

Direito de morrer com dignidade: proteção à luz do direito internacional e nacional

- El derecho de morir con dignidad: la protección a la luz del derecho internacional y nacional
- The right to die with dignity: the protection under the international and national law

Carolina Gladyer Rabelo¹

Thais Castelli²

Resumo: A globalização, vista como um processo temporal e espacial de mudanças, com o ímpeto de romper fronteiras, ocorre também na área jurídica. Como exemplo, toma-se a proteção universal dos direitos humanos, a partir da criação de normas de direito internacional, como verdadeiro corpo sistematizado e coerente, com princípios, objeto e metodologia próprios, tendo como marco inicial o pós-guerra. É neste sistema internacional (classicamente interestatal) que se dá a produção de tratados, principal fonte de direito internacional, regulando a matéria. A dignidade humana, sem deixar de ser um valor moral fundamental, ganha também o status de princípio jurídico, funcionando como uma fonte jurídico-positiva para os direitos fundamentais, digam-se os direitos humanos positivados. Tais direitos encontram respaldo jurídico tanto no sistema nacional

1 Doutoranda em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. cgrabelo@gmail.com.

2 Doutoranda e Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. thaiscastelli@hotmail.com.

como no sistema global de proteção de direitos. O direito de morrer é analisado como um direito à dignidade da pessoa humana, ou, ainda, tanto a morte digna quanto a vida digna são vistos como direitos humanos. Não obstante, vigora, ainda, no ordenamento jurídico internacional e nacional, a ausência de regramento específico sobre a matéria.

Palavras-chave: Globalização. Tratados de direitos humanos. Dignidade da pessoa humana. Direito de morrer. Eutanásia.

Resumen: ELa globalización, vista como un proceso temporal y espacial de cambios, con el ímpetu de romper las fronteras, ocurre también en el área jurídica. Como ejemplo, tenemos la protección universal de los derechos humanos, a partir de la creación de las normas de derecho internacional, como verdaderos cuerpos sistematizados y coherentes, con principios, objeto y metodología propios, teniendo como marco inicial la pos guerra. Es en este sistema internacional (clásicamente interestatal) que se da la producción de tratados, principal fuente de derecho internacional, regulando la materia. La dignidad humana, sin dejar de ser un valor moral fundamental, gana también el status de principio jurídico, funcionando como una fuente jurídico-positiva para los derechos fundamentales, díganse los derechos humanos positivados. Tales derechos encuentran respaldo jurídico también en el sistema nacional como en el sistema global de protección de derechos. El derecho de morir es analizado como un derecho a la dignidad de la persona humana, o, todavía, tanto la muerte digna cuánto la vida digna, son vistos como derechos humanos. No obstante, vigora, todavía en el ordenamiento jurídico internacional y nacional, la ausencia de reglamento específico sobre la materia.

Palabras clave: Globalización. Tratados de derechos humanos. Dignidad de la persona humana. Derecho a morir. Eutanasia.

Abstract: Globalization, seen as a temporal and spatial changing process, with the impetus to push all frontiers, also occurs in the legal field. As an example, we take the universal protection of human rights, from the creation of international law, as a true systematic and coherent body with principles, object and own methodology, with the initial milestone the post-war era. It is in this international system (classically intergovernmental) that treaties are created, the main source of international law, regulating the subject. Human dignity, without ceasing to be a fundamental moral value, also gained the status of legal principle, working as a legal-positive source for fundamental rights, said positivized human rights. Such rights find support at both national and global system of rights protection. The right to die is analyzed as a right to human dignity, or both dignified death and dignified life are seen as human rights. Nevertheless, there exists also in international and national law, the absence of specific regulation on the matter.

Keywords: Globalization. Human rights treaties. Human dignity. The right to die, Euthanasia.

Introdução

Diante da globalização, explicada à luz dos eventos vivenciados na sociedade, com interferência efetiva no âmbito dos Estados, em um ímpeto de romper fronteiras, verifica-se a formação de verdadeiro sistema global, no caso, de proteção dos direitos humanos. Ainda que pautado na estrutura de Estados-Nação (daí falar-se em sistema internacional, porém interestatal), o direito internacional, tal qual concebido na atualidade, tem como fonte precípua os tratados, cuja internalização no âmbito nacional se faz necessária, com o desafio acerca da hierarquia das normas.

A inserção da dignidade da pessoa humana, de forma explícita e no contexto dos Direitos Humanos, nos principais documentos internacionais, tais como Carta da ONU, de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, bem como em outros importantes tratados e pactos internacionais, iniciou-se após a Segunda Guerra Mundial. Em consonância, muitos Estados, inclusive o brasileiro, passaram a considerá-la em suas constituições nacionais, como objeto de proteção.

A dignidade humana, compreendida como um conceito em desenvolvimento, aberto e plural, porém com um conteúdo mínimo essencial, do ponto de vista filosófico, constitui um valor, ligado ao ideal do que é bom, justo e virtuoso. No campo do Direito, sem deixar de ser um valor moral fundamental, ganha também o status de princípio jurídico, entendendo, boa parte da doutrina, tratar-se de justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, elevada ainda a um dos principais fundamentos dos Estados democráticos de Direito.

Entendido como valor axiológico, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana funciona como uma espécie de “lei geral”, ou fonte jurídico-positiva, para os direitos fundamentais (digam-se direitos humanos positivados), que são, por sua vez, especificações da própria dignidade.

É neste cenário, que analisaremos o tema do “direito de morrer”, como um direito à dignidade da pessoa humana, e o regramento jurídico existente para lidar com a matéria. Ou, em outras palavras, o direito a uma morte digna, assim compreendida como uma morte sem dor, sem angústia e de acordo com a vontade do indivíduo titular do direito de viver e de morrer. Embora o tema central referente ao direito de morrer tenha interface significativa no campo da antropologia social, da ética e da moral religiosa, este artigo tem como escopo abordar o tema sob a ótica do Direito Positivo.

1. Globalização: movimentos transnacionais à ordem global

O termo globalização é utilizado como marco dos tempos atuais, correndo o risco, nos dizeres de David Held, de se tornar, se é que de fato já não se tornou, apenas um clichê da atualidade. Nesta qualidade, continua o autor, captura os elementos das experiências vivenciadas,

refletindo a percepção generalizada de que o mundo está rapidamente sendo modulado em um espaço social compartilhado por forças econômicas e tecnológicas e que desenvolvimentos em uma região do mundo podem ter profundas consequências, para a mudança dos indivíduos ou de comunidades, do outro lado do globo. Ou seja, é a partir de um movimento contínuo e gradativo sobre as relações cotidianas que o exercício da cidadania plena, a internalização dos princípios axiológicos inerentes à construção de uma sociedade justa e solidária e o gozo da dignidade humana tornam-se possíveis. Outros(as) autores(as) também compartilham da mesma perspectiva, como Aquino e Araújo (2001), Horta (2000), e Sacavino (2000).³

A percepção da globalização, com este “ímpeto de romper fronteiras”, segundo Habermas (1999), é bastante marcante nas dimensões das atividades econômicas (a exemplo do comércio mundial, mercados financeiros e corporações multinacionais). Mas não apenas. Também está presente nas relações culturais, crescentes correntes migratórias, nas redes de comunicação e novas mídias, na política e em temas militares, acordos de paz e violência organizada, dentre outros⁴. Ainda que traga benefícios, a partir da interconexão, na velocidade em que os eventos são vivenciados, trazem ainda um certo caos e risco⁵.

