



ISABELLA FELLET DA CUNHA AFONSO

DISPOSIÇÃO DO DIREITO À VIDA: UMA ANÁLISE DA MORTE DIGNA

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas
Menção em Direito Civil

Julho/2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ISABELLA FELLET DA CUNHA AFONSO

DISPOSIÇÃO DO DIREITO À VIDA:

uma análise da morte digna

DISPOSITION OF THE RIGHT TO LIFE:

an analysis about the dignified death

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilistas/Menção em Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto.

COIMBRA, 2018

ISABELLA FELLET DA CUNHA AFONSO

**DISPOSIÇÃO DO DIREITO À VIDA:
uma análise da morte digna**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilistas/Menção em Direito Civil.

APRESENTADA EM: ____ / ____ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Examinador 2
Instituição

Examinador 3
Instituição

AGRADECIMENTOS

Chega-se a etapa final, é hora de ser grata a Deus por todas as vitórias alcançadas, mas, principalmente, às pessoas que estão ao nosso lado e que nos querem bem. Esta tese, embora seja fruto de árduo e solitário trabalho de investigação, não poderia ser desenvolvida sem que, ao longo desta jornada, eu tivesse pessoas tão especiais e inspiradoras ao meu lado.

Agradeço especialmente ao meu amor Franklin, por ser meu grande exemplo de ser humano do bem, profissional dedicado, ético e responsável, mas, sobretudo, por ser o melhor amigo e companheiro que eu poderia ter. Sem ele, todos os dias seriam difíceis e todos os obstáculos insuperáveis. Obrigada por todos os sorrisos, incentivo, paciência e por nunca me deixar desistir. Todas as “brincas” foram, por muitas vezes, o empurrão que precisava!

Aos meus amados pais, Ângela e Carlos Alberto, agradeço pelo amor e carinho desmedidos, por apoiarem todas as minhas escolhas, por serem modelos de coragem e meu porto seguro, por sempre acreditarem e investirem em mim, por buscarem respostas para todas as minhas dúvidas e por me ensinarem que o futuro é fruto da constante dedicação no presente. Sem vocês eu nada seria.

Ao meu irmão Aloysio e à minha cunhada Liziane pela amizade, pela compreensão, pela força e confiança a mim dedicados, por toda oportunidade concedida, pelo apoio aos meus sonhos, mas, principalmente, por trazerem um pouco mais de alegria a minha vida, presenteando-me com o meu já tão amado sobrinho Matheus.

Ao meu irmão Victor, por ser fonte de luz e amor, sempre ao meu lado me estendendo a mão, compreendendo meus defeitos, qualidades e me incentivando a ser simplesmente eu mesma. Todas as palavras ditas me reerguem quando eu mais necessito.

Aos meus amados avós, Aloysio e Regina, por serem meus heróis, inspiração e modelo de vida a seguir, sempre com determinação e união.

Aos meus sogros, Franklin e Lea, à Cris e Margarida, por me concederem um lar e uma verdadeira família em terras lusitanas.

Ao Professor Doutor Paulo Mota Pinto, orientador da dissertação, agradeço por todo o conhecimento partilhado e por fomentar o meu interesse pelo conhecimento.

À Eni e à Simone, e a todos aqueles familiares e amigos que, de alguma forma, vibram com minhas conquistas, o meu muito obrigada.

“O próprio viver é morrer, porque não temos um dia a mais na nossa vida que não tenhamos, nisso, um dia a menos nela.”

(Fernando Pessoa)

RESUMO

A discussão acerca da existência ou não de um direito de morrer, inevitavelmente, passa pela abordagem dos direitos da personalidade e fundamentais, bem como de sua possível disposição voluntária, motivo pelo qual a pesquisa deve originar-se no estudo conceitual do tema, passando pelas questões relativas à sua renúncia e imperativo de tutela estatal. Somente através da densificação deste tema permite-nos avançar para a possível concretização de um direito a uma morte digna através das diversas modalidades de eutanásia, quando preenchidos os requisitos de doença terminal, lesão definitiva, sofrimento intenso e vontade genuína. A colisão com os direitos fundamentais e de personalidades será sempre inevitável, motivo pelo qual a ponderação de interesses envolvidos deverá ser sopesada pelos operadores do direito, sem que influências religiosas ou políticas possam fazer frente a uma discussão substancialmente ética-existencial. Se, por um lado, a vida é direito fundamental e de personalidade, *prima facie*, indisponível, por outro, há de se reconhecer um mínimo existencial em que a qualidade e a prosperidade são relevantes para definição da dignidade da pessoa humana. Neste passo, é o consentimento, como manifestação genuína da autodeterminação ético-existencial do paciente, capaz de definir a amplitude desta dignidade pessoal.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade. Colisão de direitos. Vida. Dignidade da Pessoa Humana. Eutanásia.

ABSTRACT

The discussion about the existence or not of a right to die inevitably goes through the approach of the personality rights and fundamental rights, as well as of its possible voluntary disposition, reason for which the research must originate in the conceptual study of the subject, happening by the issues related to their renunciation and imperative of state protection. Only through the densification of this theme we can advance towards the possible realization of a right to a dignified death through the several modalities of euthanasia, when the requirements of terminal illness, intense suffering and genuine will are fulfilled. The collision with fundamental rights and personality rights will always be inevitable, which is why the weighting of interests involved should be weighed by legal practitioners without any religious or political influences being able to cope with a substantially ethical-existential discussion. If, on the one hand, life is a fundamental right and a personality right, *prima facie*, unavailable, on the other, an existential minimum must be recognized in which quality and prosperity are relevant to the definition and breadth of the dignity of the human person. In this step, it's consent, as a genuine manifestation of the patient's ethical-existential self-determination, capable of defining the breadth of this personal dignity.

Keywords: Personality Rights. Collision of rights. Life. Dignity of human person. Euthanasia.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.	artigo
Arts.	artigos
BE	Bloco de Esquerda
BVerwG	<i>Bundesverwaltungsgericht</i> (Tribunal Administrativo Federal da Alemanha)
CC	Código Civil português
CDOM	Código Deontológico da Ordem dos Médicos
CDS-PP	Centro Democrático Social - Partido Popular
Cf.	confira
CF/BR	Constituição Federal brasileira
CP	Código Penal português
CRP	Constituição da República Portuguesa
GG	<i>Grundgesetz</i> (Constituição da República Federal Alemã)
PS	Partido Socialista
PAN	Pessoas–Animais–Natureza
PCP	Partido Comunista Português
PEV	Partido Ecologista “Os Verdes”
PSD	Partido Social Democrata
SNS	Serviço Nacional de Saúde
STJ	Supremo Tribunal de Justiça português
v.g.	<i>verbi gratia</i> (por exemplo)

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	9
1 DIREITOS DE PERSONALIDADE: DENSIFICAÇÃO DO CONCEITO E APROXIMAÇÃO COM DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
1.1 Limitação voluntária ou renúncia?	17
<i>1.1.1 O poder de disposição</i>	<i>23</i>
1.2 Dever de proteção estatal v.s. renúncia a direitos de personalidade fundamentais	27
1.3 A proporcionalidade como critério de ponderação de interesses.....	34
2 A (IN)ADMISSIBILIDADE DA DISPOSIÇÃO DO DIREITO À VIDA	39
2.1 Direito a uma morte digna	39
2.2 Eutanásia	42
<i>2.2.1 Eutanásia ativa</i>	<i>44</i>
<i>2.2.2 Eutanásia ativa direta e suicídio assistido</i>	<i>44</i>
<i>2.2.3 Eutanásia ativa indireta.....</i>	<i>48</i>
<i>2.2.4 Eutanásia passiva/Ortotanásia.....</i>	<i>49</i>
2.3 Distanásia.....	53
2.4 Mistanásia.....	55
2.5 Argumentos e interesses envolvidos na seara da morte digna.....	57
<i>2.5.1 Argumentos contrários</i>	<i>57</i>
<i>2.5.2 Argumentos favoráveis</i>	<i>60</i>
2.6 A “Morte Digna” na perspectiva de 2 ordenamentos jurídicos e a evolução da questão em Portugal	67
3 COLISÃO DE DIREITOS: UMA TENTATIVA DE SOLUÇÃO À LUZ DOS CRITÉRIOS DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES COLIDENTES	73
3.1 Dignidade como valor intrínseco	75
3.2 Dignidade como autonomia.....	78
<i>3.2.1 O direito ao livre desenvolvimento da personalidade</i>	<i>84</i>
3.3 Dignidade como heteronomia	87
3.4 Direito à vida	93
3.5 Tomada de posição.....	98

3.6 Estrutura Jus-civilística do consentimento: a concretização do direito à autodeterminação.....	107
CONCLUSÃO.....	116
REFERÊNCIAS.....	120
JURISPRUDÊNCIA.....	133

INTRODUÇÃO

O presente trabalho parte de um enunciado: é admissível a existência de um direito de morrer? Não que se discuta a possibilidade normativa de cessar toda e qualquer vida quando o seu titular simplesmente manifestar o querer de não mais viver, mas, sim, quando em estritas e determinadas circunstâncias, as quais serão constatadas no decorrer deste estudo.

Como se pode imaginar, a resposta não é tão simplória quanto à indagação, uma vez que o direito à vida é indisponível como regra, sendo parcela integrante aos direitos da personalidade, garantias inerentes a todos os cidadãos e adquiridas unicamente pela particularidade de ser pessoa humana.

Ainda que se sustente que toda e qualquer vida careça de indistinta proteção, a realidade aqui analisada passa por uma questão de qualidade e prosperidade de vida, em que viver sob certas degradantes condições impostas por uma doença atroz corresponde a um final de vida em constante e insuportável sofrimento, a uma verdadeira tortura ao titular, a ponto deste pleitear a morte digna por entender ser sua única opção de libertação e cura, ou seja, por não querer ser refém da morte anunciada.

É evidente que o direito não é e nem deve ser visto como remédio psicossocial ou medicinal àqueles que clamam pela interrupção da vida de forma autorizada, mas, ignorar tal penosa realidade não se revela um legítimo meio jurídico de promoção da paz social e tutela da vida.

Há de se reconhecer que, em certos casos, a vida tem fim muito antes da cessação das funções tronco cerebral, e são nestas situações que se discute a importância de uma morte digna, reconhecida aqui pela eutanásia e suas derivações terminológicas.

