a mesma solução judicial e acabou em suicídio. Pela profundidade do tema, sua vida foi às telas de cinema no filme “Mar Adentro”, de Alejandro Amenábar, em 2004.

Diante do verdadeiro arsenal de medicamentos e tecnologia atualmente existentes no campo da medicina, o prolongamento da vida do ser humano tem se estendido ao longo dos passos da humanidade. Cada vez mais doenças são curadas, tecnologias novas são alcançadas para tratar e resolver problemas de saúde que há não muito tempo eram prenúncio de morte certa. Se por um lado a medicina avançou, por outro, muitas vezes pode prolongar a vida de uma pessoa que foi diagnosticada com mal incurável e/ou irreversível cuja perspectiva da morte se avizinha num curto prazo e cujo declínio da saúde e o sofrimento pessoal serão evidentemente pesados para o corpo e a mente.

Por vezes, o sofrimento psicológico, o sofrimento pessoal do paciente, o sofrimento de ver os familiares acompanhando esse tortuoso e acidentado caminho, o sofrimento de dar trabalho aos que estão à sua volta, pode levar o doente a pensar em não delongar o fim da vida que se aproxima. Pode preferir sair dignamente de cena, na companhia da família que juntamente padece, antes do sofrimento posterior de medicações, dores, internações e cuidados paliativos. Assim como outros pacientes, não tecnicamente caracterizados como portadores de doença terminal, mas em sofrimento psicológico atroz e perene em face de moléstia incapacitante e irreversível, por exemplo. Esta realidade é cada vez mais presente nos nossos dias.

Neste contexto, sob a ótica da proteção dos princípios fundamentais inseridos nas Constituições e nos Tratados Internacionais do mundo ocidental, questionamentos pululam: até que ponto o princípio da inviolabilidade da vida deve ter dimensão de peso maior que o princípio da dignidade humana, da integridade moral (de não ser vítima de sofrimentos e

agonias prolongadas, diuturnas, perenes, irreduzíveis e incontornáveis), do direito à saúde (completo bem-estar físico, mental e social), do direito à liberdade de manifestação de vontade, de autonomia privada (diante das circunstâncias, desejo de morrer)? Como conceber uma legislação de eutanásia em Portugal, em Espanha, ou Brasil, em face da legislação atual? Haveria inconstitucionalidade? Tensão entre princípios constitucionais? Como solucionar?

Este trabalho aborda tais relevantes, atuais e apaixonantes temas, que convidam naturalmente a salutar discussão, na constante troca de informações e estudos no mercado de ideias e teses.

2. EUTANASIA: ETIMOLOGIA E NOTAS HISTÓRICAS

Etimologicamente, a palavra “eutanásia” provém do grego *εὐθανασία:eu*, significando “bem”, e *thanatos*, a personificação da morte. Seria a morte causada a alguém em sofrimento atroz, a “morte piedosa” ou “morte a pedido”.

Historicamente, regista-se que o termo foi utilizado pela primeira vez por Francis Bacon, no ano de 1623, na obra “*Historia Vitae et Mortis*”, no sentido de tratamento adequado para doenças sem cura¹.

Com o passar do tempo a palavra eutanásia ganhou diversas interpretações como “morte rápida e sem tormento”, “morte digna, honesta e com glória”, “morte tranquila e fácil”, dentre outras. No sentido religioso, significa “morte em estado de graça” e “morte natural súbita”².

Modernamente, a eutanásia tem sido entendida como não abrangência apenas de pacientes terminais, mas outras situações como a má formação congênita, pacientes em estado vegetativos e incapazes que não exprimem a sua vontade.

Mas a prática da eutanásia remonta a longa anciandade, tendo sido exercida em diversas civilizações e variando de acordo com a cultura dos povos. Entre os celtas era comum o filho matar o pai idoso que estava doente, em um ritual sagrado³. Do mesmo modo, nos combates sangrentos matava-se para evitar a tortura e o sofrimento pelo inimigo. Também era comum

¹ Silva, Mario Tavares - Eutanásia Alguns Aspectos Morais. p.15.

² Carvalho, Gisele Mendes - Aspectos Jurídicos-Penais da Eutanásia. p. 32.

³ Guimarães - Marcello Ovídio Lopes. Novas Considerações Penais. p. 30.

entre os povos antropófagos matar crianças e velhos doentes para servir em banquetes, pois segundo as suas leis não havia “sepultura melhor que o estômago dos filhos”⁴.

Na Índia, os doentes eram levados pelos parentes à beira do Rio Ganges para serem asfixiados, tendo a boca e o nariz entupidos com barro até a morte⁵.

Já no Império Romano, Cleópatra e Marco Antônio montaram um centro de estudos para que fossem analisadas as formas menos dolorosas de morrer. Por sua vez, na Grécia havia permissão para a eutanásia e o suicídio, sob determinadas regras⁶.

Há passagem bíblica da morte do Rei Saul, que implorou para ser morto por um amalecita, após ter sido atingido em uma batalha. Tendo seu pedido negado pelo escudeiro, o rei lançou-se contra uma espada que não foi suficiente para causar-lhe a morte. Em seguida, o rei pediu para que o escudeiro se assentasse sobre ele para terminar com sua vida. Atendida a ordem do rei pelo escudeiro, foi posteriormente condenado à morte por ter matado um “ungido de Jeová, já que naquela época vigia a Lei de Talião, pois a morte de um homem por outro aplicava-se a pena capital⁷”.

Na Ilha Grega de Cea, os velhos septuagenários eram envenenados nas festas e banquetes, pois não tinham mais serventia para a sociedade e para as batalhas. Já os Espartanos matavam os doentes e inválidos, além de atirar rochedo abaixo crianças malformadas, pois eram consideradas pessoas imprestáveis para a sociedade⁸.

Em Portugal, por volta do século XIX, era comum a figura da “abafadeira” ou “despenadeira”, que cravava os cotovelos no peito do doente até a vida se esvaír.⁹

A Igreja católica condenava a prática sob o argumento que o ato é imoral e contrário aos seus dogmas religiosos¹⁰.

Por certo, a prática da eutanásia sempre esteve presente nas sociedades desde os primórdios. Atualmente há países que permitem a sua realização com a finalidade de abreviar a vida do

⁴ Carvalho -Op. Cit. p. 33.

⁵ Carvalho, Gisele Mendes - Aspectos Jurídicos-Penais da Eutanásia. p. 33.

⁶ Guimarães - Marcello Ovídio Lopes. Novas Considerações Penais. p. 31.

⁷ Carvalho. Idem- Op. Cit. p. 35.

⁸ Idem-Ibidem.

⁹ Silva, Mario Tavares - Eutanásia Alguns Aspectos Morais. 15.