Tais eventos materializam a ideia do que chamamos de globalização, a partir do fator comum da interconexão. Não obstante, vigora, na doutrina, divergências quanto a sua conceituação, suas consequências estruturais, se existentes, e dinâmica causal. Sem entrar em pormenores a respeito, destacamos a definição de David Held⁶ (tradução nossa):

Processo (ou um conjunto de processos) que incorpora a transformação na organização espacial de relações sociais e transações – acessadas em termos de sua extensividade, intensidade, velocidade e impacto – gerando fluxos transcontinental ou inter-regional e redes de atividades, de interação e de exercício de poder⁷.

3 “[...] reflects a widespread perception that the world is rapidly being molded into a shared social space by economic and technological forces and that development in one region of the world can have profound consequences for the life change of individuals or communities on the other side of the globe.” (HELD, 1999, p. 1).

4 A respeito, destaca-se a obra *Global Transformations (Transformações Globais)* de David Held, que contém capítulos sobre os temas elencados, a título exemplificativo. (HELD, 1999, p. 2).

5 Diante destes riscos e caos gerados pela globalização, discute-se acerca da necessidade e possibilidade de impor-se certo controle. Na ausência do mesmo, teme-se, dentre outros efeitos: o esgotamento dos recursos naturais não renováveis, o agravamento dos problemas ambientais, que comprometem a sustentabilidade do planeta, a alienação cultural em massa, seguida de erupções sociais, problemas com os movimentos migratórios e massas de refugiados, de segurança internacional com os ataques terroristas, de tráfico de drogas, de lavagem de dinheiro e do crime organizado.

6 Do original: “a process (or set of processes) which embodies a transformation in the spatial organization of social relations and transactions – assessed in terms of their extensivity, intensity, velocity and impact – generating transcontinental or interregional flows and networks of activity, interaction, and the exercise of power.” (HELD, 1999, p.16).

7 Esclarece o autor que neste contexto “fluxos” referem-se aos movimentos de artefatos físicos, pessoas, símbolos,

A globalização trata-se, assim, segundo o autor, de processos temporais e espaciais de mudança que sustentam a transformação na organização dos assuntos humanos, interligando e expandindo as atividades humanas através de regiões e continentes. Em sua definição, Held (1999, p. 3) destaca, como elementos característicos, um alongamento das atividades sociais, políticas e econômicas através das fronteiras, regularmente vivenciadas de modo que há uma *intensificação*, ou crescente magnitude da interconectividade, dos padrões de interação e dos fluxos que transcendem as sociedades constituídas e os Estados da ordem global. A aceleração das interações globais e dos processos ocorre na medida em que o desenvolvimento dos sistemas mundiais de transporte e comunicação⁸ aumenta a potencial *velocidade* das difusões globais de ideias, bens, informações, capitais e pessoas. Isto tudo marca a globalização contemporânea, do Pós-Guerra Mundial, e com maior destaque no atual século XXI.

Para Habermas (2003, p. 47), a consciência do espaço e do tempo é afetada de um outro modo pelas novas técnicas de transmissão, armazenamento e elaboração de informações. Vivencia-se, portanto, um emaranhado profundo do local e global de modo que o impacto dos eventos distantes é enaltecido, enquanto os desenvolvimentos por mais locais que sejam podem ter consequências enormes globais. Por conseguinte, as fronteiras entre assuntos domésticos e globais ficam desfocadas, se é que existentes.

Neste mesmo sentido, Habermas (Idem, p. 84) também fala da globalização, para descrição de um processo, não de um estado final. Ele caracteriza a quantidade cada vez maior e a intensificação das relações de troca, de comunicação e de trânsito para além das fronteiras nacionais, capaz de transformar e diluir as tênues fronteiras que separam a economia, a administração, a sociedade e a cultura, fazendo com que formas de vida completamente distintas se sobreponham umas às outras. Dá destaque à tecnologia dos satélites, à navegação aérea e à comunicação digital, que criam novas redes mais amplas e densas⁹. Mas é sobretudo na economia, para o autor, que a globalização encontra sua dimensão mais importante, com influência de modo imediato e mediato nas economias nacionais em escala até então desconhecida¹⁰. Usando de uma metáfora, o autor trata da globalização como algo evocador: “em contraposição ao lastro territorial do Estado Nacional, da imagem de rios transbordando que minam os controles de fronteiras e que podem levar à destruição do ‘edifício’ nacional” (HABERMAS, 2001, p. 86). Segundo o autor, “hoje são antes os Estados que se acham incorporados aos mercados, e não a eco-

códigos e informações através do tempo e espaço. Enquanto “redes” referem-se a interações regularizadas ou padronizadas entre agentes, nódulos de atividades ou lugares de poder. (HELD, 1999, p. 16).

8 Este desenvolvimento ocorre com a transformação nas infraestruturas e novas invenções tecnológicas (a exemplo dos cabos de fibras óticas, satélites, telefonia combinada com computadores e digitalização, internet, aviões, televisão e expansão do rádio).

9 De não menor importância, há que destacar, pelo real peso adquirido no século XXI, o ciberespaço, no qual as informações fluem de forma instantânea, multiplicando-se as redes de interações.

10 HABERMAS (2001), apud J. Perraton, D. Goldblatt, D. Held, A. McGrew, “Die Globalisierung der Wirtschaft” in: Ulrick Beck (Org.).

nomia política às fronteiras estatais”. Opera-se o “rompimento de fronteiras”, tanto da economia, assim como da sociedade e da cultura, o que afeta a existência dos sistemas estatais erigidos sobre bases territoriais. (Idem, 1999, p. 5).

2. Sistema internacional ou interestatal

A globalização também ocorre na área jurídica, a exemplo da proteção universal de direitos humanos, a partir da criação de normas de direito internacional regulando a matéria, tendo como marco inicial o pós-guerra (1945). Isto, conforme colocado por alguns juristas, ainda que se tenha que falar em necessária relativização ou flexibilização da soberania do Estado, para concepção de direitos globais ¹¹.

Todavia, o sistema internacional ainda opera sobre a clássica lógica do sistema interestatal, com regras formais e informais, a partir do conceito do Estado-Nação, dotado de territorialidade e “soberania”, como autor principal do Direito internacional¹². A estes Estados é que cabem, via de regra, neste conceito clássico, as competências legislativas e judiciárias.

Nessa linha, o direito internacional repousa sobre o consentimento. Nos ensinamentos de Rezek (1984), os povos – comunidades nacionais – propendem à autodeterminação, organizando-se tão cedo quanto podem, sob a forma de Estados, e ingressam numa comunidade internacional carente de organização centralizada, em que se subordinam ao direito que livremente reconheceram ou construíram, ainda que tacitamente. Isto sem ignorar a presença de autoridades supranacionais e organizações regionais cada vez mais atuantes e, em alguns casos, com competência legislativa e judiciária – em especial em matéria de direitos humanos – por mais que condicionadas à vontade do Estado. A aplicabilidade do direito ocorre pelos Estados, que se veem compelidos a cumpri-lo. Esta sujeição ao direito internacional pelos Estados ocorre principalmente, segundo Kaplan (1964, p. 33), em razão (I) de uma ordem internacional necessária; (II) da busca pela estabilidade na conduta das relações entre o nacional e o estrangeiro, assim como pela estabilidade na aplicação das regras que regulam os problemas transnacionais; e (III) da possibilidade dos Estados incorrerem em sanções, ainda que haja a carência, no cenário internacional, usualmente, da jurisdição supranacional¹³ e do poder de polícia. Diga-

11 “[...] pode-se perceber – em paralelo com a globalização econômica – que os direitos humanos globalizados e sem fronteiras operam também efeitos na concepção tradicional de soberania do Estado. Vale dizer, só é possível conceber direitos humanos globais mediante a relativização e flexibilização da soberania do Estado, em prol da universalização dos direitos humanos”. (PIOVESAN, 2014, p. 22).