Todavia, de argumentos religioso, à formação de uma “bica aberta” pelo sistema até um retrocesso das garantias fundamentais, são argumentos utilizados por quem procura frear os processos e movimentos a favor da morte medicalizada.

É certo que, devido ao seu caráter essencial, o bem jurídico vida deva ser preservado, tal como impresso no juramento médico, além de haver uma razão paternalista para tanto. E é por este fato que a defesa do direito de morrer exige rigorosos critérios para configurar sua admissibilidade, de modo a otimizar as garantias e minimizar os prejuízos.

Neste ensejo, importa frisar que, no presente trabalho, o duvidoso direito à morte

digna possuirá seu conceito limitado àquela voluntária realizada por médico e em pacientes maiores de idade, haja vista que, *prima facie*, essa se revela a única forma potencialmente capaz de reduzir riscos e maximizar a proteção ao direito à dignidade como autonomia, fundamentando um *inter mortis* ético.

Posto isso, tendo em vista que o problema evolui a disposição de um direito de personalidade à vida, quando a pedido do próprio titular, esta investigação buscar-se-á mergulhar no estudo dos direitos da personalidade, segundo o Código Civil tutela, como forma de estabelecer o nível de interferência estatal nas escolhas da pessoa.

Neste sentido, a primeira parte deste estudo empenha-se a compreender pela viabilidade jurídica desse pedido, verificando de forma genérica se é possível haver a renúncia ou apenas limitação voluntária de um direito de personalidade fundamental.

Também serão analisados os fundamentos e o âmbito da tutela estatal a direitos de personalidade fundamental, na tentativa de compreender se justifica uma proteção da pessoa contra si mesma, contra sua vontade e conceito de bem ou se, na verdade, trata-se de imposição heterônoma de um determinado padrão de comportamento através de uma intervenção paternalista estatal injustificada.

Uma vez que tais constatações envolvem direitos essenciais à pessoa e interesses comunitários, a melhor solução necessitará ser aferida diante da hipótese fática. Assim, definir-se-ão os critérios para serem aplicados à colisão entre interesses fundamentais para que, em momento oportuno, se possa sopesar os direitos e justificações envolvidos no “direito a morte digna”, implantando as técnicas averiguadas.

Todavia, ressalva-se que o estudo de direitos pessoais, principalmente do direito à vida, é extremamente complexo, envolvendo conceitos e perspectivas amplas do mundo jurídico, que não ficam circunscritos ao Direito Civil. Logo, a análise deverá ser interdisciplinar, caminhando não só pelo direito privado, mas também pelo Direito Constitucional e Direito Penal.

Dessa maneira, munidos de todo o fundamento jurídico, adentra-se no mérito do direito à morte digna, a fim de concluir por sua suposta viabilidade. Neste *continuum*, fundamental será definir o que se entende por disposição da vida na seara da morte assistida por médico, verificando as suas particularidades e desdobramentos.

Para esta análise, buscar-se-á compreender quando é que a vida se torna uma verdadeira tortura, a ponto de o indivíduo pleitear o seu “direito” à morte digna. Para tanto,

estudar-se-ão as formas de manifestação da morte digna, designadamente da eutanásia e suas modalidades, definindo conceitos, averiguando a ilicitude de uma ou outra forma, bem como distinguindo-a de outros institutos envolvidos no debate.

Apresentar-se-ão os principais argumentos existentes no debate da não punibilidade da eutanásia – sejam eles a favor ou contra –, na visão da opinião pública, de especialistas, juristas e, até mesmo, baseados em decisões jurisprudenciais exaradas no mundo a respeito da questão.

Somente após tal definição se obterá clareza conceitual, de modo a ser possível analisar a sua validade e ponderar os bens em conflito, com destaque ao direito à dignidade da pessoa humana e ao direito à autodeterminação e seus desdobramentos, quando em confronto com o direito à vida, ordem pública, bons costumes e o interesse público.

Por fim, recorda-se ainda a recente discussão parlamentar acerca da eutanásia em Portugal que, embora tenha novamente sido “chumbada”, está longe de chegar ao fim, ao qual profetiza-se um cenário de novas proposições em um futuro não muito distante, onde defensores e críticos deverão chegar a um consenso entre os limites da interferência estatal em relação ao direito à vida (ou a morte).

Conclui-se, portanto, que o objetivo da pesquisa é que, através da ponderação de interesses colidentes, se possa responder a algumas indagações e encontrar critérios justos para sua melhor solução.

Lança-se deste modo a dúvida: existe um direito à vida ou uma obrigação de vida? Assim como o direito de viver dignamente, há um direito de se morrer com dignidade?

1 DIREITOS DE PERSONALIDADE: DENSIFICAÇÃO DO CONCEITO E APROXIMAÇÃO COM DIREITOS FUNDAMENTAIS

A pessoa humana é a base ético-ontológico de um ordenamento jurídico, sem a qual a própria ideia de direito não é possível de se assimilar, constituindo, desse modo, fundamento e o fim do direito¹.

Sob esta ótica, o direito existe por causa do homem e, conseqüentemente, deve se dirigir em prol de seus fins e interesses², pois, em decorrência de sua imanente dignidade, o ser humano não é uma coisa, mas um fim em si mesmo. Logo, não pode ser objetificado, tornando-se instrumento para a prossecução de fins alheios, haja vista que possuindo valor intrínseco é um centro autônomo de decisões.

Todavia, o homem é um ser social, integrado em uma comunidade, de modo que a realização de seus próprios interesses (autorrealização) somente se faz possível em sociedade (“sociabilidade não social”)³.

Ocorre que a convivência entre interesses heterogêneos pode resultar em conflitos sociais, sejam dos homens entre si ou dos homens e a comunidade em que vive. Assim, para se (re)estabelecer a ordem, o direito é chamado a intervir, o que o faz a partir de um critério de justiça⁴.

Nesse passo, estando a serviço dos homens (de cada um), caberá ao direito garantir sua tutela, o seu desenvolvimento como ser racional e moral, de modo a afastar qualquer lesão ou ameaça de lesão a sua dignidade.

Assim, a defesa da pessoa contra ofensas a sua dignidade ou agressões de terceiros é o primordial objetivo de um Estado de Direito, sendo de responsabilidade deste, seja pelo Direito Constitucional, do Direito Civil, do Direito Penal ou ainda por outro ramo, a sua tutela.

No Direito Civil português, a tutela da pessoa humana se constitui, primordialmente, através dos direitos de personalidade (art. 70º do CC), compondo-se por

¹VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 6 e 8.

²*Ibid.*, p. 47.

³Segundo Hörster, o homem possui natureza ambivalente: é um ser social, mas que precisa se realizar autonomamente, conforme seus próprios interesses (HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 7).

⁴Hörster (*Ibid.*, pp. 8-9) afirma que esta função do direito visa prosseguir, de um lado, aspectos da liberdade individual e, de outro, garantir a segurança e convivência social. Essa função pacificadora deve corresponder aos anseios sociais, mas não podendo ser heteronomamente imposta, ou seja, coercivamente.

um conjunto de posições jurídicas subjetivas as quais titularizam todos os seres humanos por força de seu nascimento⁵.

Tais posições subjetivas traduzem-se em verdadeiras posições de vantagem deste para consigo e perante a sociedade. Assim, seriam os direitos de personalidades, enquanto direitos subjetivos, poderes jurídicos conferidos ao indivíduo para conformação de sua autodeterminação (liberdade individual), ou seja, e nas palavras de Hörster (2014): o “poder de vontade conferido pela ordem jurídica”⁶.

À vista disso, os direitos de personalidades são direitos pessoais, constituídos por posições jurídicas fundamentais do homem, cuja titularidade é concedida pelo simples fato de nascer e viver. Tutelam bens essenciais à personalidade, possuindo como objetivo a proteção do homem enquanto ser e devir ser, seu desenvolvimento físico e moral. Desse modo, visam a proteção do homem enquanto ser e não naquilo que, materialmente, possui. São direitos gerais (todos gozam), absolutos, pessoais, indisponíveis (salvo exceções), incidem sobre a vida, integridade física e psíquica, honra, liberdade, nome, imagem e vida de seu titular⁷.

Nessa perspectiva, para proteção do mínimo existencial do conteúdo da personalidade⁸, o art. 70º do CC, confere-se a cada homem o poder de exigir o devido respeito pelas posições jurídicas subjetivas (direitos de personalidade) que titularizam, de modo a impedir outrem de realizar interferências e ofensas ilícitas à sua personalidade, caso

⁵C. Mota Pinto (2012) indica algumas vastas exceções desta característica dos direitos de personalidades serem direitos inatos, como o direito ao nome, direito moral do autor (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 207 e ss.). Importa não olvidar que a personalidade é a qualidade de ser pessoa, ao passo que a personalidade jurídica é a qualidade de ser pessoa no direito. Quando nos referimos à pessoa individual, estamos a falar da personalidade jurídica singular, a qual, nesta pesquisa, sem ignorar a existência da personalidade coletiva, é a única que possuirá relevo quando se trata do direito à vida (VASCONCELOS, 2006, p. 1).

⁶Para Hörster, os direitos subjetivos são “expressão da liberdade e personalidade da pessoa” (HÖRSTER, 2014, p. 8-9 e 232; Sousa considera serem os direitos de personalidade uma situação de poder facultada pela ordem jurídica a uma pessoa para exigir de outrem um ato comissivo ou uma omissão. Citando Orlando de Carvalho, afirma ser o direito geral de personalidades um poder de autodeterminação ou autogestão (SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 607); VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 42.

⁷MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora: 2008, p. 26; PINTO, *op. cit.*, pp. 208-209.

⁸Neste sentido, se referindo ao poder de exigir respeito conferido pelos direitos de personalidade, segundo Pinto (2000): “a própria personalidade humana quedaria descaracterizada se a protecção que eles concedem não fosse reconhecida pela ordem jurídica” (PINTO, Paulo Mota. Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau. In: Separata do *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol. 76, 2000, pp. 206-207).

contrário, no plano privatístico, incidirão nas sanções da responsabilidade civil(art. 483º do CC) e outras diligências previstas no art. 70º, n.º 2, do CC⁹.

Posto isso, conclui-se que a tutela da personalidade consiste em verdadeiros direitos do homem, cujos fundamentos remontam a própria essência da pessoa e sua imanente dignidade¹⁰.

