



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DAVI SANTANA SOUZA

DO DEVER À VIDA AO DIREITO DE MORRER

Salvador
2017

DAVI SANTANA SOUZA

DO DEVER À VIDA AO DIREITO DE MORRER

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado pelo docente Davi S. Souza ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia-UFBA, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Roxana Cardoso Brasileiro Borges.

Salvador

2017

DAVI SANTANA SOUZA

DO DEVER À VIDA AO DIREITO DE MORRER

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em 05 de abril de 2017.

Banca Examinadora

Roxana Cardoso Brasileiro Borges (Orientadora)_____

Doutora em Direito das Relações Sociais (Direito Civil) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Universidade Federal da Bahia

Maria Elisa Villas-Bôas_____

Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

Universidade Federal da Bahia

Antonio Lago Júnior_____

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Universidade Federal da Bahia

“Não tenha piedade dos mortos. Tenha
piedade dos vivos e, acima de tudo, dos
que vivem sem amor.”

(J. K. Rowling)

SOUZA, Davi Santana. *Do dever à vida ao direito de morrer*. 100 f. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo discutir a natureza do direito à vida no Brasil e a viabilidade jurídica do direito à morte mediante a relativização da alegada indisponibilidade da vida e da descaracterização deste direito como aprioristicamente superior aos demais, tendo por pressuposto a centralidade da dignidade da pessoa humana e o pleno exercício de outros direitos também fundamentais. Para tanto, realizou-se uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, com o fito de traçar as diretrizes vigentes sobre a matéria, não apenas no ordenamento jurídico brasileiro, mas também na legislação alienígena. Para ilustrar os possíveis casos de colisão foram trazidos à baila *hard cases* demonstrativos da complexidade e da importância da temática em destaque. Evidenciou-se assim que o direito à vida, em determinados casos, é passível de relativização, especialmente quando em colisão com outros direitos, solução que deve ser dada mediante exercício da técnica da ponderação.

Palavras-chave: Direito à vida. Direito de morrer. Vida digna. Colisão de direitos fundamentais. Ponderação. Eutanásia. Suicídio Assistido.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	9
2.1	O QUE SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS?	10
2.2	A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
2.3	COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	24
2.4	A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREFERENCIAIS	33
3	O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA	37
3.1	DIREITO À VIDA DIGNA	41
3.2	QUANDO UM NÃO QUER DOIS NÃO BRIGAM? – A (IN) DISPONIBILIDADE DO DIREITO À VIDA	46
3.3	PRESO NO PRÓPRIO CORPO: EXISTE UM DEVER DE VIVER?	49
3.4	SOLTANDO OS GRILHÕES: A RELATIVIZAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DO DIREITO À VIDA	54
4	COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVENDO O DIREITO À VIDA	65
4.1	A EUTANÁSIA: QUANDO VIVER É SOFRER	66
4.1.1	Afinal, o que é eutanásia?	66
4.1.2	Testamento Vital: a mais importante das disposições de última vontade	76
4.2	SUICÍDIO ASSISTIDO: UM ÚLTIMO GRITO DE DESESPERO	81
4.3	TRANSFUSÃO DE SANGUE: QUANDO A EMOÇÃO É MAIS IMPORTANTE QUE A RAZÃO	85
5	CONCLUSÃO	90
6	REFERÊNCIAS	92

1 INTRODUÇÃO

Todo ser humano já nasce com uma inexorável certeza: que um dia irá morrer. Todavia, não são novidade as tentativas do homem de prolongar a sua existência na Terra, buscando para tanto meios científicos, tecnológicos e até mesmo sobrenaturais que suportem o desejo de eternidade – não é por outra razão que é lastreada na promessa de “vida eterna” que se sustenta a doutrina cristã, religião predominante no País.

Embora a certeza da morte, por si só, seja uma constatação que atribula milhares de corações humanos, tal receio é adensado por uma variável intrigante: a imprevisibilidade do morrer, eis que, malgrado todos saibam que falecerão um dia, cientificamente é impossível atestar com precisão o momento em que a morte do ser humano operar-se-á.

Além disso, o processo de morrer não é igual para todos os indivíduos. A fase terminal da existência varia significativamente entre uma pessoa e outra, podendo ser prolongada ou abreviada em decorrência de fatores das mais diversas ordens e que, na maioria das vezes, refogem do âmbito de decidibilidade do detentor da vida.

Destarte, o medo do desconhecido transforma a morte, muitas vezes, em uma ideia apavorante, embora seja clara a sua inevitabilidade. Assim, conquanto encerre um ciclo natural, a morte de qualquer ser é, pela sua significação, trágica. Decerto os entes queridos sobreviventes são os que mais sofrem com o passamento do falecido, eis que terão que se acostumar com a ausência e com o vazio deixado pelo finado. Todavia, a tragicidade comum advinda da morte pode ganhar contornos mais dramáticos a depender dos caminhos traçados pelo indivíduo durante a vida e, principalmente, durante o processo de morte, antes de alcançar o status de morto.

Com efeito, a construção erguida em torno do direito à vida redundou no seu posicionamento, ainda que implícito, como um direito fundamental de importância sagrada e intocável, em outras palavras: indisponível. Mas seria a vida um direito realmente indisponível? É cediço que tal direito sempre foi considerado pressuposto inarredável para o exercício de todos os demais direitos fundamentais. Nesta toada, embora a doutrina brasileira majoritária não adote a teoria dos direitos fundamentais superiores, a construção doutrinária e jurisprudencial formada em torno do direito à

vida é predominante no sentido de que o sistema jurídico vigente não comporta o direito à morte, nem mesmo diante da manifestação inequívoca da vontade do indivíduo ou em face do comprometimento excepcional da existência digna. Mas será que este posicionamento deve ser mantido inclusive em casos extremos em que a vida aparece mais como um dever de sofrimento do que um direito fruível pelo seu titular? Assim, pretende este trabalho traçar o panorama do direito (ou dever) à vida da forma como ele é concebido no ordenamento jurídico brasileiro e da existência de um correlato direito à uma morte digna, com fundamento na dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, pretende-se analisar a viabilidade jurídica da defesa da existência do direito à morte no ordenamento positivado, em situações excepcionais, com a tentativa de descaracterizar o direito à vida como direito fundamental superior, de natureza praticamente absoluta. Vale consignar, de início, que esta pesquisa não pretende adentrar nos aspectos morais ou religiosos que circundam a temática em destaque, restringindo-se a análise ao seu prisma jurídico.

Na tentativa de afastar a onipotência do direito à vida como direito fundamental de hierarquia superior aos demais, será necessária a discussão acerca da chamada "hierarquização dos direitos fundamentais" ou "doutrina da posição preferencial" vigente nos Estados Unidos, eis que o afastamento desta teoria é pressuposto básico para a possibilidade de relativização do direito à vida, retirando-o do patamar de direito fundamental superior, conferindo ao indivíduo o máximo de autonomia no exercício dos seus direitos, inclusive no de viver.

É incontestável a importância da discussão do presente tema, considerando os malefícios atrelados a determinadas práticas decorrentes da evolução técnico-científica. Atualmente se entende que o Direito brasileiro não tolera a prática de medidas antecipativas da morte, ainda quando as chances de recuperação do paciente em estado terminal são limitadas e de baixa probabilidade. O tema adensa-se com a discussão acerca da disponibilidade da vida quando o próprio sujeito manifesta seu interesse em encerrar seu estado de sobrevida, encontrando barreiras nas vedações legais.

Consoante dados da Organização Mundial da Saúde, a cada suicídio concretizado, vinte são tentados e frustrados, deixando consequências e sequelas, muitas vezes irreversíveis. Existem casos, noutro giro, de religiosos adeptos à doutrina dos "Testemunhas de Jeová" que, submetidos a procedimentos médicos de

transfusão de sangue contra a sua vontade, uma vez recuperados da situação de emergência são conduzidos a uma situação de estrita sobrevivência, pois, a morte moral já ocorreu com a transfusão operada.

Deste modo, na primeira parte deste trabalho, reconhecendo a importância da vida e sua categorização como direito fundamental, será feita uma revisão acerca do conceito dos direitos tidos por fundamentais, bem como a sua evolução, sua natureza e a posição que estes ocupam no ordenamento jurídico. Em seguida, tentar-se-á estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento basilar dos direitos fundamentais, constituindo fonte interpretativa para solução de eventuais conflitos. Algumas linhas serão dedicadas à explanação da possibilidade de colisão entre direitos fundamentais, dada a sua categorização como normas-princípio, e quais os critérios para solução de tais conflitos. Ainda de início, conforme dito alhures, será analisada a teoria dos direitos fundamentais superiores e a sua compatibilidade com o sistema jurídico brasileiro.

O capítulo seguinte tem por escopo analisar o direito à vida como um direito fundamental, pondo luzes na sua abrangência e nos limites do seu âmbito de incidência. Empreender-se-á uma discussão acerca da disponibilidade ou indisponibilidade deste direito por seu titular, tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana e a noção de liberdade que lhe circunda.

Por fim, serão analisados alguns *hard cases* representativos de situações em que o direito à vida pode colidir com outros direitos fundamentais, ocasião em que serão propostas soluções que, sem olvidar da importância do direito à vida, considerem, outrossim, a relevância de outros direitos fundamentais colidentes no caso concreto, sempre com atenção especial ao princípio da dignidade humana.

Inolvidável, portanto, a necessidade de (re) discussão acerca da doutrina que eleva o direito à vida ao patamar de direito fundamental superior – mesmo que implicitamente, diante da existência de possíveis hipóteses em que se poderia operar a relativização da indisponibilidade do direito à vida com esteio na própria noção de dignidade da pessoa humana, no pleno exercício da autonomia privada e no direito a uma vida digna. E é isto que tentar-se-á fazer a partir das páginas seguintes.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Desde o momento em que o homem decidiu sair do estado de barbárie ficou claro que o convívio social organizado somente seria possível mediante o estabelecimento de regras que deveriam ser respeitadas por todos.¹ A necessidade de manutenção da vida humana, tida como incompatível com um estado de natureza, inclusive serve como fundamento para o surgimento do Estado moderno, mediante um contrato social em que o homem abre mão da liberdade total em favor de um Estado que vai estabelecer a ordem social, evitando que os seres humanos destruam uns aos outros.²

Neste sentido, observa Antonio Carlos Wolkmer, que mesmo nas sociedades mais primitivas sempre existiu “um corpo de obrigações, proibições e leis que devem ser cumpridas por motivos práticos, morais ou emocionais.”³

Conforme cediço, o fundamento do respeito a um conjunto de preceitos normativos varia de acordo com o contexto sócio-histórico por qual atravessa determinada sociedade, transitando desde o fundamento divino, passando pelo respeito às leis da natureza, até o próprio homem exsurgir como alicerce maior da observância das normas postas.

Tratando dos direitos naturais do homem, J. H. Meirelles Teixeira, por exemplo, destaca que tais direitos “inalienáveis da pessoa humana preexistem ao Estado e a este se sobrepõem, corolários que são [...] dos próprios atributos da pessoa humana, da natureza essencial desta.”⁴

Todavia embora se possa afirmar que sempre existiram direitos do homem, também é evidente que alguns deles recebiam um tratamento distinto por parte da

¹ No clássico *O Contrato Social*, Jean Jacques-Rousseau menciona o pacto social por meio do qual o homem abre mão da sua total liberdade outorgada pelo estado de natureza, em favor da convivência coletiva que possibilita a manutenção da existência humana. Isto porque, os “homens chegados ao ponto em que os obstáculos, prejudiciais à sua conservação no estado natural, os arrastam, por sua resistência, sobre as forças que podem ser empregadas por cada indivíduo a fim de se manter em tal estado. Então esse estado primitivo não mais tem condições de subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse sua maneira de ser. Ora, como é impossível aos homens engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não lhes resta outro meio, para se conservarem, senão formando, por agregação, uma soma de forças que possa arrastá-los sobre a resistência, pô-los em movimento por um único móbil e fazê-los agir de comum acordo.” Este contrato social autoriza a submissão do homem à autoridade e às leis do Estado que, por sua vez, tem por objetivo manter a coesão social em nome do qual os homens aceitaram o cerceamento parcial da sua liberdade.

² HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

³ WOLKMER, Antonio Carlos. O direito nas sociedades primitivas. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 8.

⁴ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991, p. 681.

comunidade política existente, em decorrência da sua essencialidade. É exatamente sobre estes direitos que debruçar-se-á neste capítulo inicial.

2.1 O QUE SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Com efeito, dentro dos códigos de conduta criados pelas comunidades políticas, a humanidade sempre selecionou um conjunto de direitos que, por fundamentos distintos variáveis de acordo com o tempo-espço, eram considerados essenciais para a subsistência da comunidade.

As sociedades antigas⁵, embora com pensamentos arraigados na filosofia e na religião, traçaram as diretrizes que desaguariam na concepção jusnaturalista de que o ser humano, pelo simples fato existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis.

Com o acender das luzes do iluminismo e a progressiva laicização do direito natural, a razão passou a funcionar como fundamento último do direito, com validade universal independente de crenças religiosas, conforme defendido por Hugo Grócio. Locke, por sua vez, reconhecia aos direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, inclusive, aos detentores do poder, com base no contrato social.⁶

Malgrado, implicitamente, sempre tenham existido direitos extraídos da própria condição humana e taxados como de importância fundamental, é apenas com o surgimento do Estado Constitucional de Direito, no final do século XVIII, que os direitos fundamentais⁷ são reforçados pela positivação decorrente do constitucionalismo moderno que redundou no realce do aspecto formal daqueles

⁵ Sarlet chama esta fase de pré-história dos direitos fundamentais. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 38.

⁶ Ibidem, p. 38.

⁷ A transformação e evolução do núcleo do que hoje se chama de direitos fundamentais se reflete, inclusive, nas nomenclaturas distintas que se utiliza para se referir aos direitos básicos do homem. Como enumera Dirley da Cunha Júnior “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos individuais”, “direitos subjetivos”, “direitos públicos subjetivos” e “direitos humanos” são algumas das expressões utilizadas. Todavia, hodiernamente, principalmente na doutrina brasileira há nítida preferência pela expressão “direitos fundamentais” não apenas por ser mais abrangente, mas, sobretudo, por ter sido a opção do legislador constituinte, revelada no Título II da Constituição Federal de 1988. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 448 – 455).

direitos e na sua respectiva inserção nos textos constitucionais dos Estados modernos.

Todavia, o conceito de direitos fundamentais não é fixo e imutável, mas, pelo contrário, varia de acordo com o recorte histórico e social de onde se extrai a significação dos direitos cuja essencialidade é reforçada por uma ou por outra razão.

Deste modo, guarda indiscutível relevância ter em mente que, em seu sentido atual, os direitos fundamentais consistem no rol de prerrogativas atribuídas ao ser humano pelo ordenamento jurídico vigente, com vistas a assegurar condições mínimas para uma vida digna, tanto sob o plano individual quanto sob a perspectiva coletiva. José Afonso da Silva conceitua os direitos fundamentais do homem como “aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.”⁸ Em sentido próximo, Dirley da Cunha Júnior define os direitos fundamentais como um “conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas”.⁹ Gilmar Mendes assinala que são “pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade da pessoa humana”¹⁰.

As variações e transformações dos direitos fundamentais, de acordo com um período sócio-histórico destacado, faz com que a doutrina aponte como uma das suas características a historicidade, de modo que afirma-se que os direitos fundamentais são um conjunto de faculdades e instituições que somente faz sentido num determinado contexto histórico¹¹, sendo, portanto, mutáveis e sujeitos a transformações, ampliações e transformações na medida em que o homem conquista progressivamente novas liberdades e garantias¹². Como indica Bobbio:

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional Positivo*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, pp. 180.

⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 453.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 140.

¹¹ Ibidem, p. 144.

¹² Aponta-se como características dos direitos fundamentais: a universalidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade e a relatividade, esta última será brevemente explorada no tópico 2.3.

lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.¹³

Neste sentido, propaga-se a existência das chamadas gerações ou dimensões dos direitos fundamentais¹⁴. Conforme registra Paulo Bonavides, esta classificação, pioneiramente instituída por Karel Vasak, inspira-se nos ideais da Revolução Francesa do final do século XVIII que por meio de três princípios cardeais exprimiu “todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.”¹⁵ Pode-se afirmar, portanto, que os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem um processo cumulativo e qualitativo.¹⁶ Ou seja, com o avanço das conquistas humanas nas lutas pela garantia de direitos a serem observados pelo Estado, uma série de prerrogativas foram sendo identificadas como direitos essenciais a toda e qualquer pessoa humana, passando a integrar, a partir dos respectivos contextos sócio-históricos, o rol dos direitos fundamentais.

Em decorrência do exposto, nos moldes da classificação até então sedimentada, os direitos de primeira dimensão corresponderiam aos chamados “direitos de liberdade”, ligados à fase inicial do Constitucionalismo moderno, resultante da vitória da burguesia liberal contra a aristocracia absolutista, sendo, por conseguinte, os primeiros direitos insertos em sede de texto constitucional. Assim, caberia ao Estado se abster de intervir na esfera individual (direitos de cunho negativo, portanto), assegurando aos cidadãos os seus direitos civis e políticos.¹⁷ Estes direitos com tendências universalizantes, referem-se, sobretudo, às liberdades

¹³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7. tiragem. [S.l.]: Elsevier, 2004, p. 9.

¹⁴ Embora a expressão “gerações” tenha ampla adesão doutrinária, junto com Sarlet se entende ser mais adequada, para designar o progressivo e paulatino processo de densificação e consolidação dos direitos fundamentais, a terminologia “dimensões”. Com efeito, como registra com precisão o aludido autor, “o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina” (Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012).

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 562.

¹⁶ Ibidem, p. 563.

¹⁷ A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão publicada em 1789 após a Revolução Francesa prescrevia a existência de “direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem”, que seriam basicamente “a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

e direitos individuais do cidadão, com destaque à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, posteriormente complementados, ainda na fase do Estado liberal, com as chamadas liberdades de expressão coletiva (como a liberdade de expressão, de associação e de imprensa) e pelos direitos de participação política (relacionados à ampliação da democracia, como o sufrágio universal).¹⁸

Com a virada do Estado Liberal para o Estado Social, decorrente dos graves problemas sociais e da desigualdade gerada pela posição outrora absenteísta do Estado, surge uma nova categoria de direitos enquadrados como fundamentais e que, assomados aqueles outros, passam a compor a chamada segunda dimensão dos direitos fundamentais, representada pelos ditos “direitos econômicos, sociais e culturais”.¹⁹ A partir da constatação de que as liberdades públicas tornar-se-iam pura utopia se o poder público não interviesse para criar as condições materiais necessárias que habilitassem o indivíduo a efetivamente exercê-las,²⁰ o Estado passa a dever ao cidadão posições ativas voltadas a concretizar necessidades existenciais do homem tais como saúde, educação, moradia e lazer. A palavra-chave desta dimensão dos direitos fundamentais corresponde ao segundo ideal da Revolução Francesa: a igualdade, eis que se passa a buscar meios de efetivação da igualdade material²¹, deixando-se de se contentar apenas com a igualdade formal, perante a lei.

Os efeitos da globalização no decorrer do século XX, agravada pela acentuação das desigualdades regionais e pela exclusão dos países periféricos da economia mundial, deram origem a procura por outra dimensão dos direitos fundamentais que se lastreou justamente no terceiro ideal da Revolução Francesa: a fraternidade. Assim, uma nova dimensão de direitos se acrescenta historicamente aos de liberdade e igualdade de modo que, dotados de alto teor de humanismo e

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIEDIERO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 272.

¹⁹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 97.

²⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 485.

²¹ A ideia de igualdade material pode ser sintetizada na fala de Rui Barbosa extraída do seu discurso de paraninfo em homenagem a turma de Direito de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, compilada na obra *Oração aos Moços*, onde, inspirado em Aristóteles, conclui que “a regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.” Cf. BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

universalidade, os direitos da terceira dimensão se consolidam como “direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado”²², mas têm por destinatário primeiro o próprio gênero humano, tendo por objeto bens universais como a paz, o meio ambiente, a comunicação e o patrimônio comum da humanidade. São direitos de titularidade difusa ou coletiva, denominados direitos de solidariedade ou de fraternidade, de “modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação”.²³

Além das três clássicas “gerações”, a doutrina menciona ainda a existência de direitos fundamentais de quarta, quinta e até mesmo sexta dimensões.²⁴ Mencionando a globalização política como origem dos direitos de quarta geração, Paulo Bonavides insere os direitos à democracia direta, à informação e ao pluralismo, que são, ao seu sentir, chaves para a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade.²⁵ José Alcebíades de Oliveira Júnior, por sua vez, insere nesta mesma dimensão, direitos relacionados à biotecnologia, além do direito contra manipulações genéticas e o direito à mudança de sexo²⁶. Norberto Bobbio, noutra banda, relaciona tal geração de direitos à proteção do “patrimônio genético de cada indivíduo”.²⁷

De mais a mais, é o próprio Bonavides que passa a defender a existência de uma quinta dimensão de direitos fundamentais, retirando a paz da terceira dimensão conforme sugerido pelo precursor Karel Vasak e inserindo nesta nova geração de direitos. Com isto, objetiva o autor, mediante a elevação autônoma e paradigmática da paz a direito de quinta dimensão, destacar o referido direito como direito natural

²² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 569.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 49.

²⁴ Para uma crítica acerca da utilidade e legitimidade da divisão dos direitos fundamentais em tantas dimensões cf. SARLET, op cit., pp. 52-57. Marco Antonio Valencio Torrano indica a existência de defensores até mesmo da nona dimensão dos direitos fundamentais (Cf. TORRANO, Marco Antonio Valencio. Quantas dimensões (ou gerações) dos direitos humanos existem? *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4247, 16 fev. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31948>>. Acesso em: 26 dez. 2016.)

²⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 571.

²⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000, p. 97 e ss.

²⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7. tiragem. [S.l.]: Elsevier, 2004, p. 10.

dos povos e supremo direito da humanidade²⁸. Vale destacar, todavia, como lembra Dirley da Cunha Júnior que alguns autores defendem como quinta dimensão de direitos fundamentais os direitos decorrentes das relações virtuais e da cibernética.²⁹

Há ainda quem defenda a existência de uma sexta dimensão de direitos fundamentais, ora como os direitos relacionados à bioética, ora como direito fundamental do ser humano à água potável³⁰.

O exame da teoria dimensional dos direitos fundamentais tem por escopo precípua esclarecer que os direitos fundamentais se encontram em constante mutação adaptando-se às necessidades básicas do ser humano em cada contexto sócio-histórico, o que, evidentemente, influencia no fundamento e na conceituação formulada em torno destes conceitos.

De fato, hodiernamente se fala que os direitos fundamentais possuem uma dupla perspectiva, ora funcionando como normas objetivas, ora funcionando como direitos subjetivos. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou em menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou se expressa no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas. A dimensão objetiva, por sua vez, resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional, participando da essência do Estado de Direito, operando como limite do poder e diretriz de sua ação, influenciando em todo o ordenamento jurídico.³¹

Deste modo, os direitos fundamentais além de atuar como meio de garantias do indivíduo em face do Estado, operam, outrossim, como diretrizes de interpretação e aplicação das demais normas do ordenamento jurídico. Por meio da sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais se espraiam por todo o ordenamento jurídico, impondo regras de atuação para os órgãos estatais.

A força normativa dos direitos fundamentais vai ainda mais além. Atualmente se reconhece que não é apenas o Estado que resta obrigado a observar e garantir a

²⁸ BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, [S.l.], n. 3, abr./jun. 2008, pp. 82-93.

²⁹ José Adércio Sampaio, noutra banda, inclui nesta dimensão o direito ao cuidado, à compaixão e ao amor por todas as formas de vida. (SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 302).

³⁰ FACHIN, Zulmar e SILVA, Deise Marcelino. *Direito fundamental de acesso à água potável: uma proposta de constitucionalização*. Disponível em: <<https://lfj.jusbrasil.com.br/noticias/2215369/direito-fundamental-de-acesso-a-agua-potavel-uma-proposta-de-constitucionalizacao-zulmar-fachin-e-deise-marcelino-silva>>. Acesso em: 27 dez. 2016.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 167.

concretização dos direitos fundamentais – seja de forma positiva, seja de forma negativa –, mas os próprios particulares, em suas relações privadas também possuem o dever de respeitar o conteúdo essencial ditado pelas normas que carregam direitos fundamentais.³²

É importante observar, que desde a consagração constitucional dos direitos fundamentais, estes têm revelado uma intrínseca relação com a dignidade da pessoa humana, tido como valor que fundamenta a proteção aos referidos direitos no plano institucional. E é justamente essa perspectiva que será objeto de análise no tópico seguinte.

2.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tarefa das mais árduas consiste na tentativa de definir o que seria a dignidade da pessoa humana, encargo este que refoge aos objetivos deste trabalho. Todavia, omitir o trato desta matéria equivaleria a transgressão mais grave do que a tentativa de fazer um esforço, mesmo que superficial, acerca do papel da dignidade da pessoa humana na teoria dos direitos fundamentais.