12 A respeito, Norton Kaplan discorre, ao tratar do sistema político e ordem: “Nenhum observador do sistema político internacional ignora a existência de uma ordem bastante ligada a regras substanciais e formais, isto é, a um corpo de leis e a um processo jurídico. Essas normas são apoiadas pelos interesses genuínos das nações para limitar certas formas de conduta internacional mesmo que, com isso, restrinjam sua própria conduta e de outros Estados.” (KAPLAN, 1964, p 17).

13 Veremos que em matéria de direitos humanos, por se tratar de legítimo interesse internacional, são administradas intervenções no plano nacional em prol da proteção a estes direitos, ou seja, permitem-se formas de monitoramento

se ainda, pelo efeito direto que o cumprimento deste direito opera na política externa, baseada na “confidencialidade” e “credibilidade”.

Para fins deste artigo, centraremos as considerações a partir desta perspectiva da atuação do Estado-Nação¹⁴, na produção efetiva do direito internacional e recepção deste direito no ordenamento jurídico nacional, segundo estabelecido pelas normas domésticas de direito constitucional.

2.1. Tratados como fonte do direito internacional

Modernamente, segundo Niemeyer (1930, p. 35), emprega-se a terminologia “fontes” ou “fontes de direito” para designar a “forma de nascimento do Direito”, sendo fontes principais¹⁵ a lei e o costume (ou estatuto – digam-se tratados – e prática)¹⁶. As regras constituídas por meio das práticas costumeiras ocorrem em um processo fluído de exigências e concessões¹⁷. Os tratados ou acordos tornam as normas mais explícitas, ou em outras palavras, codificam práticas passadas, podendo ser definidos, segundo Rezek (1984, p. 21), como “acordo formal, concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”. Trata-se, nos dizeres de Kaplan (1964, p. 36), de “meio eficaz para a execução nacional da lei internacional”. Todavia, para que obriguem, como regime legal que são, tais instrumentos requerem “concordância” e, nestes termos, a sua aplicabilidade restringe-se aos signatários¹⁸. O direito dos tratados é regrado pela Convenção de Viena de 1969, ratificada pelo Brasil em 2009.

No contexto do direito positivo, visto como ordenamento jurídico, ou conjunto de normas, a construção da proteção de direitos em nível global, a exemplo dos direitos humanos, ocorre a partir dos tratados – base do sistema de direito internacional, ou inter-

e responsabilização internacional, quando os direitos são violados. Ademais, pode o próprio indivíduo ter seus direitos protegidos na esfera internacional, quando os direitos humanos forem violados. Assim, a forma que o Estado trata os seus nacionais deixa de ser um problema apenas nacional.

14 Isto sem suscitar a problemática dos novos Estados, ou mesmo dos “Estados falidos” (termo usado por Celso Lafer, no artigo “Um olhar sobre o mundo atual”, publicado no Jornal O Estado de São Paulo, em 20 dez. 2015, ao falar do comprometimento atual da lógica deste sistema e a atuação destes no cenário internacional).

15 Tem-se ainda os princípios gerais de direito, como fontes, tal qual disposto no artigo 38 da Corte Internacional de Justiça, que delibera sobre o tema. Como fontes auxiliares, a doutrina e a jurisprudência. Menção ainda é feita à equidade, de uso facultativo nos processos decisórios.

16 Na antiga terminologia jurídica, “fonte” ou “fonte do direito” eram empregadas para designar os documentos, manuscritos, e impressos dos quais se obtém o conhecimento do direito vigente, sendo que, no caso do direito internacional, as coleções de tratados internacionais, as publicações legislativas dos Estados quanto aos tratados ratificados, as anotações de normas consuetudinárias e todo material de arquivo que venha a constituir prática do direito nas relações internacionais (NIEMEYER, 1930, p. 35).

17 Kaplan (1964, p. 34) discorre a respeito, esclarecendo que “[...] pela ação unilateral justificada ou justificável pelo Estado, pela referência aos interesses da comunidade internacional, pela concessão a outros Estados de direito de agir e obrigação de abster-se de agir da mesma maneira em outras circunstâncias”.

18 Em contraposição, segundo enfatiza Kaplan, os costumes e, acrescentam-se, também, os princípios gerais de direito, são considerados universalmente aplicáveis. Preferimos não entrar em pormenores a respeito, já que pode suscitar maiores discussões jurídicas

estatal. Com isto, gera formalmente a responsabilidade deste Estado perante os demais signatários e perante a sociedade internacional como um todo, obrigando-se a cumprir com o que foi acordado. Ademais, parece conferir certa segurança jurídica, de modo a que os termos acordados possam vir a ser invocados e aplicados em casos concretos. Trata-se, pois, de um relevante elemento na construção de uma ordem internacional mais globalizada e mais integrada em suas estruturas.

Ainda que de forma breve, não se pode deixar de fazer menção à necessidade de incorporação dos tratados ao sistema jurídico interno, no conceito monista tal qual adotado pelo Brasil (recepção do direito internacional no ordenamento jurídico local). Em termos práticos, uma vez firmado pelo Presidente da República, deve o tratado ser aprovado por ato do legislativo (Decreto-Legislativo), ratificado e promulgado pelo Presidente da República, segundo processo constitucional próprio (Constituição Federal de 1988, artigos 49, I e 84, VIII) para que entre efetivamente no ordenamento jurídico brasileiro. Isto leva à questão acerca da obrigatoriedade do cumprimento dos tratados pelos Estados e o tema, brevemente abordado a seguir, no que toca aos direitos humanos, primeiramente, da hierarquia entre tratados e normas constitucionais¹⁹, ademais da hierarquia entre tratados e leis internas. Fato é que se verifica a falta de diretriz em nosso ordenamento para definir uma regra geral para o suscitado tema de hierarquia de normas e dos tratados, ficando a cargo da doutrina e jurisprudência a sua delimitação²⁰.

2.2. Especificidade dos tratados quanto aos direitos humanos

Em matéria de direitos humanos, verifica-se, conforme já mencionado, efeito direto da globalização quanto ao aspecto referente à proteção destes direitos em nível global. Verifica-se, pois, normas de Direito Internacional (com destaque aos Tratados), regulando a matéria, como verdadeiro corpo sistematizado e coerente, com princípios, objeto e metodologia próprios, nos dizeres de Ramos (2014, p. 55). São os Estados, atores internacionais na produção do direito das gentes, que atuam conjuntamente para produção de tal direito. Por outro lado, é importante a perspectiva de que, a partir da construção deste direito, estes mesmos Estados comumente acordam em obrigarem-se, diga-se sujeitar-se, responsabilizando-se pelos atos advindos de sua violação, quando tidos como infratores de tais direitos. Este movimento ocorreu a partir do pós-guerra, em uma reação às atrocidades do nazismo.