Enquanto a pessoa está tutelada no Código Civil através dos art. 70º ao 81º, tal tutela transcende o ramo privatístico¹¹, encontrando ensejo e previsão legal também na Constituição, v.g., art. 1º que fundamenta o Estado português na dignidade da pessoa humana, o art. 24º que estabelece que a vida humana é inviolável, o art. 26º, nº1 que garante o direito ao (livre) desenvolvimento da personalidade humana e tantas outras normas, pois, a proteção da pessoa e os direitos de personalidade integram um ordenamento jurídico harmônico, devendo corresponder a valores básicos e comuns de todo o sistema onde se inserem.

Neste sentido, a correspondente publicista e constitucional da tutela da pessoa humana são os direitos fundamentais, cujo conceito geral possui definição ampla, aberta, tendencial (variando no tempo, lugar, regime político e concepção de estado) e bastante controversa, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência.

Na tentativa de se expor um conceito neutro, recorre-se aos ensinamentos de Miranda (2008), ao aduzir que os direitos fundamentais são disposições formais ou materialmente constitucionais¹² que estão intimamente relacionadas a “posições jurídicas ativas das pessoas”¹³.

Prima facie, são direitos básicos da própria pessoa¹⁴; nessa toada, quando se utiliza a expressão “direitos subjetivos” ou “posições jurídicas subjetivas fundamentais”, faz-se referência ao “núcleo essencial do direito, composto por posições jurídicas subjetivas ativas”¹⁵, enquanto direitos subjetivos são qualificados como “fundamentais”, tendo em vista

⁹SOUSA, 2011, pp. 608-609; HÖRSTER, 2014, p. 258.

¹⁰VASCONCELOS, 2006, p. 6.

¹¹A tutela da personalidade humana é ampla, também o Direito Penal é chamado à função.

¹²Os direitos fundamentais formalmente constitucionais são aqueles que estão consagrados na própria Lei Maior de um País (Constituição), enquanto as normas materialmente constitucionais são aquelas que podem não estar positivadas na Constituição, mas possuem o conteúdo de direito fundamental (CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p 68).

¹³MIRANDA, 2008, pp. 09 e 11.

¹⁴*Ibid.*, pp. 11-12.

¹⁵ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 106 e 111.

a importância que desempenham para a proteção da pessoa humana em todos os aspectos que a sua dignidade comporta¹⁶.

Assim, como afirmado, os direitos fundamentais são direitos pessoais que possuem incidência constitucional. Todavia, levando em conta a força normativa da Constituição através da eficácia horizontal (art. 18º, n.º 1 da CRP)¹⁷, possuem irradiação por todo o ordenamento jurídico, por todos os ramos do Direito, inclusive no Civil¹⁸. Tal fato, indica a recepção dos valores constitucionais no campo privado, vinculando a seus preceitos todos os particulares¹⁹.

Logo, pode inferir-se que os direitos fundamentais são gênero, compondo uma de suas espécies os direitos de personalidade²⁰. Ademais, os direitos fundamentais fomentam a proteção civil dos direitos pessoais e vice-versa.

¹⁶*Ibid.*, pp. 106 e 132. Nesse sentido, Pinto (2003, p. 17) assevera que a proteção da personalidade é a missão mais importante do direito.

¹⁷No ordenamento jurídico lusitano, a Constituição da República, em seu artigo 18º, número 1º, é expressa ao vincular os particulares aos direitos fundamentais, ficando, pois, também estes obrigados a cumprir tais disposições. Neste sentido de eficácia horizontal, explica Neto que: “a irradiação das normas constitucionais impõe, porventura, repensar os direitos de personalidade já antes reconhecidos no Código Civil, atendendo aliás à declarada eficácia vertical e horizontal e aplicabilidade direta ditada pelo nº1 do artigo 18º da Constituição para os direitos liberdades e garantias – e para os direitos fundamentais, se adotarmos teoria da dogmática unitária” (NETO, Maria Luísa Alves da Silva. Direitos (fundamentais) de personalidade? *In*: CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac; OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. (coord.). *Pessoa, Direito e Direitos*. Colóquios 2014/2015. Centro de Investigação Interdisciplinar Direitos Humanos, 2016, pp. 263-274, p. 275). Todavia, quanto a aplicação direta dos direitos fundamentais ao direito civil há divergência na doutrina, relativamente a extensão da vinculação dos particulares atribuída pelo art. 18º, nº1 da CRP. Paulo Mota Pinto, embora reconheça que a divergência, em certa medida, conduz todas as teses da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ao mesmo resultado, qual seja, da aplicação dos preceitos fundamentais na relação entre particulares, afirma que “sem negar a possibilidade de aplicação directa em certo âmbito e em certos casos ao direito privado, há que afirmar uma subsidiariedade de princípio de tal recurso directo às normas constitucionais”. Por outro lado, entende o autor que a dignidade da pessoa humana constitui núcleo essencial de cada um dos direitos e tem como destinatário direto os particulares e o Estado. Assim, neste caso, os particulares estão igualmente vinculados a uma eficácia direta do direito à dignidade (PINTO, Paulo Mota. *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. *In*: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra Editora, 1999, pp. 231, 238 e 241). Posto isso, Crorie entende que o art. 18º, n.º1 da CRP não determina a aplicação direta dos preceitos fundamentais nas relações particulares, adotando solução diferenciada a esta eficácia direta, qual seja, a eficácia direta *prima facie*, pois considera que os particulares, titulares de outros direitos fundamentais, não estão equiparados às pessoas públicas na vinculação dos direitos fundamentais (CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 193). Na literatura jurídica brasileira é pacífica a aplicação de uma teoria direta não absoluta, a tese da eficácia direta *prima facie* (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 326). Para análise aprofundada da questão, cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 44 e ss.; HESSE, 1998, pp. 284 e ss.

¹⁸NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006b, p. 212.

¹⁹PINTO, 2003, p. 35; *Ibid.*, 1999, pp. 216 e ss.

²⁰Vale frisar-se que, como ressalva Canotilho (1993, pp. 244-246 e 520), os direitos de personalidade serão sempre direitos fundamentais, mas o mesmo não se pode dizer dos direitos fundamentais, que englobam não só os direitos pessoalíssimos, mas uma ampla gama de direitos.

Nesse sentido, no CC português, os direitos da personalidade encampam uma vasta gama de situações jurídicas que demandam proteção (art. 70º do CC - tutela geral de personalidade), v.g., vida, liberdade, dignidade²¹. Entretanto, expressamente, não prevê todos os direitos ou bens protegidos de maneira exaustiva, ou seja, os dispositivos de personalidades não são *numerus clausus* (tutela especial art. 71º a 80º do CC).

Assim, a tutela da personalidade, além de ocorrer através do direito geral de personalidade (art. 70º do CC) – possibilitando que situações jurídicas estáticas ou dinâmicas comportem a sua devida proteção –, também será concretizada através dos direitos fundamentais – devido à eficácia horizontal das disposições constitucionais –, nomeadamente através do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o qual constitui um mecanismo eficiente para o zelo dos direitos de personalidade²².

Por outro lado, como ressalva Alexy (2008), os direitos fundamentais são heterogêneos e não podem ser compreendidos apenas na dimensão subjetiva da proteção da pessoa, como liberdades individuais, haja vista que, sob esta concepção, uma vasta gama de direitos não seria contemplada nesse *status*, a exemplo do direito ao mínimo existencial²³.

Dessa forma, além da dimensão subjetiva, comportam também a dimensão objetiva que representa os princípios e valores que regem e estruturam a ordem social²⁴. Em outros termos, os direitos fundamentais, na dimensão objetiva, são o conjunto de normas que formam e legitimam um ordenamento jurídico²⁵, refletem os princípios, os bens, os valores e fins que uma comunidade considera de maior relevância em um determinado tempo e lugar²⁶. Para realização de tais fins, é através da dimensão objetiva que se impõe o dever de proteção estatal à direitos fundamentais e, conseqüentemente, de personalidades.

Por fim, diante de todo exposto e após analisarmos esta íntima relação entre direitos

²¹No Brasil e em Portugal, há previsão da tutela geral de personalidade no Código Civil, respectivamente através dos artigos 11º a 21º e 70º a 81º.

²²Daí se conclui que os direitos de personalidade, logicamente os correspondentes direitos fundamentais, encontram devida proteção não só a nível constitucional, mas também civil (PINTO, 2003, pp. 31-35).

²³SCHMITT, Carl *apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁴Alexy (2008, p. 186) esclarece que esses direitos subjetivos correspondem, *ab initio*, segundo Windscheid, à vontade (livre escolha/poder de exigir/autodeterminação) e, posteriormente, a partir da formulação proposta por Rudolf von Ihering, ao interesse ou bem juridicamente protegidos (finalidade prática do próprio direito). Nesse sentido, citando Jellinek, também se manifesta: QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais: Teoria Geral*. 2ª ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2010, pp. 84 e 342.; MIRANDA, 2008, p. 15; CANOTILHO, 1993, p. 535.

²⁵SCHMITT, Carl *apud* ALEXY, *op. cit.*, p.66.

²⁶NETO, Maria Luísa Alves da Silva. *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo: a relevância da vontade na configuração do seu regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. pp. 118 e 124; ANDRADE, 2012, p. 15.

personalíssimos e fundamentais, faz-se mister enfatizar que o bem jurídico vida é um direito subjetivo pessoal, constituindo não só em um direito de personalidade (art. 70º do CC), mas, sobretudo, em um direito fundamental (art. 24º da CRP).

À vista disso, nos assuntos que o envolvam, não só a tutela geral de personalidade, mas também os dispositivos constitucionais fundamentais deverão ser considerados e aplicados.

No processo de análise do “direito à morte digna”, em que a vontade do titular se revela importante na eventual disposição do direito à vida, será necessário compreender pela (in)admissibilidade da renúncia de direitos de personalidades, a qual deverá ser verificada à luz da (ir)renunciabilidade dos direitos fundamentais.

Ainda, tendo em vista a harmonia do ordenamento e eficácia horizontal dos direitos fundamentais, essa necessidade se revela fulcral, uma vez que as leis ordinárias, que possam prever como (i)lícitas as disposições voluntárias de direitos de personalidade, podem ser sindicáveis por contrariarem normas constitucionais ou princípios fundamentais²⁷.

1.1 Limitação voluntária ou renúncia?

É comum encontrar nos manuais de Direito Constitucional ou em doutrinas civilistas a afirmação de que os direitos fundamentais e/ou de personalidade são absolutos, ilimitados, indisponíveis, irrenunciáveis e inalienáveis. Todavia, esta premissa é absoluta? Existirão direitos fundamentais/personalidade de que será possível a sua disposição? A vida é bem jurídico irrenunciável em qualquer caso?