Nas sociedades antigas as normas que fundamentavam os direitos básicos sociais decorriam, sobretudo, da tradição lastreada em mandamentos divinos. A ideia de valor da pessoa humana encontra suas raízes já no pensamento clássico e na ideologia cristã partindo da premissa de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, sendo dotado de valor próprio, não podendo ser transformado

³² Em relação a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais existem três teorias. A primeira teoria surge lastreada na ideia de direitos fundamentais como direitos de defesa e afirma que os referidos direitos apenas obrigam ao Estado, não incidindo nas relações privadas. É largamente aplicada pela Suprema Corte norte-americana, embora com mitigações derivadas da “teoria da função pública” a qual sustenta que se um particular atua no exercício de função pública ele também se vincula ao respeito aos direitos fundamentais. A segunda teoria é a teoria da eficácia indireta ou imediata, que propaga a aplicação dos direitos fundamentais aos particulares apenas nos casos em que houver norma infraconstitucional adaptando as regras de direitos fundamentais às relações privadas. Finalmente, a teoria da eficácia direta ou imediata defende que os direitos fundamentais se aplicam direta e imediatamente às relações privadas, pela sua própria natureza e essência. Esta teoria, mais consentânea com os objetivos perseguidos pelas normas de direitos fundamentais foi adotada pelo Brasil, principalmente em decorrência do artigo 5º, §1º da Constituição que, sem excepcionar situações, afirma que as normas com os direitos e garantias individuais produzem eficácia direta e imediata.

em objeto ou instrumento.³³ Contudo, a partir do final do século XVII, as ideias contratualistas, associadas ao racionalismo de Kant e Hugo Grócio, promoveram o processo de laicização do direito natural, inspirando o movimento iluminista do Estado Liberal, que preconizava o apelo à razão como fundamento do Direito.³⁴

Já nos idos do século XVII, o contratualista John Locke escreveu que mesmo o estado de natureza

é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens.³⁵

Assim, ainda antes do surgimento do Estado já existiriam direitos mínimos que decorriam da própria natureza do homem.

Os movimentos modernos do constitucionalismo conduziram a positivação dos direitos fundamentais desde o final do século XVIII, mas foi somente na segunda metade do século XX, após as barbáries causadas pelo nazismo alemão, que a dignidade humana passou a receber os holofotes do mundo.

Assim, já no início do seu Preâmbulo, destacando a importância da dignidade humana como fonte de direitos humanos primários, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, publicada em 1948 pela Organização das Nações Unidas, propaga que o “reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Embora com conteúdo indeterminado a ponto de existir quem defenda a inutilidade da sua conceituação,³⁶ não há dúvidas da importância da dignidade da pessoa humana como sustentáculo de um Estado democrático de Direito Constitucional.

Para José Afonso da Silva a dignidade da pessoa humana é o valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, consistindo numa

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 98.

³⁴ PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. Colisão entre direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1136, 11 ago. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8770>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

³⁵ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. [S.l]: Vozes, 2006, p. 36.

³⁶ Cf. MARTEL, L. C. V. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 2010. 476 f. Tese (Doutorado). Centro de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

referência unificadora de todos os direitos fundamentais.³⁷ Convergindo com o mestre mineiro, Ingo Sarlet registra que o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que com base nesta devem ser interpretados, sendo aquele princípio a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, dando-lhes unidade e coerência.³⁸ No mesmo sentido, Dirley da Cunha Jr. entende que a dignidade da pessoa humana é o conteúdo comum a todos os direitos fundamentais, “na medida em que, materialmente, os direitos fundamentais devem ser concebidos como aquelas posições jurídicas essenciais que explicitam e concretizam o valor estruturante da dignidade”, de modo que a dignidade da pessoa humana seria o vetor que delinea o sentido de fundamentalidade material daqueles direitos,³⁹ constituindo, portanto, o critério unificador de todos os direitos fundamentais da pessoa humana.⁴⁰

Por conseguinte, os direitos fundamentais são, na verdade, concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, que legitima, inclusive, o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais, desde que haja relação direta com o valor fundamental da dignidade.⁴¹ Não é por outra razão que Flávia Piovesan entende que a dignidade da pessoa humana consagra-se como verdadeiro “superprincípio” idôneo a orientar a interpretação normativa de toda a ordem jurídica.⁴²

³⁷SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. e atual. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 107.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 109.

³⁹ Na teoria geral dos direitos fundamentais, com base na doutrina de Robert Alexy, costuma-se fazer uma distinção entre direito fundamental em sentido formal e em sentido material. A fundamentalidade formal relaciona-se ao direito positivo, referindo-se àqueles direitos fundamentais que como tais foram reconhecidos na Constituição. A fundamentalidade material, por sua vez, tem por cerne a observância do conteúdo do direito, a partir da análise e da avaliação da pertinência deste com as decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade.

⁴⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 452.

⁴¹ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 54.

⁴² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, passim.

Nesta toada, não restou silente o Constituinte de 1988 ao introduzir a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil já no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal.⁴³

Fixada a dignidade da pessoa humana como fundamento base dos direitos fundamentais, impende essencial a tentativa de delimitação do seu âmbito de incidência.

Conforme já demonstrado linhas acima, a intrínseca relação mantida entre os direitos naturais do homem e os direitos fundamentais que lhe devem ser assegurados foi se modificando e se adaptando com o avançar do tempo, adquirindo configuração compatível com as necessidades sócio-históricas protuberantes em determinado contexto.

Hodiernamente, na linha do quanto explicitado por Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana pode ser entendida como:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.⁴⁴

A despeito da dificuldade de exprimir uma definição exata do que seja dignidade da pessoa humana, não é despiciendo lembrar que o seu núcleo conceitual deriva do parâmetro delineado pelo filósofo Immanuel Kant, segundo o

⁴³ Registre-se, todavia, a crítica de Canotilho afirmando que reduzir o fundamento dos direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana equivaleria a restringir as possibilidades do seu conteúdo. De acordo com o autor, tal entendimento “expulsa do catálogo material dos direitos todos aqueles que não tenham um radical subjetivo, isto é, não pressuponham a ideia-princípio da dignidade da pessoa humana”, gerando uma conclusão inadequada em relação à teoria da constituição. Para mais, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 373. Neste mesmo sentido, Ingo Sarlet escreve que a dignidade da pessoa humana não é um direito fundamental autônomo em si, mas um valor referencial para aplicação e interpretação dos direitos fundamentais e outras normas jurídicas de modo que existem direitos considerados fundamentais e que não se fundam na dignidade da pessoa humana. Deste modo, conclui que embora os direitos fundamentais correspondam a explicitações, em maior ou menor grau, do princípio da dignidade da pessoa humana, este não é o critério exclusivo para definição da fundamentalidade material de um direito, embora seja o mais importante. Linhas a frente, todavia, o autor acaba concordando que é a dignidade da pessoa humana que inspira os “típicos” direitos fundamentais. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 96-111).

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pp. 70 e 71.

qual todo homem, como ser racional, é um fim em si mesmo, e não um meio para se alcançar determinados objetivos. Assim toda a vez que a pessoa for tratada como meio, e, por conseguinte, objetificada, evidentemente a sua dignidade foi malferida.⁴⁵

Como um “fim em si mesmo” o homem, com toda a sua individualidade, passa a ocupar o centro do universo jurídico, servindo como fundamento para todos os direitos e deveres erguidos pelo arcabouço normativo vigente. Mais que fundamento dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana passa a se constituir vetor para criação, interpretação e aplicação de todas as regras e princípios integrantes de um ordenamento jurídico.

Observa-se, desde logo, que a existência humana não pode servir como meio para o alcance de objetivos outros mediante coisificação do indivíduo, eis que a dignidade é um bem inalienável e indisponível, pois consiste na própria razão de existir do sujeito. Aliás, é a própria noção de dignidade que autoriza a relativização de outros direitos, permitindo que a pessoa desenvolva ao máximo a sua personalidade sem indevidas interferências externas.

Todavia, conforme já acenado, não existe – e não seria razoável que existisse – um conceito firme e objetivo do que seja dignidade da pessoa humana. Inevitavelmente, trata-se de um conceito aberto e indeterminado cujo conteúdo só, e somente só, pode ser preenchido no caso concreto.

De mais a mais, como bem lembra Roxana Borges o sentido de dignidade é subjetivo, eis que depende do próprio sujeito, dos seus sentimentos de respeito, da consciência de seus sentimentos, das suas características físicas, culturais e sociais.⁴⁶ De fato, a noção de dignidade da pessoa humana não pode ser inferida por meio de técnicas simplórias de dedução, sob pena de se aplicar em eventual caso concreto uma solução generalizadora e incompatível com o ser humano, núcleo da proteção perseguida pelo sistema.

Aliás, a própria origem etimológica da palavra “dignidade” denota uma subjetividade, eis que o termo provém do latim: *dignus*, que significa “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante.” Por evidente é impossível se falar

⁴⁵ Diz Kant: “o homem não é uma coisa, não é, por conseguinte, objeto para ser tratado unicamente como meio, senão que, pelo contrário, deve ser considerado sempre, em todos os seus atos, como fim em si”. Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Antonio Pinto de Carvalho. Lisboa: Companhia Editora Nacional, 1964.

⁴⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 15.

em estima e honra de forma objetiva e heterônoma, mas somente de acordo com a subjetividade e com os valores do indivíduo.

A dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos para o livre desenvolvimento da personalidade do homem,⁴⁷ positivada no texto constitucional já no primeiro artigo da Lei Maior. Em face da sua importância como vetor axiológico de todo o ordenamento jurídico “o conteúdo da dignidade da pessoa dar-se-á no caso concreto, não sendo admitida a sua previsão em abstrato para fins de aplicação.”⁴⁸

Assim, é possível inferir que a dignidade da pessoa humana constitui fundamento para todos os direitos fundamentais, de modo que cada uma destas prerrogativas mínimas do homem encontra origem comum na necessidade de proteção deste valor central do ordenamento jurídico vigente.

Letícia Martel lembra que a dignidade da pessoa humana pode assumir tanto uma dimensão autônoma quanto uma dimensão heterônoma.⁴⁹ A concepção da dignidade da pessoa humana como autonomia, relaciona-se diretamente à ideia de dignidade como fundamento e justificação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. “Ou seja: os direitos fundamentais e os direitos humanos existem e são protegidos e promovidos em função da e para a dignidade humana, que acaba por conferir-lhes unidade.”⁵⁰ Neste sentido, releva para o conceito de dignidade como autonomia a noção da capacidade de autodeterminação do indivíduo, bem como as condições e os instrumentos necessários para que aquela capacidade seja exercida livremente e com plenitude. A dignidade vista como autonomia importa o reconhecimento da capacidade humana de decidir os rumos da sua vida, reunindo em si os instrumentos fáticos e jurídicos necessários para o exercício desta prerrogativa que diz respeito à dignidade da sua própria existência. Sob este viés, noutras palavras, a dignidade da pessoa humana guarda intrínseca relação com a ideia de liberdade e autodeterminação do indivíduo.

⁴⁷ LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 265.

⁴⁸ MEIRELLES, Jussara e TEIXEIRA, Eduardo Didonet. Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossuficiente. In: RAMOS, Carmem Lúcia Nogueira *et al* (Orgs.) *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 374.

⁴⁹ MARTEL, L. C. V. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 2010. 476 f. Tese (Doutorado). Centro de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 154 – 188.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 155.

Não é por outra razão que muitos estudiosos do direito costumam concatenar a dignidade humana com a possibilidade humana de autodeterminação. Conforme cediço, já no século XVIII Kant apregoava que a autonomia é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional. Sarlet, por exemplo, reconhece que “os direitos de liberdade constituem uma das principais (se não a principal) exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.”⁵¹ Neste mesmo sentido Roxana Borges, para quem:

A autonomia é elemento da dignidade e independe da posição da pessoa na sociedade. Se se nega a autonomia a uma pessoa, nega-se-lhe a sua dignidade. Assim como em Kant, também na análise aqui desenvolvida se concebe a dignidade da pessoa humana intrinsecamente ligada à sua autonomia, à sua faculdade de se autodeterminar conforme sua própria essência. [...] Se se concebe o homem com um fim em si mesmo, é consequência necessária disso a aceitação de que o próprio homem defina, para si mesmo, seus objetivos, seus planos, suas normas, ou seja sua dignidade, desde que não atente contra a esfera alheia.⁵²

Sob esta perspectiva, a dignidade da pessoa humana apenas se perfaz quando a pessoa é livre para atuar conforme suas próprias idiossincrasias, sendo-lhe ofertado elementos para tal, livre de interferências externas, desde que não atinja o campo reservado ao direito de terceiros.

Noutra banda, tem-se o conceito de dignidade humana como heteronomia. Sob este ângulo, a dignidade é associada a elementos externos aos indivíduos, como valores compartilhados por uma comunidade ou grupo, a ordem pública, o interesse público, a moral pública, dentre outros. Nesta perspectiva, a dignidade funciona, na verdade, mais com um controle externo da liberdade individual do que um meio de promoção efetivo da dignidade.⁵³

A dignidade como heteronomia importa, pelo seu próprio conceito, na restrição da amplitude da liberdade do indivíduo, compatibilizando-a com determinados valores compartilhados pela sociedade, aptos a concluir pela indignidade universal e abstrata de determinado ato ou escolha de uma pessoa. Nota-se, de logo, que sob esta perspectiva, a dignidade aparece fortemente

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 102.

⁵² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 144-145.

⁵³ MARTEL, L. C. V. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 2010. 476 f. Tese (Doutorado). Centro de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 172-173.

vinculada a conceitos indeterminados e deveras abertos, como “ordem pública”, “interesse público” e “moral pública”, definições que refogem a qualquer tentativa de uma definição objetiva ou neutra.

Disto decorre que em casos em que se aplica a dignidade humana como heteronomia, este valor é interpretado de forma abstrata, se entendendo que há violação da dignidade mesmo quando o indivíduo entenda que não há. Esta concepção, por óbvio, apresenta em seu cerne um perigo comum aos argumentos morais paternalistas que atuam na limitação de direitos fundamentais com base na imposição de valores tomados como universais ou predominantes numa determinada sociedade. Indaga-se: quais valores teriam aptidão para ultrapassar a própria concepção do indivíduo sobre o que seria para ele digno ou indigno? É preciso ter muito cuidado ao se adotar esta vertente da dignidade da pessoa humana, sob o risco de esvaziar o próprio conteúdo dos direitos fundamentais em favor de uma moralidade abstratamente considerada. Voltar-se-á a este tema linhas abaixo.

Neste momento, é importante deixar fixado que a dignidade da pessoa humana funciona como centro propulsor dos direitos fundamentais, ditando regras de interpretação e aplicação destes direitos, colocando o ser humano como núcleo do ordenamento jurídico. Com a valorização daquele valor, tem-se por definitivo que o homem, tido como um fim em si mesmo, não pode ser utilizado como meio para nenhuma finalidade, sob pena de se objetificar algo que é inobjetificável: a pessoa humana.

No entanto, os diversos direitos que derivam da dignidade da pessoa humana podem entrar em rota de colisão, conflitando com a proteção ofertada por outro direito em relação a determinado bem jurídico. Em face disto é necessário se questionar qual posicionamento é juridicamente adequado para solucionar a chamada colisão de direitos fundamentais. É sobre isso que debruçar-se-á rapidamente nos próximos parágrafos, após uma breve incursão na natureza normativa destes direitos e da força normativa a eles conferida pela hermenêutica constitucional contemporânea.

2.3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A definição da natureza e da força vinculante das normas constitucionais perpassa por uma evolução histórica iniciada nos primórdios do Constitucionalismo, e que apenas alcança a configuração hoje predominante após o nascedouro da chamada fase do neoconstitucionalismo, que teve suas bases instituídas ao longo da segunda metade do século XX.⁵⁴

Hodiernamente não se questiona, como já se fez outrora,⁵⁵ a normatividade dos princípios constitucionais, inseridos ao lado das regras como imposições deontológicas do dever-ser, obrigatórias e vinculantes em relação aos seus destinatários. Nesta esteira, uma vez fixada a ideia de que tanto as regras como os princípios também são normas⁵⁶, impende a busca pelo estabelecimento de critérios idôneos a distinguir princípios e regras como espécies do gênero norma⁵⁷.

De acordo com a distinção proposta pelo professor alemão Robert Alexy:

o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. [...] Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção

⁵⁴ Para uma análise aprofundada da Teoria das Normas Constitucionais, cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Para uma visão crítica do Neoconstitucionalismo, cf. BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, abr./jun. 2005, pp. 1-42.

⁵⁵ Como bem lembra Paulo Bonavides, a Velha Hermenêutica negava aos princípios a natureza normativa, conferindo-os apenas caráter meramente programático. Lembra o autor que a juridicidade dos princípios passa por três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na fase jusnaturalista a normatividade dos princípios era “basicamente nula e duvidosa”. Deste modo, “os princípios gerais do Direito” eram entendidos como princípios do direito natural. Com o positivismo jurídico os princípios passam a entrar nos códigos, todavia considerados tão somente “meras pautas programáticas supraleais”, juridicamente irrelevante em termos de normatividade. Somente com o nascer do pós-positivismo os princípios passam a ser tratados como direito, espécie normativa, com natureza deontológica. Para mais, cf. BONAVIDES, op cit., pp. 255-294.

⁵⁶ BONAVIDES, op. cit., pp. 264-265.

⁵⁷ Alexy enumera alguns critérios tradicionalmente utilizados pela doutrina para tentar distinguir regra de princípio, tais como: a generalidade, a determinabilidade dos casos de aplicação, a origem, a graduação, a qualidade ou importância para a ordem jurídica. Para mais detalhes, cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, pp. 86-90.

entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.⁵⁸

Deste modo, os princípios possuem a sua normatividade reconhecida, entendidos como mandamentos de otimização, que podem ser efetivamente concretizados em graus distintos, de acordo com as condições fáticas e jurídicas que se fizerem presentes. Noutra banda, as regras, quando presente o suporte fático que lhe dá azo, devem ser cumpridas na integralidade se forem válidas, ou afastadas, se inválidas.

A referida distinção causa impacto relevante na resolução de eventuais conflitos entre regras ou colisão entre princípios. Isto porque, enquanto o conflito entre regras se resolve na dimensão da validade, o conflito ou colisão entre princípios se resolve apenas na dimensão do valor. Ou seja:

Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida. [...] As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.⁵⁹

Deste modo, conforme Alexy, diferente das regras que se válidas devem ser integralmente aplicadas ao caso e na hipótese de conflito com outra regra uma delas deve ser declarada nula, no caso dos princípios, havendo colisão, é necessária a realização de uma atividade de ponderação com o escopo de definir, à luz do caso concreto, qual o princípio que vai preponderar naquela situação específica, sem que isto signifique a invalidação do princípio o qual se considerou ter menor peso na espécie.

Noutra banda, mas não muito distante, o inglês Ronald Dworkin também traça uma distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma jurídica. De acordo com o Dworkin:

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, pp. 90-91.

⁵⁹ Ibidem, pp. 92-94.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. [...] As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. [...] essa dimensão é parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. As regras não têm essa dimensão.⁶⁰

Neste diapasão, conclui Dworkin que um princípio pode ser aplicado a determinado caso, prevalecendo sobre outro com ele colidente, todavia, noutras circunstâncias, pode deixar de prevalecer, em decorrência do seu maior ou menor peso em face do caso concreto.

Este pequeno esforço distintivo entre regras e princípios, com foco na natureza dos princípios, ganha relevância no objeto do presente trabalho ao se considerar que os direitos fundamentais, em razão da sua importância, possuem em sua maioria, natureza principiológica.

De fato, em face da forte carga axiológica dos direitos consagrados pelas normas que carregam direitos fundamentais, e da incontestável possibilidade de conflito na sua aplicação, se sustenta que os direitos fundamentais teriam a natureza de normas-princípio.⁶¹

Ostentando tal natureza, conforme conclusão de Alexy, há uma natural tendência de que tais normas possam colidir e, neste caso, um balanceamento de interesses se faz necessário para solução do conflito.⁶²

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 39-43.

⁶¹ Registre-se aqui que há quem enxergue os direitos fundamentais como normas-regras com o fito de atribuir maior vinculação ao seu conteúdo e evitando restrições decorrentes da ponderação, mas não oferecem solução para a inevitável colisão de direitos fundamentais. Alexy, por sua vez, atribui natureza mista/dupla aos direitos fundamentais, que ora funcionaria como regra, ora funcionaria como princípio. O autor rejeita as “formas puras” sugerindo um modelo misto de regras e princípios, que surge da ligação entre um nível de princípios e um nível de regras. Vale ainda consignar a opinião de André Rufino do Vale, que se valendo do que chama de “teoria da distinção dúctil”, entende não existir diferença lógica entre regras e princípios, podendo uma norma atuar como um ou como outro de acordo com o contexto interpretativo. Deste modo, em certos casos a norma de direito fundamental funcionaria como regra, evidenciando a sua natureza peremptória e, introduzindo na argumentação jurídica razões definitivas para sua aplicação e, nos casos de colisão, tais normas seriam interpretadas como princípios e, dessa forma, submetidas a uma ponderação que considerasse os valores incorporados em cada norma. (VALE, A. R. *A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 2006. 286 f. Dissertação (Mestrado). – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.)

⁶² ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*. Vol. 16, n. 2, jun. 2003, p. 133.

Conforme já acenado linhas acima, os direitos fundamentais não são absolutos eis que a relatividade é uma das características destes direitos.⁶³ O elevado teor axiológico dos direitos fundamentais faz com que estes vivam em uma constante tensão, de modo que, em consequência disto, não há que se cogitar, num sistema constitucional democrático, a existência de direitos fundamentais absolutos, isto é, direitos que sempre prevalecerão em detrimento de outros.⁶⁴ Por conseguinte, num caso concreto é possível a concorrência entre o direito fundamental de um indivíduo com o direito fundamental de outro indivíduo ou da coletividade, caso em que uma solução far-se-á necessária, implicando, no mais das vezes, na limitação de um dos direitos em confronto.

Ocorrendo a colisão entre direitos fundamentais, surge a necessidade de técnicas racionais idôneas a solucionar o conflito, definindo qual direito deve prevalecer. A categorização dos direitos fundamentais como princípios indica que somente no caso concreto será possível explicitar qual direito terá peso maior, afastando, *in casu*, a aplicação daqueloutro direito também reivindicado.

A hermenêutica constitucional moderna, no esforço de garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais como direitos supremos do ordenamento jurídico, antes de avaliar o afastamento de um direito em favor de outro promove uma tentativa de compatibilização dos direitos colidentes. Nesta linha, quando houver um conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se, em um primeiro momento, do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros.⁶⁵ Neste caso, o intérprete exerce típica “tarefa de otimização”,⁶⁶ uma atividade de conciliação entre direitos fundamentais conflitantes, mediante fixação de limites e condicionamentos

⁶³ Afirma Alexandre de Moraes que “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas)”. Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011. pp. 35-36.

⁶⁴ CAMPOS, Helena Nunes. Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais. *Cad. de Pós-Graduação em Dir. Político e Econômico São Paulo*, v. 4, n. 1, pp. 23-32, 2004, pp. 30-31.

⁶⁵ MORAES, op. cit., p. 36.

⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 173.

recíprocos, proporcionando o afastamento de soluções de sacrifício⁶⁷, com o intento de que todos eles sejam preservados pelo menos em alguma medida na solução adotada.

Todavia, em determinados casos resta impossível a utilização da técnica da concordância prática eis que a prevalência de um direito no caso concreto importará no inevitável esgotamento do conteúdo essencial do outro direito em confronto. Em circunstâncias como estas Alexy sugere que seja exercida a atividade de ponderação propriamente dita (ou sopesamento).⁶⁸

Como lembra George Marmelstein, a ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de princípios constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores⁶⁹.

Ou seja, havendo tensão entre interesses protegidos por direitos fundamentais não é possível uma decisão com base em uma prévia relação de precedência absoluta de um desses interesses, eis que nenhum deles goza, por si só, de prioridade. Deste modo, o conflito deve ser resolvido por meio do sopesamento entre os interesses conflitantes, cujo objetivo é definir qual dos

⁶⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin e FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisões de direitos fundamentais. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil*, mar./ago. 2002, pp. 29-42.

⁶⁸ A ideia de ponderação no caso de conflitos de direitos fundamentais remonta ao paradigmático Caso Lüth, na Alemanha. Como relata Néviton Guedes, o alemão Veit Harlan ganhava a vida produzindo filmes, tendo, durante o nazismo, lançado produções divulgadoras e apoiadoras dos ideais nazistas. Já na década de 50, tentando seguir na carreira de produtor, Harlan lançou um novo filme, desta vez desvinculado da ideologia nazista, mas alguns alemães, em especial Eric Lüth, presidente do Clube de Imprensa, lideraram um movimento de boicote à produção de Harlan, induzindo os alemães a não assistirem ao filme. Diante do fracasso do longa, Harlan e os produtores processaram Lüth requerendo indenização pelos danos causados, invocando para tal o Código Civil alemão. Os acionantes obtiveram vitória na instância ordinária que condenou Lüth a omitir-se de novas manifestações sob pena de multa pecuniária. Inconformado, Lüth recorreu para ao Tribunal Constitucional Federal Alemão alegando, sobretudo, que atuou dentro da sua liberdade de expressão. Debruçando-se sobre o caso, a Corte alemã reformou a decisão ordinária, considerando que a manifestação de Lüth encontrava-se abrigada pelo direito fundamental à liberdade de opinião. Mas não foi apenas isso. A referida decisão lançou os pressupostos para o surgimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, da horizontalização destes direitos, e, no que tange a este tópico, a ideia de que a ponderação é o meio adequado de resolução dos conflitos envolvendo direitos fundamentais do indivíduo. Cf. GUEDES, Néviton. Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>>. Acesso em: 06 jan. 2017.