19 A discussão opera-se primeiramente entre tratado e as normas constitucionais, caso em que, nossa Constituição Federal, em seu artigo 102, II, consagra o princípio da supremacia da Constituição, ao conceder ao Supremo Tribunal Federal a competência para declarar a inconstitucionalidade dos tratados. Exceção ocorre em matéria de direitos humanos. Vide capítulo 2.2.

20 Discute-se, sem uma solução pacífica, a prevalência: (I) o primado do Direito Internacional, com prevalência do tratado frente à lei ordinária (posição esta adotada pelo artigo 27 da Convenção de Viena sobre os Tratados, a qual, o Brasil é signatário, em adoção ao princípio da *pacta sunt servanda*); (II) desta prevalecendo sobre os tratados; ou ainda (III) da igualdade entre lei interna e tratado, caso em que o princípio da *lex posterior derogat priori* deve ser aplicado. Exceção ocorre em matéria de direitos humanos.

Forma-se, assim, conforme enfatiza Piovesan (2014, p. 35), o sistema normativo global de proteção dos Direitos Humanos, no âmbito das Nações Unidas, a partir da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Ao lado deste, atuando de forma complementar, tem-se o sistema normativo regional de proteção, que busca internalizar os direitos humanos no plano regional, e, ainda, o sistema nacional de proteção.

Nesta seara internacional, suplementar à nacional, destaca-se a criação de mecanismos de responsabilização, fiscalização e controle internacional, acionáveis quando o Estado se mostra omissivo ou falho na implementação destes direitos. Enfatiza a jurista que, no Brasil, o movimento de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos ocorreu a partir do processo de democratização do país, iniciado em 1985²¹, com muitos tratados ratificados a partir da Constituição de 1988, o que determina o primado da prevalência dos Direitos Humanos, como princípio orientador das relações internacionais (Art. 4º, inciso II, da Constituição Federal), fundamental para posicionar o Brasil em outro patamar de proteção destes direitos²².

Em matéria de tratados de proteção aos Direitos Humanos, tema importante é referente à incorporação dos mesmos ao ordenamento jurídico nacional. Por força do art. 5º, parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal, tais tratados apresentam hierarquia diferenciada, ao que a doutrina define ser: (I) hierarquia de norma constitucional e aplicação imediata, conforme defendido por Flávia Piovesan, ou, ainda, (II) mais especificamente por força do art. 5º, parágrafo 3º, hierarquia de norma constitucional ou de emenda constitucional, apenas quando aprovados em dois turnos das duas casas por 3/5 dos membros. Para esta corrente, nos casos em que ocorram outras hipóteses de aprovação (i.e. quórum que não seja de 3/5 dos membros, aprovados em dois turnos das duas casas), os tratados adquirem status infraconstitucional, porém supralegal, impedindo a eficácia das leis que lhe forem contrárias. Sobre a referida incorporação imediata, esta ocorre a partir do ato de ratificação, quando passam a irradiar efeitos jurídicos na ordem internacional e nacional, sem que requeira ato normativo interno (Decreto Legislativo).

Em havendo conflito entre norma constitucional e tratado de Direitos Humanos, segundo Piovesan, o critério a ser adotado seria da escolha da norma mais favorável à vítima, ao indivíduo, titular de direito. Esse critério encontra-se ratificado em diversos tratados internacionais de direitos humanos, tais como a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e o Pacto dos Direitos Civis e Políticos.

21 O marco inicial foi a ratificação da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 1989.

22 Por decorrência, a adesão do Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos simbolizou o aceite da ideia contemporânea de globalização desses direitos, bem como, fez transparecer a latente preocupação brasileira concernente ao tema para a comunidade internacional.

3. A dignidade humana e os direitos humanos

3.1. Dignidade humana: amplitude do conceito e elementos essenciais

Tendo por base que a dignidade humana compreende um conceito – cujo sentido e alcance são influenciados por vertentes históricas, políticas e religiosas – trataremos de um sentido mínimo, aplicável em âmbito universal, a qualquer ser humano, a qualquer tempo e onde quer que se encontre.

Sarlet (2004, p. 59-60) propõe uma pontual *conceituação jurídica* de dignidade da pessoa humana, ao descrever que é:

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.

Pensando em termos de *desmembramento do conceito*, podemos destacar três conteúdos essenciais: valor intrínseco, autonomia e valor social da pessoa humana. De forma sucinta, entende-se:

(I) Valor intrínseco da pessoa humana: no plano filosófico, é comum e inerente a todos os seres humanos, tratando-se assim, do elemento ontológico da dignidade, ligado à natureza do ser (ABBAGNANO, 1998, p. 662), independentemente, pois, de qualquer concessão por terceiros e não podendo ser retirada ou perdida (BARROSO, 2010, p. 13). É o que distingue o ser humano dos demais seres vivos e das coisas. Tal condição singular é justificada pela unicidade expressada pela inteligência, sensibilidade e comunicação de cada indivíduo. Encontra-se em diferentes documentos internacionais e é mencionado por inúmeros doutrinadores.²³ Na esfera jurídica o valor intrínseco da pessoa humana está na égide de inúmeros direitos fundamentais, digam-se direitos humanos, sendo o primeiro deles, na ordem natural, o direito à vida. Em torno deste é que são estabelecidos vários debates de enorme complexidade jurídica e até mesmo moral, tais como aqueles ligados à pena de morte, ao aborto e à morte digna, tema este que será tratado no item 5 deste artigo. Para além do exposto, do valor intrínseco dependem outros direitos, nomeadamente os voltados à igualdade, integridade física e integridade moral ou psíquica.

23 A própria Carta da ONU, de 1945, afirma o exposto, ao inferir em seu preâmbulo “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano”. Premissa também verificada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948 e na Declaração de Viena, de 1993. Em Viena foi definitivamente legitimada a noção de indivisibilidade dos direitos humanos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

(II) Autonomia da vontade: elemento ético da dignidade, concernente à razão e à execução da vontade, conforme os preceitos normativos vigentes. Refere-se à capacidade de autodeterminação individual, que compreende o direito de tomar as próprias decisões, de escolher os caminhos a percorrer e de, também, poder desenvolver a personalidade da forma que melhor convier. É justamente o poder de realizar escolhas livremente, partindo de valorações morais próprias, isentas de interferências externas (BARCELLOS, 2002, p. 223).

(III) Valor comunitário: elemento social da dignidade, que remonta a ideia da inter-relação entre o indivíduo e o grupo a que pertence. Trata-se do estreitamento da liberdade individual, sendo seu elemento central a própria dignidade, que passa, então, a moldar o conteúdo e o limite da liberdade (proteção do indivíduo contra atos do próprio sistema social em que está inserido, proteção de direitos de terceiros²⁴ e de valores sociais).

A dignidade precisa ser compreendida como um *conceito em desenvolvimento, aberto e plural*. Como veremos, a dignidade foi revivificada no mundo do pós-guerra e teve o condão de unificar nações em um movimento contra o nazismo e todos os seus desdobramentos. E, em função de toda a noção de humanidade inserida no bojo do seu conceito, fora consolidado o consenso de que a dignidade seria o grande fundamento dos direitos humanos, tema objeto do item 3.2 deste artigo. E qual seria a ideia nuclear desse conceito? Justamente o valor da pessoa humana e a plena igualdade entre os seres humanos.