¹⁰ Araújo, Daniela Galvão - Eutanásia através dos tempos. Pensar o Direito. p. 14.O Catecismo da Igreja dispõe no Parágrafo 2277:

“2277 – Sejam quais forem os motivos e os meios, a eutanásia direta consiste em pôr fim à vida de pessoas deficientes, doentes ou moribundas. É moralmente inadmissível.”

enfermo portador de doença incurável e outros que abominam este tipo de procedimento considerando crime de homicídio o seu exercício. Assim, classificações doutrinárias de eutanásia foram surgindo¹¹, valendo-se ressaltar os tipos mais correntes, recentes e

¹¹ Algumas classificações e conceitos de eutanásia realizados pela doutrina na evolução do estudo, mas sempre englobando o conceito geral de intervenção de outrem para causar a morte de alguém, por variados motivos:

- Eutanásia Penal ou Punitiva: morte causada em face de pena de morte por sentença judicial nos países que assim a admitem;
- Eutanásia teológica: morte em “estado de graça”, morte “por visitação de Deus”;
- Eutanásia estoica: morte obtida com a exaltação das virtudes do estoicismo;
- Eutanásia terapêutica: ato dos médicos em propiciar uma morte suave aos enfermos incuráveis e com grave sofrimento, com rápida e não dolorosa agonia;
- Eutanásia eugênica: supressão de todos os seres considerados inúteis para melhoramento da raça humana.
- Eutanásia legal: procedimentos permitidos por lei.
- Eutanásia-homicídio: procedimento para ceifar a vida de um paciente por doença terminal
- Eutanásia-suicídio: quando o próprio paciente é o executante.
- Eutanásia verdadeira: praticada pelo médico
- Eutanásia falsa: crime de homicídio, consistindo nas espécies eugênica, econômica e piedosa.
- Eutanásia libertadora: morte benéfica e sem dor de doente terminal que pede para ter a vida abreviada para poupar-lhe sofrimentos físicos e psicológicos;
- Eutanásia piedosa: morte dada aos moribundos inconscientes ao fim de longas enfermidades e para suprimir terríveis dores;
- Eutanásia agônica: facilita a morte do paciente sem qualquer sofrimento;
- Eutanásia lenitiva: morte que alivia dor física ou a enfermidade incurável;
- Eutanásia passiva: compreende a omissão médica ou a interrupção dos meios extraordinários para prolongar a vida do paciente em estado irreversível;
- Eutanásia ativa: intervenção direta da vida por meio de medicamentos;
- Eutanásia eliminadora: quando realizada em pessoas que mesmo não estando em condições próximas da morte são portadoras de distúrbios mentais. Justificando-se pelo fardo que são para sua família e para a sociedade;
- Eutanásia social ou Mistanásia: decisão tomada pela sociedade e não pelo enfermo. Morte social para doentes em massa e deficientes, que diante dos problemas sociais não recebem tratamento por não ter acesso a atendimento médico; pacientes vítimas de erro médico; pacientes vítimas de procedimentos não condizentes com a doença por dificuldade financeira.
- Eutanásia econômica: seria a realizada em pessoas que, por motivos de doença, ficam inconscientes e que poderiam sofrer em função da sua doença, ao recobrar os sentidos.
- Eutanásia voluntária: advinda do consentimento, da anuência, da deliberação individual do paciente em estado terminal.
- Eutanásia não-voluntária: ausência de consentimento pelo paciente a respeito da prática da eutanásia, em face de não ter condições de manifestar sua vontade;
- Eutanásia involuntária: paciente em estado terminal se manifestou contra a sua prática, mas mesmo assim, a morte é provocada.
- Eutanásia de duplo efeito: a morte é acelerada como uma consequência indireta das ações médicas que são executadas, visando o alívio do sofrimento de um paciente terminal durante a prática da eutanásia passiva.
- Distanásia: morte sofrida. O prolongamento agônico ou sofrível da vida do paciente terminal através de procedimentos médicos de intensificação ou obstinação terapêutica, sem perspectiva de cura.

Verificamos, assim, a existência de dezenas de “tipos classificativos” da eutanásia, variando do motivo piedoso – cortar o sofrimento do moribundo irreversível – ao motivo torpe – matar “quem não se gosta”. Disso, constatamos facilmente que o termo “eutanásia”, em sua evolução histórica, é um verdadeiro eufemismo do termo “matar alguém”. Dizemos isso sem qualquer color de sermos ou não favorável a tal. Trata-se, ao fim e ao cabo, de um agir para causar a morte de alguém. E neste agir, temos as vertentes que seriam moralmente aceitáveis. Outras não. Cf., entre tantos, BRITO, António José dos Santos Lopes de; RIJO, José Manuel Subtil

discutidos: a “Eutanásia Ativa”, a “Eutanásia Passiva”, quanto à ação; a “Eutanásia Voluntária” e a “Eutanásia Involuntária”, quanto ao consentimento do paciente.

A Eutanásia Ativa é o procedimento, o agir deliberado de cunho piedoso ou misericordioso de um terceiro provocar a morte do paciente em sofrimento atroz.

A Eutanásia Passiva é a cessação de aplicação de meios médicos inúteis ou desnecessários de prolongamento da vida do corpo, ante a doença terminal do paciente. Também conhecida como Ortotanásia.

As Eutanásias Voluntária e Involuntária compreendem a ideia de haver ou não autorização ou aquiescência do paciente para que a brevidade do fim de sua vida seja operada.

2.1.1. Ideia-núcleo e conceito adotado

Logo aqui percebemos a ideia inicial da eutanásia: abreviamento do tempo de vida de um doente terminal em sofrimento, realizado por um terceiro (normalmente um médico). Mas o que é um “paciente terminal” ou “doente terminal”? São termos médicos e neste campo é que devemos averiguar: o doente terminal sofre de um mal “progressivo onde a morte como consequência da doença pode ser razoavelmente esperada em até seis meses¹²”.

Lopes – **Estudo jurídico da eutanásia em Portugal: direito sobre a vida ou dever de viver?** Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 27-36. SANTOS, Sandra Cristina Patrício – **Eutanásia e suicídio assistido: o direito e liberdade de escolha** [Em linha]. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011. [Consult. 23 Out. 2016]. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/19198/1/SANDRA%20CRISITNA.pdf>. TELHADO, Margarida Lupi – **A eutanásia e o testamento vital no atual ordenamento jurídico português**. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. 98 f. Dissertação de mestrado. p. 42-52. CRUZ, Gregorio De Jesús Vazquez – **Eutanasia: derecho a morir?** [Em linha]. Espanha: Monografias.com, 2010. [Consult. 23 Out. 2016]. Disponível em <http://www.monografias.com/trabajos7/eutan/eutan.shtml>. SÁ, Maria de Fátima Freire de – **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. ISBN 9788538402374. 2.ª ed. Belo horizonte: Del Rey, 2005.

¹² Tradução livre da conceituação de “doença terminal”: “a progressive disease where death as a consequence of that disease can reasonably be expected within 6 months”. “Sege’s Medical Dictionary”. Verbete “terminal illness”. Pennsylvania: Farlex, 2011. [Consult. 23 Out. 2016]. Disponível em <http://medical-dictionary.thefreedictionary.com/terminal+illness>. O Médico e Professor Catedrático da Faculdade de Medicina de Porto, Doutor Walter Osswald, leciona: “doente terminal é aquele para quem os conhecimentos médicos atuais não preveem uma duração de vida superior a alguns meses (em regra fala-se de 6 meses), sendo irrecuperável o estado de saúde.” OSSWALD, Walter – **Morte a pedido**. ISBN 9789725405086. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 8. O “Grupo de Trabalho para o Estudo da Eutanásia”, da Associação Médica Britânica – o “BMA Euthanasia Report”, Londres, 1988, considera até 12 meses tal prazo: “devem considerar-se doentes terminais aqueles que têm uma doença incurável em fase irreversível, encontram-se em estado de grande sofrimento (físico, psicológico e/ou espiritual) e têm uma esperança de vida, fundamentada aos dados da ciência médica disponíveis, não superior a um ano (neste sentido, se pronunciou um).” *Apud* BRITO, António José dos Santos Lopes de; RIJO, José Manuel Subtil Lopes – **Estudo jurídico da eutanásia em Portugal: direito sobre a vida ou dever de viver?** Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 23.