⁶⁹ MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 391.

interesses - que abstratamente estão no mesmo nível - tem maior peso no caso concreto.⁷⁰

Vale registrar que em alguns casos a própria Constituição já estabelece qual direito merece proteção em caso de conflito. Por exemplo, ao proibir a prisão civil por dívida, o constituinte, previamente, já ponderou que nestas circunstâncias o direito à liberdade prevalece sobre o direito à propriedade, devendo o credor se valer de outros meios constitucionalmente adequados para buscar a satisfação do seu crédito. Todavia, em outros casos não há na Constituição solução clara acerca de qual seria o direito fundamental prevalente em caso de confronto com outro da mesma natureza, de modo que, nestas situações, a complexa atividade de sopesamento se faz necessária.

Com isso, o que se quer dizer é que, somente levando-se em consideração o caso concreto, mediante o estabelecimento das chamadas relações de precedências condicionadas é que é possível definir qual princípio de direito fundamental irá prevalecer. Essencial observar que a relação de precedência entre princípios nunca é absoluta, mas sempre condicionada. Noutras palavras, apenas *in casu* é possível fixar as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro, de modo que, sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.⁷¹ É nisto que consiste a lei de colisão.

Por conseguinte, havendo colisão entre princípios, a solução dar-se-á por meio do sopesamento, que, segundo Alexy:

expressa uma lei que vale para todos os tipos de sopesamento de princípios e pode ser chamada de lei do sopesamento. Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro.⁷²

Deste modo, quanto maior o grau de afetação de um direito fundamental em decorrência de medida lastreada noutro direito de natureza fundamental, maior deverá ser a justificativa racional desta restrição e o peso do direito prevalecente.

⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 95.

⁷¹ *Ibidem*, p. 96.

⁷² *Ibidem*, p. 167.

O sopesamento, por sua vez, é operacionalizado por meio do princípio da proporcionalidade⁷³ e das suas três máximas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

De acordo com a doutrina tradicional, a proporcionalidade tem por objetivo instituir uma relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso.⁷⁴ No contexto da colisão de princípios, a regra da proporcionalidade servirá como instrumento para a atividade de ponderação e para a respectiva definição do direito precedente no caso concreto.

Conforme já acenado, a proporcionalidade possui três sub-regras que constituem fases obrigatórias para a obtenção do resultado final, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Na fase da adequação o intérprete irá avaliar se a medida interventiva adotada se mostra apta a atingir o objetivo pretendido pela sua aplicação,⁷⁵ ou ao menos, é idônea para fomentar o objetivo pretendido. Inadequado, portanto, seria o ato cuja utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo perseguido.⁷⁶

Por meio da sub-regra da necessidade se verifica a existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo agente, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados.⁷⁷ Em outras palavras, o ato somente é necessário se

⁷³ Embora adotada a expressão “princípio” – consagrada na doutrina para se referir à proporcionalidade –, vale registrar a constatação de Virgílio Afonso da Silva, pelo qual “o chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações. [...] Mas Alexy enquadra-o, sim, em outra categoria, pois classifica-o explicitamente como regra. Após fazer as ressalvas citadas por Bergmann Ávila, Alexy afirma que os sub-elementos da proporcionalidade ‘devem ser classificados como regras’, e cita como entendimento semelhante a posição de Haverkate, segundo a qual a forma de aplicação da proporcionalidade e de suas sub-regras é a subsunção. [...] Se se fala em dever, fala-se em norma. Normas são ou regras, ou princípios. Como já foi visto, no que diz respeito à sua estrutura, o dever de proporcionalidade não é um princípio, mas uma regra. O termo mais apropriado, então, é regra da proporcionalidade.” Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais* nº 798, 2002, pp. 23-50.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 393.

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 227.

⁷⁶ SILVA, op. cit., p. 36.

⁷⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 158.

inexistir via fática e/ou jurídica que possa realizar o objetivo pretendido pelo direito concretizado e que atinja o direito afetado com menor intensidade.

A última sub-regra da máxima da proporcionalidade é chamada de proporcionalidade em sentido estrito e se aproxima da noção de ponderação acima delineada. Ou seja, conforme indica Alexy, ao se restringir um direito fundamental visando a concretização de outro, é indispensável que se tenha em mente que quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro. Somente por meio deste sopesamento é possível controlar a limitação aos direitos fundamentais, evitando restrições arbitrárias ou excessivas.⁷⁸

Esta breve incursão na teoria dos princípios teve por escopo revelar que, em decorrência da própria estrutura desta espécie normativa, é absolutamente impossível se valorar previamente ou definir o peso de um direito fundamental sem a análise percuciente do caso concreto.⁷⁹

⁷⁸ Para fixar os conceitos retro-demonstrados tome-se um exemplo prático bastante comum: a colisão entre o direito fundamental à intimidade e o direito fundamental à liberdade de imprensa. Suponha-se que uma empresa jornalística veicule notícia sobre a vida privada de um indivíduo e tais informações repercutam na esfera da intimidade deste cidadão que, inconformado, busque o judiciário com o objetivo de obrigar ao jornal a cessar a veiculação das referidas notícias. Nota-se logo um conflito entre dois direitos fundamentais constitucionalmente assegurados: a intimidade do cidadão e a liberdade de imprensa do jornal. Somente por meio do sopesamento e da análise do peso dos direitos em jogo que será possível ao intérprete definir qual direito prevalecerá neste caso concreto. A medida requerida pelo interessado seria a supressão da veiculação das notícias sobre a sua intimidade. De início observa-se que a medida seria adequada, eis que tem aptidão para ao menos fomentar o objetivo pretendido, qual seja, a manutenção da higidez da sua intimidade. Na análise da necessidade, impede necessário perquirir se existiria outra medida tão eficaz quanto a pretendida e que produzisse menos efeitos danosos ao direito fundamental restringido, qual seja, a liberdade de imprensa. Em um juízo de abstração dificilmente se imaginaria uma medida mais efetiva que a pretendida pelo titular do direito a se concretizar, de modo que também se faz presente a necessidade da medida. É justamente na fase da ponderação que se faz a análise mais difícil: se a defesa do direito pretendido justifica a restrição no direito fundamental reprimido. Não é objetivo deste trabalho discutir o núcleo essencial do direito à liberdade de expressão e seus contornos, de modo que apenas no caso concreto, em face dos elementos fáticos e jurídicos fornecidos seria possível o exercício esmero da atividade de ponderação. Mas, conforme demonstrado, é neste momento em que intérprete vai avaliar os fins constitucionais que envolvem os direitos em conflito, verificando se nas circunstâncias postas deveria o direito à intimidade prevalecer sobre o direito de imprensa. Para auxiliar nesta tarefa, Alexy divide o grau de restrição e a importância do direito fundamental que autoriza a intervenção em outro direito da mesma natureza em alto, médio e pequeno. Desta maneira, se o grau de restrição de um direito fundamental for alto e a importância do direito fundamental protegido no caso concreto for “pequeno”, evidentemente a medida seria desproporcional, não devendo prevalecer. Todavia, noutra banda, se a restrição for pequena comparada com a relevância do direito prevalente, por certo, o ato restritivo será tido por proporcional.

⁷⁹ De fato, é possível que os mesmos direitos fundamentais entrem em colisão, mas diante das peculiaridades do caso concreto a relação de precedência determinada *in casu* seja distinta. Indicativas desta possibilidade são as soluções alcançadas pelo STF no exame de dois casos em que colidiam o direito fundamental à intimidade e o direito fundamental à verdade real lastreada no direito à origem. O primeiro caso paradigmático solucionado pelo STF foi o caso carreado por meio do HC

Em uma colisão de direitos fundamentais o método mais adequado para a resolução racional do conflito é a aplicação da técnica de ponderação, possibilitando a definição do direito precedente sobre o outro diante das circunstâncias fáticas e jurídicas apresentadas.

Conforme demonstrado, na teoria dos princípios a relação de precedência entre direitos fundamentais é sempre condicionada, obtida a partir da análise do caso concreto. Todavia, não é incomum a defesa da existência de uma hierarquia valorativa entre os próprios direitos fundamentais. Daí, indaga-se: existiriam direitos fundamentais mais importantes que outros dentro do nosso ordenamento jurídico, de modo que, num juízo abstrato, sempre prevaleceria sobre os demais, independente do caso concreto? É a resposta a este questionamento que tentar-se-á plasmar no tópico seguinte.

71.373-4/RS de 1994 em que se discutia a possibilidade do réu em uma ação de reconhecimento de paternidade, em caso de recusa, ser conduzido coercitivamente “debaixo de vara” para fornecer o material genético necessário para realização do exame de DNA que definiria a existência ou não do vínculo paterno. Na ocasião, entendeu o STF por maioria que “discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas- preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à leitura do exame DNA.” Ou seja, no caso em tela, o direito à intimidade e à incolumidade física prevaleceram sobre o direito à origem, o direito de a criança ter a real certeza acerca de quem seria o seu pai, cabendo a resolução da querela por outros modos que não atentassem à dignidade da pessoa humana do acionado. Em outro caso também paradigmático, consubstanciado na Reclamação 2040/DF, o STF determinou a realização do exame de DNA da placenta da cantora mexicana Glória Trevi para que se descobrisse quem seria o pai do seu filho. Trevi tinha sido acusada de crimes no México e respondia por um processo de extradição aqui no Brasil, quando alegou ter sido estuprada por policiais federais no presídio onde estava custodiada, relação da qual teria sido gerado o filho que carregava no ventre. Os policiais acusados negaram veementemente as alegações e requereram o exame de DNA para verificar a paternidade da criança, o que foi negado pela cantora. Na ocasião, o STF decidiu que naquele caso o direito à intimidade da extraditanda deveria ceder aos direitos dos policiais em obter (e provar) a inocência mediante a definição da real paternidade da criança. Estes casos revelam que somente por meio da ponderação e sempre à luz do caso concreto é possível definir qual direito fundamental vai prevalecer na hipótese de colisão, sendo impossível a definição, *a priori*, da relação de precedência entre dois ou mais direitos qualificados como fundamentais. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 71.373-4/RS. Relator: Ministro Francisco Rezek, 22 nov. 1996. Lex: jurisprudência do STF e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 2040/DF*. Relator: Ministro Néri da Silveira, 26 jun. 2003. Lex: jurisprudência do STF.

2.4 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREFERENCIAIS

Consoante demonstrado linhas acima, os direitos fundamentais consistem num rol mínimo de prerrogativas e faculdades asseguradas aos indivíduos em determinado contexto histórico e social que decorrem da dignidade da pessoa humana e exigem observância do Estado nas suas ações.

Estes direitos, que variam em decorrência da própria evolução social e das demandas de cada comunidade política, são amplos e contemplam uma série de necessidades do homem para a realização da sua própria existência. A natureza dos direitos fundamentais conduz a possibilidade de colisão entre eles, o que deve ser resolvido no caso concreto, por meio do sopesamento. Todavia, é possível se afirmar que um direito fundamental seria mais importante que outro? Ou seja, no ordenamento jurídico seriam identificáveis direitos fundamentais com essencialidade ainda maior que a de todos os demais – também rotulados como fundamentais – e que teriam precedência *prima facie* independentemente de sopesamento?

Na década de 40 surgiu uma formulação teórica na jurisprudência norte-americana dos chamados direitos fundamentais preferenciais ou doutrina da posição preferencial que, na prática, defende:

a hierarquização dos Direitos Fundamentais protegidos pelo devido processo legal e a inserção de alguns em posição privilegiada em relação a outros. Em que pese todos possuírem caráter de fundamentabilidade, uns são apostos em local cimeiro, tomados como de maior peso de per si. Então, os Direitos Fundamentais que assumem o mais alto posto na hierarquização correspondem aos dotados de posição preferencial.⁸⁰

Ou seja, por meio da doutrina dos *preferential rights* a Suprema Corte dos Estados Unidos tenta identificar direitos fundamentais que por sua essência e natureza merecem, *a priori*, proteção mais ampla que os demais, ocupando posição hierarquicamente superior que aqueles, atraindo assim, critérios distintos de aplicação e interpretação.

Nesta toada, o Tribunal norte-americano assentou, no precedente *West Virginia Board of Education vs. Barnette*, não haver circunstância que permita

⁸⁰ MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana. *Seqüência*. FSC, Florianópolis, SC, Brasil, 2004, pp. 91-118, p. 100.

excepcionar o direito à liberdade de expressão⁸¹. Ao lado de outros direitos como o de crença e culto, o de imprensa e o de reunião, o direito à livre expressão possuiria uma posição preferencial na ordem constitucional.

A jurisprudência brasileira sempre foi vacilante quanto à recepção desta teoria no Brasil, sendo majoritário o posicionamento contrário a hierarquização entre os direitos fundamentais.⁸²

Com efeito, parece ser juridicamente inaceitável a formulação racional de uma hierarquia de valores, eis que não é possível fundamentar, jurídico-constitucionalmente, uma tábua axiológica válida. Qualquer hierarquia é uma construção fundada meramente em preferências políticas, ideológicas, pessoais, de grupo⁸³ e macula a dignidade constitucional, eis que o escalonamento apriorístico acaba malferindo princípios e garantias previstas na própria Constituição como fundamentais. Por conseguinte, do ponto de vista jurídico, é forçoso admitir que não há hierarquia entre os princípios constitucionais. Ou seja, todas as normas constitucionais, em especial as que carregam direitos fundamentais, possuem igual dignidade, inexistindo normas meramente formais, nem hierarquia de supra ou infraordenação dentro da Constituição. Existem, é certo, princípios com diferentes níveis de concretização e densidade semântica, mas nem por isso seria correto dizer que há hierarquia normativa entre os princípios constitucionais.⁸⁴

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 187/DF*, Relator: Ministro Celso de Melo, 24 ago. 2001, p. 163. Lex: jurisprudência do STF.

⁸² Em decisões do Supremo Tribunal Federal envolvendo o direito à liberdade de expressão é possível verificar-se menção à teoria da posição preferencial, em especial no que pertine àquele direito. Todavia, a suposta adoção da referida teoria não parece repercutir na prática eis que nas mesmas decisões o STF afirma não existir hierarquização entre direitos fundamentais, sujeitando o conflito à técnica de ponderação. Ilustrativo do afirmado é o trecho a seguir colacionado extraído da Medida Cautelar na Reclamação MC Rcl 22328 RJ de Relatoria do Ministro Roberto Barroso: “A Carta de 88 incorporou um sistema de proteção reforçado às liberdades de expressão, informação e imprensa, reconhecendo uma prioridade *prima facie* destas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade. Assim, embora não haja hierarquia entre direitos fundamentais, tais liberdades possuem uma posição preferencial (*preferred position*), o que significa dizer que seu afastamento é excepcional, e o ônus argumentativo é de quem sustenta o direito oposto. Consequentemente, deve haver forte suspeição e necessidade de escrutínio rigoroso de todas as medidas restritivas de liberdade de expressão. [...] Tanto a liberdade de expressão como os direitos de privacidade, honra e imagem têm estatura constitucional. Vale dizer: entre eles não há hierarquia. De modo que não é possível estabelecer, em abstrato, qual deve prevalecer. Em caso de conflito entre normas dessa natureza, impõe-se a necessidade de ponderação [...]” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MC Rcl 22328/RJ*. Relator: Ministro Roberto Barroso, 26 nov. 2015. Lex: jurisprudência do STF.

⁸³ STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁸⁴ MARMELSTEIN, George. A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2625>>. Acesso em: 6 jan. 2017.

É evidente, portanto, que a tentativa de escalonar uma hierarquia axiológica entre os direitos fundamentais em abstrato está fadada ao fracasso. Isto porque, com exceção de situações bem extremadas, é muito difícil estabelecer, de antemão, qual o direito fundamental mais importante. Esta decisão somente pode ser estabelecida à luz do caso concreto, eis que serão as peculiares circunstâncias de cada caso que fornecerão as bases argumentativas para descobrir qual direito fundamental é, naquela situação, mais importante do que o outro, através de um exercício de ponderação.⁸⁵

Noutro giro, é importante ressaltar a inviabilidade hermenêutica de se atribuir posição hierarquicamente preferencial de um direito fundamental em face de outro direito fundamental considerando o princípio da unidade da constituição. O referido princípio interpretativo exige do intérprete que considere o ordenamento jurídico como uma unidade normativa, um sistema unitário de normas. Isto implica em afirmar que toda Constituição deve ser compreendida como uma unidade, sem distinção hierárquica entre suas normas, de modo que a unidade normativa pressupõe a inexistência de hierarquia normativa ou formal entre normas constitucionais.⁸⁶ Por outro lado, os próprios direitos fundamentais são regidos por uma indivisibilidade, o que confere igual fundamentalidade e igual importância para todos os direitos fundamentais, inviabilizando qualquer hierarquização ou escalonamento *prima facie*, alheio ao caso concreto.

Tanto é assim que a própria Suprema Corte norte-americana nunca reconheceu à liberdade de expressão caráter absoluto.⁸⁷ Nos Estados Unidos, a doutrina da posição preferencial tem por objetivo tão somente impor um controle rígido de constitucionalidade das medidas legislativas que pretendam restringir os direitos fundamentais tidos como preferenciais. Tal critério é adotado no controle de constitucionalidade de restrições impostas à liberdade de expressão pelo Estado em nome do interesse público, o que significa que o governo tem de demonstrar que o interesse contraposto é extremamente relevante e que a medida adotada é o meio

⁸⁵ MARMELESTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 400.

⁸⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 184.

⁸⁷ Aliás, Alexy reconhece que a dignidade da pessoa humana, quando tomada como princípio também não é absoluta. Malgrado exista uma série de condições sob as quais o princípio da dignidade humana prevalecerá - com grande grau de certeza - em face de todos os outros princípios, isto não lhe confere o caráter absoluto, eis que em algumas circunstâncias o princípio da dignidade da pessoa humana será afastado para contemplar o interesse coletivo, como ocorre, por exemplo, na interceptação telefônica em investigação criminal.

menos restritivo de alcançar tal interesse.⁸⁸ Isto demonstra que, na verdade, a doutrina da posição preferencial não atribui abstratamente um peso maior ao direito fundamental em destaque, apenas afirma que, pela importância de certos direitos, o nível argumentativo para afastar a sua incidência no caso concreto seria maior do que o exigido em outras situações. Todavia, a lei da ponderação acima transcrita já contempla este juízo de avaliação ao impor que quanto maior o peso do direito no caso concreto maior deverá a ser a justificativa de importância do direito a ser concretizado nas circunstâncias fáticas apresentadas. Ou seja, o recurso a uma teoria da posição superior queda irrelevante, eis que a técnica utilizada para solução do conflito invariavelmente será a ponderação.⁸⁹

Isto porque, mesmo sendo alguns direitos fundamentais à primeira vista superiores a outros sempre deve imperar a regra do sopesamento de princípios no caso concreto, o que leva Alexy a concluir que em todos os casos de dúvida o sopesamento é inafastável.⁹⁰ O tensionamento entre princípios exsurge da sua própria essência, todavia o peso de cada um deles não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta, de modo que só é possível falar em pesos relativos aferíveis no caso concreto.

Pelas razões acima expostas não parece haver sentido em se invocar uma hierarquia entre direitos fundamentais pretendendo, com isto, categorizar direitos da mesma natureza como sendo uns superiores em relação aos outros. Somente no caso concreto e à luz das condições apresentadas, sempre após exercício de ponderação é que é possível avaliar que direito fundamental, *in casu*, tem precedência em relação a outro.

Fixadas estas premissas, passa-se a analisar o tratamento ofertado pelo ordenamento jurídico a um dos mais paradigmáticos direitos fundamentais: a vida humana.

⁸⁸ SCHREIBER, Simone. Conteúdo e justificativa teórica da liberdade de expressão. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 781, 23 ago. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7184>>. Acesso em: 4 jan. 2017.

⁸⁹ Neste mesmo sentido, todavia noutras palavras, escreve Letícia Martel que: “tanto a noção de um *peso abstrato maior* quanto a *doutrina da posição preferencial* são ajustáveis à ponderação e levam à admissão de restrições ao direito, desde que existam argumentos muito cogentes, com peso suficiente a justificar a ablação, diante de um escrutínio mais rigoroso.” Cf. MARTEL, L. C. V. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 2010. 476 f. Tese (Doutorado). Centro de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, pp. 309-310.

⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 128.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

A categorização do direito à vida como um direito fundamental do indivíduo praticamente se confunde com a própria história do direito. Com efeito, mesmo nas sociedades mais primitivas existiam regras fundamentais penais, distintas das regras civis, que tinham por objetivo proteger a vida e cujo desrespeito atraía a sanção do castigo tribal.⁹¹ Uma das normas inscritas no *Tanakh* – instrumento normativo que sistematizava leis e códigos hebraicos – previa, desde logo, como um dos dez mandamentos do Israel antigo, a prescrição categórica consistente no dever consubstanciado na sentença “não matarás”.⁹² Não é incorreto concluir que, embora com intensas variações no que tange a amplitude do rol de relativizações,⁹³ todas as sociedades sempre reservaram uma atenção especial ao direito à vida⁹⁴.

Todavia, é somente com a fase do constitucionalismo moderno e com o surgimento das primeiras cartas de direitos é que o direito à vida passa a ter uma proteção central nos ordenamentos jurídicos, alçado ao posto de direito fundamental positivado.

Inolvidável que a vida guarda em si um mistério quanto à sua origem, cujas respostas variam de acordo com a corrente religiosa ou científica adotada pelo indivíduo: criação divina, panspermia, geração espontânea, faíscas elétricas...⁹⁵ Um

⁹¹ WOLKMER, Antonio Carlos. O direito nas sociedades primitivas. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 10.

⁹² BÍBLIA. A. T. Êxodo, 20:13. In: *BÍBLIA*. Português. Bíblia sagrada: contendo o antigo e o novo testamento. Trad. João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1966.

⁹³ De acordo com Fustel de Coulanges, por exemplo, o *pater famílias* tinha poderes quase ilimitados sobre as pessoas integrantes do núcleo familiar por ele comandado, havendo registros de leis gregas e romanas que autorizavam a disposição, pelo pai, da vida do filho (Sobre o tema cf. COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 2006, p. 126). O direito hebraico, por sua vez, possibilitava o assassinato como espécie de vingança privada em caso de delito anteriormente praticado pelo indivíduo. Em Roma, no período que antecedeu a *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C.) o próprio corpo humano respondia pelas suas dívidas, de modo que era possível, inclusive, que se matasse o devedor e esquartejasse o seu corpo, dividindo as partes do morto entre os seus credores, quando múltiplos. Malgrado estas relativizações do direito à vida, em todas estas sociedades, o homicídio fora das hipóteses aceitas pela comunidade constituía crime passível de sanção.

⁹⁴ Considerada como um bem divino, eis que o homem representava o ponto culminante da criação divina, feito à imagem e semelhança de Deus, a vida não poderia ser ceifada por iniciativa do seu próprio titular, de modo que tanto na Roma Antiga, como também em países como Itália, França e Alemanha o suicídio, tentado ou consumado, era punido, seja com prisão, com o confisco de bens ou, contraditoriamente, com a própria morte daquele que tentou.

⁹⁵ Com efeito, os adeptos do criacionismo se baseiam na Bíblia Sagrada para afirmar que a vida humana, bem como a Terra e o restante do universo foram criados por Deus no período de sete dias. A teoria da panspermia afirma que a vida foi trazida à Terra de outros planetas a partir de bactérias presentes em meteoritos, asteroides e planetoides e que iniciaram o processo de proliferação e

sem número de teorias que tentam descobrir o que aconteceu há milhões de anos atrás para que surgisse a primeira forma humana na Terra. As questões envolvendo a vida tornam-se ainda mais alvoroçadoras quando se enveredam no campo da outra face da moeda: a morte. Sim, pois é certo que não foram as dúvidas acerca da origem da vida, mas o medo da morte que fez com que o ser humano evoluísse e construísse progressivamente modos de prolongar a sua existência.

Se a sua origem está envolta de mistérios, é incontroverso que a vida se revela como condição indispensável para o exercício continuado de todos os demais direitos fundamentais. Por isso que se pode afirmar que todos os Estados modernos protegem o direito à vida, ainda que em escalas distintas, admitindo relativizações em maior ou menor grau a depender dos valores compartilhados no seio da sociedade. Alguns autores, conforme será visto, não hesitam em afirmar que a vida seria, inequivocamente, o mais importante dos direitos fundamentais.

Como bem jurídico de natureza ubíqua, não é apenas a Declaração Universal dos Direitos Humanos que promove a vida como valor intrínseco ao homem, mas também, no mesmo sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, no artigo 6º da Parte III, consagra que “o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei, ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.”

De fato. Difícil imaginar uma violação mais grave da dignidade humana do que privação arbitrária da vida de alguém. Não é por outra razão que a classificação proposta pela teoria dimensional dos direitos fundamentais inclui a vida, desde logo, como um dos direitos de primeira dimensão, pois desde o surgimento e da consolidação da noção de direitos fundamentais restava claro que o Estado não poderia intervir indevidamente na vida alheia, eis que esta constituía um dos bens mais intrínsecos e valiosos do indivíduo.