Para se iniciar a análise de tais questões, faz-se necessária uma pequena digressão histórica ao século XVIII, mais precisamente ao artigo 4º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual dispõe que “(...) o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos”.

Conforme se depreende do dispositivo em questão, é possível afirmar que os direitos fundamentais, desde o período liberal, não são ilimitados ou absolutos, encontrando

²⁷Como enfatiza Crorie, a análise da disposição dos direitos de personalidades, designadamente, a vida, em conformação com o Direito Constitucional, não retira a autonomia do direito civil, mas o completa à luz de um ordenamento harmônico de valores (CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. A (ir)renunciabilidade dos direitos de personalidade. *In*: CRORIE & OLIVEIRA, 2016, p. 264).

limites nos direitos de outrem.

Hodiernamente, tal posicionamento a respeito da limitação destes direitos não só permanece, mas se alarga, constituindo limite aos direitos subjetivos, aos direitos de terceiros, e, em geral, a colisão entre bens, sejam do próprio titular para consigo, com outros sujeitos, ou, ainda, com valores constitucionais (v.g. dever de tutela estatal, ordem pública, bons costumes, moral social e outros)²⁸.

Nesse sentido, segundo Queiroz (2010), a limitação poderá ser compreendida como toda interpretação de um direito que conduza à sua exclusão ou redução de âmbito de proteção²⁹.

Transpondo esta análise para um exemplo concreto, tem-se que, dentre outras causas, o titular de uma posição jurídica subjetiva fica limitado/impossibilitado – total ou parcialmente – de exercer o seu direito de agir caso possa afetar o direito de outro titular. Contudo, quando, no caso concreto, este último (aquele que seria ofendido em suas posições jurídicas subjetivas) consente com a prática do ato (com a lesão), está, na verdade, a enfraquecer as suas próprias posições jurídicas subjetivas perante aquele outro, supostamente, legitimando-o a exercer um comportamento (direito de agir) que seria, *prima facie*, proibido pelo o que denominamos anteriormente de “limites”³⁰.

É esse enfraquecimento voluntário de posições jurídicas subjetivas que, baseado no consentimento do titular, será aqui, genericamente, denominado por “renúncia de direitos de personalidade fundamentais³¹” ou “limitação voluntária de direitos de personalidades fundamentais”.

Primeiramente, importa dizer que a renunciabilidade é ínsita ao próprio direito

²⁸ANDRADE, 2012, p. 264. Importa enfatizar que tal ablação de direitos fundamentais somente poderá ocorrer caso esteja expressamente prevista pela Constituição ou, quando assim não o for, desde que seja necessário para salvaguardar outro bem colidente e igualmente protegido pela constituição. Nesse caso, deverão ser observados os princípios da dignidade da pessoa humana e o direito de cada um ser tratado com igual respeito e consideração (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006a, pp. 107-108 e 115).

²⁹É relevante não olvidar que a doutrina não é unívoca no tocante à nomenclatura utilizada nesta matéria. O que é chamado, neste trabalho, de forma genérica, como limitações dos direitos fundamentais, outros autores, como Queiroz (2010, p. 247) e Canotilho (1993), denominam por restrições. Para os fins aqui perseguidos, estabelecer-se-á como gênero o termo limites e como espécie as hipóteses de restrição, colisão de direitos fundamentais (restrições não autorizadas pela constituição) e renúncia de direitos fundamentais.

³⁰CRORE, 2011, p. 197. Diferenciando as restrições de colisão, de concorrência e acumulação, bem como incluindo a renúncia como espécie de restrição (CANOTILHO, 1993, pp. 603 e ss.).

³¹Tendo em vista que o presente estudo será norteado pela possibilidade de disposição de direito fundamental à vida nos casos de auxílio à morte realizado por médico, tratar-se-á da figura da renúncia apenas nestas relações.

subjetivo, derivando não só de sua intrínseca função de consagração de liberdades clássicas, mas também da colisão de um direito com outros direitos e deveres, bem como diante de valores sociais³².

Posto isso, na seara jurídica cível, segundo Coelho (1995), a renúncia é compreendida como forma de exercício unilateral de um direito que diz respeito apenas a seu titular, não afetando, diretamente, a esfera jurídica ou interesses de terceiros³³.

Assim, segundo a dimensão privatística, de modo geral, a renúncia é caracterizada como ato unilateral, voluntário, de disponibilidade de uma posição subjetiva, acarretando a perda do próprio direito por vontade de seu titular, sem que com isso ocorra, necessariamente, a transferência deste para outrem, dada a característica *prima facie* de intransmissibilidade de direitos de personalidade³⁴.

Ocorre que o seu conceito não é unânime; há divergência doutrinária quanto à melhor terminologia a ser empregada e ao modo de disposição. Há quem advogue apenas a possibilidade de limitação do exercício de direitos de personalidade fundamentais (disposição parcial), enquanto outras vezes admitem a renúncia total de titularidade do direito.

Para Canotilho (1993), a renúncia é uma forma de relativização total aos direitos fundamentais. Assim, considerando que permitir a renúncia total a direitos fundamentais seria limitar a sua esfera de irradiação e enfraquecer a sua imperatividade, sustenta dever sê-la vedada. Inobstante, admite-se que seja possível, em estritas situações que não comprometam o núcleo essencial do direito, a limitação voluntária e temporária de seu exercício³⁵.

Nessa ordem de ideias, denominando, entretanto, por autolimitação de direitos, Andrade (2012) conceitua a renúncia a direitos fundamentais como o poder do titular de dispor voluntariamente do exercício temporário de um direito fundamental, através de um

³²NETO, 2004, p. 376.

³³COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. A renúncia abdicativa no direito civil: algumas notas tendentes à definição do seu regime. In: *Studia iuridica* - Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 103 e ss. Neste sentido, cf. PORTUGAL. Ministério Público - Procuradoria-Geral da República. *Parecer n.º 12/2004*. Diário da República n.º 100/2004, Série II de 2004-04-28: “a renúncia se traduz ‘num acto jurídico unilateral, de carácter abdicativo, o qual implica, em regra, a perda de uma vantagem ou interesse pessoal do renunciante’” (Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/1166119/details/maximized?perPage=100&q=Lei+Org%C3%A2nica+n.%C2%BA%201%2F2001%2C%20de+14+de+agosto%2Fen>> Acesso em: 07 de julho de 2018).

³⁴COELHO, *op. cit.*, pp. 27-28; NETO, *op. cit.*, pp. 371-372.

³⁵CANOTILHO, 1993, pp. 623-624.

contrato, acordo ou consentimento, o qual poderá legitimar uma intervenção pública ou particular. Considera o autor que apenas os direitos subjetivos individuais são passíveis de disposição, enfatizando que a medida, ou melhor, a intensidade da disponibilidade de cada bem jurídico não pode ser genericamente determinada, mas deverá ser aferida no caso concreto a partir da ponderação de bens envolvidos no conflito³⁶, tais quais a autonomia, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais.

Ratificando estes posicionamentos, respaldados nos *mandamus* dos art. 81º e 340º do CC, a doutrina jus-civilística, tendo em vista o caráter essencial dos direitos personalíssimos, admite, excepcionalmente, a limitação voluntária que diga respeito apenas ao exercício destes direitos, condicionando-a que seja fruto de uma vontade livre e esclarecida que se refira a direitos não indisponíveis, que esteja em conformidade com a ordem pública, bons costumes e que seja sempre possível a revogação da decisão³⁷.

Nessa esteira e especificamente quanto a direitos de personalidades, também se posicionou o Supremo Tribunal de Justiça ao afirmar que tais direitos jus-civilísticos apenas podem sofrer limitações parciais que não excluam a possibilidade de exercício do direito no futuro³⁸.

Essa exceção à indisponibilidade e irrevogabilidade dos direitos personalíssimos tem em vista a concretização dos direitos de personalidade enquanto direitos subjetivos dinâmicos que conferem ao seu titular um poder de autodeterminação, de liberdade³⁹.

Rechaçando a visão bipartidária da renúncia, Crorie (2011) assevera a dificuldade prática em se definirem as condições à configuração de uma ou outra modalidade, na medida em que mesmo uma disposição parcial poderá implicar, *a posteriori*, na renúncia total, acarretando a perda do próprio direito. Dessa feita, na sua visão, a disposição de direitos subjetivos não deve ficar, necessariamente, vinculada à titularidade ou ao exercício dela,

³⁶ANDRADE, 2012, pp. 306 e ss. Neste sentido, Miranda (2008, pp. 384-385) admite apenas hipóteses de limitações voluntárias de exercício, por meio da *autorrestrição* e *autossuspensão* de direitos fundamentais.

³⁷Como direito de personalidade disponível, P. Mota Pinto aponta o direito a reserva sobre a intimidade da vida privada. Em contraposição, seria o direito à vida direito indisponível (PINTO, Paulo Mota. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. *In: Revista Brasileira de Direito Comparado Luso-Brasileira*, n. 21, pp. 21-62, jul./dez., 2001, pp. 45 e ss.). Capelo de Sousa (2011, pp. 404 e ss.), assim, afirma não ser possível a limitação ao gozo de direitos de personalidade. Enquanto isso, Hörster (2014, p. 267 e ss.) e Pinto (2012, p. 215) afirmam que a irrenunciabilidade dos direitos de personalidade não impede a relevância do consentimento.

³⁸PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 1405/07.ITCSNT.LI.SI*. Relator: Lopes do Rego. Data do Acórdão: 13/07/2017. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3d6c378c4e3c6cff8025815c0048886d?OpenDocument>>. Acesso em: 15 de junho de 2018.

³⁹SOUSA, 2011, pp. 406 e ss.

devendo a questão da reversibilidade da decisão ser analisada diante do caso concreto como medida para verificação da sua admissibilidade⁴⁰.

Tendo em vista as considerações *supra*, percebe-se que mesmo os autores contrários à figura do instituto da renúncia de direitos de personalidade fundamentais, embora não utilizem tal expressão, de alguma forma, acabam por aceitar a limitação parcial de seu exercício com a consequente redução do âmbito de proteção de tais direitos. Logo, o que denominam por autossuspensão ou autorrestrrição, ou ainda limitação de exercício, parece-nos nada mais ser do que uma vertente do próprio instituto da renúncia *lato sensu*.