Nesta sequência, temos que verificar que um paciente em estado vegetativo, com redução acentuada a estímulos, sem função cognitiva, em estado de “estupor psiquiátrico¹³”, mas não portador de moléstia terminal, não seria tecnicamente considerado “doente terminal”.

Mas pelo critério que temos descortinado até aqui, em nosso sentir, é da órbita do conceito de eutanásia o abreviamento da vida de sofredores que não sejam necessariamente qualificados em estado de doença terminal. Porque justamente a célula-máter, o núcleo da hipótese de se ventilar a eutanásia, é a condição de sofrimento atroz físico, psicológico e/ou espiritual, do paciente, que desejater sua vida abreviada sem mais delongas¹⁴, ou que esteja em estado vegetativo perene, sem resposta a estímulos e sem possibilidade de reversão com a tecnologia médica existente¹⁵, pois é necessário ter vida digna até o seu final. Este é o sentido de “eutanásia” a que nos referimos no presente estudo. A “eutanásia passiva”, por seu turno, será chamada como mais comumente é conhecida: “ortotanásia¹⁶”.

2.1.2. A eutanásia em alguns países

Nos últimos tempos, vários países têm enfrentando discussões acirradas sobre legislação a respeito da eutanásia. Poucos países atualmente permitem tal procedimento.

¹³ “O selo distintivo do estupor é uma redução temporária ou obliteração tanto das funções relacionais reativas quanto das espontâneas (isto é, ação e fala).” BERRIOS, German Elias – O estupor revisitado [Em linha]. **Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental**. ISSN 1415-4714. Vol. 14. N.º 1 (2014). [Consult. 03 Nov. 2016]. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S1415-47142011000100011> .

¹⁴ Casos como o descrito no notório filme “Mar Adentro”, realizado por Alejandro Amenábar, em que um acidente deixou Ramón Sampedro tetraplégico, por 29 anos numa cama, e perseguiu na Espanha um pedido judicial para permitir sua eutanásia, mas sem êxito. Ocupar-nos-emos deste caso concreto à frente neste estudo.

¹⁵ Há estudiosos que defendem a inclusão no conceito de doente terminal a casos de coma vegetativo, perdurante: “Incluem-se aqui não só os doentes lúcidos em que lhes foi detectada doença incurável, como também aqueles que estão em estado de coma vegetativo persistente, apresentando um sono profundo, ou com a consciência alterada e acentuada diminuição de resposta aos estímulos exteriores: o chamado estado de estupor psiquiátrico. (...) Porém, os doentes em coma vegetativo persistente podem manter-se neste estado por períodos de tempo muito prolongados (meses ou anos), o que leva, muitas vezes a que os próprios familiares dos doentes solicitem aos médicos a suspensão dos cuidados, de forma a que a morte se consume, nomeadamente quando o estado de coma, persistente se arrasta por muito tempo.” BRITO, António José dos Santos Lopes de; RIJO, José Manuel Subtil Lopes – **Estudo jurídico da eutanásia em Portugal: direito sobre a vida ou dever de viver?** Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 23.

¹⁶ Muitas vezes há confusão de conceitos entre ortotanásia e eutanásia. Pode-se atribuir erroneamente como “eutanásia” atos que decorrem de prática médica correta: “Quando um conhecido médico, fundador de uma organização internacional prestigiada, afirmou ter praticado eutanásia no seu próprio pai, por lhe ter retirado monitorização e terapia, trazendo-o do hospital para casa, onde faleceu pouco depois – é óbvio que não praticou eutanásia, apenas deixou morrer em paz e no seu ambiente o doente que se encontrava em fase final. Deixar morrer não é matar, é respeitar o decurso normal do processo vital, prestes a extinguir-se, removendo aparelhagem, tubos, ambiente fria e anónimo de cuidados intensivos. Neste caso não houve eutanásia, apenas supressão de meios desadequados, «extraordinários», não medicamente indicados.” OSSWALD, Walter – **Morte a pedido**. ISBN 9789725405086. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 17-18.

A Holanda foi o país pioneiro na regulação legal da prática da eutanásia, desde 2002, “muito embora o Uruguai seja tido como a primeira nação a legislar especificamente sobre o tema eutanásia propriamente dita de modo a possibilitar a sua impunidade, a despeito de declará-la ilícita.”¹⁷ O Código Penal Uruguaio de 1934, em seu artigo 37, prevê a possibilidade de o Magistrado isentar da pena quem comete o homicídio piedoso, desde que observados certos requisitos, tais como: bons antecedentes, agir por motivo misericordioso, e a vítima ter feito reiteradas súplicas para que fosse-lhe retirada a vida¹⁸.

Em seguida, foi a Bélgica que também adotou a prática da morte assistida em setembro de 2002, mas só permitiu a inclusão de crianças em estado terminal no ano de 2014¹⁹. Luxemburgo passou a ser o terceiro país a legalizar a eutanásia em 2009, sendo proibida a menores de idade²⁰. Na Dinamarca é permitido ao paciente com doença incurável decidir sobre a interrupção do tratamento, devendo o testamento ser respeitado pelo médico²¹.

Na Suíça é permitida a assistência ao suicídio, mas não a eutanásia. As associações locais “Exit” e “Dignitas” auxiliam pacientes terminais que pedem para morrer. A primeira só atende o cidadão suíço ou estrangeiros permanentes que residam no país; a segunda atende pedido de cidadão estrangeiro, mas acrescido de custo econômico para o doente²².

¹⁷Guimarães, Marcello Ovídio Lopes - Novas Considerações Penais. p. 244.

¹⁸ “37. (Do homicídio piedoso). Os Juízes poderão exonerar de castigo o sujeito de bons antecedentes, autor de um homicídio, efetuado por motivo piedoso, mediante súplicas reiteradas da vítima” Tradução livre de: “37. (Del homicidio piadoso). Los Jueces tiene la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima.” Código Penal Uruguaio [em linha] [Consultado em 16 de novembro de 2016] disponível em <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933> . Importante destacar que o Código Penal Uruguaio recebeu grande influência da doutrina espanhola por meio do célebre jurista espanhol Luis Giménez de Asúa que era favorável a regulamentação da eutanásia. Nos idos de 1920 proferiu várias palestras sobre o tema inclusive em Montevideo com argumentos tão impactantes que serviu de sucedâneo para o estabelecimento do “homicídio piedoso” descrito no Código Penal, que vigora no ordenamento até os dias de hoje. [Em linha] [Consult. 04 março

¹⁹ Bélgica, Luxemburgo e Holanda são os países da Europa que permitem eutanásia. [Em linha] [Consul.16 nov. 2016] disponível em: <http://sicnoticias.sapo.pt/mundo/2016-02-09-Belgica-Luxemburgo-e-Holandia-sao-os-paises-na-Europa-que-permitem-a-eutanasia>

²⁰ Conheça a legislação sobre eutanásia na Europa [Em linha][Consul.16 nov.2016] disponível em: <http://br.rfi.fr/europa/20141212-conheca-legislacoes-sobre-eutanasia-na-europa>

²¹ Dias, Roberto. O Direito Fundamental à Morte Digna. Uma Visão Constitucional da Eutanásia. p. 158

²² Mitos e realidades sobre o suicídio na Suíça [em linha] [Consul.17 de nov. 2016] Disponível em <http://www.swissinfo.ch/por/mitos-e-realidades-sobre-o-su%C3%ADc%C3%ADdio-assistido-na-su%C3%ADa/893224>

Na Alemanha, o Tribunal de Apelação já decidiu a favor da vontade do enfermo, em casos excepcionais²³. Na Espanha e em Portugal, tanto a eutanásia como o suicídio assistido constituem crime²⁴.