Malgrado a necessidade de sua proteção seja inequívoca, não é tarefa simplória a definição do que seja vida para fins de amparo jurídico-constitucional, eis que o substrato deste conceito varia progressivamente de acordo com o avanço da ciência, bem como com a evolução histórica e social da própria humanidade. Notando este desafio, indaga Antonio Chaves:

evolução. Há quem fale ainda que ela surgiu espontaneamente de matéria inicialmente sem vida após encontrar condições necessárias para tanto.

Quem poderá definir essa pulsação misteriosa, própria aos organismos e vegetais, que sopita inadvertida nas sementes de trigo encontradas nos sarcófagos de monarcas egípcios e que germina milagrosamente depois de dois milênios de escuridão, que se oculta na gema de uma roseira que mãos habilidosas transportam de um para outro tronco, que lateja, irrompe e transborda na inflorescência de milhões de espermatozóides que iniciam sua corrida frenética à procura de um único óvulo, a cada encontro amoroso?⁹⁶

Neste sentido, com a mesma sensibilidade, José Afonso da Silva escreve que:

Vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.⁹⁷

Percebe-se, desde logo, a complexidade da vida como bem jurídico protegido pelo sistema. Inolvidável, contudo, que em seu conteúdo essencial, o direito de viver, contempla especialmente, o direito à existência, que consiste no direito de “estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável.”⁹⁸ Seria o direito de todos os seres humanos de viverem, abarcando a existência corporal no sentido da sua existência biológica e fisiológica.⁹⁹

Nesta mesma perspectiva, realçando o viés de direito subjetivo de defesa da vida, anota Canotilho que o referido direito implica que o indivíduo tem o direito, perante o Estado, a não ser morto por este. O Estado, por sua vez, tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do homem, e a pessoa tem o direito à vida perante os outros indivíduos, de modo que estes devem abster-se de praticar atos (ativos ou omissivos) que atentem contra a vida de alguém.¹⁰⁰

⁹⁶ CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

⁹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 199.

⁹⁸ Ibidem, p. 200.

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIEDIERO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 364.

¹⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 533.

Não existe bem mais personalíssimo do que a própria vida do indivíduo, de modo que qualquer ingerência no seguimento natural do existir, de forma contrária ao entendido pela pessoa, constitui não apenas um golpe irresistível à dignidade humana, mas também contra o próprio contrato social que une a comunidade de homens.

Visando conferir máxima efetividade e proteção à vida humana, há quem inclua no seu âmbito de incidência o direito à integridade física e psíquica, registrando que a agressão ao corpo humano é uma forma de agredir a própria vida, pois sem corpo não há vida.¹⁰¹ Noutra banda, afirma-se que a vida humana também não se adstringe a um conjunto de elementos materiais, sendo composta, para além disso, de valores espirituais e morais, de modo que a agressão à integridade moral corresponderia também a um ataque à própria vida.

Embora não se olvide a intrínseca relação mantida entre o direito à vida e o direito à integridade física e psíquica, entende-se que este constitui um direito fundamental autônomo, independente em relação ao outro. Com efeito, o corpo pode ser ofendido sem que haja sequer ameaça de lesão à vida do indivíduo, como nos casos das lesões corporais leves ou médias.¹⁰² O mesmo se pode afirmar da ofensa à moral individual que pode constituir lesão à integridade psíquica da pessoa humana, sem que isto importe em violação do direito à vida.

Por isto, inicialmente, não é incorreto concluir que o direito à vida guardaria maior relação com o direito à existência, no que se refere ao dever de todos respeitarem o espontâneo processo de viver do indivíduo, abstendo-se de interferências indevidas, alheias à vontade do titular deste direito fundamental.

Todavia, que tipo de existência o direito à vida suporta? Estaria satisfeito o direito de viver tão somente com a manutenção da existência da pessoa, em qualquer condição em que ela esteja? Noutras palavras, é possível qualificar a

¹⁰¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 201.

¹⁰² Neste mesmo sentido, Sarlet indica que o direito à integridade física e psíquica é fortemente conectado com o direito à vida mas protege bens distintos, que se agregam à proteção da existência física (direito de viver), sem com esta se confundir. Assim, conclui que, “a violação do direito à vida sempre abrange uma afetação da integridade física e corporal, ao passo que uma intervenção nesta muitas vezes acarreta colocar em risco a vida e em outros casos leva à morte, muito embora o direito à integridade física e corporal também abarque intervenções que não geram risco à vida.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIEDIERO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 366).

existência de alguém para se aferir o cumprimento ou não do seu direito à vida? De arremate: viver indignamente é viver? É disto que tratar-se-á o tópico seguinte.

3.1 DIREITO À VIDA DIGNA

Pensando nos questionamentos acima formulados já se defendeu que o direito à vida não comporta tão somente uma existência qualquer, mas garante ao indivíduo uma existência digna.

Neste sentido, aponta José Afonso da Silva que a Comissão Afonso Arinos, instituída para elaborar um anteprojeto para a Constituição de 1988, tentou incluir como um dos direitos individuais o “direito à existência digna”, garantindo ao indivíduo o mínimo necessário para o exercício efetivo do direito à vida.¹⁰³ Como cediço, o projeto não vingou, sendo incluído na Carta Magna apenas o “direito à inviolabilidade da vida”. Contudo, a mera alteração terminológica não possui o condão de excluir as discussões que envolvem este relevantíssimo tema.

Efetivamente, perceptível na doutrina que, alguns autores, ao conceituar o direito à vida delimitando o seu âmbito de incidência, claramente o fazem incluindo elementos que dizem respeito não apenas ao simples existir, mas também a um existir com dignidade. Ou seja, acrescentam como condições para contemplação do direito à vida o fornecimento de condições materiais e morais mínimas de subsistência idôneas a qualificar uma vida como digna.

Alexandre de Moraes, por exemplo, escreve que:

o direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, com o direito de alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais.¹⁰⁴

Deste modo, ainda de acordo com o autor, a Constituição assegura uma dupla acepção em relação a vida: tanto o direito de continuar vivo, quanto o de ter uma vida digna quanto à subsistência.¹⁰⁵

¹⁰³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, pp. 200-201.

¹⁰⁴ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 106.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 108.

Assim, verifica-se que o direito à vida é por vezes referido sob um modo qualificado, num sentido amplo, a abranger não apenas a preservação da existência física, mas designando, além disso, um direito a uma vida digna. Essa expressão abarcaria o direito à alimentação, a habitação, a vestuário, a educação elementar, entre outras pretensões.¹⁰⁶

Caso adotada esta perspectiva, a proteção à vida não poderia se adstringir tão somente à vida biológica de cada pessoa, ou, a chamada “vida nua”¹⁰⁷, mas incluir em seu âmbito outros elementos que garantam uma vida a ser vivida com dignidade, aferida com base na concretização dos princípios da autonomia e, principalmente, da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁸

Não se olvida, portanto, que o direito à vida, intimamente ligado com a dignidade humana, somente é contemplado quando inexistem óbices para que alcance a plenitude. Em outras palavras, conforme o entendimento acima esposado, o referido direito não pode significar apenas o direito de sobreviver, mas também o de viver dignamente.¹⁰⁹

Como fora apontado linhas acima, na teoria dimensional dos direitos fundamentais, o direito à vida é incluído tradicionalmente na primeira dimensão, representando tão somente um direito de defesa, exigindo do Estado ações negativas, com vistas a não embaraçar o livre exercício do direito reivindicado. Nesta perspectiva, caberia ao poder público, simplesmente, não intervir na vida dos cidadãos, restando impedido de ceifa-las contra a sua vontade, salvo em casos extremamente excepcionais admitidos pelo sistema. Todavia, a extensão do direito à vida para contemplar o direito a uma vida digna em sentido amplo, passaria a exigir do Estado prestações positivas, voltadas à concretização plena da existência humana, posicionando esta face do direito à vida ao lado dos direitos de segunda dimensão.

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 261.

¹⁰⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. 2 ed. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

¹⁰⁸ GONDIM, Glenda Gonçalves. A vida digna: análise da colisão entre direitos fundamentais nos casos de transfusão de sangue a partir da derrotabilidade das normas. *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 4, n. 7, p.145-162, jan./jun. 2013, p. 152.

¹⁰⁹ Alguns autores discordam desta perspectiva do direito à vida, como Pontes de Miranda segundo quem “o direito à vida é inconfundível com o direito à comida, às vestes, a remédios, à casa, que se tem de organizar na ordem política e depende do grau de evolução do sistema jurídico constitucional ou administrativo” (Cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte Especial, Tomo VII. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi: 1971. p. 14).

Esta reflexão é importante, pois é essencial para a delimitação do âmbito de proteção do direito à vida. Por conseguinte, se o direito à vida for entendido como mero direito de existir, tal garantia fundamental estaria contemplada pela simples abstenção do Estado (e dos particulares) na interferência da vida dos indivíduos. Noutra banda, se o direito à vida for entendido como o direito a uma existência digna, a simples abstenção estatal não garantiria a proteção do direito fundamental em evidência. Por esta última aceção, o direito à vida somente estaria sendo concretizado se a existência da pessoa pudesse ser qualificada como digna.

Nesta perspectiva não é ocioso questionar: quem teria a aptidão de definir quando a vida seria ou não digna?

Muito se temeu que a inclusão da dignidade como integrante do conteúdo essencial do direito à vida criasse categorias existenciais mediante conceitos heterônomos de dignidade, de modo que fosse possível a conclusão no sentido de que existiriam “vidas indignas de se viver”. Tal reflexão decorre, principalmente, das posturas eugênicas agigantadas no período da Segunda Guerra Mundial, sobretudo, na Alemanha nazista. Deste modo, o temor da perpetração das aludidas práticas lastreadas teoricamente no conceito de “existência digna” fazem com que haja um receio na ampliação do conteúdo essencial do direito à vida.

Todavia, consoante já referido em tópicos pretéritos, o conceito de dignidade, embora deveras fluido e indeterminado, só faz sentido se tomado com base numa perspectiva individual. Somente a própria pessoa tem o condão de afirmar se a sua vida preenche ou não os critérios básicos para conferir dignidade à sua existência.

Não se discute a legitimidade do receio de que a inclusão da dignidade no próprio âmbito de proteção do direito à vida possa autorizar classificações incompatíveis com a natureza da pessoa humana. Ocorre que, a noção de vida digna não se descola do conceito de dignidade da pessoa humana trabalhado linhas atrás e que tem por característica essencial a autonomia. É como lembra Roxana Borges:

Por ser fruto de determinado momento da história do direito, do Estado e da sociedade, o conteúdo da dignidade da pessoa humana não é absoluto, não é uma revelação que se impõe de forma igual a todas as pessoas e, também, não tem um significado compartilhado por todos os indivíduos, por mais semelhantes que estes sejam, mesmo que compõem a mesma sociedade e vivam no mesmo

momento histórico. Por isso, seu caráter subjetivo não pode ser afastado.¹¹⁰

Sob este viés claramente autonomista, a dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, a ideia de vida digna jamais – sem exceção alguma – poderiam servir como fundamento para homicídios ou práticas anti-isonômicas.¹¹¹ Pelo contrário, até mesmo o viés heterônomo da dignidade humana não possui o condão de relativizar a vida a partir de concepções generalizadas.

Por estas razões, é evidente que a interpretação do direito à vida como o direito a uma vida digna teria por escopo ampliar a proteção deste direito, compatibilizando-o com a dignidade da pessoa humana, jamais restringi-lo.

Neste ponto, é importante destacar que a ideia de vida digna pode congrega dois vieses distintos: a) vida digna como uma existência digna, sem sofrimentos desumanos ou degradantes seja no plano físico seja no plano psíquico; b) vida digna como uma vida em que o titular tenha acesso ao conjunto mínimo de direitos necessários para o exercício pleno da sua existência.

Esta última acepção se aproxima bastante da ideia de mínimo existencial que constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais em geral e seu conteúdo corresponde às pré-condições necessárias para o exercício dos direitos individuais, políticos e da própria autonomia humana.¹¹² Embora a doutrina costume oscilar na determinação do alcance do chamado mínimo existencial, habitualmente inclui neste âmbito o direito à educação básica, à saúde essencial, à assistência aos desamparados e ao acesso à justiça.¹¹³

Embora não se olvide a importância dos referidos direitos para a consagração de uma vida plena do indivíduo, não parece que eles componham o conteúdo essencial do direito à vida. Com efeito, as mencionadas garantias, pela sua

¹¹⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 20.

¹¹¹ Adverte Sarlet que a “noção de vida digna, portanto, não poderá servir de fundamento para a imposição de uma condição de inferioridade a determinados indivíduos, tal qual ocorreu, em tempos mais recentes, sob a égide da ideologia nacional-socialista, mas que já era praticada em diversos ambientes bem antes da instauração do nazismo, guardando, além disso, relação com a existência de práticas eugênicas já na Antiguidade e que ainda seriam encontradas, mesmo na Europa, após a segunda Grande Guerra.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIEDIERO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 364-365).

¹¹² BARROSO, Luís Roberto Barroso. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 26.

¹¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

essencialidade intrínseca, guardam relação direta com a dignidade da pessoa humana, mas não se confundem com o direito à vida, possuindo, cada uma delas, no nosso ordenamento jurídico, núcleo de proteção e autonomia próprias. Nesse sentido, considerando que tais direitos são tratados pelo constituinte autonomamente, para melhor equacionamento técnico em face de eventuais problemas surgidos, é mais adequado que sejam invocados, eles mesmos, com preferência ao recurso exclusivo, direto e imediato ao direito à vida somente quando se tratar da existência da pessoa.¹¹⁴

Não é razoável entender, por exemplo, que a carência na satisfação do direito à educação básica signifique agressão ao direito à vida, eis que este possui um âmbito de incidência distinto daqueloutro direito. O mesmo pode se falar em relação à saúde, pois esta configura garantia individual autônoma, prevista pela Constituição Federal e somente quando agredida de forma severa pode importar descumprimento do direito à vida.¹¹⁵

Em face do exposto, é mais adequado afirmar que a ideia de vida digna como direito fundamental autônomo relaciona-se com uma existência livre de dores e sofrimentos insuportáveis aptos a comprometer o pleno viver da pessoa. Noutras palavras, somente quando o sofrimento em vida for tão profundo a ponto de o titular deste direito passar a conjecturar a possibilidade dele dispor em favor da própria dignidade é que pode-se falar em violação da vida digna que aqui se quer discutir. A subjetividade é intrínseca ao tema. Como lembra Maria Elisa Villas-Bôas, a questão da qualidade de vida é eminentemente subjetiva: para alguns, uma vida mutilada não justifica ser vivida; para outros, ainda que sujeita a grandes limitações, a existência é vista como valiosa e digna.¹¹⁶

Somente o indivíduo tem a legitimidade para qualificar como digna ou indigna a sua própria existência a partir das idiosincrasias do seu viver, de modo que a

¹¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 261.

¹¹⁵ Como também nota Sarlet, o direito à saúde embora apresente uma forte ligação com o direito à vida, com este não se confunde, de modo que o direito à vida não pode ser lido de forma a abranger a ampla proteção da saúde, o que é relevante especialmente em ordens constitucionais como a alemã ou a norte-americana, onde apesar de estar consagrado o direito à vida, não há menção explícita a um direito à saúde. Não se olvida, contudo, que a falta de uma proteção mínima à saúde, comprometendo a própria existência do homem, viola o direito à vida. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIEDIERO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 366).

¹¹⁶ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 40-41.

definição de vida digna, no mais das vezes, guarda intrínseca relação com o conceito autonomista de dignidade. Somente em casos excepcionais, quando a pessoa não puder demonstrar a sua vontade de forma inequívoca, é que a aceção heterônoma de autonomia pode ser invocada para balizar a dignidade de uma existência. Tais ideias serão mais desenvolvidas nos tópicos abaixo.

Neste momento, é importante deixar fixada a noção de direito à vida como direito a uma existência digna, pois este é o ponto de partida para uma interpretação consentânea com a dignidade da pessoa humana nas colisões envolvendo àquele direito. Com efeito, a ideia de vida como existência nua não se adequa ao próprio ordenamento jurídico, que rejeita que o ser humano seja submetido a qualquer tratamento torturante ou degradante. É exatamente quando a vida passa a deixar de valer a pena – o que só ser definido pela perspectiva do seu titular – que se torna evidente o questionamento: o direito fundamental à vida é indisponível?

É isto que tratar-se-á nos tópicos seguintes.

3.2 QUANDO UM NÃO QUER DOIS NÃO BRIGAM? – A (IN) DISPONIBILIDADE DO DIREITO À VIDA

O caminho até aqui traçado teve por escopo conduzir as discussões deste trabalho ao presente momento.

Como foi exposto, cada sociedade elege valores que irão sustentar direitos que, em razão da sua importância, serão reconhecidos como “fundamentais”. Tais direitos variam e evoluem com o passar dos anos, sendo consagradas no seu rol novas conquistas alcançadas pelo homem e que passam a receber proteção especial. Tais direitos possuem como fonte comum a dignidade da pessoa humana que consiste no valor máximo do ordenamento jurídico, marco indispensável para interpretação de todos os direitos e de todo o conjunto normativo vigente. Viu-se também, que os direitos fundamentais possuem, em sua essência, natureza principiológica, devendo ser concretizados em cada caso o máximo possível, de acordo com as condições fáticas e jurídicas presentes. Por ostentar esta natureza, os direitos fundamentais poderão entrar em rota de colisão, conflitando uns com os outros, o que será solucionado mediante aplicação da técnica da ponderação,

avaliando-se o peso dos direitos em jogo, relativizando um em favor do outro que será prevalente naquela situação específica. Neste caminhar, afastou-se a teoria da posição preferencial no Brasil por se entender que os direitos fundamentais são sempre relativos e se sujeitam a uma relação de precedência condicionada, de modo que, apenas no caso concreto é possível definir qual o direito prevalente na hipótese de colisão, eis que é impossível o escalonamento hierárquico dos direitos fundamentais. Linhas acima, já se aproximando do tema do presente tópico, delimitou-se o alcance do direito à vida, indicando as significações que este recebe no ordenamento, com destaque para a ideia de existência digna como integrante do núcleo essencial do referido direito, contemplando a necessidade de uma vida isenta de sofrimento e livre de qualquer condição degradante apta a descaracterizar a vida como digna, tendo sempre por parâmetro a pessoa titular do direito.

Nesta toada, a doutrina costuma realçar a importância do direito à vida como pressuposto para o exercício dos demais direitos fundamentais. Outros vão ainda mais além e não hesitam em afirmar que este seria o direito mais importante do ordenamento jurídico. Neste sentido, de forma enfática, Uádi Lamêgo Bulos arremata que “o direito à vida é o mais importante de todos os direitos”.¹¹⁷

Compartilhando o mesmo entendimento, escreve Alexandre de Moraes que “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”.¹¹⁸ Convergindo nesta opinião, registra Paulo Gustavo Gonet Branco que:

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse.¹¹⁹

Esta mesma ideia encontra eco no âmbito privatístico em que se aduz que todos os direitos da personalidade decorrem da existência da vida, sendo esta o pressuposto lógico para o exercício de todos os direitos da personalidade.¹²⁰

¹¹⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 543.

¹¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011, p. 39.

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 255.

¹²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*, Vol. I. 11. ed. Salvador: JusPodvium, 2013, p. 208.

O entendimento acima esposado tem servido de condão para que a majoritária corrente doutrinária no País entenda que o direito à vida não pode ser alvo de disposição pelo seu titular, ostentando natureza quase absoluta no ordenamento jurídico nacional.

Com efeito, citando McConnell, Letícia Martel narra que é usual a doutrina trajar as posições subjetivas do direito à vida como indisponíveis, de modo que sempre que se compõem listas de supostos direitos dotados de indisponibilidade, o direito à vida normalmente está no topo.¹²¹

Estas conclusões decorrem, sobretudo, das digressões outrora empreendidas que demonstram a importância da vida para o exercício dos demais direitos fundamentais. A lógica basicamente consiste no seguinte silogismo: a) o direito à vida é pressuposto para o exercício dos demais direitos fundamentais; b) sem vida não é possível exercer direitos; c) por decorrência disto, o direito à vida é indisponível por parte do seu titular.

Todavia, as reflexões mais modernas acerca do direito de viver, assomadas à ideia de existência digna, ambas sempre associadas à dignidade da pessoa humana, têm feito crescer os adeptos de uma nova corrente, contrária à anterior, que afirma a disponibilidade da vida, asseverando que ao seu titular há de ser reconhecida a liberdade de disposição.¹²²

Estes autores têm se debruçado sobre o tema, interpretando que o direito à vida contempla não apenas uma vida digna, mas também uma morte digna, de modo que, em determinadas situações, apenas o titular deste direito tem a legitimidade para afirmar ou negar a concretização da dignidade em sua existência, podendo, por conseguinte, em casos específicos, dispor da própria vida em atenção a outros direitos fundamentais, com atenção especial à dignidade da pessoa humana. Neste sentido, conclui Evandro Corrêa de Menezes que, em relação ao indivíduo, “o direito à vida é renunciável e abdicável por parte de quem é o sujeito dele e assim o homem, como tem o direito de viver, tem o direito de morrer”.¹²³

¹²¹ MARTEL, L. C. V. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 2010. 476 f. Tese (Doutorado). Centro de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 326.

¹²² SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 178.

¹²³ MENEZES, Evandro Córrea de. *Direito de matar (eutanásia)*. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 28.

Não se pode olvidar que, se levada às últimas consequências, a teoria que propaga a indisponibilidade do direito à vida acaba consagrando um “dever de viver” por parte do seu titular, eis que este, ainda que pretenda dar cabo à sua existência encontraria um óbice insuperável consistente na impossibilidade de dispor da própria vida. Noutra banda, a teoria que permite a relativização do direito à vida, tendo por pressuposto a sua disponibilidade, por via reflexa autoriza a existência de um “direito de morrer” do indivíduo, nas situações em que viver não faça mais sentido.¹²⁴

Após estas reflexões preliminares, em seguida, analisar-se-á estes dois posicionamentos, demonstrando, ao fim e ao cabo, hipóteses de colisão entre o direito à vida e outros direitos fundamentais, evidenciando, ainda, a variação das soluções adotáveis, de acordo com a corrente abraçada pelo intérprete.

3.3 PRESO NO PRÓPRIO CORPO: EXISTE UM DEVER DE VIVER?

Conforme introduzido linhas acima, parte significativa da doutrina nacional aduz que o direito à vida consiste em um direito indisponível pelo seu titular. Disto decorre que um indivíduo jamais poderia dispor da sua própria vida, ainda que se encontrasse em situação por ele qualificada como vil ou degradante.

Com efeito, em uma relação jurídica ordinária, sempre se visualiza duas posições distintas: uma ocupada pelo sujeito ativo, titular de um direito e outra ocupada pelo sujeito passivo, pessoa ou grupo de pessoas que deve(m) respeitar o referido direito. Por questão lógica, ninguém pode ter direitos contra si mesmo ou deveres para consigo e a seu próprio favor.

Consoante definido no início deste trabalho, os direitos fundamentais contemplam uma dimensão objetiva e uma dimensão subjetiva. Este último aspecto

¹²⁴ Vale salientar que a ideia de disponibilidade neste trabalho tem ligação direta com a ideia de consentimento do indivíduo que, autônoma e expressamente, abre mão do exercício de algum direito de sua própria titularidade. Ninguém pode dispor de direito alheio. Deste modo, modos heterônomos de disposição da vida alheia, como a pena de morte e o homicídio, por óbvio, não estão contemplados na ideia de disponibilidade do direito à vida, eis que constituem modo heterônimo de supressão da vida de terceiros sem o seu consentimento e, portanto, jamais receberia apoio da teoria que pretende se defender nestes escritos. Neste sentido, adotar-se-á o conceito de disposição de direitos conforme definido por Letícia Martel, segundo quem dispor é “enfraquecer, por força do consentimento do titular, uma ou mais posições jurídicas subjetivas de direito fundamental perante terceiros, quer seja o Estado, quer particulares, permitindo-lhes agir de forma que não deveriam, tudo o mais sendo igual, se não houvesse o consentimento.” (MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Indisponibilidade de direitos fundamentais*: conceito lacônico, consequências duvidosas. Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 334-373, jul./dez. 2010, p. 355).

autoriza ao indivíduo a possibilidade de exigir o respeito e o exercício livre do seu direito desde que não prejudique terceiros. Aliás, por definição, direito subjetivo consiste justamente na faculdade, inerente à pessoa, de exercitar um determinado direito, a qualquer tempo, dependendo tão somente da sua vontade.¹²⁵ Noutras palavras, diz respeito ao poder que o titular tem de fazer valerem seus direitos individuais, tendo as seguintes características:

- i) corresponde a uma pretensão conferida ao titular, paralelamente a um dever jurídico imposto a outrem; ii) admite violação, pois o terceiro pode não se comportar de acordo com a pretensão do titular; iii) é coercível, podendo o sujeito ativo coagir o passivo a cumprir o seu dever; iv) o seu exercício depende, fundamentalmente, da vontade do titular.¹²⁶

Um direito subjetivo, portanto, consiste numa faculdade de exercício de um direito. Faculdade, por definição, significa “possibilidade”, “poder de fazer”.

Nesta ordem de ideias, é possível que o titular de um direito subjetivo simplesmente opte por não exercê-lo, sem que isto implique qualquer violação ao ordenamento jurídico. Ninguém imagina, por exemplo, uma ação movida contra alguém com o fito de obrigá-lo a “usufruir do seu direito fundamental à liberdade religiosa, proferindo uma crença ou a inexistência desta” ou, ainda, intentando que um indivíduo seja compelido a “exercer sua liberdade de expressão manifestando-se sobre determinado assunto”. Certamente sequer existiria interesse processual nestas demandas, eis que o exercício dos referidos direitos não constitui, por óbvio, um dever jurídico do seu titular, mas tão somente uma faculdade que, se exercida, não deve encontrar óbices que afetem o seu núcleo essencial.