Compreende-se que a preocupação fulcral da doutrina que defende tal distinção está na reversibilidade ou não da decisão⁴¹. Entretanto, ao justificar a impossibilidade da renúncia total, não se está, *prima facie*, considerando que mesmo a renúncia parcial, de exercício e temporária, poderá ter iguais efeitos jurídicos de uma disposição total e irrevogável, isto é, que poderá acarretar a perda definitiva do direito, como acontece, por exemplo, no caso de uma busca policial consentida pelo morador⁴².

Por outro lado, também não se pode olvidar que a renúncia de um certo direito pressupõe a existência de outro direito de igual relevância constitucional ou mesmo de personalidades – colisão de direitos – que o titular deseja preservar, para, de alguma forma, obter benefícios dignos de maior importância para a conformação de sua vida (v.g., a renúncia à integridade física vs. o direito à saúde no âmbito do consentimento para a realização de cirurgia).

Dessa maneira, quando se trata de renúncia, seja ela parcial ou total, em qualquer circunstância haverá a perda de alguma posição jurídica jus-fundamental⁴³. Logo, se se

⁴⁰CRORE, 2011, pp. 20, 48 e ss.

⁴¹Assim, para tal corrente, seria vedada a renúncia total de titularidade, haja vista que esta extingiria qualquer possibilidade de revogabilidade da decisão, de reassunção dos poderes.

⁴²No direito à inviolabilidade do domicílio, seria o consentimento do morador exemplo de como uma renúncia temporária poderá ter efeitos definitivos, acarretando a irreversibilidade da decisão. A inviolabilidade do domicílio é um direito fundamental, não sendo permitida a busca policial sem o consentimento do morador ou outras circunstâncias justificadoras. Todavia, quando o morador, voluntariamente, consente, está legitimando, ainda que temporariamente, tal intervenção em sua posição jurídica jus-fundamental – renúncia parcial e temporária do direito à inviolabilidade do domicílio. Esta autorização estaria adstrita àquela específica situação, não podendo a polícia utilizar-se desse consentimento para legitimar outra intervenção. Além do mais, poderia o morador revogar o seu consentimento antes de a “busca” ser iniciada. Ocorre que, posteriormente, no momento em que já esteja a ocorrer a “busca”, não mais poderá o morador revogar a sua decisão – perda temporária da titularidade da garantia da inviolabilidade (NOVAIS, 2006b, p. 225).

⁴³Veja-se um exemplo em que o ordenamento jurídico confere legitimidade à renúncia parcial: o titular do direito à integridade física e à saúde, ao decidir ser doador de órgãos *inter vivos*, consente no enfraquecimento de sua posição subjetiva, ao autorizar outrem (médico) a retirar determinado órgão seu. Esta doação será parcial e revogável, porém, a partir do momento em que efetivamente ocorrer, não haverá possibilidade de regresso

admitir a renúncia total, haverá a perda do bem renunciado, ao passo que se vedar a renúncia também poderá acarretar a perda do outro bem que o titular visa proteger. Ainda nesse sentido, uma renúncia parcial poderá ter como consequência jurídica a perda ou a renúncia total de um outro direito pelo titular⁴⁴.

Nesse diapasão, Novais (2006b)⁴⁵ afirma que todo direito subjetivo (de personalidades ou fundamentais) possui como expressão da liberdade individual o poder de dispor dele; logo, a disposição de um direito fundamental também é um bem jurídico jus-fundamentalmente tutelado⁴⁶. Posto isso, o autor considera que a renúncia tem natureza dúplice, correspondendo, em simultâneo, a um exercício de um direito e a uma restrição de seu âmbito de proteção. Sendo assim, reduzir-se o âmbito de incidência da renúncia é limitar-se, aprioristicamente, um direito subjetivo, sem antes se definirem as condições e os limites para tanto⁴⁷.

Assim, baseado nas considerações acima, defende-se, neste trabalho, que a renúncia corresponde a um verdadeiro poder de vontade e liberdade do indivíduo, ínsito em cada direito subjetivo. Logo, não pode ser delimitada: há de ser possível admiti-la em sua totalidade, devendo-se apenas, a partir da análise concreta, ponderar o seu âmbito de incidência.

Dessa forma, a disposição de direitos fundamentais ou de personalidades não precisa, necessariamente, corresponder à perda total ou extinção dos direitos, mas esta poderá, sim, ser um de seus efeitos. Posto isso, a renúncia será total, considerando a renúncia à titularidade do direito, definitiva e irreversível, ou parcial, em que o poder de disposição incide, parcialmente, sobre o exercício de um direito fundamental, passível, pois, a qualquer momento, de ser revogada⁴⁸.

Por fim, mas não menos importante, vale mencionar que a renúncia não se confunde

ao *statu a quo*, ou seja, o titular não mais será detentor de tal bem jurídico. Além disso, toda cirurgia, por mais segura que seja – aí se inserindo a doação de órgãos –, comporta riscos ao sujeito, inclusive à sua vida, configurando, neste caso, a irreversibilidade total da renúncia.

⁴⁴No caso do exemplo anterior, a renúncia à inviolabilidade de domicílio, ainda que parcial, conduz à perda do direito a garantias processuais (MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: Os Limites e os Padrões do Consentimento para a Autolimitação do Direito Fundamental à Vida*. Tese (Doutorado em Direito Público) – Centro de Pós-Graduação em Direito Público, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, 475p, p. 208).

⁴⁵NOVAIS, 2006b, pp. 235 e 247.

⁴⁶Sobre este aspecto, Neto (2004, p. 376) considera a renúncia o “modo de ser” do direito subjetivo ou o modo de aparecer do “poder de disposição”.

⁴⁷NOVAIS, 2006b, pp. 231-240.

⁴⁸CRORIE, 2016, p. 265 e ss.

com algumas figuras afins, como o não exercício de um direito, a perda e a autolesão.

Enquanto a renúncia é ato autônomo baseado no poder de disposição que necessita do livre consentimento do titular para dar causa ao enfraquecimento de posições jurídicas subjetivas (lesão ao direito), ensejando um vínculo jurídico – “cumprimento de uma obrigação jurídica assumida pelo titular do direito” de não exercício do objeto da disposição –, o não exercício é uma faculdade conferida pelo próprio direito que, em sua previsão legal, vem determinando a possibilidade de seu titular, momentaneamente, exercê-lo ou não⁴⁹.

A perda de um direito, ao contrário da renúncia, é o enfraquecimento de posições subjetivas de forma heterônoma, ou seja, por motivos alheios à vontade do titular do direito fundamental, designadamente, pelo preenchimento de certos requisitos jurídicos⁵⁰.

Por outro lado, a renúncia ainda se difere da autolesão, uma vez que, nesta, é o próprio titular do direito quem “lesiona” o seu bem jurídico fundamental, ao passo que na renúncia, como retrocitado, o titular diretamente não age, apenas legitima um terceiro – particular ou Estado – a realizar tal conduta (interferência heterônoma consentida)⁵¹.

Por todo o exposto, abordar-se-á o instituto da renúncia a direitos fundamentais em seu sentido amplo, compreendendo o poder individual de disposição voluntária de posições jurídica subjetivas, sem que ocorra a transferência de titularidade, embora implicando a diminuição do âmbito de proteção do direito que possa acarretar a perda⁵².

1.1.1 O poder de disposição

Em um Estado Democrático Direito, fundado nas liberdades clássicas, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à autodeterminação integram o rol dos direitos subjetivos, conferindo ao seu titular um conjunto de poderes, faculdades e pretensões⁵³, que, se, por um lado, visam a proteção do indivíduo, de outro, consagram a autonomia individual⁵⁴.

⁴⁹NOVAIS, 2006b, pp. 221-223 e 264.

⁵⁰*Ibid.*, pp. 221-223.

⁵¹Croie (2011, pp. 32-35), o suicídio configura autolesão, ao passo que a Eutanásia, por depender da assistência de um terceiro, o médico, seria considerada renúncia a direito fundamental.

⁵²*Ibid.*, p. 20.

⁵³NOVAIS, 2006b, pp. 233-235.

⁵⁴Segundo Alexy (2008, pp. 341 e ss.), a disposição de posições subjetivas é ato complexo, representando o direito geral de liberdade.

Daí depreende-se que, a princípio, tais direitos, liberdades e garantias não são deveres de cunho obrigatório, mas direitos/faculdades, podendo o titular não os exercer, deles dispor ou, ainda, a eles renunciar⁵⁵.

É essa dimensão dos direitos, enquanto liberdades, que garante ao titular um poder de disposição, uma posição jurídica de vantagem, atribuindo relevância jurídica à sua vontade genuína – “um trunfo face a terceiros”⁵⁶.

Essa possibilidade possui ensejo na multiplicidade de direitos de titularidade de um único indivíduo ou mesmo em direitos entre sujeitos distintos (v.g., direito vs. liberdade). Alguns convivem simultaneamente, outros não podem ser exercidos em conjunto. Assim, a partir do poder de disposição, caberá a cada titular determinar qual bem preponderará e qual será objeto de renúncia em uma determinada situação⁵⁷.

O titular do direito fundamental, por força do direito ao livre desenvolvimento da pessoa humana e/ou dos direitos de liberdade presentes em cada um dos bens jurídicos jusfundamentais, através do consentimento, autolimita o exercício de seus direitos fundamentais, permitindo a outrem interferir – criando, extinguindo ou modificando – em suas posições jurídicas subjetivas⁵⁸.

Somente poderá exercer o poder de autodeterminação⁵⁹ quem for o titular das posições jurídicas subjetivas objeto do próprio ato de disposição, não se podendo, pois, renunciar direito de terceiros. Também, nesse sentido, não se poderá abrir mão de posições objetivas, a menos que estas sejam indissociáveis de posições subjetivas⁶⁰.

O exercício deste poder deverá ocorrer sempre numa relação bilateral, de modo que

⁵⁵CRORIE, 2011, p. 107.

⁵⁶NOVAIS, *op. cit.*, pp. 235. Neste sentido, embora entendendo como possível apenas a limitação voluntária, cf. SOUSA, 2011, p. 406.

⁵⁷CRORIE, *op. cit.*, p. 11. Para Novais (*op. cit.*, p. 247), a renúncia é um direito fundamental que deriva de outro “autónomo direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, quer, como nos parece mais adequado face ao nosso direito constitucional positivo, que deriva de cada um dos direitos fundamentais em concreto, na medida em que no cerne de cada direito fundamental há, em Estado de Direito, uma dimensão de autodeterminação que se projecta num poder de disposição, tão amplo quanto possível, sobre as faculdades que o integram”.