Nos Estados Unidos da América a morte assistida é tratada por lei estadual. Os Estados que permitem a prática do suicídio assistido, mas não eutanásia, são Oregon, Washington, Vermont, Montana, Texas e, mais recentemente, Califórnia, que passou a ser o quinto Estado a adotar o procedimento²⁵.

No Brasil não há legislação que tipifique especificamente a eutanásia, embora seja possível caracterizá-la como crime de homicídio privilegiado, que prevê a redução da pena “se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima”²⁶.

3. EUTANÁSIA E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

No campo do ordenamento jurídico português, e pontuando a problemática dentro da discussão eminentemente jurídico-legal, necessário investigar se a eutanásia poderia ser considerada ou não constitucional, em face de possíveis conflitos entre princípios do direito à vida, considerada inviolável, e o direito à dignidade, à integridade física e moral, à autonomia privada, liberdade pessoal, ou mesmo o direito à saúde.

O artigo 24.º da Constituição da República Portuguesa é claro em dispor que “a vida humana é inviolável” e que “em caso algum haverá pena de morte”. Assim como as integridades física e moral também são invioláveis²⁷. O direito à vida, portanto, é pilar dos direitos humanos – compreendidos como direitos válidos para todos e inerentes à natureza humana, daí porque

²³ Guimarães - Marcello Ovídio Lopes. *Novas Considerações Penais*. p. 246.

²⁴ Dias, Roberto. *O Direito Fundamental à Morte Digna. Uma Visão Constitucional da Eutanásia*. p. 155-156

²⁵C alifórnia torna-se o quinto país a admitir a eutanásia [em linha] [Consul. 17 de nov. 2016] Disponível em <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2015/10/california-torna-se-quinto-estado-dos-eua-a-permitir-eutanasia-4863337.html>

²⁶ Código Penal Brasileiro, art. 121, § 1º.

²⁷ “Artigo 24.º (Direito à vida)

1. A vida humana é inviolável.
2. Em caso algum haverá pena de morte.”

“Artigo 25.º

(Direito à integridade pessoal)

1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável.
2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.”

invioláveis – e também direito fundamental, que são os direitos humanos estabelecidos em determinada ordem jurídica²⁸.

A soberania da vida humana como direito é intuitiva, carregada pela própria natureza humana. Sua inviolabilidade é “absoluta”, como direito fundamental escrito e garantido pela Constituição da República Portuguesa. Direito absoluto – no sentido de que não possa sofrer nenhuma espécie de limitação ou exceção –, cremos que não mais existe no atual cenário da evolução humana. Na interpretação gramatical da norma constitucional, não haveria como abrir uma fresta em que o direito à vida fosse violado. Ou seja, que a provocação do evento morte como forma de interromper antecipadamente a finitude da vida é providência inconstitucional, numa verificação “*in actu oculi*”. Mas na esfera da inviolabilidade da vida humana, encontramos algumas exceções, por exemplo, em casos pontuais de possibilidade de retirar a vida de alguém em caso de risco inexorável de nossa própria vida, como em legítima defesa²⁹ ou estado de necessidade³⁰, ou mesmo a interrupção da gravidez não punível³¹, figuras estabelecidas no Código Penal Português. Não se trata, portanto, de direito absoluto.

3.1. Princípios constitucionais e dimensões de peso na aplicação

O sistema jurídico português é um sistema normativo aberto de regras e princípios. Normativo, porque baseado em normas jurídicas. Aberto, pois tem estrutura dialógica pela “capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça³²”. Sistema de

²⁸ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.^a ed. (17.^a Reimpressão). Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 393.

²⁹ “Artigo 32.º Legítima defesa

Constitui legítima defesa o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro.”

³⁰ “Artigo 35.º Estado de necessidade desculpante

1 - Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente.” (...)

³¹ “Artigo 142.º Interrupção da gravidez não punível

1 - Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando:”

³² Rolf-Peter Calliess, jurista alemão, com sua Teoria Dialógica do Direito. CALLIESS, Rolf-Peter apud CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.^a ed. (17.^a reimp). Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1.159. Sobre a Teoria Dialógica do Direito, o Professor Paulo Bonavides leciona que Calliess, “inspirado, pois, na sociologia de Luhmann (a sociologia enquanto teoria dos sistemas sociais), intenta aquele jurista explicar o Direito como estrutura dialógica dos sistemas sociais, isto é, como ‘algo’ situado entre as categorias sujeito e objeto, ou seja, uma espécie de esfera autônoma e conciliatória em relação a ambas.”

regras e princípios, pois o superconceito “norma” pode se revelar em regras ou em princípios³³.

Na ocorrência de eventual conflito de princípios, um não exclui o outro. Apenas há valorações de peso, acentuando-se um em contraste a outro. Dentro do equacionamento da solução de conflitos entre princípios, e na dimensão do peso a ser ofertado a cada um na aplicação ao caso concreto, primeiramente encontramos o princípio do direito à vida, princípio jurídico fundamental expresso na Constituição da República Portuguesa. Certamente constitui importante elemento de interpretação do direito positivo. Mas não menos importante, no mesmo nível, como princípio jurídico fundamental também expresso na Constituição da República, é o atributo da dignidade humana³⁴.

A grande valia do sistema aberto é a possibilidade de que a solução desses conflitos seja realizada com base metódica de hermenêutica constitucional. Para os estudiosos do Direito, a possibilidade se reafirma na medida em que cada um poderá avaliar e sopesar a valoração

BONAVIDES, Paulo – **Curso de direito constitucional**. ISBN 8539201127. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 130.

³³ A doutrina prevê vários critérios de diferenciação de regras e princípios, conforme sumariza o Professor Canotilho nas principais teses: a) pelo grau de abstração: princípios têm grau de abstração elevado; regras, reduzido (citando Esser, Larenz e Borowski); b) pelo grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: princípios carecem de mediações concretizadoras, pois vagos e indeterminados; regras são susceptíveis de aplicação direta (citando Esser e Larenz); c) pelo caráter de fundamentalidade no sistema de fontes do direito: princípios são normas de natureza estruturante e fundamental em face de sua posição hierárquica no sistema de fontes (citando Guastini e Borowski); d) proximidade da ideia de direito: princípios são “standards” juridicamente vinculantes fixados nos ideais de justiça (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz); regras possuem conteúdo funcional; e) pela natureza normogenética: princípios são fundantes de regras, são sua “ratio”, razão pela qual constituem função normogenética (citando Esser, Canaris e Castanheira). CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ª ed. (17.ª reimp). Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1.160. O Professor Ruy Samuel Espíndola também leciona: “a ideia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou subordinam.” ESPÍNDOLA, Ruy Samuel – **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 47.