Sob este viés, o direito à vida teria uma estrutura distinta das liberdades fundamentais, eis que nestas o titular pode optar pela face negativa, aparentemente não exercendo a posição subjetiva. As liberdades em geral, conforme lembra Letícia Martel, albergam o chamado direito-antítese. Desse modo, por exemplo, a liberdade de associação envolve a liberdade de não se associar; a liberdade de cultuar uma divindade envolve a de não cultuar, e, assim, sucessivamente.¹²⁷ O direito à vida, no entanto, não contemplaria um aspecto negativo, já que o indivíduo que lhe titulariza

¹²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral* e LINDB, Vol. I. 11. ed. Salvador: JusPodvium, 2013, pp. 32-33.

¹²⁶ Ibidem, p. 34.

¹²⁷ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas*. Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 334-373, jul./dez. 2010, p. 365.

apenas pode (deve!) exercer sua face positiva, não sendo contemplada opção pelo não exercício do direito de viver.

Nesta senda, o direito fundamental à vida acaba apresentando um caráter *sui generis*, eis que reflete ao mesmo tempo um aspecto de direito e outro de dever, se apartando inclusive da tradicional conceituação de direito subjetivo.

Esta discussão tem sua importância agigantada quando se confrontam situações extremas, como os reclamos pela eutanásia ou pelo suicídio assistido. Com efeito, pressuposta a existência de um direito à vida com dignidade, sempre se poderá indagar se as referidas práticas são legítimas, justificando-as no argumento de que mais vale morrer com dignidade do que viver indignamente, ou então, noutra banda, como prefere a doutrina exposta neste tópico, seriam ilegítimas, devendo prevalecer (mesmo contrariamente à vontade expressa do doente e em flagrante violação de sua dignidade) o direito (e, nesta quadra, também dever) à vida, entendendo, neste caso, que a dignidade engloba a necessidade de preservar a vida humana, por mais sofrimento que se esteja a causar com tal medida.¹²⁸

Analisando o direito à vida como um direito subjetivo do seu titular, este contemplaria em seu conteúdo essencial o direito a uma existência digna, que reflete no dever jurídico paralelo do Estado (e dos particulares) de se absterem de qualquer meio que interfira na vida alheia. O homem teria, portanto, o direito subjetivo geral de viver, de manter-se vivo, de não ser morto. Seguindo o axioma geral, esta seria a relação jurídica gerada a partir do direito à vida.

Todavia este raciocínio não costuma prevalecer quando se fala neste direito. Isto porque, os defensores da teoria da indisponibilidade do direito à vida, costumam afirmar que, na verdade, “tem-se direito à vida, mas não sobre ela”.¹²⁹ Como afirma Nelson Hungria em prefácio de obra escrita em 1946:

Não há confundir-se o 'direito à vida' ou 'direito de viver' (correlativo ao dever de respeito à nossa vida por parte de outrem) com o 'direito sobre a vida' ou o 'direito de matar-se ou de se fazer matar'. O suicídio e o homicídio do consenciente são fatos antijurídicos, pois o homem não pertence somente a si próprio, senão também ao meio social. Há um interesse social na vida de cada homem.¹³⁰

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 165.

¹²⁹ COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Curso de direito penal*. Vol. 2. [S.l]: Saraiva, 1991, p. 12.

¹³⁰ Prefácio constante in: MENEZES, Evandro Côrrea de. *Direito de matar (eutanásia)*. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

Ou seja, ao indivíduo é deferida a vida, mas uma vez com ela, este bem passaria a não mais habitar seu âmbito de disponibilidade, convertendo-se, em um dever de manutenção. Nas palavras de Maria Helena Diniz, o homem não teria o direito de consentir a sua morte, nem o de matar-se, nem o de exigir que outrem o mate, eis que não é dono da própria vida.¹³¹ Noutros termos, mas convergindo com a opinião da autora, aduz Antônio Chaves lastreando-se na moral cristã que o homem não seria o senhor e proprietário da sua vida, mas somente usufrutuário de seu próprio corpo e de sua existência.¹³² No mesmo sentido, escreve Gonet Branco:

Sendo um direito, e não se confundindo com uma liberdade, não se inclui no direito à vida a opção por não viver. Na medida em que os poderes públicos devem proteger esse bem, a vida há de ser preservada, apesar da vontade em contrário do seu titular. Daí que os poderes públicos devem atuar para salvar a vida do indivíduo, mesmo daquele que praticou atos orientados ao suicídio.¹³³

Por esta perspectiva, tomado como indisponível, o direito à vida estaria categorizado como um “direito-dever” eis que, ao mesmo tempo em que consistiria em um direito do indivíduo, corresponderia a um dever da pessoa para consigo mesma em face da sua irrenunciabilidade.

Esta conclusão, todavia, não se aduna ao modelo teórico de dever jurídico. Com efeito, a mesma pessoa não pode ser ao mesmo tempo titular e devedora de um mesmo direito. A ideia de indisponibilidade da vida, portanto, conduz à concepção de que este bem não pertenceria ao indivíduo, taxado como mero “usufrutuário” dele, obrigado a manter-se em vida, ainda que contra a sua própria vontade. Sem exageros, estaria a pessoa presa ao próprio corpo.

No plano jurídico, apresenta-se, ainda, um problema lógico, pois os deveres se estabelecem no âmbito das relações intersubjetivas. Há contradição em sustentar que um indivíduo é titular de um dever jurídico para consigo, pois a execução de tal dever caberia exclusivamente ao próprio sujeito. A ideia apenas ganharia concretude se se afirmasse que pode haver deveres sem direitos correspondentes, ou, como prefere boa parte da doutrina, se for assumido que o dever não é para consigo, mas para com uma sociedade política que substitui o titular de um direito.¹³⁴

¹³¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 309.

¹³² CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 20.

¹³³ MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 260.

¹³⁴ MARTEL, L. C. V. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 2010. 476 f. Tese (Doutorado). Centro de Pós-

Nesta linha de entendimento, o direito à vida, estruturalmente, corresponderia ao dever de todos de não interferir na existência alheia. Como uma pessoa não pode ter deveres para consigo mesmo, impende questionar: a que direito efetivamente estaria correlacionado o dever de o próprio indivíduo manter-se vivo?

A resposta a este questionamento conduz, invariavelmente, a uma ideia de coletivização da vida individual. Ganha força aqui a noção heterônoma de dignidade. Aliás, é a própria concepção de dignidade como heteronomia que revela o problema dos deveres para consigo mesmo com lastro no interesse coletivo.

De fato, Letícia Martel observa que a principal razão que embasa o posicionamento da indisponibilidade do direito à vida é a proteção de direitos de terceiros.¹³⁵ Esta indisponibilidade, portanto, não estaria estabelecida em favor dos indivíduos, mas pelo interesse coletivo de conservação da espécie.¹³⁶ Isto justificaria a ideia de que a vida é um dever da pessoa para consigo mesma, tendo o Estado o dever de proteger o ser humano inclusive contra si mesmo. Sob esta perspectiva o consentimento do interessado não produziria efeito jurídico algum. O Estado teria interesse na proteção da vida de todas as pessoas, de modo que não seria permitida a renúncia deste direito.

Neste sentido, eventuais direitos da pessoa estariam subordinados aos interesses do Estado, que obrigaria a adoção de todas as medidas visando a manutenção da vida, até mesmo contra a vontade do seu titular.¹³⁷ Levada ao extremo, a teoria da indisponibilidade do direito à vida conduz ao raciocínio de que este bem não possui titularidade individual, mas social, não pertencendo, portanto, ao indivíduo que existe, mas à própria sociedade ao qual ele faz parte. É como defende Ferri ao elencar um dos argumentos contrário à renunciabilidade da vida, destacando que tradicionalmente se considera que a “vida de um homem tem

Graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 188.

¹³⁵ MARTEL, L. C. V. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 2010. 476 f. Tese (Doutorado). Centro de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 327.

¹³⁶ CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de direito civil*. 2. ed. atual. e aum. 1. ed. brasileira. V. I, t. I. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 339.

¹³⁷ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 20.

direito, não somente ele, mas os membros de sua família e o príncipe”¹³⁸, traduzindo o interesse transindividual no viver alheio.

Esta tese tem como suporte a noção de dignidade como heteronomia, que afastaria a ideia de dignidade que o indivíduo venha a ter de si próprio para implantar valores que traduzam a valoração da sociedade sobre o tema. Deste modo haveria um “consenso sobre a valorização da vida humana” e da “sacralidade da vida” que justificariam que o Estado reputasse como insuficiente o consentimento para a disposição de posições subjetivas do direito à vida quando em cena o direito geral de liberdade.¹³⁹ Todavia, este posicionamento não resiste incólume a questionamentos, conforme será abaixo demonstrado.

3.4 SOLTANDO OS GRILHÕES: A RELATIVIZAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DO DIREITO À VIDA

Como visto, altas vozes propagam que o direito à vida guarda consigo a nota da indisponibilidade, o que inviabilizaria a disponibilidade deste direito por parte do seu titular. No entanto, consoante será elucidado, é possível se extrair posicionamentos que reconhecem a impossibilidade de se afirmar a indisponibilidade abstrata do direito à vida.

É perceptível que a ideia de indisponibilidade, não apenas no âmbito do direito à vida, mas também aplicável a outros direitos tidos como tal, decorre da noção de dignidade como heteronomia, que se lastreia em valores supostamente compartilhados no seio da sociedade. De forma recorrente observa-se que a doutrina identifica com frequência a indisponibilidade como decorrente de restrições que derivam, além da lei, também da moral, dos bons costumes e da ordem pública.¹⁴⁰

¹³⁸ MENEZES, Evandro Côrrea de. *Direito de matar (eutanásia)*. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 29.

¹³⁹ MARTEL, L. C. V. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 2010. 476 f. Tese (Doutorado). Centro de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 330-331.

¹⁴⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 133.

Não é preciso uma perquirição aprofundada para que se conclua que os conceitos de moral, ordem pública e bons costumes são assaz indeterminados, o que inviabiliza uma aferição do significado real destes parâmetros. Aliás, até mesmo aqueles que afirmam a necessidade de uma heteronomia baseada em valores não fornece critérios objetivos que possibilitem aferir quais seriam os valores “compartilhados no seio social” a ponto de limitar o exercício de um direito fundamental.

Noutra banda, moral, bons costumes e ordem pública não possuem natureza deontológica, ostentando apenas escopo valorativo, não devendo, portanto, ser considerados como fatores idôneos a cercear direitos fundamentais. O próprio artigo 5º, II da Constituição afirma que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Ampliar esta determinação para limitar o exercício de direitos fundamentais pode redundar em delimitações arbitrárias, que sempre vão estar lastreadas em concepções morais individuais ou eventualmente predominantes em um determinado contexto sócio-político. Saliente-se, ainda, que mesmo a lei, ao regulamentar um direito fundamental, não o pode fazer invadindo esferas protegidas pela Constituição sob risco de incorrer em flagrante inconstitucionalidade.

Se valer da ideia de dignidade como heteronomia para restringir e limitar o pleno exercício de direitos fundamentais é um exercício perigoso e arriscado em face da impossibilidade de se estabelecer um conceito objetivo que abarque os valores morais vigentes em determinado contexto. Além disso, ainda que isto fosse possível, impor os valores de uma eventual maioria não parece ser uma conduta compatível com a natureza da dignidade humana. Não existe – e nunca existirá – uma moral oficial legítima para restringir direitos fundamentais, principalmente porque a dignidade é um valor extremamente subjetivo cuja concretização varia de acordo com o conjunto de idiosincrasias de cada pessoa.

De fato, não é possível admitir uma “concepção objetiva da dignidade” principalmente por se considerar que a sociedade não possa ser tida como sujeito autônomo, dotado de consciência e moral próprias, mas sim como uma pluralidade de individualidades diversificadas.¹⁴¹ Ademais, tal pretensão não se aduna a um

¹⁴¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 137.

Estado Democrático de Direito baseado na igualdade de tratamento e no respeito à individualidade de cada cidadão. Conforme escreve Jônatas Machado:

o *conceito* de dignidade humana apresenta-se desvinculado de qualquer concepção mundividencial fechada e heterônoma acerca do sentido existencial e ético da vida, não podendo servir para a imposição constitucional de qualquer *absolutismo valorativo*.¹⁴²

Como lembra Roxana Borges deve-se evitar os riscos da ausência de alteridade e os do totalitarismo no julgamento das ações e desejos alheios com base em concepções próprias da vida, fundamentadas em preconceitos.¹⁴³ Não é tolerável que a projeção das próprias crenças e convicções íntimas em terceiros sirva como instrumento restritivo de direitos, principalmente quando tal direito se encontra na esfera da mais ínsita privacidade do indivíduo. O próprio conteúdo da dignidade da pessoa humana somente é preenchido a partir das circunstâncias fáticas individualizadas no caso concreto tendo por parâmetro base a concepção de dignidade que o próprio indivíduo tem em relação a si mesmo.

É consabido que existem casos de pacientes que insistem para que sejam realizados todo e qualquer procedimento possível (e até mesmo impossível) para mantê-los vivos, ainda que artificialmente. Tal opção integra o núcleo do direito à vida, representando uma ponderação realizada pelo próprio titular do direito: o paciente, no caso concreto, enxerga que qualquer sofrimento eventualmente experimentado compensa a possibilidade, ainda que longínqua, de manter-se em vida. Todavia, o que não se pode olvidar é que decisões deste teor integram a esfera personalíssima de cada pessoa e, portanto, não pode ser imposta a outros, sob pena de violar o valor mais importante do ser humano: a sua dignidade. Somente quem sofre de males físicos e psíquicos intensos possui autoridade para valorar o sofrimento pelo qual atravessa e compará-lo com os eventuais prejuízos advindos da morte.

A dignidade como heteronomia acaba objetificando o indivíduo ao colocar a sua existência a serviço da coletividade. Com efeito, dizer que a pessoa tem uma obrigação consigo própria e com a comunidade que possui interesse na manutenção da espécie soa como um argumento falacioso e paternalista.

¹⁴² MACHADO, J. E. M., *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 358.

¹⁴³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 4.

Em primeiro lugar, conforme delineado no início deste trabalho, a pessoa, por ter dignidade, não pode ser utilizada como meio para se atingir fins externos a ela própria, eis que se constitui como um fim em si mesmo. Na Alemanha se desenvolveu uma fórmula pela qual a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta fosse rebaixada a objeto, mero instrumento, descaracterizada como sujeito de direitos.¹⁴⁴ Estabelecer um “dever de viver”, ainda contra a vontade expressa do indivíduo, tendo por argumento um suposto interesse coletivo, é um grave atentado à dignidade humana, eis que a pessoa é tornada mero instrumento para uma finalidade exterior a si mesma.¹⁴⁵ Neste sentido, escreve Roxana Borges que

o bem-estar social ou os fins visados pelo Estado só devem ser perseguidos enquanto isso não ferir a dignidade dos indivíduos. Estes não devem estar a serviço de uma ‘razão maior’ que aceita aniquilar o indivíduo em proveito da sociedade ou do Estado, ou melhor, em proveito de certas concepções ideológicas, políticas, religiosas, morais, filosóficas ou culturais do que possa ser o ‘benefício de todos’.¹⁴⁶

Convergindo com a opinião acima esposada e de forma bastante incisiva escreve Ferri que:

Se o direito à vida é tangível e anulável em certos casos, quer por parte do Estado (pena de morte), quer por parte de um particular (legítima defesa, estado de necessidade), tal direito também pode ser abdicado ou renunciado por parte de seu titular. Nem a família, nem a sociedade têm um *verdadeiro e próprio direito* à vida de cada um de seus membros. Que a sociedade e a família tenham, em regra, *interesse* na existência de cada um de seus membros, é inegável; mas *interesse* não é *direito*, pois que um deriva da simples *utilidade*, outro da imprescindível *necessidade*: faltando esta inexistente o direito.¹⁴⁷

Noutra banda, o argumento do interesse social na vida de cada ser humano, além de revelar um perigoso moralismo jurídico, mostra-se falacioso e hipócrita. Em pesquisa realizada pelo instituto Datafolha em 2007, revelou-se que 57% dos brasileiros são contra a eutanásia, restando apenas 36% a favor da prática. Todavia, o dado mais peculiar desta pesquisa é que, malgrado 57% da população brasileira tenham se manifestado contra a eutanásia, no mesmo levantamento, 55% dos

¹⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 103.

¹⁴⁵ RUBIO, Alfonso García. *Unidade na pluralidade*. 2. ed. São Paulo: Paulinas, 1989, p. 250.

¹⁴⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 145.

¹⁴⁷ HUNGRIA, Nelson, *Direito Penal*, parte especial. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1937, p.243.

entrevistados afirmaram ser a favor da pena de morte no País.¹⁴⁸ Ou seja, a mesma quantidade de brasileiros que se opõe a prática eutanásica – que como ver-se-á linhas abaixo se refere a uma morte piedosa nos casos de pacientes terminais em intenso sofrimento – concordam com a pena de morte, consistente na supressão coercitiva da vida de outrem em decorrência da prática de uma conduta taxada como grave.¹⁴⁹ Observa-se assim que o argumento do interesse social na vida é uma justificativa que não convence, pois não é aceitável que a coletividade valore “vidas dignas de se viver e vidas indignas de se viver”, revelando interesse apenas em algumas delas.

A ideia de interesse social como obstáculo à disponibilidade da vida não resiste, ainda, ao descaso que o próprio Estado manifesta no trato das políticas públicas com direitos intrinsecamente ligados à vida. Não é novidade a crise na saúde pública no Brasil, que resulta na morte de milhares de pessoas diariamente em decorrência da falta do tratamento médico adequado.¹⁵⁰ O quadro de mistanásia no País já atinge proporções imensuráveis. A mistanásia, etimologicamente, significa “morte infeliz” e se refere a uma morte miserável, por carência social, por falta de condições e de oportunidades econômicas e políticas, que se refletem na deficiente proteção aos direitos fundamentais a que fazem jus todos os seres humanos.¹⁵¹ Muitos a chamam de eutanásia social, embora os conceitos guardem sensíveis distinções.¹⁵² O descaso com a saúde pública não se coaduna com a ideia de existência de um interesse do Estado na manutenção da vida de todos os cidadãos,

¹⁴⁸ Dados completos, cf. DATAFOLHA. *Aumenta apoio de brasileiros à pena de morte*. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2007/04/1226739-aumenta-apoio-de-brasileiros-a-pena-de-morte.shtml>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

¹⁴⁹ Seria a concretização do lema de natureza eugênica “direitos humanos para humanos direitos”? Neste ponto impende ressaltar, novamente, que não se defende neste trabalho a pena de morte como hipótese de relativização legítima do direito à vida, justamente por se tratar de uma supressão involuntária e coercitiva da vida do sujeito contra a sua própria vontade. Somente casos excepcionalíssimos autorizam a supressão da vida, a qual não se nega a importância para a materialização dos demais direitos fundamentais. O que se defende aqui é relativização da indisponibilidade da vida quando o seu titular, autônoma e livremente, quer dela dispor, com o fito de contemplar outro direito fundamental que, na espécie, revela-se mais importante do que aquele outro direito.

¹⁵⁰ De acordo com pesquisa realizada pela Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e pelo Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (Iess) as falhas médicas ocasionam no País cerca de mil mortes por dia. Ou seja, “incidentes” representados por erros, negligência ou baixa qualidade do serviço corresponderiam a uma das principais causas de morte no Brasil. Para mais informações do referido estudo, cf. VEJA. *Erro médico mata mais que câncer no Brasil*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/saude/erro-medico-mata-mais-que-cancer-no-brasil>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

¹⁵¹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 75.

¹⁵² O tema será melhor desenvolvido no tópico 4.1.

deslegitimando também tal argumento como fundamento da indisponibilidade da vida.

De mais a mais, é evidente que a vida humana não é tratada como bem sagrado, eis que se aceita a morte na guerra e em legítima defesa. Se a vida humana fosse realmente sagrada, nunca seria aceitável matar alguém.¹⁵³ Não é despiciendo afirmar que a própria Constituição Federal consagra uma hipótese de pena de morte, nos casos de crimes cometidos em período de guerra declarada (art. 5º, XLVII, a). Tal autorização, por si só, já revela que a vida não é um direito absoluto e que o Estado pode, em casos excepcionais, ceifar a vida dos indivíduos a ele submetidos. Se o Estado, heteronomamente e contra a vontade do cidadão tem o poder de decidir pela extinção da vida de alguém, por que esta mesma pessoa não teria a possibilidade de abrir mão da própria vida para compatibilizar a sua existência com o seu senso de dignidade?

A possibilidade de supressão heterônoma da vida alheia traz à baila a contradição consistente na disposição indireta do direito do fundamental que seria indisponível. Afirma-se que o indivíduo não pode dispor do direito à vida, eis que este seria indisponível. Todavia, cometendo determinado ilícito em específicas condições circunstanciais, isto conduziria à supressão do próprio direito fundamental. Ora, não era ele indisponível? Então o titular não pode abrir mão do direito, mas pode, indiretamente, obter o mesmo resultado se praticar um ato específico? De nada vale taxar um direito como indisponível se um ato voluntário do titular pode conduzir ao resultado, em tese, proibido pela ordem jurídica.¹⁵⁴

A superproteção da vida como um direito-dever decorre certamente dos questionamentos que cercam a morte e seus mistérios. Historicamente, a morte sempre esteve ligada a uma ação má, a um acontecimento medonho. E quanto mais se avança na ciência, mais parece que o homem teme e nega a realidade da morte.¹⁵⁵ Os debates sobre ela são considerados mórbidos; histórias e eufemismos maquiados são contados para as crianças com o objetivo de explicar o que aconteceu com aquele parente que nunca mais será por ela visto. Como escreve J.

¹⁵³ BIRCHAL, Telma de Souza e FRIAS, Lincoln. O debate sobre o aborto. In: *Manual de ética: Questões de ética teórica e aplicada*. TORRES, João Carlos Brum (org.). Petrópolis: Vozes, 2014, pp 646-664.

¹⁵⁴ MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas*. Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 334-373, jul./dez. 2010, p. 359.

¹⁵⁵ KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 6 – 11.

Vasconcelos Sobrinho ao relatar as reações das pessoas quando se deparam com a morte de algum ente querido:

Em meio às dolorosas encenações de saudade, um tumultuar de sentimentos opostos toma de assalto os familiares do moribundo e seus amigos, todos desejosos de esquecer a cena da morte, buscando afastar-se das circunstâncias e prosseguir vivendo. Porque o fenômeno da morte, ao contrário do nascimento, é o final de todas as oportunidades, e para quem o presencie constitui patética afirmativa de que ela virá também para si um dia.¹⁵⁶

O medo da morte acaba levando as pessoas a projetarem nos outros os seus próprios medos e preocupações. Muitos receiam ter a vida ceifada de forma precoce e refletem este temor na manifestação da tentativa de impedir a disponibilidade da vida por aquele que pode continuar vivendo, ainda que apenas biologicamente e a seu contragosto. “Pelo menos está vivo” – diriam eles. A questão que se põe aqui, novamente, é a da impossibilidade de se autorizar que determinada coletividade imponha sobre uma pessoa a própria concepção acerca da existência.

Inquestionável que há um razoável consenso de que o conceito moderno de democracia transcende a simples ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros direitos fundamentais. Para além da dimensão procedimental, a democracia possui uma dimensão igualmente substantiva, que inclui a liberdade, a igualdade e a justiça.¹⁵⁷ E um Estado Democrático de Direito não está efetivamente concretizado quando o pensamento representativo de uma maioria ocasional prevalece e suprime uma eventual minoria que dela discorde, principalmente quando se tratar de uma posição ideológica referente ao modo de entender e conduzir a própria vida.

Não se pode olvidar, ainda, que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é construir uma sociedade livre, justa e solidária. A perseguição dos ideais de liberdade, justiça e solidariedade, constituem, portanto, um dos alicerces que sustentam o Estado Constitucional de Direito brasileiro. Não é possível se falar em liberdade quando o indivíduo tem a sua decisão de cunho eminentemente pessoal obliterada por fatores externos à sua existência. O ideal da solidariedade institui o valor da fraternidade entre os cidadãos como escopo do próprio Estado, o que só se concretiza com empatia, quando o indivíduo se coloca

¹⁵⁶ SOBRINHO, J. Vasconcelos. *A arte de morrer*. Petrópolis: Vozes, 1984, p. 13.

¹⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50.

no lugar do outro e tenta entender o mundo a partir deste ângulo e não com base em suas próprias construções de vida. Sem isso, não é possível se alcançar a justiça.

Carece de sentido a tentativa de transmutar a natureza do direito à vida em um “dever de viver”. Roxana Borges registra com precisão que o:

art. 5º da Constituição Federal de 1988 garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à segurança, dentre outros. Ocorre que tais direitos não são absolutos. E, principalmente, não são deveres. O art. 5º não estabelece deveres de vida, liberdade e segurança.¹⁵⁸

Com efeito, a liberdade aparece em Kant como o fundamento do próprio direito, eis que consistiria no único direito natural do homem.¹⁵⁹ Deste modo, a restrição à liberdade de alguém apenas se justifica na medida em que esta liberdade afete a de outrem. O homem saiu do estado da natureza para conservar a sua liberdade, que constitui o fim do próprio Estado de modo que sem esta não existe direito, não existe justiça.¹⁶⁰ Que prisão mais gravosa que aquela em que o indivíduo está preso ao próprio corpo?