⁵⁸MARTEL, 2010, p. 69.

⁵⁹Consoante Pinto (2001, p. 41), no tocante ao direito de reserva sobre a intimidade privada, é a limitação voluntária, enquanto expressão da autodeterminação, também um exercício de direito a reserva, *ipsis litteris*: “é ainda o próprio conteúdo do direito à reserva – a autodeterminação sobre informação relativa à vida privada – que obtém expressão”.

⁶⁰Corroborando o entendimento de que o poder de disposição seja limitado apenas aos direitos subjetivos individuais, Andrade (2012, p. 310) afirma que, em matéria de disponibilidade, haverá uma análise diferenciada entre direitos pessoais e aqueles direitos que possuem dimensão objetiva acentuada, intimamente relacionados a valores comunitários, v.g., a vida e a integridade física.

não dispõe de direito fundamental quem comete suicídio: este, na realidade, destrói o bem, sem enfraquecer a sua posição subjetiva perante outrem. O mesmo não se pode dizer, contudo, de quem realiza a eutanásia, já que esta, como se verá posteriormente, sempre envolverá o auxílio de terceiros, sendo o consentimento ato autorizante para a ablação do direito de personalidade fundamental à vida⁶¹.

A forma de expressão deste poder de disposição ocorrerá através do consentimento do titular, devendo ser unilateral, expresso, livre e esclarecido ou, em último caso, através de um ato complexo – v.g. testamento vital –, mas que represente a real vontade do titular.

Nessa sequência de ideias, para que tal consentimento seja válido, ainda será necessária a realização por sujeito capaz e plenamente no gozo de suas faculdades mentais (consciente), pois, caso contrário, não estará configurada a renúncia, mas restrições heterônomas⁶². E isto se justifica tendo em vista a necessidade de otimização e preservação dos direitos fundamentais, um dever imposto pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais através do imperativo de tutela estatal.

Se, por um lado, a disposição de direitos de personalidade fundamentais envolve o enfraquecimento de posições subjetivas – perda do direito –, por outro pode sê-la justificada, na medida em que preserva outros bens jus-fundamentais que o titular considera de maior relevância na conformação de sua vida. Assim, o poder de disposição atua de forma dúplice, consistindo em permissão de intromissão de terceiros em uma posição jurídica e fortalecendo a garantia de outro direito do próprio sujeito.

No entanto, tendo em vista que a renúncia de um bem jurídico poderá acarretar o enfraquecimento do direito – e até mesmo a ablação total –, deverá ser respeitado alguns limites, como ordem pública, bons costumes, interesse público, direitos de terceiros (em tópico específico, designado por “dignidade como heteronomia”, analisaremos *a posteriori* estes limites).

Para Canotilho (1993)⁶³, todo direito fundamental possui um núcleo essencial em que a restrição, limitação ou renúncia a direitos fundamentais não pode se sobressair. Explica

⁶¹MARTEL, 2010, pp. 70-71.

⁶²Restrições heterônomas são limitações a direitos fundamentais impostas por terceiro, e não pela vontade do titular. Nessa senda, Novais (2006b, p. 250) ressalta que o consentimento dos pais em nome dos filhos menores de idade, vedando, por exemplo, uma transfusão de sangue quando esta é necessária para salvar a vida da criança, não se enquadra como renúncia, mas, sim, como restrição heterônoma, já que não detém o poder de disposição sobre direitos de terceiros.

⁶³CANOTILHO, 1993, pp. 618-619 e 624.

o jurista que existem duas teorias com a pretensão de designar qual seria esse núcleo essencial. A primeira seria a teoria objetiva, que considera ser o núcleo essencial a disposição normativa que regula o direito de forma geral, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, aquela segundo a qual os direitos fundamentais são princípios objetivos, valores sociais eleitos como primordiais e que desempenham funções na vida comunitária. Assim, para os defensores dessa tese, os direitos fundamentais, em sua globalidade, nunca poderão ser objeto de qualquer limitação (*lato sensu*), independentemente da colisão com outros direitos no caso concreto.

A outra teoria, a subjetiva, é aquela que analisa os direitos fundamentais sob a perspectiva individual. Para esta, tais direitos não podem ser restringidos a ponto de perder o seu valor para o indivíduo. Logo, segundo esta, não importa o valor para a comunidade, mas, sim, o objetivo pessoal, a pretensão jurídica do indivíduo.

Na visão do autor, ora aderida, as duas teorias devem harmonizar-se. Primeiramente, porque a teoria objetiva é necessária para justificar diversos limites legais, sem os quais a ordem em uma sociedade pluralista não subsistiria. Assim, por exemplo, no caso da pena para crimes de homicídio, segundo a visão subjetivista, esta iria de encontro com os interesses do indivíduo preso; todavia, é imprescindível à justiça e à ordem social, ao passo que, se vigesse apenas a teoria objetiva, toda a luta histórica dos direitos de defesa, liberdades clássicas dos indivíduos contra abusos estatais e, quiçá, contra abusos particulares cairia por terra: *os direitos deixariam de ser um trunfo contra a maioria*. Por fim, o jurista aduz que o núcleo essencial de um direito seria aquele extraído após uma análise de proporcionalidade no conflito com outros bens, em que qualquer restrição não poderia vigorar.

Neste passo, parece-nos que, ainda que a autonomia do indivíduo possa legitimar escolhas pessoais – desde que não afete direitos de terceiros –, deverá o Estado intervir, restringindo, de maneira proporcional, a limitação ou renúncia de direitos caso representem, diretamente, um ônus concreto e grave aos interesses de outros indivíduos ou sociais – v.g. encargos financeiros ou indenização de danos aos segurados⁶⁴. Porém, a restrição deverá ser justificada no caso concreto, devendo o poder de disposição, enquanto direito subjetivo, ser preservado ao máximo.

Por outro lado, percebe-se que os argumentos baseados na ordem objetiva de valores que não reconhecem poder à autonomia individual e são contrários à renúncia nem

⁶⁴PINTO, 1999, p. 229.

sempre serão proporcionais e necessários, podendo, em certa medida, desvelar um paternalismo extremo que subverte as reais funções de proteção estatal⁶⁵ e interfere, excessivamente, na condução da vida dos cidadãos, impondo a sua conformação com valores e fins sociais e, de tal modo, instrumentalizando o interesse público contra o maior interessado na proteção do direito fundamental objeto da disposição – visto que “há sempre um interesse público”. Dessa forma, faz-se mister clarificar os limites da intervenção estatal fundada nos deveres de proteção do Estado.

1.2 Dever de proteção estatal v.s. renúncia a direitos de personalidade fundamentais

Os direitos fundamentais e de personalidade não se limitam à função subjetiva que consagra a liberdade individual, mas também impõe a necessidade de tutela estatal⁶⁶, designadamente do direito à vida de cada cidadão⁶⁷.

Esta função de proteção⁶⁸, ultrapassando interesses individuais, possui raízes na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na eficácia horizontal, nos fins comunitários e em valores a serem perseguidos pelo Estado que emanam o dever dos poderes públicos em fazer o possível para preservar e realizar os direitos fundamentais⁶⁹.

Ainda neste aspecto, mas, especificamente relacionado aos direitos de personalidades, a dimensão objetiva é aquela em que se situam no campo da heteronomia, cujas regras impõe a indisponibilidade de direitos, o respeito à dignidade da pessoa humana e a observância de normas objetivas, sendo elas ordem pública, bons costumes, consoante

⁶⁵Através da concepção de direitos fundamentais como *capabilities*, deve o Estado fomentar condições básicas para que o indivíduo possa livremente desenvolver sua personalidade – “condições para uma vida autônoma”, mas disso não se depreende que os cidadãos tenham o dever de realizá-las ou gozá-las (CRORIE, 2011, p. 151).

⁶⁶A tese do dever de proteção surgiu no ano de 1975, em um acórdão do tribunal alemão a respeito da interrupção voluntária da gravidez, em que restou estabelecido que descriminalização, ampla, do aborto violaria o dever de proteção que o Estado possui na tutela penal da vida do nascituro (BVerfGE 39, 1, 42 ss. *apud* QUEIROZ, 2010, pp. 377-378).

⁶⁷De acordo com Canaris (2009, pp. 58 e 107), a eficácia mediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros é fundamentada pelo imperativo de tutela. Enfatiza que, no campo jurídico-privado, os efeitos dos direitos fundamentais obrigam o Estado a proteger um cidadão perante outro. Neste sentido, cf. ANDRADE, 2012, p. 138.

⁶⁸Para se configurar o dever de proteção, deverá existir uma “necessidade ponderosa” dos direitos fundamentais em análise, estando em causa os “fundamentos fáticos do bem a ser protegido” (CANARIS, *op. cit.*, p. 106).

⁶⁹ Conforme ensina Andrade (2012, p. 109), a dimensão objetiva é composta por seis categorias de direitos fundamentais, nomeadamente as garantias institucionais, os deveres de proteção, o direito organizatório, o direito procedimental, a eficácia externa horizontal e o efeito de irradiação. Cf. HESSE, 1998, p. 279; QUEIROZ, *op. cit.*, p. 379. Há quem entenda que o dever de proteção advém do direito fundamental específico à segurança e não de cada direito fundamental (CANARIS, *op. cit.*, p. 59).

art. 81º, n.º 1 e 340º, n.º 2 do CC (designado por nós em capítulos posteriores de “dignidade como heteronomia”). Tais regras impõe ao Estado o dever de garantia, devendo realizar a tutela desta personalidade, seja a nível, internacional, constitucional, penal ou civil, mas sempre no exercício de seu poder legal de fazer respeitar a lei e cessar a ofensa à bem de personalidades⁷⁰.

Por conseguinte, à efetivação dos direitos de personalidade fundamentais não basta a sua mera existência, mas faz-se mister uma ação positiva do Estado – do legislativo, ao criar normas⁷¹, ou do judiciário, ao julgar o caso concreto⁷² – no sentido de salvaguardar os direitos e liberdades ameaçados⁷³.

O Estado passa ser o primeiro e último responsável por todas as ofensas aos direitos de personalidade fundamentais, haja vista que a este cabe, primordialmente, evitá-las e reprimi-las⁷⁴.

O indigitado dever é orientado pelos princípios da proibição de excesso, proibição de insuficiência⁷⁵ e da proporcionalidade, de maneira que deverá o Estado, moderadamente, interferir na liberdade pessoal, estando adstrito apenas às condutas necessárias a salvaguardar o núcleo essencial do direito fundamental em questão⁷⁶.