³⁴ “Artigo 1.º (República Portuguesa)

Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”

“Artigo 9.º (Tarefas fundamentais do Estado)

São tarefas fundamentais do Estado:

d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais;”

“Artigo 16.º (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais)

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”

“Artigo 26.º (Outros direitos pessoais)

3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.”

e a dimensão de cada princípio, informando sua “*opinium*” pessoal sobre a questão, fundamentadamente, por certo, e escorado em algum método abalizado doutrinária e judicialmente. Não somos escravos do direito posto³⁵. Mas, de outra mão, não há parâmetro positivado no ordenamento de “quanto vale” cada princípio e “seu peso” na aplicação de solução de tensões. Como não somos, nem devemos pensar e agir como autômatos, imprescindível a solução pelos estudiosos do Direito e pelo Poder Judiciário. Nestes estudos entre casos concretos, casos julgados, casos hipotéticos e sopesamento de princípios conflitantes, são forjadas as bases de uma ideia nuclear que direciona a solução destes conflitos. Na aparente colisão entre um princípio fundamental e outro princípio fundamental, há direcionamento para esta ideia nuclear de uma harmonização de direitos. Num mundo ideal, seria ótimo que tudo se resumisse a fáceis sopesamentos e dimensões de peso entre princípios. Mas quando a realidade bate à porta, muitas vezes não há simplicidade. Portanto, breves notas sobre a hermenêutica constitucional³⁶ sobre este tema devem ser trazidas.

³⁵ O filósofo inglês Michael Oakeshott, em seu livro “Rationalism in Politics”, critica o “racionalismo”, compreendido este como um tipo de conhecimento que só se realiza através de termos claros, explícitos e finitos ou limitados. Encampa a ideia de que qualquer prática não estabelecida por uma teoria é irracional. A ação racional sempre possui um objetivo estabelecido na teoria, assim como regras para sua realização (“Before trying to understand Oakeshott’s critique of “rationalism in politics”, one needs to define what he takes to be “rationalist knowledge. The latter refers to a kind of knowledge that has to be completely formulated in clear, explicit and finite terms. It is a view that labels any practice not governed by a theory as irrational. Rational action always has a theory-set goal as well as rules for accomplishing it.” MIHATOV, Petar – Michael Oakeshott’s critique of rationalism in politics as basis for his theory of civil association. **Synthesis Philosophica** [Em linha]. N.º 45 (2008), p. 135-148. [Consult. 25 Nov. 2016]. Disponível em <http://hrcak.srce.hr/file/48792>). A “Razão” é sempre a solução para todo e qualquer problema, como guia único. Para o escritor e cientista político português João Pereira Coutinho, “para o racionalista, o conhecimento que importa não vem da tradição, da experiência, da ‘vida vivida’. O conhecimento é sempre um conhecimento técnico, ou o conhecimento de uma técnica, que pode ser resumido ou aprendido em livros ou doutrinas.” Mas Oakeshott propunha que o conhecimento humano não pode ser resumido a isso, mas uma soma do conhecimento técnico aliado ao conhecimento prático. Daí que “a experiência humana não é uma equação matemática. As máquinas são ideais para lidar com situações ideais. Infelizmente, o mundo comum é perpetuamente devassado por contingências, ambiguidades, angústias mas também súbitas iluminações que só os seres humanos, e não as máquinas, são capazes de entender” (COUTINHO, João Pereira – Lições de Vida. **Folha de São Paulo**. São Paulo. (29 Nov. 2016), p. C6. E João Pereira Coutinho finaliza, de maneira muito humana, dizendo que Oakeshott se impôs, humildemente, contra toda a arrogância da modernidade, demonstrando “como nossa imperfeição pode ser, à sua maneira, uma forma de salvação”.

³⁶ “A hermenêutica constitucional objetiva o estudo das técnicas de interpretação da Constituição, fornecendo os princípios basilares segundo os quais os operadores do Direito devem apreender o sentido das normas constitucionais. Difere-se, outrossim, de interpretação constitucional, porque esta consiste apenas no desvendar pragmático do significado da norma, com vistas à sua específica aplicação em caso concreto. Interpretar, ademais, não é senão conhecer a consistência de algo, as razões do seu aparecimento e as causas da sua elaboração. Portanto, a hermenêutica constitucional é uma ciência que objetiva o estudo e a sistematização dos processos determinantes do sentido e do alcance das normas constitucionais”. ZIMMERMANN, Augusto – **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 137.

3.2. Tensão entre Normas Constitucionais e Soluções

A considerar que a Constituição da República Portuguesa é suprema como superior hierárquico das normas jurídicas, também consideramos sua unidade, como princípio de que não há hierarquia entre normas constitucionais. Desde logo, portanto, percebemos a necessidade factual e evidente de procurar harmonizá-las, em caso de aparente colisão. Já se desenha, portanto, esta ideia central de harmonização entre as normas como princípio hermenêutico constitucional de solução de colisão entre elas³⁷. Pelo princípio da unidade, o que se busca é a realização, a otimização dos princípios constitucionais em colisão, a objetivar que ambos ou todos se realizem, que sejam efetivados. No mecanismo desta harmonização, uma ferramenta principal é a “proporcionalidade”, onde busca-se a harmonização das normas afetadas com a ocupação do princípio da proporcionalidade, de sorte a realizarem-se efetivamente tais normas em tensão. Mas para a aplicação do princípio da proporcionalidade, há um tripé fundamental, uma dimensão de três tributários ao princípio: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito: “O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. (...) A proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de um «controle de sintonia fina» (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão³⁸”.

Esses tributários ou subprincípios são departamentos de avaliação de que o meio a ser empreendido para a efetivação da realidade é apropriado, no concernente à “adequação”. No terreno da “necessidade”, a avaliação de que é a medida menos restritiva aos direitos individuais das possíveis ao caso. Na proporcionalidade em sentido estrito, a real proporção entre os meios utilizados e os fins desejados³⁹.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto – **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 200.

³⁸ MENDES, Gilmar – O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras [Em linha]. **Revista Diálogo Jurídico**. N.º 5 (2001). [Consult. 28 Nov. 2016]. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf.

³⁹ “Assim, em decisão proferida em março de 1971, o Bundesverfassungsgericht assentou que o princípio do Estado de Direito proíbe leis restritivas inadequadas à consecução de seus fins, acrescentando que “uma providência legislativa não deve ser já considerada inconstitucional por basear-se em um erro de prognóstico” – BVerfGE, 25:1(12). O Tribunal Constitucional explicitou, posteriormente, que: “os meios utilizados pelo

Na Constituição da República Portuguesa, o princípio da proporcionalidade ampla, também conhecido como princípio da proibição do excesso (“*Übermassverbot*”), foi alçado a nível constitucional, no artigo 18.º, número 2. “Portanto, a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)⁴⁰”.

Em conclusão, dentro da vertente do princípio da proporcionalidade, o subprincípio da adequação impõe que a medida adotada seja apropriada à realização da finalidade procurada. O subprincípio da necessidade exige a adoção da medida menos gravosa para o alcance da finalidade almejada. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito coloca em discussão ponderada as vantagens e desvantagens do meio ocupado para se alcançar a finalidade desejada. É um princípio de “justa medida”⁴¹.