Alguns relatos ofertados por pessoas que vivenciaram situações em que desejavam uma morte digna, mas tiveram ela negada, indica que a metáfora acima referenciada não é hiperbólica. Paulo Daher Rodrigues cita depoimento de professora de educação física que se tornou tetraplégica após atropelamento: “não posso sequer folhear um livro [...] sou 100% dependente, 24 horas por dia [...]. Encontrar um sentido em meu infortúnio não passa de um delírio filosófico que brota de pessoas que não sofrem.”¹⁶¹ Vincent Humbert, cuja história será explicitada abaixo, após ficar paraplégico em decorrência de um acidente, em livro de sua autoria, externa sua perplexidade e angústia nos termos seguintes: “Desde aquele dia, eu não vivo. Me fazem viver. Sou mantido vivo. Para quem, para que, eu não sei. Tudo o que eu sei é que sou um morto-vivo, que nunca desejei esta falsa morte.” Ainda mais contundente é o relato de Elisabeth Kübbler Ross, que após dedicar sua vida para estudar a morte e o morrer, no final da vida acabou se encontrando em situação similar aos dos seus pacientes:

¹⁵⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 231.

¹⁵⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Antonio Pinto de Carvalho. Lisboa: Companhia Editora Nacional, 1964.

¹⁶⁰ Por lealdade acadêmica, convém registrar, todavia, que o próprio Kant, partindo do mesmo silogismo do homem como um fim em si mesmo defende, de forma contraditória, que este não pode dispor da própria vida “dado os deveres para consigo mesmo”, considerando que ele estaria funcionando, neste caso, como coisa.

¹⁶¹ RODRIGUES, Paulo Daher. *Eutanásia*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 43.

A morte em si é uma experiência positiva e maravilhosa, mas o processo de morrer, quando prolongado como o meu, é um pesadelo. Vai minando todas as nossas faculdades, em especial a paciência, a resistência e a equanimidade. Durante todo o ano de 1996, lutei com as dores constantes e as limitações impostas por minha paralisia. Dependendo de cuidados alheios vinte e quatro horas por dia. Se toca a campainha da porta, não posso atender. E a privacidade? Pertence ao passado. Depois de quinze anos de total independência, é uma lição difícil de aprender. As pessoas entram e saem. Às vezes, minha casa parece a Grand Central Station. Outras vezes, fica quieta demais. Que tipo de vida é essa? Uma vida desgraçada.¹⁶²

Dogma é uma palavra que deriva do grego e se refere a uma crença ou doutrina considerada como fundamental e intangível dentro de um determinado sistema. Kant define “dogmático” como aquele que não submete suas ideias à crítica, acreditando na possibilidade de se alcançar uma verdade indiscutível e absoluta.¹⁶³ Os dogmas, quando não questionados, inviabilizam o alcance do conhecimento. A suposta intangibilidade da vida é um dogma reiterado ao longo dos anos, cuja relatividade se impõe em face dos fatores aqui e alhures elencados, tendo por pressuposto a dignidade humana e a própria resignificação do conceito de vida.

Ainda que se concorde que a vida esteja relacionada à fruição de diversos outros direitos fundamentais, não se pode esquecer, contudo, que em determinadas situações esta fruição é apenas abstrata, eis que as condições de vida do indivíduo em si impedem qualquer tipo de atuação voltada à concretização destes direitos, restando a vida apenas como um dever de sofrimento. Com efeito,

a vida só deve prevalecer como direito fundamental oponível *erga omnes* quando for possível viver bem. No momento em que a saúde do corpo não mais conseguir assegurar o bem-estar da vida que se encontra nele, há de serem considerados outros direitos, sob pena de infringência ao princípio da igualdade. É que a vida passará a ser dever para uns e direitos para outros.¹⁶⁴

Esta questão repercute, novamente, no conceito de vida digna acima trabalhado. Não é possível se interpretar a vida fora do contexto constitucional em que ela está inserida, qual seja, dentro de um sistema que preza pela dignidade humana e repudia qualquer tratamento cruel e degradante ao ser humano. Na

¹⁶² KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *A Roda da Vida: memórias do viver e do morrer*. 2. ed. [S.l]: Sextante, 1998.

¹⁶³ AZEVEDO, José Henrique Alexandre de. Kant e a filosofia: ensaio sobre o espírito da filosofia de Kant. *Kínesis*, V. V, nº 09, jul. 2013, p. 124-137, p. 128.

¹⁶⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 83.

análise da (in)disponibilidade do direito à vida uma interpretação sistemática é imprescindível. De fato,

o direito à vida surge da interpretação sistemática da Constituição, que também previu o direito à dignidade e a proibição de tratamento desumano e degradante. Portanto, obrigatoriamente deve estar atrelado ao conceito de dignidade humana, pois do contrário estaríamos levando em consideração apenas o aspecto fisiológico do ser humano, em nada o diferenciando da vida animal em si. Enfim, resta-nos conceber o direito à vida não como um dogma intangível, mas admitir a sua relativização, prevista até mesmo constitucionalmente, em conformidade com a moderna doutrina de relativização dos direitos fundamentais e os próprios métodos de interpretação constitucional, que tratam da exigência de uma interpretação sistemática e da harmonização dos princípios constitucionais.¹⁶⁵

Como aduz Canotilho, a Constituição em um Estado de Direito democrático revela-se como um sistema normativo aberto de regras e princípios. Nesta toada, diz-se que é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas e é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça.¹⁶⁶

É salutar concluir, portanto, que a vida humana não pode ser inferida apenas por seu aspecto fisiológico, como costuma ocorrer com a vida dos demais seres vivos, sendo essencial que lhe acrescente a ótica posta pelo conceito de dignidade da pessoa humana, ponto diferencial da espécie humana. O só fato de haver respiração e funcionamento vegetativo de órgãos não é o suficiente para se afirmar que há vida.¹⁶⁷ Uma interpretação sistemática é imprescindível para evitar que homem seja objetificado na tentativa de se buscar fins escusos e insuficientes que redundam no tratamento desumano e degradante da pessoa.

Inolvidável que a liberdade e a dignidade são valores intrínsecos à vida, de modo que essa última não deve ser considerada bem supremo e absoluto, acima dos dois primeiros valores, sob pena de o amor natural pela vida se transformar em

¹⁶⁵ RIBAS, Ângela Mara Piekarski. *O direito à vida sob uma ótica contemporânea*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2986>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 1988, p. 1159.

¹⁶⁷ RIBAS, Ângela Mara Piekarski. *O direito à vida sob uma ótica contemporânea*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2986>. Acesso em: 13 jan. 2017.

idolatria. E a consequência do culto idólatra à vida é a luta, a todo custo, contra a morte, ainda quando esta seja a consequência mais natural do destino humano.¹⁶⁸

Reconhecer a relatividade do direito à vida é o primeiro passo para que se entenda possível a disposição deste bem em casos excepcionais. De fato, justamente por ostentar a condição de um direito fundamental, com natureza principiológica, a vida pode conflitar com outro direito, devendo incidir na espécie a ponderação com o objetivo de definir qual será o direito prevalente no caso concreto. É sobre isto que tratar-se-á no derradeiro capítulo deste trabalho.

¹⁶⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 60.

4 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVENDO O DIREITO À VIDA

O caminho traçado até aqui permite aduzir que não existe direito absoluto no ordenamento jurídico brasileiro. A rejeição da teoria da posição preferencial dos direitos fundamentais conduz a necessidade de ponderação sempre que houver conflitos entre direitos que ostentem aquela natureza. Por esta razão, como qualquer outro direito fundamental, o direito à vida pode entrar em rota de colisão com outros direitos, caso em que essencial se fará a ponderação à luz do caso concreto.¹⁶⁹

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de decidir que “inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos”, de modo que este interesse pode entrar em colisão com outros bens que gozam de tutela constitucional, o que autoriza a conclusão de que o direito à vida não é absoluto e que “a proteção a ele conferida comporta diferentes gradações”.¹⁷⁰

Não é despidendo mencionar que o direito à vida pode, inclusive, confrontar com a própria dignidade da pessoa humana, caso em que a ponderação exsurgirá como essencial, já que dignidade e vida não se confundem, constituindo direitos autônomos que podem estar em estado de tensão e até mesmo conflito¹⁷¹, conforme será demonstrado linhas abaixo.

Os *hard cases*¹⁷² abaixo descritos tem por objetivo testar o raciocínio aqui desenvolvido. Por óbvio, não constitui escopo desta monografia esgotar as discussões que envolvem cada um dos referidos temas que, sem dúvidas, merecem um estudo individualizado e pormenorizado. O importante é abrir caminhos para uma análise do direito à vida afastado dos receios que lhe rodeiam, possibilitando

¹⁶⁹ Forçoso registrar posicionamento contrário que entende que nos conflitos envolvendo o direito à vida em relação aos outros direitos fundamentais não seria possível se recorrer a ponderação, em face da impossibilidade de aplicação parcial das normas em choque. (Cf. MELO, Helena Pereira de. Comentário ao tema Direito, Eutanásia e Suicídio Assistido. In: *Tempo de vida e tempo de morte*. Actas do VII Seminário Nacional do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros, 2001, pp. 131-138, p. 133 *apud* VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005). Não se concorda com este entendimento, eis que o direito à vida, como direito relativo, pode entrar em rota de colisão com outro direito fundamental e a decisão de qual direito será afastado dependerá das conclusões obtidas via ponderação.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54/DF*, Relator: Ministro Marco Aurélio, 30 abr. 2013. Lex: jurisprudência do STF.

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIEDIERO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 365.

¹⁷² Expressão emprestada da obra de Dworkin, que a utiliza para se referir aos casos difíceis em que aparentemente não existem regras jurídicas postas para solucionar a querela, mas que ainda assim o juiz deve buscar a solução adequada ao caso.

uma interpretação consentânea com a dignidade da pessoa humana, após o exercício da atividade de ponderação.

4.1 A EUTANÁSIA: QUANDO VIVER É SOFRER

Embora a vida seja um bem jurídico naturalmente valioso e importante, nem sempre viver será, invariavelmente, o desejo do seu titular. Em algumas situações dramáticas, caracterizadas pelo sofrimento, é possível que a pessoa humana prefira uma morte digna do que o prolongamento da sua existência. Neste contexto, exsurge a figura da eutanásia. Conforme cediço, o vocábulo “eutanásia” deriva do grego *eu* (bom) e *thanatos* (morte) e quer significar “a boa morte, a morte calma, a morte doce e tranquila.”¹⁷³ Evandro Corrêa de Menezes lembra que a referida palavra foi empregada pela primeira vez por Francis Bacon, no século XVII, que assim se manifestava:

Eu creio que a missão do médico é a de devolver a saúde e aliviar os sofrimentos e as dores, não só quando esse alívio pode levar à cura, como também quando pode servir para proporcionar uma morte indolor e calma. Ao contrário, os médicos consideram um escrúpulo e uma religião atormentar, entretanto, o enfermo, ainda quando a enfermidade é sem esperança. Ao meu modo de ver, em vez disso, eles deveriam possuir a habilidade necessária a dulcificar com suas mãos os sofrimentos e a agonia da morte.¹⁷⁴

Com isso, o filósofo londrino entendia que a eutanásia se referia a um tratamento possível para as doenças incuráveis. Contudo, a aludida expressão nem sempre possuiu significação unívoca, conforme elucidar-se-á a seguir.

4.1.1 Afinal, o que é eutanásia?

Modernamente, a noção de eutanásia está atrelada à antecipação da morte com o objetivo precípuo de evitar o sofrimento do moribundo que sobrevive em

¹⁷³ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁷⁴ MENEZES, Evandro Corrêa de. *Direito de matar (eutanásia)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 39.

estado de sofrimento reputado como intenso e irresistível. Em obra abrangente do tema em destaque, Maria Elisa Villas-Bôas define eutanásia como:

a interferência no momento da morte de um doente incurável, preferencialmente terminal e em grande sofrimento que não se tem como evitar, antecipando-a, a pedido dele e motivado por compaixão diante de seu padecimento.¹⁷⁵

O conceito acima alumiado enfatiza os elementos mais importantes para a concepção moderna de eutanásia, quais sejam: a) antecipação do tempo natural da morte; b) paciente em estado terminal ou em grande sofrimento; c) o consentimento do moribundo; d) atuação do agente movida por compaixão. Inicialmente, a eutanásia é uma prática que antecipa o momento da morte natural do indivíduo. Conforme já mencionado, a morte, no estágio atual da ciência, é um fenômeno inevitável que chega para todos os seres vivos em um determinado momento como resultado da convergência dos mais distintos fatores. A prática da eutanásia, todavia, antecipa o momento natural da morte, sempre lastreada em um sofrimento irresistível e inevitável pelo qual a pessoa está submetida em decorrência do estado em que foi posta. A dor e o sofrimento, físico ou psíquico, sempre intensos, transformando o viver em agonia, são o que fundamentam, ainda que moralmente, a prática da eutanásia. Noutra banda, a eutanásia não comporta decisões heterônomas. É sempre e somente o indivíduo quem tem a condição de valorar o próprio sofrimento, qualificando este como suportável ou insuportável. Soluções alheias à vontade manifestada pela pessoa humana não podem ser enquadradas como eutanásia. Por fim, de salutar relevância que o móvel condutor da ação seja a compaixão em face do sofrimento experimentado pelo moribundo. Se a finalidade do agente é se livrar do paciente em estado terminal, ou ainda, se desincumbir dos ônus dos cuidados que o doente atrai, por óbvio, a conduta antecipadora da morte não pode ser caracterizada como eutanásia nos termos aqui delineados. Na opinião de Minanhim, para que eutanásia seja aventada como lícita, é necessária presença de um elemento imprescindível: “que aqueles que pudessem consentir, assim o fizessem e, que uma junta própria decidisse por aqueles, incapazes mentalmente de fazê-lo.”¹⁷⁶

¹⁷⁵ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 84.

¹⁷⁶ MINANHIM, Maria Auxiliadora de Almeida. Direito de morrer no anteprojeto do código penal brasileiro. *Revista dos Formandos em Direito da UFBA*. Salvador, ano IV, vol. VI, jun./dez.1999, pp. 175-184, p. 179.

Forçoso consignar que nem sempre foi assim. Em tempos passados a expressão eutanásia era utilizada como sinônimo de eugenia. Desde a Idade Média há registros de diversos povos, como os celtas, por exemplo, que tinham o hábito de os filhos matarem os seus pais quando estes estivessem velhos e doentes, prática também disseminada entre os brâmanes. Em tempos não muito longínquos na Índia, os velhos e doentes eram levados para as margens do rio Ganges onde tinham a sua boca e as suas narinas tampadas com uma lama sagrada e depois eram lançados no rio para se afogar.¹⁷⁷ Os idosos valetudinários também eram mortos entre os povos eslavos e escandinavos.¹⁷⁸ Não é preciso ir tão longe no tempo e no espaço para visualizar casos de eugenia no mundo. São conhecidas as barbáries que aconteceram na Alemanha nazista, que vitimaram milhões de pessoas sob argumento de necessidade de “purificação da raça”. No Brasil sabe-se da existência de pelo menos 13 etnias indígenas que ceifam a vida de recém-nascidos que ostentam alguma espécie de deficiência. Observa-se nestes casos a perpetração de práticas eugênicas cujo núcleo em nada se aproxima do conceito de eutanásia acima destrinchado.

Neste ponto, impende esclarecer que a eutanásia não se confunde com outras figuras a ela correlacionadas, mas com distinta significação, tais como a ortotanásia, a distanásia e a mistanásia. Urge, em rápidas linhas, fixar os traços distintivos que apartam cada um dos referidos conceitos.

Enquanto a eutanásia consiste na morte antes do seu tempo, a ortotanásia indica uma morte no tempo correto (*orto*: correto, reto; *thanatos*: morte). Na ortotanásia, o médico não interfere no momento do desfecho letal, nem para antecipá-lo nem para adiá-lo, de modo que não há encurtamento do período vital, uma vez que este já se encontra em inevitável esgotamento.¹⁷⁹ Na situação em que ocorre a ortotanásia, o doente já se encontra em processo natural de morte, processo este deixa de receber qualquer medida procrastinatória do médico no sentido de deixar que esse estado se desenvolva no seu curso natural. Com a

¹⁷⁷ MARTINS, Marcos Sampaio Mesquita. *Direito à morte digna: eutanásia e morte assistida*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8765. Acesso em: 08 fev. 2017.

¹⁷⁸ MENEZES, Evandro Côrrea de. *Direito de matar (eutanásia)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 36.

¹⁷⁹ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 73.

ortotanásia evita-se o prolongamento do processo de morte do paciente por meios artificiais, sem que este tenha assim o requerido.¹⁸⁰

A ortotanásia, na realidade, busca evitar a concretização de um dos mais perigosos e nefastos hábitos médicos: a distanásia, também conhecida como obstinação terapêutica ou encarniçamento terapêutico. Na distanásia toda a tecnologia médica é usada para prolongar penosa e inutilmente o processo de agonizar e morrer.¹⁸¹ Trata-se, na verdade, de um prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal por meio de um tratamento inútil eis que não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte.¹⁸² A pessoa é colocada em segundo plano, em favor da tentativa frívola e absolutamente desproporcional de evitar a morte fisiológica a todo custo, ainda que isto redunde em um decréscimo significativo na dignidade do paciente.¹⁸³ Se levada ao extremo, a distanásia pode transformar o ser humano em final de vida em um escravo da aparelhagem técnica, transformando tais momentos em verdadeira tortura.¹⁸⁴

Noutra banda exsurge a figura da mistanásia que, embora chamada por alguns de “eutanásia social”, em nada se assemelha a esta prática. Enquanto a eutanásia, pelo menos em sua intenção, quer ser uma morte boa, suave, indolor, a mistanásia nada tem de boa, suave ou indolor. É uma morte miserável, fora e antes da hora que pode ocorrer em três perspectivas: inicialmente se revela na grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chegam a ser pacientes, pois não conseguem ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico. Também ocorre com doentes que eventualmente conseguem ser pacientes para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico ou, ainda, com aqueles que acabam sendo vítimas de má-prática por motivos das mais

¹⁸⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro*. Disponível em: <
[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI11097,71043-](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI11097,71043-Eutanasia+ortotanasia+e+distanasia+breves+consideracoes+a+partir+do)

Eutanasia+ortotanasia+e+distanasia+breves+consideracoes+a+partir+do > Acesso em: 07 fev. 2017.

¹⁸¹ MARTIN, Leonard M. Eutanásia e distanásia. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel e GARRAFA, Volnei. (Org.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, pp. 172-187.

¹⁸² DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 316.

¹⁸³ A obstinação médica já alcançou no passado estágios que beiravam a desumanidade. Como registra Floriano de Lemos, o Boletim da Academia Nacional de Medicina de 1932 deixava consignado que: “todas as vezes que um doente está na necessidade de receber um tratamento, o cirurgião ou o clínico deve procedê-lo mesmo contra a vontade do paciente ou de sua família, ainda que o doente possa vir morrer desse tratamento.” (Cf. LEMOS, Floriano de. *Direito de matar e curar: deve o doente ser tratado, mesmo contra a sua vontade? Pode o médico abreviar a vida do moribundo e do incurável?* Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Brasileira, 1933, p. 9.)

¹⁸⁴ PESSINI, Léo. Vida e morte na UTI: a ética no fio da navalha. *Revista Bioética*. Edição nº 24, 2016, pp. 54-63, p. 55.

diversas ordens.¹⁸⁵ A mistanásia é um problema de saúde pública que, diferentemente da eutanásia, atinge pessoas com condições e vontade de viver, mas que têm a vida ceifada em razão da carência de um tratamento minimamente adequado.

Enquanto há intensos debates doutrinários acerca da juridicidade da eutanásia, há um entendimento mais ou menos consolidado em relação a ortotanásia e a distanásia. *Ab initio*, no que tange a mistanásia, é despiciendo registrar que esta é absolutamente abominável e merece severa reprimenda por resultar na morte de indivíduos com possibilidades de ter uma vida digna, mas acabam morrendo por descaso dos órgãos públicos e dos seus agentes. No que toca a ortotanásia, altas vozes doutrinárias já se manifestam pela sua atipicidade legal considerando mero exercício regular da medicina a conduta do profissional que simplesmente se abstém de prolongar artificialmente a vida do paciente para além do seu tempo natural¹⁸⁶. O Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº 1.805/06, expressamente lastreado na dignidade da pessoa humana, afirma ser possível que, na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, o médico limite ou suspenda procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, “garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.” Inclusive a Igreja Católica, embora enraizada nos ditames da moral cristã, já se posicionou afirmando que nas situações em que a morte for iminente e inevitável “é lícito em consciência tomar a decisão de renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida”.¹⁸⁷ Na linha autonomista adotada neste trabalho não se pode discordar dos referidos posicionamentos. Admitir a ortotanásia é respeitar o momento da morte, evitando que o paciente se torne escravo de aparelhos que tão somente prolongam

¹⁸⁵ MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel e GARRAFA, Volnei. (Org.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, pp. 172-187, p. 172.

¹⁸⁶ Nesta linha conferir, entre outros: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *O equilíbrio do pêndulo: a bioética e a lei, implicações médico-legais*. São Paulo: Ícone, 1998; VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005; MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel e GARRAFA, Volnei. (Org.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, pp. 172-187.

¹⁸⁷ Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé. *Declaração sobre eutanásia*. Cidade do Vaticano: Vaticano, 1980.

seu estado de sobrevida. Apenas se o próprio moribundo requerer a lentificação do seu irreversível processo de morte é que deve o médico, após esclarecer com minudência os fatos ao doente, intervir no seu quadro clínico. A ortotanásia tem por escopo evitar a concretização da distanásia, prática rechaçada pela doutrina jurídica e pela própria ética médica eis que, artificialmente, apenas prolonga a agonia da pessoa enferma, mesmo quando constatado que os conhecimentos médicos, no momento, não prevejam possibilidade de cura ou de melhora.¹⁸⁸ Inolvidável que a obstinação terapêutica fere fortemente a dignidade humana, ao tratar o homem como “objeto da ciência” e não como “sujeito da existência”,¹⁸⁹ como deveria ser.

Aliás, neste ponto, impende ressaltar que Roxana Borges traça uma distinção entre o direito de morrer e o direito de morrer dignamente, reservando a este último um conjunto de reivindicações alusivas a um feixe de direitos, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consciência, referindo-se ao desejo de se ter uma morte humana, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil. Noutra banda estaria o direito de morrer, invocado em situações em que se reivindica a eutanásia ou o suicídio assistido.¹⁹⁰ Tomando emprestadas as referidas terminologias, não se pode olvidar que o direito de morrer dignamente guarda relação direta com a repulsa que se constrói atualmente contra a distanásia, eis que esta apenas prolonga o sofrimento de uma pessoa que não mais vive (e sequer tem perspectiva de viver). Deste modo, as querelas jurisprudenciais e doutrinárias se concentram em torno do chamado “direito de morrer”.

Diferentemente da ortotanásia, portanto, a questão em torno da eutanásia envolve maiores controvérsias. Em 1956 exprimindo o ponto de vista da Igreja Católica sobre o assunto, Papa Pio XII afirmava que qualquer forma de eutanásia direta, mediante a administração de narcóticos para provocar ou apressar a morte era ilícita porque se tem pretensão de dispor diretamente da vida e o ser humano não seria proprietário, mas somente usufrutuário da sua própria existência.¹⁹¹

¹⁸⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro*. Disponível em: <
[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI11097,71043-](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI11097,71043-Eutanasia+ortotanasia+e+distanasia+breves+consideracoes+a+partir+do)
 Eutanasia+ortotanasia+e+distanasia+breves+consideracoes+a+partir+do > Acesso em: 07 fev. 2017.

¹⁸⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 284.

¹⁹⁰ Ibidem, pp. 284-285.

¹⁹¹ CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 20.

Com efeito, aqueles que se posicionam contra a eutanásia geralmente se lastreiam nos fundamentos delineados no capítulo anterior e que tem como polo central a indisponibilidade do direito à vida.¹⁹² Afirmam que a vida é intangível, de modo que o seu titular não pode dela dispor, ainda que para evitar dores e sofrimentos decorrentes da fase terminal do viver. Sustentam também que a conduta consiste em crime, tipificado no Código Penal brasileiro como homicídio, ainda que privilegiado em decorrência do móvel caracterizado pelo “relevante valor social” (artigo 121, §1º do Código Penal brasileiro). Noutra banda, alguns defendem a noção de vida digna que contempla também o direito a uma morte digna, sem sofrimentos evitáveis. Nesta senda, menciona José Henrique Pierangeli corrente que entende que na colisão entre o direito à vida e o direito da liberdade de autodeterminar-se – dois direitos fundamentais titularizados pelo mesmo sujeito, deveria ser possível a escolha pessoal do direito prevalente dentro de sua escala de valores, redefinindo-se assim o bem jurídico vida, a fim de abranger também a dignidade da pessoa.¹⁹³ Com efeito, ‘

é inadmissível que o direito à vida, constitucionalmente garantido, se transforme em dever de sofrimento e, por isso, dever de viver. Certo é que a dignidade deve aliar duas dimensões ao seu conceito: a dimensão biológica, como atinente ao aspecto físico-corporal, e a dimensão biográfica, que pertine ao campo dos valores, crenças e opções. E o Direito não pode preocupar-se somente com a primeira questão, mas, ao contrário, buscar a unidade do ser humano. A indisponibilidade da vida precisa ceder à autonomia daquela pessoa que se encontra na fase terminal da vida, em meio à agonia, sofrimento e limitações.¹⁹⁴

Este posicionamento, embora de forma discreta, tem ganhado adeptos no Brasil. Conforme lembra Maria Auxiliadora Minanhim, desde o anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal, em 1984, já se propunha a inserção de parágrafo que isentasse de pena o médico que, com consentimento da vítima, antecipasse sua morte inevitável para abreviar-lhe sofrimento.¹⁹⁵ Embora não concretizada, tal perspectiva remanesceu no texto originário do Anteprojeto de

¹⁹²VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 186.