O que se pretende através do estudo da dignidade humana é justamente a produção de um *conceito transnacional e universalmente* aceito. Todavia, óbices relacionados às circunstâncias históricas, religiosas e políticas de diferentes nações dificultam tal construção. A busca compreende a ideia de universalização, observado o multiculturalismo, de modo que a dignidade humana possa ser partilhada, desejada por todos indistintamente e dotada de conteúdos laicos e universais, a exemplo do conceito adotado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

3.2. Dignidade humana como princípio de direito

A dignidade humana tem o início de sua discussão no âmbito da filosofia. Nesta esfera, constitui, em primeiro plano, um valor, indicando um conceito axiológico, ligado ao ideal do que é bom, justo e virtuoso²⁵. Quando levada para o campo do Direito, a

24 Cumpra salientar que, a dignidade de uma pessoa humana não pode ser suprimida, independentemente se o interesse for próprio ou de terceiros. Contudo, em dadas situações, algumas características nucleares da dignidade podem ser paralisadas. Isso ocorre, *verbi gratia*, nos casos em que um condenado criminalmente tem a sua prisão realizada de forma legítima. Ou seja, a liberdade do então apenado resta paralisada.

25 Para Alexy (2008, p. 145) os conceitos práticos são divisíveis em três categorias: axiológicos, deontológicos e antropológicos. Os primeiros são pautados na ideia de “bom”. Os deontológicos, a de “dever ser”. E, por último, os conceitos antropológicos restam associados às noções de “vontade, interesse e necessidade”.

dignidade humana, sem deixar de ser um valor moral fundamental, ganha também o status de *princípio jurídico*²⁶. Sob essa condição de princípio, a dignidade humana toma assento ao lado de valores imprescindíveis ao Direito, tais como: justiça, segurança e solidariedade (TORRES, 2005, p. 41).

Os *princípios*²⁷ são normas jurídicas com conteúdo axiológico, que legitimam valores sem a determinação de comportamentos específicos. Num sistema jurídico posto, o papel dos princípios difere do das normas, na medida em que eles se irradiam por outras regras, condicionando seu sentido e alcance.

Apesar de ser qualificada como um valor ou princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana não é absoluta, contudo, é quem precede todos os outros argumentos em situações conflitantes que envolvam outros princípios (ALEXY, 2008, p. 105-109) e, tal premissa, deve ser aplicada tanto nas relações privadas quanto naquelas que envolvem Estado e indivíduo.

3.3. Correlação com a proteção dos direitos humanos

A conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos – ou fundamentais – é deveras estreita.

De um lado temos a ideia de dignidade, que é mais próxima do campo da filosofia, por expressar os valores morais que individualizam as pessoas e as revestem de respeito e consideração, ainda que elevado à categoria de princípio de Direito; de outro, temos os direitos humanos, que são mais próximos do Direito, pelo fato de traduzirem a atuação judicial e a tutela dos indivíduos através de normas coercitivas.

Para Otero (2007, p. 254) a dignidade é um valor supremo, máximo, dotado de uma natureza sagrada e de direitos inalienáveis, que afirma-se como valor irrenunciável e cimeiro de todo o modelo constitucional, servindo de fundamento do próprio sistema jurídico: O Homem e a sua dignidade são a razão de ser da sociedade, do Estado e do Direito.

Justamente por fazer parte desse plano ético, em que os principais valores e princípios regentes do Direito orbitam, é que muitos autores entendem a dignidade humana como a *justificação moral* dos direitos humanos e dos direitos fundamentais e, tal dicotomia tem razão de existir.²⁸ Tanto, que a dignidade humana passou a ser consid-

26 Isto, apesar de “valor” e “princípio” serem categorias distintas no plano teórico. No entanto, ambos os institutos são deveras relacionados e não possuem diferenciação relevante do ponto de vista prático, bastando que, para tanto, seja reconhecida e estabelecida a relação entre os planos axiológico e deontológico, que perfazem a moral e o Direito.

27 Conforme palavras de Nunes (2004, p. 363) cabe ao interprete levar em consideração que: princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade ocupa posição de preeminência nos horizontes do sistema jurídico e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com elas se conectam.

28 Na atualidade, a doutrina assentou a chancela de “direitos fundamentais” aos direitos humanos positivados em determinado sistema jurídico constitucional; ao passo que, sob a denominação de “direitos humanos” repousa a noção retirada dos mais variados documentos estrangeiros, sem vinculação com qualquer ordenamento interno específico

erada um dos principais fundamentos dos Estados democráticos. A dignidade impõe-se como núcleo básico e formador de todo e qualquer ordenamento jurídico, vez que deve ser percebida como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão de qualquer sistema normativo, mormente o sistema constitucional interno de cada país (PIOVESAN, 1997, p. 25). Desta maneira, a dignidade humana funciona precipuamente como uma fonte jurídico-positiva para os direitos fundamentais – o que lhes confere os atributos da coerência e da unidade –, oferecendo, sobretudo, uma noção de “sistema”.

Entendido como valor axiológico, o princípio fundamental da dignidade humana funciona como uma espécie de “lei geral” para os direitos fundamentais (digam-se direitos humanos positivados), que são, por sua vez, especificações da dignidade (SARLET, 2006, p. 115).

Assim sendo, concluímos que para uma devida interpretação e efetiva salvaguarda dos direitos humanos, o interprete deverá realizar sua análise pautando-se no fato de que o bem maior a ser protegido é – e sempre será – a dignidade da pessoa humana. Desta forma, qualquer norma que viole e infrinja os preceitos fundamentais de respeito à dignidade da pessoa deve ser sumariamente abduzida de qualquer ordenamento, em função de sua incompatibilidade ético-jurídica com os princípios da Declaração dos Direitos Humanos, recepcionados pela Constituição de 1988.

4. Direitos humanos no sistema jurídico brasileiro à luz do direito internacional

Com foco no direito brasileiro, vejamos neste item como o sistema jurídico, entendido como ordenamento ou conjunto de normas, delibera sobre o tema. Demonstraremos a evolução dos tratados internacionais que tratam da dignidade da pessoa humana no contexto dos direitos humanos e a incorporação destes ao direito interno.

4.1. Dignidade humana no cenário internacional e os principais tratados

A dignidade humana, na civilização ocidental, passou a fazer parte de documentos jurídicos apenas no final da segunda década do século XX, a partir das Constituições do México, de 1917, e da Alemanha de Weimar, de 1919 (McCRUDDEN, 2008, p. 664).

Entretanto, a inserção da dignidade nos principais documentos internacionais iniciou-se após a Segunda Guerra Mundial, fazendo, assim, com que a dignidade passasse a ter um papel importante no discurso concernente aos direitos humanos. Dentre os tratados principais e mais abrangentes em matéria de direitos humanos, que incluem a dignidade da pessoa humana em seu bojo, destacam-se: a Carta da ONU, de 1945, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, a Conferência das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos, de 1968 em Teerã, a Convenção Interamericana de Direitos Huma-

e com pretensão de validade universal. (SARLET, 2009, p. 29)

nos (Pacto San Jose da Costa Rica) de 1969 e a Declaração de Viena de 1993²⁹. Ademais, há outros tratados de conteúdo mais específico, que igualmente incluem a dignidade da pessoa humana em seu texto³⁰. O direito brasileiro recepcionou estes tratados por meio de procedimento constitucional próprio, passando a fazer parte do ordenamento jurídico nacional.