Posto isso, a interferência estatal fundamentada no imperativo de tutela encontra limites em outros direitos, próprios ou de terceiros, e em valores sociais. Nessa senda, quando a proteção estatal ameaçar tais liberdades e bens, dever-se-á fazer uma análise de

⁷⁰Vasconcelos (2006, pp. 50 e ss.) ressalta que: “Fazem parte do direito objetivo de personalidades o direito internacional sobre direitos humanos, o direito constitucional sobre os direitos fundamentais relativos à dignidade humana, o Direito Penal das pessoas e ainda o direito civil”.

⁷¹Na Constituição portuguesa, o dever de proteção, entre outros, pode ser vislumbrado nos artigos 26º, n.º 3, impondo o respeito à dignidade da pessoa humana, *in verbis*: Artigo 26º, n.º 3, CRP: “A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica”.

⁷²A defesa dos direitos fundamentais por via do judiciário envolve a polémica de se saber até que ponto o dever de proteção estatal se torna um direito subjetivo do cidadão em “exigir” judicialmente a devida proteção (HESSE, 1998, p. 280).

⁷³Todos os poderes públicos estão vinculados aos deveres de proteção, mas o legislador é quem os possui como precípua função, sendo o judiciário e o executivo detentores dessa função de forma subsidiária (QUEIROZ, 2010, p. 386).

⁷⁴ANDRADE, 2012, p. 139.

⁷⁵O termo proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) foi desenvolvido por Canaris (2009, pp. 59, 60 e 121) para expressar que o Estado deve intervir para assegurar o direito fundamental de tal forma que se garanta um nível mínimo de proteção; caso contrário, haverá uma omissão estatal, o que o autor denomina por “proteção insuficiente”. Segundo ele, a proibição de excesso é apenas norteadora do poder público, possuindo este um espaço de conformação bastante amplo.

⁷⁶No dizer de Andrade (*op. cit.*, p. 140), “o Estado está obrigado a assegurar um nível mínimo adequado de proteção de direitos fundamentais”.

ponderação a fim de harmonizar tais interesses⁷⁷.

Todavia, para concretizar o dever de proteção estatal na relação entre privados, faz-se necessária a realização de intervenções em posições jus-fundamentais, o que, por muitas vezes, acarreta demasiadas restrições a direitos individuais⁷⁸. Em vista disto, sob a justificativa de necessidade da ablação de certos direitos para o resguardo de outros, pode o Estado acabar por desvirtuar seus precípuos objetivos de proteção, camuflando um forte paternalismo estatal⁷⁹.

Assim, supostamente em nome da proteção de direitos subjetivos, o Estado, contra a vontade individual de pessoas capazes, estabelece padrões de condutas e valores que considera benéficos e moralmente aceitos pela coletividade. Porém, ao impor o modo de vida individual, inclusive protegendo-a contra si própria⁸⁰, corre-se o risco de ferir direitos de autonomia e liberdade⁸¹.

Discute-se, assim, até que ponto este dever de proteção legitima o Estado a interferir na esfera privada, limitando condutas individuais⁸². Crorie (2011) acredita que esta questão está intimamente relacionada ao dever do Estado de proteção de direitos e à autodeterminação do titular⁸³. Está, conseqüentemente, ligada ao paternalismo estatal/jurídico.

Para a análise do problema, primeiramente, faz-se mister recorrer a definição de paternalismo estatal. Dworkin (1971) conceitua o paternalismo *lato sensu* como o a interferência de outrem sobre a liberdade do sujeito titular do direito em nome da felicidade, do bem-estar, necessidade, benefício⁸⁴.

⁷⁷ANDRADE, 2012, p. 140. Também nesse sentido de harmonização de bens em conflito, cf. QUEIROZ, 2010, p. 384.

⁷⁸HESSE, 1998, p. 280.

⁷⁹Existe doutrina que diferencia o paternalismo forte e o paternalismo fraco: neste, os sujeitos beneficiários, os destinatários da intervenção paternalista, são pessoas que não estão em pleno gozo de sua capacidade civil. Já no paternalismo forte, embora os cidadãos sejam plenamente competentes, o Estado considera que os sujeitos não fazem decisões boas e pressupõe possuir discernimento superior do que o sujeito para distinguir o bem do mal: FEINBERG & DWORKIN *apud* MARTEL, 2010, p. 130.

⁸⁰Considerando que na renúncia a direitos fundamentais “se coloca a questão da proteção de direitos fundamentais contra o próprio titular” (CANOTILHO, 1993, p. 463) e afirmando que a dimensão objetiva dos direitos de personalidade impõe a indisponibilidade a seu próprio titular (VASCONCELOS, 2006, pp. 54 e ss.).

⁸¹QUEIROZ, *op. cit.*, p. 386.

⁸²É necessário distinguirem-se “condutas que dizem respeito apenas a própria pessoa e condutas que dizem respeito a outros membros da sociedade” (NETO, 2004, pp. 245-246).

⁸³CRORIE, 2011, p. 129.

⁸⁴DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: WASSERSTROM, Richard A. (coord). *Morality and the Law*. Belmont: Wadsworth, 1971, p. 188.

Dessa maneira, tem-se que a proteção paternalista estatal jurídica é a interferência do Estado que impõe uma determinada conduta ao indivíduo ou exclui uma opção, impedindo atos que o poder público e/ou a sociedade considerem contrários ao bem do destinatário da medida, e em prol da felicidade⁸⁵, configurando o Estado eudemonístico⁸⁶. Outrossim, neste conceito, segundo uma definição mais abrangente, pode incluir-se a proibição de condutas que o Estado repute imorais⁸⁷.

Assim, o paternalismo estatal visa, por um lado, evitar que terceiros, a própria pessoa ou a sociedade sofra um dano⁸⁸. Nesse sentido, através de uma perspectiva paternalista, sendo a vontade do indivíduo divergente ao *mandamus* do Estado, esta não poderá prevalecer, sendo ilegítima a renúncia a direitos subjetivos (direitos de personalidades ou fundamentais).

Todavia, Dworkin (1971) assevera que a intervenção paternalista estatal apenas é legítima em situações específicas em que seja extremamente necessário para alcançar a proteção dos sujeitos, designadamente quando este não possui capacidade de se autodeterminar. Por outro lado, qualquer intervenção estatal deverá preservar, ao máximo, a autonomia e liberdade⁸⁹.

Ratificando tal entendimento, Valdés (1988) enfatiza o risco que o desrespeito à autonomia e liberdade individual pode causar ao Estado de Direito, transformando o paternalismo em autoritarismo⁹⁰. Assim, acredita que em um ordenamento pluralista só deva existir o paternalismo justo e equilibrado e desde que necessário para coibir desequilíbrios sociais. Em síntese, para o autor, o paternalismo somente será aceitável quando a ação humana invadir a esfera jurídica de terceiros⁹¹ ou quando houver vulnerabilidade⁹².

Dessa maneira, se necessário à salvaguarda de interesses de terceiros – “condutas que dizem respeito a outros membros da sociedade” –, deverá o poder público, a partir da proporcionalidade, interferir para evitar um dano, já que ele é o garantidor da

⁸⁵CRORIE, 2011, p. 131.

⁸⁶Segundo Bobbio (2000), o Estado eudemonístico é aquele que “acredita que sua tarefa é dirigir os súditos para felicidade” (BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Immanuel Kant*. 2ª ed. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 218).

⁸⁷VALDÉS, Ernesto Garzón. Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?. In: *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 5, 1988, p. 157.

⁸⁸Notadamente, “danos físicos, psíquicos ou econômicos”. *Ibid.*, p. 156.

⁸⁹DWORKIN, 1971. p. 188.

⁹⁰BOBBIO, *op. cit.*, pp. 221 e ss.

⁹¹Asseverando que o paternalismo não pode proteger o sujeito contra si próprio e que este só encontra justificação na necessidade de proteção de direitos de terceiros: MILL, 1859, p. 68 *apud* NETO, 2004, p. 376.

⁹²VALDÉS, *op. cit.*, pp. 164 e 167.

“inviolabilidade física e psíquica” de atentados a terceiros⁹³. Conforme enfatiza Neto (1004), esta limitação deverá ser justa e proporcional, “não poderá ser mais prejudicial ao sujeito do que o dano que conduta causaria a outrem”⁹⁴.

Destarte, superada a questão da necessidade de intervenções para resguardo de terceiros, importante definir-se a plausibilidade de intervenções, impedindo a renúncia de direitos fundamentais em nome do bem próprio do sujeito.

Quando não estão em causa interesses diretos de terceiros, isto é, a afetação se refere a bem de titularidade da própria pessoa⁹⁵, é aceitável que o Estado, em nome do próprio bem do sujeito, proteja-o (e, logicamente, os seus direitos subjetivos) contra a sua própria vontade e concepção, impedindo a renúncia a direitos pessoais?

Para responder à indagação acima, recorre-se aos ensinamentos de Crorie (2011)⁹⁶, segundo os quais o conceito de bem é subjetivo, de modo que instituir um padrão de felicidade que não se coadune à vontade do sujeito, protegendo-o contra atos próprios, poderá ir de encontro à proteção de direitos fundamentais e limitar a autodeterminação do sujeito, prejudicando-o ao invés de protegê-lo⁹⁷.

Esta ótica compreende que medidas paternalistas que visam impedir a disposição de direitos fundamentais/personalidades sob o argumento do próprio bem do sujeito não podem ser admitidas em um Estado de Direito que possui fundamento no poder de autodeterminação e liberdade dos indivíduos⁹⁸.

Nessa toada, Neto (2004), baseada no pensamento de Mill (1859) argumenta⁹⁹ que

⁹³CRORIE, 2011, p. 129. Nessa senda, Valdés (1988, p. 156) afirma que o paternalismo jurídico é o meio através do qual o Estado procura evitar danos ao sujeito, *ipsis litteris*: “*El paternalismo jurídico sostiene que siempre hay una buena razón en favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone esta medida*”.

⁹⁴NETO, 2004, pp. 245-246; CRORIE, *op. cit.*, p. 172.

⁹⁵Toda conduta individual, mesmo as autorreferentes, pode causar danos a interesses coletivos; no entanto, quando esse risco de dano é de baixo grau, irrelevante a outrem, está-se diante do que se denomina por condutas autorreferentes, que dizem respeito apenas à própria pessoa.