¹⁹³PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 101-102.

¹⁹⁴SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 95-96.

¹⁹⁵MINANHIM, Maria Auxiliadora de Almeida. Direito de morrer no anteprojeto do código penal brasileiro. *Revista dos Formandos em Direito da UFBA*. Salvador, ano IV, vol. VI, jun./dez.1999, pp. 175-184, p. 176.

Reforma do Código Penal brasileiro de 2011, onde havia previsão da inclusão do artigo 122 que alteraria o tratamento dado a eutanásia nos termos seguintes:

Eutanásia

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

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

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

Exclusão de ilicitude

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

Conforme sabido, atualmente, se afirma que a prática da eutanásia se adequa ao tipo do homicídio privilegiado, previsto no artigo 121, §1º do Código Penal. Assim, se alguém, movido por compaixão ou piedade, suprime a vida de terceiro que se encontra em situação de sofrimento, a pena aplicável é a mesma prevista para o homicídio (6 a 20 anos), com possibilidade de redução de um sexto a um terço. Neste caso, pode-se afirmar que a pena-base mínima aplicável ao agente que pratica o aludido ato é de 4 anos (6 anos menos um terço).

No referido anteprojeto, todavia, verifica-se que, além dos elementos “piedade ou compaixão” e o fim especial de agir revelado na intenção de “abreviação de sofrimento físico insuportável”, que tradicionalmente integra o próprio conceito de eutanásia, o legislador inclui como requisito para adequação típica o “pedido” do paciente capaz (imputável e maior), coadunando-se, portanto, com as diretrizes defendidas neste trabalho. Nos termos do anteprojeto, o sujeito que matasse por piedade o paciente terminal, com o seu consentimento, responderia por apenas 2 a 4 anos de prisão. De mais a mais, o texto constante do §1º previa, inclusive, a possibilidade de perdão judicial ao agente que praticasse a eutanásia movido por circunstâncias excepcionais, reveladas no caso concreto, especialmente quando decorrentes de vínculos de parentesco ou estreitos laços afetivos entre a vítima e o agente. Neste caso, o Estado reconheceria o crime, mas, tal como já faz nas hipóteses de homicídio culposo em que a dor do agente pela morte da vítima supera qualquer sanção aplicável, isentaria o agente de pena, reconhecendo a desnecessidade de punição considerando os fins aos quais a pena se destina.

O §2º do mencionado artigo se refere a ortotanásia, excluindo a ilicitude da conduta do médico que deixa de prolongar artificialmente o processo de morte do paciente em casos de doença grave irreversível, desde que haja confirmação deste quadro por outros dois médicos, além do consentimento do paciente, ou ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão, se aquele estiver impossibilitado de se manifestar. Neste ponto, verifica-se que o anteprojeto segue a linha da doutrina médica e jurídica moderna que reconhece o regular exercício da atividade médica nos casos de ortotanásia, eis que nestes casos apenas se respeita o momento da morte do doente, evitando prolongamentos artificiais atentatórios à dignidade humana.

O referido anteprojeto, nos termos originais, refletia um indiscutível avanço no tratamento da dignidade do ser humano em fim de vida, garantindo ao paciente a prerrogativa de determinar o seu destino de maneira mais tranquila e efetiva, inserindo a possibilidade de isenção de pena para o caso de eutanásia e de exclusão de ilicitude para os casos de ortotanásia.¹⁹⁶ Não é despidendo lembrar que alguns países como o Uruguai, a Holanda, a Bélgica¹⁹⁷, a Colômbia, Luxemburgo e vários Estados dos EUA ou descriminalizaram a eutanásia ou concedem o benefício do perdão judicial em determinadas hipóteses.¹⁹⁸

O que não se pode olvidar é que a medicina encontra limites fáticos e biológicos, de modo que não possui o sonhado condão de afastar a morte indefinidamente. Cedo ou tarde a morte finalmente acaba chegando e vencendo. A “arte de curar” preceituada no juramento de Hipócrates não pode redundar numa obstinação terapêutica que atente contra os interesses do próprio paciente quando este já manifestou a vontade de não mais viver. Quando a terapia médica não consegue atingir os objetivos de preservar a saúde ou aliviar o sofrimento, tratar

¹⁹⁶ Lamentavelmente, o progressivo texto originário do anteprojeto – atualmente Projeto de Lei 236/12, em tramitação no Senado Federal – foi modificado pela Emenda nº 1 (Substitutivo) que suprimiu o artigo 122 e o §1º acima transcritos. Todavia, o teor do §2º, que tratava da ortotanásia, foi mantido e convertido no §6º do artigo 121.

¹⁹⁷ Na Bélgica é possível a realização da eutanásia solicitada por crianças, eis que a lei autorizativa não faz restrições de idade. Tal previsão é inédita. Em Luxemburgo, por exemplo, somente é possível a eutanásia de maiores de 18 anos. Na Holanda a prática é permitida para os maiores de 12, que até completarem 16 anos dependem do consentimento dos pais. A questão envolvendo os menores é extremamente complexa e delicada eis que, diversamente dos adultos que muitas vezes já se manifestaram quanto aos seus desejos em relação a decisões sobre fim de vida, é praticamente impossível que crianças tenham capacidade cognitiva para refletir e revelar tais sensações. (Para mais informações, cf. SILVA, Filipa Martins; NUNES, Rui. Caso belga de eutanásia em crianças: solução ou problema? *Revista Bioética*. Edição nº 23, 2015, pp. 475-484)

¹⁹⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 306.

para curar torna-se uma futilidade ou um peso e, mais do que prolongar vida, prolonga-se a agonia.¹⁹⁹

Noutro giro, evidente que o argumento de que “a sociedade ainda não estaria preparada para aceitar a eutanásia” não merece procedência. Primeiro, porque o princípio majoritário (ou regra da maioria) não pode prevalecer quando se fala na tutela de direitos da personalidade, eis que estes se inserem em âmbito externo ao crivo da coletividade, principalmente dentro de um Estado Democrático de Direito, em que a ditadura da maioria não pode suprimir interesses legítimos das minorias. Segundo, porque, na prática, há uma condescendência dos cidadãos em relação a eutanásia quando concretamente visualizada, havendo altos números de absolvições no tribunal do júri quando tais casos chegam a julgamento. Isto porque, os julgadores se colocam no lugar de vítima e de “algoz” e pensam que, no final das contas, poderiam agir da mesma maneira diante de um ente querido em condições semelhantes.²⁰⁰

Na colisão entre o direito fundamental à vida e o direito à liberdade, coadunado com a própria dignidade da pessoa humana, devem prevalecer estes últimos. A ideia de vida digna é, por sua natureza, indissociável do indivíduo que a valora e não comporta soluções heterônomas. Neste sentido, registra Sarlet que, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade individual, o reconhecimento do direito a morrer com dignidade (ou de um direito a organizar a própria morte) não pode ser pura e simplesmente desconsiderado. Do contrário, o direito à vida resultaria transformado em um dever de viver sob qualquer circunstância e a sua condição de direito subjetivo restaria funcionalizada em detrimento de sua dimensão objetiva.²⁰¹ Convergindo com esta conclusão, assevera George Marmelstein:

a decisão de como e quando morrer é uma das ‘mais íntimas escolhas pessoais que uma pessoa pode fazer na vida’, uma escolha que é o centro da dignidade e autonomia pessoas, conforme já decidiu a Corte de Apelação do Nono Circuito, nos Estados Unidos, no caso Vacco. Na minha ótica, fere a Constituição não permitir que alguém, diante de uma pressão psicológica e de um desgosto de viver tão grande, opte por abreviar o seu sofrimento. [...] no caso de

¹⁹⁹ PESSINI, Léo. Vida e morte na UTI: a ética no fio da navalha. *Revista Bioética*. Edição nº 24, 2016, pp. 54-63, p. 59.

²⁰⁰ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 76-77.

²⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIEDIERO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 381.

uma pessoa que já perdeu a vontade de viver e não mais considera que a sua vida seja digna de ser vivida, a balança está tão equilibrada que o melhor é que a escolha recaia sobre o próprio indivíduo e não no Estado, que não pode se pautar por dogmas religiosos.”²⁰²

Não é tolerável numa democracia que se pretenda impor concepções individuais de mundo para com isso cercear o exercício de direitos fundamentais. Ignorar a subjetividade intrínseca ao conceito de dignidade implica no perigoso risco de “julgar as pessoas a partir de preconceitos, de crenças religiosas não compartilhadas, de visões de mundo que não são comuns a todos, de regras ultrapassadas pelo momento histórico”²⁰³, violando o valor da alteridade, essencial para a manutenção da convivência humana. Conforme já dito, o princípio majoritário, ou a famosa “regra da maioria” não prevalece no âmbito da tutela dos direitos da personalidade, pois estes não podem se submeter a uma maioria eventual que pretenda limitá-los arbitrariamente com base em ideias supostamente compartilhadas por um número maior de pessoas.²⁰⁴

Todas as reflexões acima aventadas subsidiam a hipótese de que é possível, no caso concreto, avaliar se a manutenção da vida do indivíduo viola a sua própria dignidade, situação em que a ponderação exsurta como técnica decisiva de qual bem irá prevalecer: a vida ou a dignidade humana.

4.1.2 Testamento Vital: a mais importante das disposições de última vontade

Em muitas das situações de terminalidade, o paciente não pode manifestar validamente a sua vontade, por estar inconsciente, restando desconhecido o desejo da pessoa em face do contexto criado. Com o fito de evitar situações como estas, surgiu nos Estados Unidos, nas proximidades da década de 60, o testamento vital²⁰⁵, como espécie de diretiva antecipada de vontade.²⁰⁶

²⁰² MARMELESTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016, pp. 444-445.

²⁰³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 20.

²⁰⁴ *Ibidem*, pp. 141-142.

²⁰⁵ Registre-se, desde logo, que a expressão “testamento vital” não seria a mais adequada para se referir ao instituto aqui em destaque. Com efeito, no ordenamento jurídico brasileiro, “testamento” consiste em um instituto do direito sucessório por meio do qual o indivíduo dispõe sobre aspectos

O testamento vital consiste em importante instrumento para materialização da autonomia da vontade humana na tomada de decisões fundamentais em fim de vida. Como indica Roxana Borges, se trata de um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não-tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade.²⁰⁷ Isto, partindo do pressuposto de que tem o paciente tem o direito de se recusar a ser submetido a tratamento médico cujo objetivo seja, estritamente, prolongar-lhe a vida, quando seu estado clínico for irreversível ou estiver em estado vegetativo sem possibilidade de recobrar suas faculdades, conhecido atualmente como estado vegetativo persistente.²⁰⁸

O testamento vital tem como fito determinar o destino da pessoa quando eventualmente esteja impossibilitada de manifestar validamente a sua vontade, definindo com antecedência a quais tratamentos ou procedimentos aceita se submeter em caso de eventual necessidade. Além disto, o testamento vital evita a substituição da vontade do paciente por manifestações de familiares, registrando a opinião do próprio doente em relação ao que entende como digno ou não de submeter o seu corpo.

As diretivas antecipadas de vontade possuem intrínseca relação com a ortotanásia, eis que visam evitar a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, permitindo que a pessoa rejeite antecipadamente tais procedimentos. Os limites do testamento vital são estabelecidos com base no quanto autorizado pelo

eminentemente patrimoniais e que produz efeito apenas depois da morte do testador, em nada se confundindo com a figura do testamento vital. Conforme nota Luciana Dadalto, a confusão decorre da literal tradução de *living will*, no qual o vocábulo *will* foi entendido como “testamento” quando, na verdade, o mais adequado seria “disposição de vontade”. De todo modo, a expressão “testamento vital” acabou sendo consagrada no Brasil. O que não pode ocorrer, todavia, é compreender o testamento vital como legítimo testamento, eis que aquele representa um negócio jurídico unilateral que produz efeitos *inter vivos*, não sendo adequado que se exija para este os mesmos requisitos de validade fixados para o testamento sucessório. Para mais, cf. DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

²⁰⁶ A Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina conceitua diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade. O conceito adotado pela entidade acaba se confundindo com a definição de testamento vital, eis que não abrange a outra espécie de diretiva, o “mandato duradouro”, que permite a nomeação de procurador para que decida pelo paciente quando este estiver impossibilitado de manifestar a sua própria vontade.

²⁰⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 239.

²⁰⁸ DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretrizes antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Revista Bioética*. Edição nº 21, 2013, pp. 463-76, p. 464.

ordenamento jurídico do país em que o documento é elaborado. Nesta senda, se entendida a eutanásia como direito do paciente terminal em estado de sofrimento, o testamento vital poderia servir como fonte autorizativa da prática caso o indivíduo não possa manifestar tal vontade nas proximidades da morte.

Nos Estados Unidos, a maioria dos estados admite que se possa estabelecer, previamente, por meio de testamentos de vida ou “poderes para cuidar da saúde”²⁰⁹ as diretrizes que guiarão o tratamento da pessoa caso esta seja posta em situação em que não possa manifestar validamente a sua vontade. Se admite, ainda, que se indique um amigo, ou parente, para decidir, quando o paciente terminal não puder fazê-lo, se o tratamento deve ser interrompido ou não, ou melhor, se a morte deve ser facilitada ou não.²¹⁰ Na legislação da Califórnia, alguns requisitos se impõem para a executabilidade do “*living will*”: deve ele ser assinado por pessoa maior e capaz, perante duas testemunhas independentes e que só tenha efeitos depois de quatorze dias da assinatura, sendo revogável a qualquer tempo; tem um valor limitado no tempo, de aproximadamente cinco anos e, por fim, o estado de terminalidade deve ser atestado por dois médicos.²¹¹

Pode-se argumentar contra o testamento vital, alegando-se que o consentimento somente pode vincular alguém se manifestado no momento em que se autoriza a prática e não em instante pretérito, eis que seria impossível saber se a manifestação antecipada do paciente persistiria intocável na efetiva hora da morte.

O que não se pode olvidar, todavia, é que cada ser humano possui uma tábua de valores construída ao longo da vida, podendo mensurar, *a priori*, a quais situações aceitaria se submeter para manter um estado de sobrevivência, qualificada pela impossibilidade de cura ou melhora. As diretrizes antecipadas de vontade possibilitam que pessoas intolerantes ao sofrimento possam se resguardar do indevido prolongamento de sua vida em caso de terminalidade. Ademais, tais documentos apenas se validam se produzidos pelo paciente enquanto plenamente consciente, com base no consentimento informado, que deve ser livre, expresso e esclarecido, sendo sempre revogável. Noutra banda, tais diretrizes permitem que os

²⁰⁹ MINANHIM, Maria Auxiliadora de Almeida. Direito de morrer no anteprojeto do código penal brasileiro. *Revista dos Formandos em Direito da UFBA*. Salvador, ano IV, vol. VI, jun./dez.1999, pp. 175-184, p. 181.

²¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 311.

²¹¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro*. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI11097,71043-Eutanasia+ortotanasia+e+distanasia+breves+consideracoes+a+partir+do> > Acesso em: 07 fev. 2017.

médicos possam deixar de aplicar procedimentos invasivos, sem a preocupação de serem responsabilizados civil ou criminalmente.

Ao lado do testamento vital, outro instrumento também assume importância como espécie de diretiva antecipada de vontade: o mandato duradouro. Este mandato consiste na nomeação de pessoa para tomar decisões relativas a tratamentos médicos pelo indivíduo quando este não for mais capaz.²¹² Tal espécie de procuração é importante pois mesmo com a existência de um testamento vital é possível que este seja omissivo em relação a algum ponto, que será prontamente solucionado pela pessoa indicada pelo paciente como representante da sua vontade. De mais a mais, o mandato subsidia a equipe médica de legitimidade para atuar (ou deixar de atuar, se for o caso) quando a família se colocar contra a vontade manifestada no testamento vital, eis que o procurador poderá reforçar os termos firmados pelo moribundo.

No Brasil não existe um regimento legal do testamento vital. Visando conduzir as condutas médicas em casos como estes, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução CFM nº 1.995/2012 dispondo sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Embora bastante incompleto – a Resolução sequer fornece um modelo de diretiva antecipada – o instrumento normativo acima referenciado traça diretrizes acerca do tema. Deste modo, de acordo com a dita Resolução, nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade, ou no caso de o paciente ter designado um representante, a equipe deverá considerar as informações por ele carregadas. Além disso, a Resolução reforça a autonomia do paciente, determinando que as diretivas por ele determinadas deverão prevalecer sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

Em face do silêncio normativo acerca do tema, buscando indicar parâmetros para validação do referido instrumento, Luciana Dadalto defende a necessidade da lavratura das diretivas antecipadas de vontade por escritura pública, perante um notário, a fim de garantir segurança jurídica ao autor do documento. Sugere, ainda, que seja criado um registro nacional para onde sejam enviadas todas as

²¹² DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretrizes antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Revista Bioética*. Edição nº 21, 2013, pp. 463-76, p. 464.

declarações registradas em cartório, garantindo assim a efetividade no cumprimento da vontade do paciente.²¹³

Os documentos referidos neste tópico revelam tentativa de maximizar a liberdade e a autonomia do indivíduo, ainda que se sujeitando as restrições extraídas de um posicionamento mais restritivo acerca do direito à vida e da sua disponibilidade. O testamento vital permite que o paciente se posicione contra qualquer prática caracterizadora da distanásia (ou, se preferir, indicar que aceita qualquer medida possível que evite seu falecimento). Noutra banda, o mandato duradouro autoriza que terceiro, indicado pelo paciente anteriormente, tome as decisões de final de vida daquele moribundo.

Por meio destas medidas, existindo uma diretiva antecipada de vontade, o médico deve obedecer às perspectivas definidas pela pessoa como forma de respeito à sua personalidade e intimidade, respeitando os limites fixados pelo ordenamento. Tais documentos impedem que a esperança desarrazoada da família submeta o paciente a condutas invasivas que já não lhe trarão benefícios objetivos²¹⁴, prolongando seu sofrimento. Apenas se o paciente não está em condições de se manifestar, por motivo de urgência ou inconsciência e não possui testamento vital, é que o médico tem a obrigação tanto de iniciar o tratamento quanto de continuar com este²¹⁵, desde que não redunde em práticas cruéis e degradantes, sempre em respeito ao princípio do *in dubio pro vita*.

²¹³ DADALTO, Luciana. Aspectos registraes das diretivas antecipadas de vontade. *Revista Civilistica.com*. Ano 2, nº 4, pp.1-9, 2013. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/09/Aspectos-registraes-das-dav-civilistica.com-a.2.n.4.20131.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2017. A autora é idealizadora do site Registro Nacional de Testamento Vital (RNTV) cujo objetivo é consistir em um banco de dados de diretivas antecipadas de vontade produzidas no Brasil, evitando que tal documento se perca e possibilitando que terceiros – indicados pelo autor do testamento – tenham fácil acesso a ele no momento oportuno. O portal fica situado no sítio eletrônico: <<http://rentev.com.br>>.

²¹⁴ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 49.

²¹⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 294.

4.2 SUICÍDIO ASSISTIDO: UM ÚLTIMO GRITO DE DESESPERO

Umas das primeiras vozes a se levantar contra a dura legislação penal vigente na Europa do final do século XVIII, Cesare Beccaria foi um dos precursores do movimento pela despenalização do suicídio. Escrevia o autor italiano:

O suicídio é um crime que parece não poder estar submetido a qualquer tipo de pena; pois esse castigo recairia apenas sobre um corpo sem sensibilidade e sem vida, ou sobre pessoas inocentes [...] Se o castigo é aplicado sobre a família inocente, ele se torna despótico e odioso, pois já não existe liberdade quando os castigos não são essencialmente pessoais.²¹⁶

Entre os filósofos antigos, Platão condenava o suicídio em geral, mas o admitia em situações específicas como no caso de doença ou infelicidade grave, ou ainda, no caso de intensa vergonha decorrente de atos seriamente injustos. Quem atentava contra própria vida, de acordo com o pensador, praticava um crime contra a cidade, devendo ser punido com desonra, em decorrência da injustiça que cometeu contra a coletividade. De forma similar entendia Aristóteles, para quem o dever de não cometer suicídio não significaria um dever consigo mesmo, mas sim um dever correlato à exigência da comunidade de que todo cidadão aja conforme a lei natural. Noutra banda, os estoicos entendiam que permanecer vivo só é racional se a vida é suficientemente boa, de modo que seria apropriada a morte quando a vida perdesse a sua qualidade natural. Já no período medieval, impregnado por regras ditadas pela Igreja Católica, a interpretação era que o poder do homem sobre o próprio corpo se adstringia ao uso, eis que seu domínio pertencia a Deus.²¹⁷

A verdade é que o ato de suicídio nunca recebeu afagos dos olhos da sociedade, que no mais das vezes, censura o suicida sem se preocupar em indagar as razões que levaram a uma decisão tão extrema, que reflete um último grito de desespero, quase sempre causado por falhas causadas pela própria sociedade. Hodiernamente, reconhecendo tal fato, a Organização Mundial da Saúde criou a Rede Internacional de Prevenção ao Suicídio, considerando este problema como uma questão de saúde pública em nível internacional.²¹⁸

²¹⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 4. ed. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 87.

²¹⁷ AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira. Eutanásia e suicídio assistido. In: TORRES, João Carlos Brum (Org.) *Manual de ética: questões de ética teórica e aplicada*. Petrópolis: Vozes, 2014, pp. 685-686.

²¹⁸ De acordo com dados da referida organização, a cada 40 segundos uma pessoa comete suicídio no mundo, sendo que a cada 3 uma pessoa atenta contra a própria vida. Noutra banda, o suicídio

Conforme lembra Sarlet, a doutrina majoritária entende que o direito à vida não abrange um direito de livre disposição da mesma, no sentido de um direito ao suicídio. Todavia, vale consignar a existência de quem sustente que o direito geral de liberdade e, especialmente, o direito geral da personalidade, incluem um direito a tirar a própria vida, que, portanto, não seria um bem absolutamente indisponível ao seu titular.²¹⁹

Na verdade, as hipóteses aventadas de suicídio assistido, em sua maioria, se concentram nas possibilidades em que a pessoa possui diagnóstico de grave enfermidade, física ou mental, incurável, e que, embora não esteja submetida a um sofrimento extremo (o que conduziria às discussões acerca da eutanásia), prefere pôr termo à própria vida, antecipando os caminhos do destino. E, considerando que nestas circunstâncias, em regra, o indivíduo está impossibilitado de finalizar a vida *sponte propria*, ganha relevo a discussão da possibilidade jurídica do suicídio assistido.

No suicídio assistido a morte é provocada pelo próprio indivíduo enfermo, cabendo ao terceiro apenas ajuda-lo materialmente em seu intento, fornecendo meios ou conhecimentos necessários para a prática do ato.²²⁰ Afirma-se que, embora o ato de suicidar-se não seja tipificado como crime, conforme dantes fora, a conduta de quem auxilia alguém no suicídio estaria prevista no Código Penal vigente como crime.

Esta, todavia, não é a opção adotada por todos os países. No Estado de Oregon, nos Estados Unidos²²¹, é possível a assistência médica ao suicídio, por meio da prescrição de medicações letais, caso o paciente assim o queira, na hipótese em que vida esteja prevista para um período inferior a seis meses.²²² Na

está entre as três maiores causas de morte entre pessoas com idade entre 15-35 anos, sendo que a cada concretização da prática no mínimo outras seis pessoas ligadas a ela são fortemente impactadas. Para acesso completo aos dados, cf. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Preventing suicide: a global imperative*. Luxembourg: [s.n.], 2014.

²¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIEDIERO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 380.

²²⁰ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 92.

²²¹ Importante mencionar o caso do Dr. Jack Kevorkian, falecido em 2011 e popularmente conhecido como “Dr. Morte” por construir máquinas especializadas em suprimir, sem dor ou sofrimento, a vida de pacientes terminais que assim requeriam. Inicialmente absolvido pelas acusações de homicídio, após algumas mortes, Kevorkian acabou sendo condenado a 25 anos de prisão, embora ainda se discuta esta condenação eis que em alguns Estados do EUA o auxílio ao suicídio não é considerado crime.

²²² VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 93.

Suíça e na Holanda o suicídio assistido constitui prática institucionalizada, configurando-se pela injeção de uma única dose letal.²²³ O suicídio assistido também não é crime em Luxemburgo e em outros três estados norte-americanos (Washington, Montana e Vermont).