Em consonância, observa-se esta mesma positivação da dignidade da pessoa humana, no contexto de proteção de direitos, na Constituição de diversos países³¹ prevendo, outrossim, a exemplo da Constituição Alemã, a inviolabilidade da dignidade humana, ao conferi-la status de valor fundamental e núcleo axiológico de todo o sistema constitucional. Recentemente, a dignidade recebeu especial destaque na Carta Europeia de Direitos Fundamentais, de 2000, e no Projeto da Constituição Europeia, de 2004.

Em suma, o tratamento hodierno do tema tem sido no sentido da incorporação e refinação das ideias, condensando-as em uma única proposição, de aceitação universal, o que está em linha com o disposto no item 2.2 referente à formação do sistema global de proteção.

4.2. Legislação interna: normas específicas nacionais

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal faz menção expressa, (artigo 1º, inciso III) ao princípio que determina ser a dignidade da pessoa humana fundamento do Estado Democrático de Direito³². Trata-se de principal fonte de direitos humanos em nosso ordenamento, e que confere à *dignidade* da pessoa humana fundamental importância.

29 Nela encontra-se a assertiva no sentido de que “todos os direitos humanos têm origem na dignidade e valor inerente à pessoa humana”. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>. Acesso em: 1 abr. 2016.

30 A saber, dentre outros: Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966, Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966, Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1965, Convenção sobre tortura de 1985, Convenção sobre o Apartheid nos esportes de 1986, Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, Convenção das Nações Unidas sobre a Universidade Biológica (ECO/92) de 1992, Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher de 1999, Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes de 1984 e Convenção Internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migratórios e de seus familiares de 1990.

31 São várias as Cartas Magnas estrangeiras que referenciam expressamente a dignidade em seus textos. África do Sul, Brasil, Espanha, Israel, Itália, Japão, Espanha, Hungria e Suécia, em meio a muitas outras Constituições, incluem a premissa da observância à dignidade humana, seja no texto constitucional, ou no preâmbulo, tal qual o Canadá preferiu. Nas Constituições de países tais como Estados Unidos e França, não há qualquer menção expressa à dignidade humana, porém, em decisões importantes e complexas, os tribunais têm invocado o conceito da dignidade e sua força jurídica, criando, assim, jurisprudência.

32 Ainda na Constituição Federal encontramos no artigo 5º - o que expressamente trata os direitos fundamentais individuais -, em seu inciso III, que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Convém ressaltar, porém, que na esfera constitucional brasileira, a maior incidência do termo ‘dignidade’ está ligada às situações em que ocorrem: ambiguidade de linguagem, lacuna normativa, colisão de normas constitucionais com direitos fundamentais e, ainda, desacordo moral razoável.

Há, igualmente, outras leis específicas que trazem o tema dos direitos humanos, com um viés de dignidade da pessoa humana a permear os textos normativos. Dentre estes, vale referir o Estatuto dos Refugiados (Lei 9.474/1997) e a Lei de Tortura (Lei 9.455/1997), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), a Lei que dispõe sobre atendimento diferenciado às pessoas com deficiência (Lei 10.048/2000), o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) e a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006).

Por fim, convém fazer menção às decisões judiciais, que como normas individuais e concretas, igualmente integram nosso ordenamento. Neste contexto, a invocação da dignidade da pessoa tem ocorrido no sentido de suporte argumentativo de outra tese anteriormente concebida. Isso por decorrência do grau de abrangência e detalhamento da Carta Magna, precipuamente no que tange ao seu extenso rol de direitos fundamentais.

5. O Direito e o direito de morrer: em busca de consensos

5.1. Direito de morrer como direito à dignidade da pessoa humana

Antes mesmo de tornar-se parte do universo jurídico através da positivação, ou via consagração jurisprudencial, a dignidade já detinha um papel absolutamente relevante, identificada como valor pré e extrajurídico, dotada de capacidade de influência sobre o processo interpretativo. Esse preceito se faz perfeitamente aplicável às discussões voltadas ao direito de morrer.

Na sua trajetória “rumo ao Direito”, a dignidade contou com os benefícios oriundos de uma cultura jurídica pós-positivista. Com isso, por decorrência de uma reaproximação entre o Direito e a ética, o ordenamento jurídico tornou-se permeável aos valores morais. Consolidou-se, então, a convicção de que, nos casos ditos como difíceis, em que uma resposta imediata, pré-pronta inexistente no direito posto, a construção da solução constitucionalmente necessária, precisa recorrer a elementos extrajurídicos, tais como a filosofia moral e a filosofia política (DWORKIN, 1996, p. 7-12). E, dos elementos supraditos, sobressai a dignidade humana.

Não há antagonismo entre o direito de viver e o direito de morrer. Em verdade, são duas dimensões do mesmo direito. Tanto, que o direito de viver já foi objeto de consideração da Igreja Católica, na Declaração da Eutanásia³³. No Brasil, o ordenamento jurídico assegura o *direito de viver*³⁴. Contudo, em função do suposto contraponto antes comen-

33 Asseverou que, de fato, “há quem fale de ‘direito à morte’, expressão que não designa o direito de se dar ou mandar provocar a morte como se quiser, mas o direito de morrer com toda a serenidade, na dignidade humana e cristã”. Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé. Cidade do Vaticano, 1980. Disponível em: <www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html>. Acesso em: 1 abr. 2016

34 Constituição Federal, artigo 5º, caput: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” - grifos nossos.

tado, não reconhece expressamente o direito de morrer, fazendo com que a doutrina asseverasse a inexistência de tal direito, equivocadamente.

A *autonomia*, elemento essencial da dignidade da pessoa humana é a chave nesse caso. Viver a vida com autonomia configura um direito potestativo, o que significa dizer que pode ser exercido sem a necessidade de autorizações alheias ao indivíduo. Afinal, nenhum ser humano prescinde de licença para viver a sua própria vida. A única exceção ao caso refere-se aos países em que a pena de morte é aplicável. Do contrário, nos Estados em que tal pena não existe, nem mesmo o governo pode restringir o direito de viver, o que nos permite denominá-lo de “direito supremo”.

A renúncia de tal direito só pode ser exercida pelo próprio titular, haja vista seu conteúdo potestativo outrora mencionado. Afinal, se não se tratasse de direito, seria, mormente, conhecido como “dever de viver”. O que não é o caso. Tal “dever de viver” geraria um rol extensivo de consequências jurídicas, iniciado pela punição da tentativa de suicídio, pela proibição dos esportes radicais e qualquer outra atividade que ofereça riscos de morte em geral.

Portugal e Alemanha, sistemas jurídicos paradigmas para o Brasil, possuem punição para o homicídio, tal qual o ordenamento brasileiro. Entretanto, possuem, também, um crime denominado “homicídio a pedido da vítima”, cuja pena se mostra simbólica, quando comparada com aquela existente para o caso de homicídio tradicional. E, tal pena só é aplicada nos casos em que a morte decorre de uma ação, uma conduta positiva. Nos casos em que o pedido é negativo, ou seja, para deixar de fazer algo, não há crime³⁵.