No caso da eutanásia, ao menos há colidência do princípio do direito à inviolabilidade da vida com o princípio da inviolabilidade da integridade moral e física do ser humano e da dignidade. De um lado, há forças puxando o cabo da manutenção da vida, posto inviolável. De outro, forças contrárias encimadas na defesa inviolável da integridade moral e física do

legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais” MENDES, Gilmar – O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras [Em linha]. **Revista Diálogo Jurídico**. N.º 5 (2001). [Consult. 28 Nov. 2016]. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf.

⁴⁰ MENDES, Gilmar – O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras [Em linha]. **Revista Diálogo Jurídico**. N.º 5 (2001). [Consult. 28 Nov. 2016]. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf.

⁴¹ Cf. CANOTILHO, J.J Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ª ed. (17.ª Reimpressão). Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 269-270.

ser humano, agudizado por sofrimento atroz. “*Prima facie*”, evidencia-se que a inviolabilidade de um não pode conviver com a inviolabilidade de outro princípio, para o caso concreto⁴².

A solução destes casos difíceis deverá passar pela ponderação⁴³, “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais⁴⁴”. Esta “técnica jurídica” se mostra especialmente importante em casos concretos onde haja viabilidade ou possibilidade de aplicação de normas constitucionais que apontem para soluções distintas⁴⁵. Para tanto, “cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais⁴⁶”. Inicialmente procuramos os princípios constitucionais em aparente colisão ou tensão para o caso concreto. A seguir, identificar os fatos relevantes do caso concreto, suas circunstâncias e repercussões sobre os princípios constitucionais, para a tentativa de otimização destes princípios de se realizarem em suas potencialidades. Passa-se à decisão: todos os elementos são colocados em exame, onde será decidido o sopesamento de cada princípio constitucional em face do caso concreto, suas intensidades ou valores. Em palavras, a decisão parece fácil. A realidade é mais complexa, contudo. Irrompem perguntas muito pertinentes: “Que peso deve ser atribuído a cada elemento normativo? Por que uns receberão um peso maior que outros? Por qual razão uma solução indicada por determinados elementos normativos deve prevalecer sobre outra?”⁴⁷. E continua a Professora Ana Barcellos, citando Alexy, com uma resposta não muito esperançosa: “A técnica da ponderação não oferece respostas definitivas para essas perguntas. Em si mesma, a ponderação é apenas uma técnica instrumental, vazia

⁴² Os casos difíceis, conhecidos na doutrina como “*hard cases*”, são assim considerados justamente os que a solução pode estar fundada na aplicação de dois ou mais princípios constitucionais que colidem entre si. É o caso da eutanásia, cremos.

⁴³ “As ideias de **ponderação** (*Abwägung*) ou de **balanceamento** (*Balancing*) surgem em todo o lado onde haja necessidade de ‘encontrar o direito’ para resolver ‘casos de tensão’ (*Ossenbühl*) entre bens juridicamente protegidos. CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.^a ed. (17.^a Reimpressão). Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1.236-1.237.

⁴⁴ BARCELLOS, Ana Paula de – **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23.

⁴⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto – **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 358.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto – **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 357.

⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de – **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 124.

de conteúdo⁴⁸”. Mas não nos desesperemos. Ao contrário, é auspicioso o esforço da interpretação e do conhecimento pelo ser humano⁴⁹.

Na hipótese vertente da eutanásia, tomemos o exemplo emblemático, já aqui referido neste trabalho⁵⁰, do acidente que deixou o espanhol Ramón Sampédro tetraplégico e por 29 anos numa cama, rogando a todos, inclusive à Justiça Espanhola, o direito de ter sua vida ceifada antes do tempo que o destino tivesse escrito. Perante a Justiça, não obteve êxito. Ele só tentava “morrer de uma maneira orgulhosa, quando não é mais possível viver de uma maneira orgulhosa”, pedindo-se vênica para nos ocuparmos da célebre frase de Friedrich Nietzsche já em 1.888⁵¹, quando sequer havia tecnologia suficiente à manutenção e suporte da vida, como hoje em dia.

Essa agonia prolongada, diuturna, perene, irredutível e incontornável, assacava-o e o prostrava em situação terrível e aniquiladora, destruindo qualquer resistência que antes pudesse ter tido. Tudo aliado à vontade concreta, sólida, racional e altamente vivenciada e decidida por anos a fio, de que, com a sua morte, seu suplício de longos 29 anos se esgotaria.

Nesta órbita de alcance, certamente gravitam diversos princípios constitucionais que eventualmente podem restar tensionados e conflitantes, como o direito à integridade e

⁴⁸ Idem – **Ibidem**.

⁴⁹ Embora, possamos crer, cá talvez não tenhamos uma decisão que seja a melhor possível, vale dizer. Mas faremos nossa humilde tentativa, neste trabalho.

⁵⁰ Na nota de rodapé n.º 15 *supra*.

⁵¹ NIETZSCHE, Friedrich – **Crepúsculo dos ídolos**. ISBN 852890234X. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000. p. 90.

manutenção da vida, e o direito ao próprio corpo, o direito à integridade moral e a verdadeira rejeição completa da dignidade humana quando o suplício é atroz⁵² e tangencia até a tortura⁵³.

A realização ótima de todos os princípios em tensão envolvidos no caso concreto é inviável, senão impossível. Não há como harmonizar os princípios conflituosos para que se integrem na comunhão de uma decisão viável sobre a eutanásia. Há um “*hard case*”, um caso de difícil solução. Os fatos relevantes ao caso concreto são a agonia e sofrimento profundos, perenes há décadas, e o desejo do sofrente em ter-lhe ceifada a vida abruptamente. Estes sofrimentos são tão atroz para seu detentor que ninguém negará a evidência de que a manutenção da “vida pela vida” a ele só traz terríveis desconfortos de toda natureza. A despeito do fato