Impossível tangenciar este tema sem relatar os paradigmáticos casos vividos pelo espanhol Ramón Sanpedro e pelo francês Vincent Humbert. Ramón Sampedro era um marinheiro que em 1968, aos 25 anos, sofreu um acidente que lhe deixou tetraplégico, completamente imobilizado. Sua situação persistiu imutável ao longo de 30 anos, ao tempo em que, não aceitando o seu estado físico, Ramón pede autorização judicial para que sua vida seja ceifada sem que isto implicasse na condenação de alguém. No auge da agonia, escreve o livro “Cartas do inferno”, onde relata, sob sua perspectiva, a condição em que se encontrava – por ele caracterizada como inferno²²⁴ – bem como o seu sonho de encontrar a liberdade por meio da morte. Somente em 1998, com ajuda de uma amiga, conseguiu seu objetivo, falecendo por envenenamento. Não muito distante no tempo-espço, Vincent Humbert foi um bombeiro francês que com apenas 19 anos sofreu um acidente automobilístico que o deixou paraplégico, cego e mudo. Depois da tragédia, o jovem somente conseguia mover um dos polegares, meio pelo qual reivindicava o direito de morrer dignamente, tendo, inclusive, escrito uma carta ao presidente francês carreando-lhe este pleito, de modo que quem lhe auxiliasse fosse indultado. Não obtendo êxito, Vincent escreveu o livro “Peço-vos o direito de morrer”, narrando toda sua insuportável situação, os fundamentos da sua decisão e indicando o que em breve aconteceria: no dia do lançamento do livro, Vincent Humbert faleceu com a ajuda de sua mãe.

Os casos acima relatados demonstram situações em que os indivíduos não estavam em estado terminal mas que, em decorrência da significação por eles ofertada as próprias vidas, estas não lhe tinham mais valor algum, tornando a morte um desejo, uma manifestação última da liberdade.

²²³ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 301.

²²⁴ Escreve Sampedro: “Considero que um tetraplégico é um morto crônico que tem a sua residência no Inferno. Aí - com o fim de evitar a loucura - há quem se entretenha a pintar, a rezar, a ler, a respirar ou a fazer qualquer coisa pelos outros. Há gostos para tudo! Eu dediquei-me a escrever cartas. Cartas do Inferno.”

O fato a se pensar é até que ponto se pode impor a vida como dever a pessoas a quem, por sua condição de absoluta imobilidade, não é dada, sequer, a possibilidade física (e penalmente atípica) de matar-se.²²⁵ Observa-se, outrossim, que negar o suicídio assistido a quem não pode praticar o ato sozinho por limitações físicas pode configurar violação ao princípio da igualdade, pois um indivíduo sadio pode tomar tal decisão e executá-la sem se submeter a qualquer espécie de sanção, enquanto aqueloutro dependeria da colaboração de terceiros, a qual lhe é negada, agravando sua sensação de dependência e inferioridade.

O que parece é que muitas vezes a pessoa dá mais valor à dignidade do que a própria vida, de modo que, conforme já opinado, a dignidade é um princípio que norteia a interpretação de todos os direitos fundamentais, sendo oponível até mesmo ao direito à vida.²²⁶ É inolvidável, portanto, a necessidade de se efetuar o exercício da ponderação para definir qual o direito prevalente no caso concreto, afastando-se do velho entendimento que a vida é absolutamente indisponível por parte do seu titular.

Não é intenção deste trabalho vulgarizar a importância da vida. Pelo contrário, o que se pretende é ampliar a acepção deste direito fazendo com que a vida seja entendida não apenas sob o aspecto biológico, mas também abrangendo elementos sociais e íntimos de cada indivíduo, aptos a qualificar uma existência como digna. Deste modo, não se pode subestimar as discussões envolvendo o suicídio assistido, embora se reconheça a necessidade de fixação de parâmetros sérios que possibilitem a compatibilização da vontade humana manifestada em determinado momento com a importância que o direito à vida legitimamente costuma atrair.

²²⁵ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 41.

²²⁶ FERREIRA JÚNIOR, Celso Rodrigues. O caso Vincent Humbert. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 382, 24 jul. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5501>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

4.3 TRANSFUSÃO DE SANGUE: QUANDO A EMOÇÃO É MAIS IMPORTANTE QUE A RAZÃO

A Constituição Federal, no artigo 5º, VI assegura a todos os cidadãos o direito fundamental de liberdade de consciência e de crença, como um aspecto da liberdade de expressão,²²⁷ garantindo o livre exercício dos cultos religiosos bem como a proteção aos locais de culto e as suas liturgias. O art. 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos aduz que

toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.

Assim, o direito de liberdade de crença abrange tanto o direito de ter uma religião, como o direito de não optar por religião alguma, bem como o direito de manifestar a religião optada pela pessoa, seguindo suas liturgias e regras, desde que não atentem contra a coexistência social ou contra direitos fundamentais de terceiros.

De acordo com Boletim Internacional de Pesquisa Missionária, existem atualmente no mundo mais de 10 mil religiões.²²⁸ Embora com pontos em comum, cada religião guarda consigo um conjunto de regras e princípios compartilhados entre seus fiéis, comumente denominados “doutrina”, e cuja observância é essencial para a manutenção do indivíduo no grupo. Algumas destas regras, em decorrência das suas peculiaridades, ganham destaque, virando alvo de análises e discussões nos mais diversos âmbitos.

É este o caso das Testemunhas de Jeová. Tal grupo religioso possui, dentre uma das diretrizes doutrinárias basilares, a impossibilidade de ingestão ou transfusão de sangue de qualquer espécie por seus fiéis.²²⁹ O descumprimento

²²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIEDIERO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 449.

²²⁸ Informação extraída do sítio eletrônico: <<https://noticias.gospelprime.com.br/numero-de-religoes-no-mundo-passa-de-10-mil/>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

²²⁹ Afirmando que: “tanto o Velho como o Novo Testamento claramente nos ordenam a nos abster de sangue. (Gênesis 9:4; Levítico 17:10; Deuteronômio 12:23; Atos 15:28, 29) Além disso, para Deus, o sangue representa a vida. (Levítico 17:14) Então, nós evitamos tomar sangue por qualquer via não só em obediência a Deus, mas também por respeito a ele como Dador da vida.” Cf.: JEHOVAH'S WITNESSES. *Por que as Testemunhas de Jeová não aceitam transfusão de sangue?* Disponível em: <<https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao->

desta prescrição além de configurar pecado idôneo a impedir a entrada do transgressor no “Paraíso”, tem por consequência a desassociação da religião e a condenação ao ostracismo.

Esta regra pode gerar situações idênticas extremas que conduzem invariavelmente à questão: havendo colisão entre o direito de liberdade de crença e o direito à vida qual deverá prevalecer?

A doutrina que defende a indisponibilidade da vida é taxativa em afirmar que havendo risco de morte, a transfusão de sangue deve se operar, ainda contra a vontade do paciente. Este, inclusive, é o parecer do Conselho Federal de Medicina consubstanciado na Resolução CFM nº 1.021/80, nestes termos concludentes:

Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta:

1º - Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis.

2º - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

Pelo visto, o Conselho Médico dá preferência ao direito à vida de modo que, somente se a vida não correr risco iminente, a vontade do paciente deve ser considerada. Noutra hipóteses, o médico é orientado a operar a transfusão independentemente do consentimento da pessoa a ser submetida ao procedimento. A jurisprudência, nos poucos casos do tema que lhe foram submetido a apreciação, tem mantido entendimento similar, afirmando, reiteradamente, que o profissional de saúde tem o dever de, “havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares.”²³⁰ O STJ, na mesma linha, já decidiu que em se tratando de situação de emergência, o consentimento do paciente ou dos seus responsáveis legais, em caso de incapazes, é indiferente, eis que o médico teria o “dever de salvar a vida”.²³¹

Em face da tese defendida neste trabalho não se pode concordar integralmente com os aludidos posicionamentos.

transfusao-sangue>. Acesso em: 19 fev. 2017. Vale salientar que os praticantes da Ciência Cristã (*Christian Science*) também recusam qualquer tratamento com sangue.

²³⁰ BRASIL. Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível Nº 70020868162*. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. Rio Grande do Sul, julgado em 22 ago. 2007.

²³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus Nº 268459* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 28 out. 2004.

O direito de consciência e crença não pode ser relegado a um canto tão desprestigiado como pretende boa parte da doutrina e da jurisprudência, quando impõem a vida (apreendida apenas sob o seu aspecto biológico) como prevalente em qualquer hipótese de colisão com aqueloutro direito. Conforme já demonstrado acima, a liberdade é um valor que guarda relação íntima com a dignidade humana. É incompatível com a noção de dignidade a formulação de ideias baseadas em preceitos gerais, ocasionalmente compartilhados por uma eventual maioria que pretende impor tais disposições a todos os indivíduos em uma sociedade.

Rememorando o autor espanhol Ramón Martín Mateo, Roxana Borges registra o equívoco da jurisprudência em “hipostasiar o direito à vida, quando está demonstrado à sociedade que para muitos sujeitos este bem é inferior ao implicado em respeito a determinados valores e crenças.”²³² Em muitos casos, a morte para a pessoa é uma dádiva se comparada ao sofrimento que será a sobrevivência que tenha como custo o descumprimento de um conjunto de crenças que ela valora e pretende seguir.

Como indica Néviton Guedes se reportando a decisão da Suprema Corte alemã que deixou de condenar marido de paciente adepta à doutrina dos Testemunhas de Jeová e que se recusou a convencer a esposa a realizar transfusão em momento de morte iminente:

num Estado que prestigia seriamente a dignidade da pessoa humana e a autodeterminação dos indivíduos como valores que vinculam toda comunidade nacional, deve-se assegurar ao indivíduo, através da liberdade de crença, um espaço jurídico livre da intervenção estatal, no qual ele possa desenvolver a forma de vida que bem atenda às suas convicções religiosas.²³³

Observa-se que decisões em sentido contrário acabam desaguando em um impacto desproporcional caracterizador da desigualdade em relação aos que professam determinada religião, categorizados como uma minoria prejudicada, eis que terão o exercício da liberdade religiosa obstado de forma absoluta e integral, no afã de se manter uma vida que talvez não tenha mais valor após a prática contrária às crenças da pessoa.

²³² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 206.

²³³ GUEDES, Néviton. Prevalência da liberdade religiosa e o direito à vida. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-18/constituicao-poder-prevalencia-liberdade-religiosa-direito-vida2#_ftnref5_3032>. Acesso em: 04 jan. 2017.

Neste ponto, vale a transcrição de trechos de parecer exarado por Celso Bastos que sintetiza as conclusões que compatibilizam os direitos colidentes neste caso:

o paciente tem o direito de recusar determinado tratamento médico, no que se inclui a transfusão de sangue, com fundamento no art. 5º, II, da Constituição Federal. Por este dispositivo, fica certo que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (princípio da legalidade). Como não há lei obrigando o médico a fazer a transfusão de sangue no paciente, todos aqueles que sejam adeptos da religião "Testemunhas de Jeová", e que se encontrarem nesta situação, certamente poderão recusar-se a receber o referido tratamento, não podendo, por vontade médica, serem constrangidos a sofrerem determinada intervenção [...] o motivo pelo qual o paciente pode recusar-se a receber transfusões sangüíneas é de fundo estritamente religioso, plenamente albergado pela Constituição Federal, no art. 5º, VI e VIII, que cuidam, respectivamente da liberdade de crença e da escusa de consciência. [...] Mesmo sob iminente perigo de vida, não se pode alterar o quadro jurídico acerca dos direitos da pessoa. Até porque o ordenamento jurídico pátrio não pune aquele que tenta suicídio. O direito de recusa, fundado em convicções religiosas ou filosóficas, bem como na ampla liberdade (e integridade) da pessoa humana, há de prevalecer inclusive em situações extremas como esta que é levantada. Não há, portanto, conflito entre o direito à vida e a privacidade e liberdade (em sentido amplo), já que todos estes direitos devem ser compreendidos em conjunto. O direito à vida é, essencialmente, dirigido contra a sociedade e contra o Estado, vale dizer, invocável contra terceiros. Este é o seu correto alcance. No mais, vige, no Direito pátrio, a ampla liberdade e o direito à integridade da pessoa humana.²³⁴

Com efeito, a vida não pode ser tomada puramente sob seu aspecto biológico, eis que a plenitude deste direito não dispensa a verificação de elementos que possibilitem a concretização de uma existência digna, que abrange a oportunidade da pessoa ter sua crença e conduzir sua própria vida conforme o que acredita. Não é admissível, após tantos anos de cristianismo, das contribuições do iluminismo e das experiências dos Estados totalitários, que se utilize a defesa da "dignidade da pessoa humana" para oprimir um indivíduo ou o que este concebe como sua identidade ou sua dignidade, em nome de um bem comum superior ou de uma razão superior ou de uma moral oficial ou social²³⁵, cuja existência objetiva é flagrantemente questionável.

Vale exaustivamente repisar que não se pretende banalizar o direito à vida, relegando-o a posição inferior no ordenamento jurídico vigente. Não se deixa de

²³⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito de recusa de pacientes, de seus familiares, ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas*. Parecer Jurídico. São Paulo, 23 nov. 2000.

²³⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 206, p. 145.

reconhecer a importância deste direito, consoante evidenciado aqui e alhures. Inclusive, nos casos em que o paciente não puder manifestar validamente a sua vontade, inexistindo qualquer diretiva antecipada, ou, ainda, no caso dos incapazes, deve prevalecer o princípio do *in dubio pro vita* procedendo os médicos das formas mais eficientes possíveis para salvar a vida do paciente, independentemente de manifestações contrárias dos familiares ou amigos do paciente, que não possuem o condão de substituir a vontade do incapaz em decisões que envolvam a sua vida (ou morte).

O que não é razoável aceitar é que o Estado pretenda se imiscuir nas concepções de vida adotadas conscientemente por cidadãos adultos e capazes, impondo medidas invasoras do corpo alheio, que, invariavelmente, conduzem a uma violação grave da dignidade humana, de modo que a ponderação entre os interesses em jogo, considerando todos os elementos circundantes ao caso, é essencial para evitar decisões unilaterais cujo conteúdo acaba afastando o direito do seu maior ideal: a busca pela justiça.

5 CONCLUSÃO

"So, *pro-life or pro-choice?*"²³⁶ – questionariam os norte-americanos após lerem este trabalho rememorando os intensos debates que ocorrem naquele país acerca do aborto. Todavia as discussões aqui aventadas tiveram escopo que extravasa a categorização deste tema em apenas duas opiniões estanques: o debate é complexo e é assim que deve ser tratado. Indiscutível que a vida é um bem de natureza fundamental, cuja existência é pressuposto para o exercício de diversos outros direitos, também importantes e dotados de essencialidade. O que se pretendeu questionar, contudo, é o dogma da intangibilidade da vida como direito absoluto a partir da centralidade jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana e da ressignificação do próprio direito à vida, que não pode ser entendido descolado da concretização de uma existência digna.

A dignidade da pessoa humana é um valor que fundamenta a existência de todos os direitos fundamentais, operando como um vetor que orienta a interpretação e aplicação de todos os direitos, inclusive e principalmente, o direito à vida.

Por ostentar natureza principiológica, os direitos fundamentais podem colidir, devendo a ponderação indicar, no caso concreto, qual a posição prevalecente na espécie. Por esta razão, rejeitou-se a teoria dos direitos fundamentais superiores, eis que esta prevê a possibilidade de construção de uma tábua hierárquica de direitos que venceriam – em abstrato – qualquer confronto perante outros direitos também tachados como fundamentais. A Constituição Federal não consagra direitos absolutos. Como foi exposto, somente no caso concreto, após ampla análise das peculiaridades que revestem a situação *sub examine* é que é possível definir qual direito prevalecerá naquele caso específico.

Em decorrência do exposto, conforme visto, não é adequado afirmar que o direito à vida é indisponível de forma absoluta. Certo é que a vida carrega consigo uma valorização decorrente do receio incidente sobre seu contraposto: a morte. O ser humano teme morrer e, por conseguinte, pretende evitar que tal fenômeno aconteça entre os seus amados. Com efeito, manter a vida de todos, enquanto esta significar uma existência digna é um objetivo que deve ser compartilhado universalmente.

²³⁶ "Então, pró vida ou pró escolha?"

O que não se pode admitir é a transmutação da natureza do direito à vida, transformando-o em um dever inexorável para o seu titular, até mesmo quando a morte parecer para a pessoa menos gravosa que a própria manutenção da vida. Não existe na ordem constitucional brasileira um "dever de viver", de modo que, em determinados casos, a vida tormentosa deve abrir caminhos para uma morte digna e serena e é esta escolha - personalíssima do titular deste direito - que deve ser respeitada.

Os *hard cases* trazidos à baila evidenciaram situações complexas e extremas em que o direito à vida colide com outros fundamentais, exigindo o exercício de uma atividade de ponderação apta a definir qual direito irá prevalecer no caso concreto, em face das condições fáticas circundantes sobre a hipótese.

Longe dos escopos deste trabalho causar uma revolução copernicana no tratamento da morte e do morrer, mas, precipuamente, servir como semente para uma reflexão mais aprofundada do tema, relativizando dogmas reiterados de forma constante e quase automática por tantos anos, e colocando luzes no bem mais valioso juridicamente protegido: a dignidade humana.

6 REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ALEX, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*. Vol. 16, n. 2, 2003, pp. 131-140.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

AZEVEDO, José Henrique Alexandre de. Kant e a filosofia: ensaio sobre o espírito da filosofia de Kant. *Kínesis*. Vol. V, nº 09, jul. 2013, p. 124-137.

AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira. Eutanásia e suicídio assistido. In: TORRES, João Carlos Brum (Org.) *Manual de ética: questões de ética teórica e aplicada*. Petrópolis: Vozes, 2014.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010.

_____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, abr./jun. 2005, pp. 1-42.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito de recusa de pacientes, de seus familiares, ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas*. Parecer Jurídico. São Paulo, 23 nov. 2000.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 4. ed. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BÍBLIA. Português. *Bíblia sagrada: contendo o antigo e o novo testamento*. Trad. João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1966.

BIRCHAL, Telma de Souza e FRIAS, Lincoln. O debate sobre o aborto. In: *Manual de ética: questões de ética teórica e aplicada*. TORRES, João Carlos Brum (org.). Petrópolis: Vozes, 2014, pp. 646-664.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7. tiragem. [S.l.], Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 3, abr./jun. 2008, pp. 82-93.

_____. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI11097,71043-Eutanasia+ortotanasia+e+distanasia+breves+consideracoes+a+a+partir+do>>. Acesso em 07 fev. 2017.

BRASIL. Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível Nº 70020868162*. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. Rio Grande do Sul, julgado em 22 ago. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus Nº 268459* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 28 out. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 187/DF*. Relator: Ministro Celso de Melo, 24 ago. 2001, p. 163. Lex: jurisprudência do STF.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 71.373-4/RS*. Relator: Ministro Francisco Rezek, 22 nov. 1996. Lex: jurisprudência do STF

_____. Supremo Tribunal Federal. *MC Rcl 22328/RJ*. Relator: Ministro Roberto Barroso, 26 nov. 2015. Lex: jurisprudência do STF.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 2040/DF*. Relator: Ministro Néri da Silveira, 26 jun. 2003. Lex: jurisprudência do STF.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMPOS, Helena Nunes. Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais. *Cad. de Pós-Graduação em Dir. Político e Econômico São Paulo*, v. 4, n. 1, pp. 23-32, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CLÈVE, Clèmerson Merlin e FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisões de direitos fundamentais. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil*, mar./ago. 2002, pp. 29-42.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Curso de direito penal*. Vol. 2. [S.l.]: Saraiva, 1991.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 2006.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de direito civil*. 2 ed. atual. e aum. 1. ed. brasileira. V. I, t. I. São Paulo: Max Limonad, 1955.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretrizes antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Revista Bioética*. Edição nº 21, 2013, pp. 463-76.

_____. Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade. *Revista Civilística.com*. Ano 2, nº 4, pp.1-9, 2013. Disponível em: <<http://testamentovital.com.br/wp-content/uploads/2014/09/Aspectos-registrais-das-dav-civilistica.com-a.2.n.4.20131.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

_____. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DATAFOLHA. *Aumenta apoio de brasileiros à pena de morte*. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2007/04/1226739-aumenta-apoio-de-brasileiros-a-pena-de-morte.shtml>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Zulmar e SILVA, Deise Marcelino. *Direito fundamental de acesso à água potável: uma proposta de constitucionalização*. Disponível em <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2215369/direito-fundamental-de-acesso-a-agua>>

potavel-uma-proposta-de-constitucionalizacao-zulmar-fachin-e-deise-marcelino-silva>. Acesso em: 27 dez. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral* e LINDB. Vol. I. 11. ed. Salvador: JusPodvium, 2013.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996.

GONDIM, Glenda Gonçalves. A vida digna: análise da colisão entre direitos fundamentais nos casos de transfusão de sangue a partir da derrotabilidade das normas. *Revista Direito e Desenvolvimento*. João Pessoa, v. 4, n. 7, jan./jun. 2013, pp.145-162.

GUEDES, Néviton. Prevalência da liberdade religiosa e o direito à vida. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-18/constituicao-poder-prevalencia-liberdade-religiosa-direito-vida2#_ftnref5_3032>. Acesso em: 04 jan. 2017.

_____. Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>>. Acesso em: 06 jan. 2017.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HUNGRIA, Nelson. *Direito Penal, parte especial*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1937.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA: *Censo 2010*. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/resultados.html>>. Acesso em 29 dez. 2016.

JEHOVAH'S WITNESSES. *Por que as Testemunhas de Jeová não aceitam transfusão de sangue?* Disponível em: <<https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue>>. Acesso em: 19 fev. 2017

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Antonio Pinto de Carvalho. Lisboa: Companhia Editora Nacional, 1964.

KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *A roda da vida: memórias do viver e do morrer*. 2. ed. [S.l.]: Sextante, 1998.

_____. *Sobre a morte e o morrer*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LEMOES, Floriano de. *Direito de matar e curar: deve o doente ser tratado, mesmo contra a sua vontade? Pode o medico abreviar a vida do moribundo e do incurável?* Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Brasileira, 1933.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. [S.l.]: Vozes, 2006.

LUBISCO, Nídia Maria Lienert e VIEIRA, Sônia Chagas. *Manual de estilo acadêmico: trabalhos de conclusão de curso, dissertações e teses*. 5. ed. Salvador: EDUFBA, 2013.

LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

MACHADO, J. E. M., *Liberdade de expressão*. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIEDIERO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 2012.

MARMELSTEIN, George. A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 7, n. 54. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2625>>. Acesso em: 6 jan. 2017.

_____. *Curso de direitos fundamentais*. 6ª Edição, São Paulo: Atlas, 2016.

MARTEL, L. C. V. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 2010. 476 f. Tese (Doutorado). Centro de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

_____. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana. *Seqüência*. FSC. Florianópolis, 2004, pp. 91-118.

_____. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. *Joaçaba*, v. 11, n. 2, jul./dez. 2010, p. 334-373.

MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel e GARRAFA, Volnei. (Orgs.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, pp. 172-187.

MARTINS, Marcos Sampaio Mesquita. *Direito à morte digna: eutanásia e morte assistida*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8765>. Acesso em: 08 fev. 2017.

MEIRELLES, Jussara e TEIXEIRA, Eduardo Didonet. Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossuficiente. In: RAMOS, Carmem Lúcia Nogueira et al (Orgs.) *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2015.

MENEZES, Evandro Côrrea de. *Direito de matar (eutanásia)*. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

MINANHIM, Maria Auxiliadora de Almeida. Direito de morrer no anteprojeto do código penal brasileiro. *Revista dos Formandos em Direito da UFBA*. Salvador, ano IV, vol. VI, jun./dez.1999, pp. 175-184.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Direito constitucional*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. Colisão entre direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 11, n. 1136. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8770>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

PESSINI, Léo. Vida e morte na UTI: a ética no fio da navalha. *Revista Bioética*. Edição nº 24, 2016, pp. 54-63.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RIBAS, Ângela Mara Piekarski. *O direito à vida sob uma ótica contemporânea*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2986>. Acesso em: 13 jan. 2017.

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

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. Porto Alegre: L&PM, 2007.

ROWLING, J. K. *Harry Potter e as relíquias da morte*. Trad. Lia Wyler. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

RUBIO, Alfonso García. *Unidade na pluralidade*. 2. ed. São Paulo: Paulinas, 1989.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPEDRO, Ramón. *Cartas do inferno*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2005.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *O equilíbrio do pêndulo: a bioética e a lei, implicações médico-legais*. São Paulo: Ícone, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHREIBER, Simone. Conteúdo e justificativa teórica da liberdade de expressão. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 10, n. 781, 23 ago. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7184>>. Acesso em: 4 jan. 2017.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Filipa Martins; NUNES, Rui. Caso belga de eutanásia em crianças: solução ou problema? *Revista Bioética*. Edição nº 23, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, nº 4, 2006, pp. 23-51.

_____. Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, nº 798, 2002, pp. 23-50.

SOBRINHO, J. Vasconcelos. *A arte de morrer*. Petrópolis: Vozes, 1984.

SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

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

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TORRANO, Marco Antonio Valencio. Quantas dimensões (ou gerações) dos direitos humanos existem? *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 20, n. 4247, 16 fev. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31948>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

VALE, A. R. *A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 2006. 286 f. Dissertação (Mestrado). – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey. 2012.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Preventing suicide: a global imperative*. Luxembourg: [s.n.], 2014.