Mas, o que seria a eutanásia? Etimologicamente, o termo na antiguidade, significava uma “morte suave”, sem ferimentos atrozes. Na atualidade, um sentido mais amplo vem sendo utilizado, a exemplo do que preconiza a Igreja Católica. Para a entidade significa

dar a morte por compaixão, para eliminar radicalmente os sofrimentos extremos ou, ainda, evitar às crianças anormais, aos incuráveis ou doentes mentais, o prolongamento de uma vida penosa, talvez por muitos anos, o que poderia ocasionar encargos – emocionais e financeiros – para as famílias ou para a sociedade.³⁶

Em outras palavras, a eutanásia compreende uma ação benevolente de um profissional de saúde, que, ao fim, provoca a morte, visando eliminar toda a dor de alguém.

35 Nesse caso, restam incluídos os casos voltados à omissão de tratamentos médicos a pedido do doente. O tipo penal narrado não se compara ao caso da eutanásia passiva.

36 Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, Cidade do Vaticano, 1980. Disponível em: <www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html>. Acesso em: 1 abr. 2016.

Não respeitar o *direito de morrer*, que é totalmente conectado ao *direito à auto-determinação*, representa um constrangimento ilegal, podendo inclusive culminar em abuso de poder e lesão corporal, conforme ensinamentos de Roxin (2005, p. 23):

se o paciente recusa a operação que salvaria sua vida, ou a necessária internação numa unidade de tratamento intensivo, deve o médico abster-se de tais medidas e, se for o caso, deixá-lo morrer. Esta solução é deduzida, corretamente, da autonomia da personalidade do paciente, que pode decidir a respeito do alcance e da duração de seu tratamento.

A premissa se faz tão verdadeira que, na eventualidade de um indivíduo descobrir-se com grave enfermidade, que demande vital tratamento, o fato da recusa deste, o faria incorrer em algum crime, já que estaria atentando contra o seu direito (ou seria dever?) de viver. Mas não é o caso, vez que inexistente o tipo penal ligado à hipótese elaborada.

O *dever do cuidado*, que decorre da relação do paciente com o seu médico, cessa – segundo o próprio Código de Ética Médica³⁷ – com a oposição a este, que deve ser feita autonomamente pelo doente ou seu representante legal. Exemplo que pode ser apresentado concerne ao pedido instantâneo ou a recusa aos tratamentos em geral, feita por diretivas antecipadas, a que se denomina Suspensão de Esforço Terapêutico (SET), que visam apenas o adiamento da morte, ao invés da manutenção da vida. A finalidade do SET é afastar o obstáculo “tratamento” para que a morte ocorra da forma mais natural possível, atendendo ao melhor interesse do doente³⁸.

Na Constituição Federal, a diretiva apresentada encontra suporte no artigo 1º, III e artigo 5º, III, ao asseverar e reconhecer a *dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito*. A morte digna, tanto quanto a vida digna, compreende um direito humano. E, por morte digna tem-se o ideal de uma morte sem dor, sem angústia e de acordo com a vontade do indivíduo titular do direito de viver e de morrer.

5.2. A ausência de preempatório regramento no Brasil e no direito internacional

Conforme asseverado anteriormente, as leis brasileiras não autorizam o procedimento da eutanásia, que se trata da morte decorrente de ato destinado à abreviação da

37 O próprio Código de Ética Médica repete tais princípios, tanto quanto, proíbe o médico de realizar procedimentos terapêuticos contra a vontade do paciente, a menos que se trate de um quadro de emergência, o que difere, em muito, do caso de um quadro irreversível.

38 A Igreja Católica, por meio da já suscitada Declaração da Eutanásia, concluiu algo no mesmo sentido, ao ressaltar que: “na iminência de uma morte inevitável, apesar dos meios usados, é lícito em consciência tomar a decisão de renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso à vida, sem, contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes”. Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, Vaticano, 1980. Disponível em: <www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html>. Acesso em: 01 abr. 2016.

vida do paciente terminal, em função do sofrimento deste. No ordenamento posto, *não há qualquer norma que autorize taxativamente a prática.*

Em âmbito *infra legal*, existem dois normativos emanados do Conselho Federal de Medicina (CFM) que observam o tema do doente incurável: o Código de Ética Médica³⁹ e a Resolução CFM nº 1.805⁴⁰, em situações em que se respeita a vontade do paciente ou de seu representante legal (diga-se respeito à autonomia humana, elemento essencial da dignidade da pessoa humana), ou ainda em que é permitida a limitação ou suspensão dos procedimentos ou tratamentos que visem prolongar a vida do doente.

Observa-se que, até então, não havia uma clara disposição federal sobre o tema. Mas o Estado de São Paulo inovou (causando, sim, um conflito legal) e publicou uma norma excepcional: a Lei dos Direitos dos Usuários dos Serviços de Saúde do Estado de São Paulo⁴¹ – Lei nº 10.241/99, mais conhecida como “Lei Mário Covas”, seguida da Portaria nº 675/MS/GM de 30 de março de 2006 do Ministério da Saúde, aprovando a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde⁴². Referido documento consolidou os direitos e deveres do exercício da cidadania na saúde no país, reafirmando ser direito do usuário concordar ou recusar, livremente, sobre procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo se tal escolha puder acarretar risco à saúde pública⁴³.

Em linha com a Resolução supracitada, sobreveio o Projeto de Lei do Senado nº 524/2009, dispondo sobre os direitos em fase terminal de doença, na tentativa de regulamentar a prática da ortotanásia⁴⁴, em respeito à vontade do paciente, via devido processo legislativo. Referido projeto foi arquivado ao final da Legislatura de 2014.

39 Código de Ética Médica. Artigo 41: é vedado ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. O artigo é complementado com um parágrafo único: nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

40 Resolução nº 1.805, de 2006, trata dos procedimentos terapêuticos de prolongação da vida dos doentes terminais ou acometidos por graves enfermidades, regulamentando, outrossim, a ortotanásia. Ao médico, na situação narrada, seria permitida a limitação ou suspensão dos procedimentos ou tratamentos que visem prolongar a vida do doente. Entretanto, seria obrigado a garantir-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levassem o paciente ao sofrimento, *desde que respeitada a vontade deste ou de seu representante legal.* (grifos nossos)

41 Tal diploma estabeleceu em seu artigo 2º que “são direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo: XXIII - recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida; e XXIV - optar pelo local de morte”

42 Importante ressaltar que, o uso da palavra usuário – ao invés de paciente para definição do sujeito passivo – não foi uma mera coincidência ou opção linguística neutra, mas sim, um passo decisivo para consolidar, no sistema de saúde nacional, a prevalência do interesse do doente e não mais do profissional de saúde que até então, figurava como um verdadeiro juiz sobre a vida do enfermo.

43 No mesmo documento, é previsto o direito de o paciente revogar ou retratar, a qualquer momento, por decisão livre e esclarecida, o consentimento ou a recusa anterior, sem que lhe sejam imputadas sanções morais, administrativas ou de qualquer natureza (RIBEIRO, 2006, p. 41).