⁵² Pede-se licença para transcrever a história de Ramón Sampedro, extraída de dissertação de mestrado em Letras, na Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, de Sandra Cristina Patrício dos Santos: “Começamos com Ramón Sampedro, de Xuño, Porto do Son, Corunha, Espanha. A 23 de Agosto de 1968, mergulhou do alto de um rochedo para o mar. A maré tinha vazado e a cabeça de Ramón acabou por colidir com a areia, o que provocou uma fractura da sétima vértebra cervical. Como consequência, Ramón ficou tetraplégico. Esteve deitado numa cama, totalmente imóvel, durante vinte e nove anos. Exausto daquela forma de vida, iniciou uma luta para que lhe fosse concedida a eutanásia. Foi o primeiro caso de um pedido de eutanásia em Espanha, o que veio desencadear polémica social e judicial sobre a questão da eutanásia. É no ano de 1993 que Ramón pede aconselhamento jurídico à DMD48. Um ano depois, apresentou a sua primeira acção legal no tribunal de Barcelona, em que solicitava à justiça o direito de morrer com dignidade. No entanto, o tribunal rejeitou o seu pedido de eutanásia. O direito à eutanásia activa voluntária não lhe foi concedido, pois a lei espanhola caracteriza este tipo de acção como homicídio. O seu pedido chega à Comissão de Direitos Humanos do Tribunal de Justiça em Estrasburgo, tendo mais uma vez sido rejeitado. Ramón Sampedro trava uma longa luta, de tribunal em tribunal, pelo seu direito a morrer dignamente. Ramón chegou mesmo a enviar uma carta ao Rei de Espanha, o que acabou por ser apenas mais uma entre as iniciativas sem sucesso levadas a cabo pelo doente. Ramón lutou durante cinco anos contra o sistema judicial espanhol, que sempre lhe negou o direito a uma morte digna. DMD ajudou Sampedro, mas era uma luta desigual. O governo espanhol aprova, em Novembro de 1995, para o Código Penal, o artigo 143.4, lei que proíbe a ajuda há eutanásia. «Qualquer pessoa que cause ou coopere activamente, através de acção directa e necessária, para causar a morte de outra, através do pedido expresso, sério e inequívoco desta pessoa, no caso de a vítima sofrer de doença grave que leve necessariamente à sua morte ou que cause sofrimento grave e permanente difícil de suportar, ficará sujeito a uma pena do presente Artigo». Sampedro escreve um livro apenas com a boca e um pau (ao qual fora adaptado um lápis), intitulando-se este *Cartas do Inferno*. Como o tribunal não lhe concedeu o seu desejo, planeou, com o auxílio de amigos, a sua morte, de forma a não incriminar os que lhe eram mais chegados. Foi encontrado morto no dia 15 de Janeiro de 1998. A autópsia revelou que a sua morte havia sido originada pela ingestão de cianeto. Ramón Sampedro escreveu um *testamento* e gravou em vídeo os seus últimos minutos de vida, tendo ficado evidente que os amigos haviam colaborado colocando um copo com uma palhinha ao alcance da sua boca. Porém, ficara igualmente documentado que fora ele a realizar o acto de colocar a palha na boca e de sugar o conteúdo do copo. A pessoa que supostamente o ajudou foi Ramona Maneiro. Esta foi incriminada pela polícia como sendo a responsável pelo homicídio. No entanto, um movimento concertado de pessoas a nível internacional enviou cartas «confessando o mesmo crime». A justiça espanhola alegou impossibilidade de levantar todas as evidências, acabando por arquivar o processo. A luta de Sampedro motivou a elaboração de um filme que chegou a ser galardoado com vários prémios, entre eles o Óscar para o melhor filme estrangeiro. Os vários prémios atribuídos a este filme não ajudaram a modificar em nada a mentalidade governativa espanhola. Anos depois, num caso semelhante ao de Ramón e que iremos abordar de seguida, ainda não fora criada uma lei que permitisse a «boa morte». SANTOS, Sandra Cristina Patrício – **Eutanásia e suicídio assistido: o direito e liberdade de escolha** [Em linha]. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011. [Consult. 23 Out. 2016]. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/19198/1/SANDRA%20CRISITNA.pdf> . p. 42-43.

⁵³ Que é expressamente denegada pela Constituição da República Portuguesa: “Artigo 25.º (Direito à integridade pessoal) (...)

2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.”

relevante, concreto e evidente de que a tetraplegia afetou-o duramente a imobilizá-lo do pescoço para baixo, deixando-o dependente de outras pessoas para virtualmente todos os atos da vida, desde os mais básicos. Neste decorrer de 29 anos, o sofrente teve tempo muito mais que suficiente para refletir e colocar na engrenagem mental incontáveis vezes todo o suporte de vida que foi-lhe oferecido e, mesmo assim, manter o desejo de morrer, pois não seria para ele digna uma vida nestas condições.

Destes relevantes fatos, podemos sopesar que o valor do direito à inviolabilidade da vida deve ceder em face dos direitos à dignidade, à saúde, à integridade moral, à autonomia da vontade. Porque a vida nestas condições, demonstradas nos fatos relevantes do caso concreto, não pode prevalecer. Dá-se o peso e valoração, fazemos o sopesamento nestas condições, com a decisão pela possibilidade da eutanásia para o caso concreto. E o fazemos sem ofender ou desprestigiar os princípios constitucionais caros da justiça e da segurança jurídica.

O caso concreto aqui estudado, portanto, em nosso sentir, poderia conter decisão favorável à eutanásia, ante o ordenamento português, ocupando-nos dos métodos da hermenêutica constitucional abalizados pela doutrina quanto à existência de tensão ou conflitos entre princípios constitucionais em casos difíceis ou “*hard cases*”.

Mas sempre fica a questão: como poderíamos saber quais são os tais “casos especialíssimos”? Dentro da ótica do ordenamento jurídico português, a avaliação teria de ser realizada sempre na esfera judicial e a partir de casos concretos. Considerando que há possibilidade jurídica de que o direito à vida tenha um sopesamento mais brando que o direito à dignidade da vida, à integridade moral e física – que é o que temos defendido cá neste ponto –, e a considerar a ilegalidade da eutanásia como regra geral, também posta no ordenamento, cabe ao Poder Judiciário decidir caso a caso. Por outra: o ordenamento jurídico português impede e repele expressamente a eutanásia. Contudo, em casos especialíssimos, que serão assim considerados exclusivamente por decisão judicial transitada em julgado, é possível e lícito, não compreendendo inconstitucionalidade e ilegalidade, sopesar o princípio à vida com os demais princípios inerentes ao ser humano, como a dignidade humana, a integridade física e moral, direito à saúde, direito à autonomia da vontade, dentre outros, conforme o caso concreto.

Diz-se Poder Judiciário, mais uma vez, porque é de sua órbita solucionar conflitos da sociedade e garantir os direitos das pessoas⁵⁴. Enxergamos indispensável passar pelo Judiciário uma decisão de eutanásia para o caso concreto acima, e outros casos adjacentes, em que há necessidade inalienável de discussão e decisão de um conflito entre princípios constitucionais. Perícias médicas, psicológicas, sociais, e, principalmente, a vontade do sofredor, se lúcido, podem dar contribuição fundamental à instrução e comprovação das realidades, na informação aos fatos relevantes. Mas a decisão do exercício de direitos pessoais é da ordem da Jurisdição, esta função estatal de solução de conflitos, por comando constitucional, mas também por obra de senso cauteloso comum.

Tudo isso tendo como pano de fundo a ausência de legislação específica sobre a possibilidade da eutanásia em solo português. Em casos excepcionais, nosso sentir é da possibilidade de ser autorizada tal prática. Embora, *de lege ferenda*, sejamos favoráveis à autonomia da vontade na decisão que cada um deva dar à sua própria vida.

4. CONCLUSÃO

- I. A Eutanásia é o procedimento, o agir deliberado de cunho piedoso ou misericordioso, de um terceiro (normalmente um médico) a provocar a morte de paciente em sofrimento atroz, não necessariamente caracterizado o sofredor como “doente terminal” .
- II. O ordenamento jurídico português repele expressamente a eutanásia. Contudo, em casos especialíssimos, que serão assim considerados exclusivamente por decisão judicial transitada em julgado, é possível e lícito, não compreendendo inconstitucionalidade e ilegalidade, sopesar o princípio à vida com os demais princípios inerentes ao ser humano, como a dignidade humana, a integridade física e moral, direito à saúde, direito à autonomia da vontade .
- III. Este sopesamento é baseado na interpretação dos princípios constitucionais em tensão, aliada à técnica da ponderação e proporcionalidade, com a identificação das normas em colisão, identificação dos fatos relevantes do

⁵⁴ Constituição da República Portuguesa: “Artigo 202.º (Função jurisdicional)

1. Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo.
2. Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados.” (...)

caso concreto, e formulação de decisão, como justo termo, mantendo-se os princípios da segurança jurídica e da justiça como ponto de fuga.