44 Termo utilizado para definir a morte natural, com a menor interferência possível da ciência, principalmente no que tange aos procedimentos invasivos, caros e indubitavelmente ineficazes à cura, permitindo, assim, ao paciente, um morrer mais digno, com o menor sofrimento possível. Para tanto, evitam-se os métodos extraordinários de suporte

Apesar de também não existir um tratado internacional que autorize expressamente a prática, alguns países já admitiram o direito de morrer com dignidade. A Holanda regulamentou através de ato legislativo o término da vida pelo médico a pedido do paciente, em 2002, permitindo, inclusive, a eutanásia em menores de idade, a partir dos 12 anos. Apesar de legalizada, a eutanásia sofre intenso controle naquele país. Cada caso é encaminhado a uma comissão regional onde médicos, juízes e sociólogos manifestam suas opiniões. Em caso de dúvida, o poder judiciário atua. Na Bélgica, onde a prática é regular, a legalização ocorreu em 2002, após manifestação favorável do Comitê Consultivo Nacional de Bioética, que encarou o dilema existente acerca do tema. Atualmente, o país autoriza a prática em pacientes de qualquer idade, desde que estejam em estado terminal.

Na América do Sul, tanto o Uruguai quanto a Colômbia⁴⁵ toleram a prática de acordo com o caso concreto. No Uruguai, desde 1934 o país prevê isenção da pena para quem praticar o “homicídio piedoso”, que ocorre em função da compaixão pela vítima em estado terminal, desde que cumprido determinados requisitos.

Nos Estados Unidos a regulamentação da prática é de competência de cada um dos Estados da Federação. Até o momento apenas três Estados⁴⁶ autorizam a prática do suicídio ou morte assistida, método no qual o próprio paciente ingere medicamentos letais previamente prescritos por médico. Na Suíça não há regulamentação expressa, contudo, a Corte Federal já reconheceu o direito de morrer dos pacientes, através da morte assistida.

A implementação de uma filosofia de cuidado mais honrado e decente dos pacientes terminais poderá culminar em uma nova medicina. Essa perfaz uma alternativa saudável na direção de se criar uma cultura de respeito à dignidade do ser humano em um momento crítico de sua existência: o de enfrentar a própria morte. E isso, pelo fato de que, como vimos dizendo, tanto quanto a vida, a morte digna, sem dor e angústia, também corresponde a um direito humano!

Em relação a processos julgados sobre “eutanásia”, observa-se que no âmbito do STJ, os acórdãos são relacionados à eutanásia canina, equina ou ao controle de zoonoses.

de vida, tais como os medicamentos e aparelhos.

45 Na Colômbia, há decisões judiciais autorizando o feito em 1997. No caso, a Corte Constitucional Colombiana decidiu pela isenção da responsabilidade penal de quem cometesse o tal “homicídio piedoso”, também, desde que houvesse consentimento prévio e inequívoco do paciente em estado terminal. A insegurança jurídica daquele Estado ainda permanece.

46 O Estado do Oregon autorizou em 1997, mediante referendo popular, tanto quanto ocorreu no Estado de Washington, em 2008. No Estado de Vermont, a legalização ocorreu pela via legislativa. No Estado de Montana o procedimento pode ser autorizado através da via judicial e, no Estado do Texas, a Lei Advance Directives Act autoriza em determinados casos que médicos e hospitais paralise os tratamentos quando estes se mostrarem inadequados ou fúteis, permitindo, assim, a chamada eutanásia passiva.

Já no âmbito do STF, apenas três foram os julgados encontrados, e se referem à interrupção de gravidez de feto anencéfalo⁴⁷ e pesquisas com células tronco embrionárias⁴⁸.

Conclusão

A presente pesquisa teve como escopo uma reflexão no plano jurídico sobre a eutanásia à luz da dignidade da pessoa humana, princípio formador dos Direitos Humanos; e, portanto, teve como campo de análise, aquelas pessoas que se encontram em estado terminal ou em estado vegetativo persistente, com incuráveis enfermidades.

Ainda que verifiquemos efeito direto da globalização quanto à proteção dos Direitos Humanos em nível global, que a partir dos tratados confere verdadeiro corpo sistematizado e coerente, com princípios, objeto e metodologia próprios, fato é que não se vislumbra internacionalmente regramento específico acerca do direito de morrer. Por mais que inúmeros tratados tratem o tema da dignidade humana com brilhantismo – e esses façam parte do ordenamento jurídico brasileiro a partir do processo constitucional de incorporação –, não há qualquer menção sobre a possibilidade de um digno descanso. A respeito do tema, no Brasil vige um verdadeiro vácuo legislativo.

Uma real apreciação da dignidade humana aponta na direção da liberdade individual e em favor de um sistema jurídico que incentive cada um dos indivíduos a tomar decisões individuais sobre a própria morte. A liberdade é a exigência fundamental e absoluta do amor-próprio. E, por venerarmos a dignidade é que insistimos na liberdade.

Entendemos que o papel do Direito, quer por meio de tratado internacional ou através de lei interna, deve ser o de disciplinar a legitimidade do consentimento apresentado, bem como, o de indicar quais seriam os imprescindíveis cuidados que deveriam ser adotados pelos agentes da medicina antes do ato de abreviação da vida. Isso porque, ao validar a Resolução nº 1.805/2006 do CFM, o Judiciário nacional demonstrou observar a evolução dos costumes e das relações sociais, indicando que o país está preparado para mudanças, que tenham como fundo o resgate da dignidade do ser humano, inclusive no que tange à morte.

Dessa forma, a elaboração de um rol taxativo – com disposições acerca da necessidade de verificação da origem da decisão e da manifestação de vontade do paciente; da confirmação do prognóstico e do diagnóstico; e da verificação de eventuais conflitos ou de interesses entre a instituição hospitalar, médicos, pacientes e eventuais responsáveis – se faz premissa indispensável para que uma morte digna possa ser salvaguardada e, então, oferecida aos pacientes incuráveis em situação terminal.

47 STF, ADPF 54/DF, Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento: 12/04/2012 e ADPF 54 QO/DF - Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 27/04/2005.

48 STF, ADI 3510/DF, Relator Min. Ayres Britto. Julgamento: 29/05/2008.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Mimeografado, dezembro de 2010.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American constitution*. Harvard University Press: 1996.

HABERMAS, Jürgen. Nos limites do Estado. *Especial para Folha de São Paulo*. Tradução José Marcos Macedo. São Paulo. 18 de Jul. de 1999. Caderno mais, p. 5.

_____. *A constelação pós-nacional - ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. *Era das Transições*. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo, 2003.

HELD, David; GOLDBLATT, David. *Global Transformations*. California: Stanford University Press, 1999.

KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicholas de B. *Fundamentos políticos do direito internacional*. Trad. de Sigrid Faulhaber Godolphim e Waldir da Costa Godolphim. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964.

LAFER, Celso. Um olhar sobre o mundo atual. *O Estado de São Paulo*, ed. 20 dez. 2015.

McCRUDDEN, Christopher. *Human dignity and judicial interpretation of human rights*. The European Journal of International Law. vol. 19. n. 4. EJIL: 2008.

NIEMEYER, Theodor. *Derecho Internacional Publico*. Barcelona: Ed. Labor. 1930.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2004.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública - O Sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. *Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil*. In: *Revista Sapiencia*. Ed. 17, ano 3. abril e maio, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

REZEK, José Francisco. *Direito dos Tratados*. São Paulo: Forense, 1984.

RIBEIRO, Diulas Costa. *Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte*. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 22(8):1749-1754, ago. 2006.

ROXIN, Claus. *A tutela penal da vida humana*. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2005.

SAGRADA Congregação para a Doutrina da Fé. Cidade do Vaticano, 1980. Disponível em: <www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html>. Acesso em: 01 abr. 2016

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. São Paulo: Saraiva, 2005.

Recebido em: 08 de junho de 2016

Aprovado em: 14 de setembro de 2016