5. BIBLIOGRAFIA

Obras Impressas

ARAÚJO, Daniela Galvão. **Eutanásia através dos tempos**. Pensar o Direito. São José do Rio Preto: Unilago, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.^a ed. Brasil: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. ISBN 8539201127. 27.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRITO, António José dos Santos Lopes de; RIJO, José Manuel Subtil Lopes. **Estudo jurídico da eutanásia em Portugal: direito sobre a vida ou dever de viver?** Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 27-36.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. ISBN 978-972-40-1982-6. 3.^a reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2013.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.^a ed. (17.^a Reimpressão). Coimbra: Edições Almedina, 2003.

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

COUTINHO, João Pereira. Lições de Vida. **Folha de São Paulo**. São Paulo. (29 Nov. 2016), p. C6.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: uma abordagem a partir da teoria de Robert Alexy**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2005. 245f. Dissertação de Mestrado em Direito.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Filosofia do direito: fundamentos, metodologia e teoria geral do direito**. 2.^a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2013.

DIAS, Roberto. **O Direito Fundamental à Morte Digna. Uma Visão Constitucional da Eutanásia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 34 a 51

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2.^a ed. Porto Alegre: PC Editorial Ltda, 2000.

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. **Novas Considerações Penais**. São Paulo, Mizuno Editora, 2011

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NIETZSCHE, Friedrich. **Crepúsculo dos ídolos**. ISBN 852890234X. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

OSSWALD, Walter. **Morte a pedido**. ISBN 9789725405086. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. ISBN 9788502618466. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. ISBN 9788538402374. 2.^a ed. Belo horizonte: Del Rey, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Mario Tavares. **Eutanásia Alguns Aspectos Morais**. Lisboa: AAFDL, 2011.

TELHADO, Margarida Lupi. **A eutanásia e o testamento vital no atual ordenamento jurídico português**. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2015. 98 f. Dissertação de mestrado.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

Obras e textos em suporte eletrônico

BARROSO, Luís Roberto relat. – Acórdão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro com o número HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO, de 29 de Novembro de 2016 [Em linha]. [Consultado 29 Nov. 2016]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>.

BÉLGICA, Luxemburgo e Holanda são os países da Europa que permitem eutanásia. [Em linha] [Consul. 16 nov. 2016] disponível em: <http://sicnoticias.sapo.pt/mundo/2016-02-09-Belgica-Luxemburgo-e-Holanda-sao-os-paises-na-Europa-que-permitem-a-eutanasia>

BERRIOS, German Elias. O estupor revisitado [Em linha]. **Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental**. ISSN 1415-4714. Vol. 14. N.º 1 (2014). [Consult. 03 Nov. 2016]. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S1415-47142011000100011>.

Califórnia torna-se o quinto país a admitir a eutanásia. [em linha] [Consul. 17 nov. 2016] Disponível em <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2015/10/california-torna-se-quinto-estado-dos-eua-a-permitir-eutanasia-4863337.html>

Conheça a legislação sobre eutanásia na Europa. [Em linha][Consul. 16 nov. 2016] disponível em: <http://br.rfi.fr/europa/20141212-conheca-legislacoes-sobre-eutanasia-na-europa>

CRUZ, Gregorio De Jesús Vazquez Cruz. **Eutanasia: derecho a morir?** [Em linha]. Espanha: Monografias.com, 2010. [Consult. 23 Out. 2016]. Disponível em <http://www.monografias.com/trabajos7/eutan/eutan.shtml>.

DUARTE, Hugo Garcez. **Pós-positivismo jurídico: o que pretende afinal?** [Em linha]. São Paulo: Âmbito Jurídico, 2012. [Consult. 25 Nov. 2016]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10050.

FRANCISCO, Susete. Deputados do PS mantêm em aberto projeto sobre a eutanásia. **Diário de Notícias Portugal** [Em linha]. Lisboa: Diário de Notícias, 10 Nov. 2016.

[Consult. 23 Nov. 2016]. Disponível em <http://www.dn.pt/portugal/interior/deputados-do-ps-mantem-em-aberto-projeto-sobre-a-eutanasia-5490106.html> .

GUEDES, Néviton. **A importância de Dworkin para a teoria dos princípios** [Em linha]. São Paulo: Consultor Jurídico, 2012. [Consult. 25 Nov. 2016]. Disponível em http://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios#_ftn2 .

GUEDES, Néviton. **Princípio da concordância não contraria ponderação de bens** [Em linha]. São Paulo: Consultor Jurídico, 2014. [Consult. 25 Nov. 2016]. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-abr-14/constituicao-poder-principio-concordancia-nao-contraria-ponderacao-bens> .

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos, de Miguel Reale) [Em linha]. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**. N.º 4 (2004) [Consult. 28 Out. 2016]. Disponível em <http://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/49203/30834>

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras [Em linha]. **Revista Diálogo Jurídico**. N.º 5 (2001). [Consult. 28 Nov. 2016]. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf .

MIHATOV, Petar. Michael Oakeshott's critique of rationalism in politics as basis for his theory of civil association. **Synthesis Philosophica** [Em linha]. N.º 45 (2008), p. 135-148. [Consult. 25 Nov. 2016]. Disponível em <http://hrcak.srce.hr/file/48792> .

Mitos e realidades sobre o suicídio na Suíça. [em linha] [Consul. 17 nov. 2016] Disponível em <http://www.swissinfo.ch/por/mitos-e-realidades-sobre-o-su%C3%ADc%C3%ADdio-assistido-na-su%C3%AD%C3%A7a/893224>

RACHELS, James. **Eutanásia activa e passiva**. Tradução de Artur Lopes Cardoso [Em linha]. Lisboa: Crítica, 2016. [Consult. 23 Nov. 2016]. Disponível em <http://criticanarede.com/jrachelseutanasiaactivaepassiva.html> .

Regulamento n.º 707/2016. **D.R. II Série**. 139 (16-07-21) 22575-22588.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social [Em linha]. **Revista Interesse público**. N.º 4 (1999). São Paulo: Notadez, 1999. [Consult. 03 Nov. 2016]. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>

SANTOS, Sandra Cristina Patrício. **Eutanásia e suicídio assistido: o direito e liberdade de escolha** [Em linha]. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011. [Consult. 23 Out. 2016]. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/19198/1/SANDRA%20CRISITNA.pdf> .

“Segen's Medical Dictionary”. Verbete “terminal illness”. Pensilvânia: Farlex, 2011. [Consult. 23 Out. 2016]. Disponível em <http://medical-dictionary.thefreedictionary.com/terminal+illness> .

SIMÕES, Marcela Paula. A eutanásia e sua hermenêutica constitucional no estado democrático de direito brasileiro. [Em linha]. **Revista Eletrônica VirtuaJus**. Belo Horizonte: VirtuaJus, 2015. [Consult. 23 Nov. 2016]. Disponível em www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2008/Discente/Marcela%20Paula%20Simo.es.pdf .

SIMÕES, Sónia; CARRIÇO, Marlene. **Sim, dá-se morfina a doentes terminais. E não, isso não é eutanásia**. [Em linha]. Lisboa: Observador PT, 2016. [Consult. 23 Out. 2016]. Disponível em <http://observador.pt/especiais/sim-da-morfina-doentes-terminais-nao-nao-eutanasia/> .