⁹⁶CRORIE, *loc. cit.*

⁹⁷No direito alemão, Kai Möller (2005, p. 115 *apud* CRORIE, *loc. cit.*) considera não ser possível a proteção da pessoa contra si própria devido à dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

⁹⁸Em sentido oposto, o doutrinador alemão Canaris (2009, p. 71) sustenta, fulcrado nos direitos fundamentais, que a tarefa do Estado é a proteção do sujeito, inclusive de atos que possam prejudicar o próprio titular. Dessa forma, não concorda com o argumento de que a proteção estatal da pessoa contra si própria não se coaduna com os direitos fundamentais clássicos de liberdade. Também nesse sentido, no Brasil, autorizada doutrina entende ser a defesa da pessoa contra si própria integrante dos deveres de tutela estatal, fundamentada na proteção da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2006, pp. 113-114).

⁹⁹Existem três argumentos que são basicamente afirmados contra o paternalismo jurídico: o argumento utilitarista, o argumento do respeito pela autonomia da pessoa e o argumento da violação do princípio da igualdade. É o dano um dos vieses da perspectiva utilitarista (VALDÉS, *op. cit.*, p. 157).

somente a pessoa, e não o Estado, é capaz de saber o que é melhor para si mesma, avaliando quais danos prejudicam ou não seus interesses¹⁰⁰.

Todavia, várias situações cotidianas, *v.g.* o fumo de tabaco, a ingestão de bebida alcoólica, dirigir sem capacete e sem cinto, demonstram que as pessoas muitas vezes não possuem a dimensão – ainda que cientes de tal fato – do malefício de diversas condutas que possam prejudicá-las; embora desejem, por algum motivo, não conseguem se auto-ordenar de modo oposto. Logo, não é válida a premissa de que as pessoas sempre sabem o que é melhor para elas¹⁰¹.

A esse respeito, Thaler & Sunstein (2003), economistas estadunidenses, consideram que as pessoas, mesmo aquelas plenamente capazes, não são completamente racionais, possuindo falhas em seu comportamento que prejudicam o seu próprio bem-estar¹⁰².

Dessa forma, faz-se necessário que, mesmo em situações que envolvam bem jurídico pessoal, haja certa intervenção estatal mínima, para resguardar a integridade do sujeito. Para tanto, caberia ao Estado, sem se utilizar de normas restritivas ou de coerção, formular e adotar medidas específicas¹⁰³, para apoiar e viabilizar que os indivíduos tomem melhores decisões, estimulando a cada um encontrar o seu bem-estar, podendo, por outro lado, facilmente fazer escolhas diversas daquelas “sugeridas” pelos poderes públicos.

A técnica epigrafada já é utilizada em diversas políticas públicas¹⁰⁴. Como exemplo cita-se a doação de órgãos, relativamente à qual existem dois modelos de autorização, o dissentimento e o consentimento. Sabe-se que, nos países que optam pelo dissentimento, 90% das pessoas são doadoras de órgãos – *v.g.* Portugal e Espanha. Já nos países que adotam o consentimento, como o Brasil e os Estados Unidos, aproximadamente, 20% são doadoras. No modelo do consentimento, a premissa é que todos não são doadores de órgãos a menos que se manifestem ao contrário. Já para o modelo do dissentimento, ocorre o inverso: parte-se do pressuposto de que todos são doadores de órgãos, a menos que se manifestem

¹⁰⁰NETO, 2004, pp. 246-247.

¹⁰¹VALDÉS, 1988, p. 158.

¹⁰²THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. *In: The University of Chicago Law Review*. Chicago, v. 70, n. 4, 2003, p. 1167.

¹⁰³A partir de estudos a respeito do comportamento humano nas tomadas decisões é possível determinar o tipo de intervenção libertária – *behavioural insights* (descobertas sobre o comportamento) – em prol de causas sociais e de interesse do bem comum. Assim, a intervenção pode ser implementada, por exemplo, pela adoção de normas-padrão (*default rules*), a princípio restritivas, mas que podem ser alteradas pela vontade do destinatário, dando voz à autonomia (*Ibid.*, pp. 1174-1175).

¹⁰⁴Outros exemplos desta técnica estão presentes no consumo de tabaco, tais quais: ações intervencionistas colocando, no rótulo do maço de cigarro, pessoas doentes, informando os malefícios do seu consumo, regras que proíbem o fumo em locais fechados, entre outros.

diversamente¹⁰⁵. Dessa forma, nos dois modelos o Estado deixa zona livre à autonomia, mas, no caso do dissentimento, consegue interferir em posições subjetivas, estimulando a doação de órgãos que irá refletir no bem de toda a sociedade, sem que, com isso, comprometa a autonomia individual¹⁰⁶. Fica o sujeito livre para, se bem entender, optar por não ser doador de órgãos.

Assim, com medidas públicas – sejam técnicas, sejam normas padrão –, é possível que o Estado oriente e auxilie os cidadãos em suas decisões de vida sem ceifar a sua liberdade de escolha/autodeterminação, mas, pelo contrário, promovendo condições ao desenvolvimento da capacidade de se autodeterminarem e alcançarem, da melhor forma, o seu próprio bem-estar pessoal e social¹⁰⁷.

Em vista disso, percebe-se que são válidas e necessárias medidas intervencionistas para proteger a pessoa de si própria, desde que não restrinjam a liberdade e apenas incitem comportamentos individuais na direção do bem pessoal e coletivo.

Prima facie, é o paternalismo mínimo – libertário – uma boa alternativa à resolução das questões da interferência estatal na defesa de proteção da pessoa contra si própria e renúncia de direitos fundamentais, ao passo que possibilita a consagração do imperativo de tutela, dando margem à autodeterminação.

Vale frisar que, sob esta perspectiva, após estimular e direcionar o indivíduo à “felicidade”, deverá ser cessada a intervenção estatal. Logo, mesmo no caso de a vontade do sujeito permanecer divergente daquela, deverá prevalecer a sua última decisão.

E é por esse ângulo que a problemática a respeito da disposição de direitos subjetivos deve ser encarada e analisada. A renúncia de direitos fundamentais/personalidade em um Estado Democrático de Direito não poderá ser, *a prima facie*, vedada caso seja de acordo com a vontade de um indivíduo plenamente capaz, não lese, de forma direta, outrem, e não seja necessário salvaguardar outros valores dignos de tutela.

Em um Estado Democrático de Direito, baseado na dignidade da pessoa humana, na autonomia e no livre desenvolvimento da personalidade humana, os direitos fundamentais somente são indisponíveis e irrenunciáveis para o Estado – e tal fundamento está arraigado

¹⁰⁵THALER & SUNSTEIN, 2003, pp. 1192-1193.

¹⁰⁶Segundo os autores, esta diferença se deve não à multiculturalidade, mas sim que ao fato de as pessoas tenderem a ser influenciadas pela regra padrão (*Ibid.*, pp. 1174-1175).

¹⁰⁷Segundo Crotte (2011, p. 150), a tarefa do Estado não é definir um padrão de conduta individual, mas, sim, propiciar condições para alcançá-las na melhor medida.

nas próprias origens estatais¹⁰⁸, pois, o Estado foi primordialmente concebido para garantir as liberdades clássicas do indivíduo, de forma a impedir as interferências indevidas de um ente qualquer, centralizado, na esfera privada do cidadão. Dessa maneira, impedir a renúncia de direitos personalíssimos, quando no âmbito de relações recíprocas, é inverter a lógica que envolve toda uma gama de fins sociais; é colocar em causa os princípios fundamentais do direito privado¹⁰⁹.

Não obstante, quando se trata da vida, tal questão a respeito da disponibilidade deste direito fundamental merece melhor análise, visto que, em nome da liberdade momentânea de decidir como viver ou morrer, compromete-se, com a cessação da vida, qualquer liberdade e/ou eventuais direitos futuros.

Por outro lado, a simples e pura objeção à renúncia ao direito fundamental da vida mostra-se evidente ingerência na esfera privada do indivíduo – quiçá, um paternalismo estatizante. É que a renúncia de um direito pressupõe a prevalência de outro bem que o titular considera de maior importância. Logo, impedir-se a disposição de um bem importaria a renúncia desse outro bem que o titular deseja consagrar/concretizar.

Assim, no capítulo seguinte, dedicar-se-á especial atenção a esta polêmica da disposição do direito fundamental à vida, nomeadamente a morte consentida pelo titular capaz e consumada com auxílio médico. Devido à extensão e complexidade da temática, o estudo será limitado a sujeitos maiores de idade, capazes e que se encontrem em situação de doença terminal ou incurável e sofrimento intenso, visto que se acredita que somente nestes específicos casos seja possível se questionar o âmbito de tutela do direito à vida.

1.3 A proporcionalidade como critério de ponderação de interesses

Conforme analisado, a renúncia a um direito fundamental deverá ser, *prima facie*, admitida¹¹⁰, não cabendo um intervencionismo estatal na esfera privada do cidadão que a vede, desmotivadamente, sem, ao menos, analisar os seus critérios e motivos preponderantes, mascarando um paternalismo estatal extremo.

Todavia, entre o desejo do particular em renunciar um determinado direito

¹⁰⁸Nesse sentido: NOVAIS, 2006b, p. 240.

¹⁰⁹*Ibid.*, pp. 211 e ss.

¹¹⁰Conforme concluído, a renúncia se traduz no exercício de um direito, existindo, portanto, um direito a renunciar (CRORIE, 2011, p. 197).

fundamental e o dever de proteção dos poderes públicos a este direito está em jogo um conflito de interesses. De um lado, a autonomia do particular em fazer aquilo que considera mister para traçar o seu plano de vida, inclusive dispor de um certo direito e, de outro, o dever do Estado em proteger os interesses de terceiros e o interesse público, ordem pública, bons costumes (art. 81º, n.º 1 e 340º, n.º 2, do CC)

Desse modo, embora todos os argumentos apresentados que advogam a favor da renúncia, será apenas a partir de uma situação fática que se poderá verificar a melhor solução para se compatibilizarem todos os interesses envolvidos¹¹¹.

Para tanto, será necessário se fazer uma análise de proporcionalidade e ponderação dos bens em conflito, que justifica dada a característica dos direitos fundamentais serem princípios e não regras, assim, não existe uma ordem de valores abstrata, prévia e absoluta entre eles, logo, para que possam coexistir é preciso uma compatibilização entre estes princípios¹¹². Ademais, a renúncia, conforme vimos, se traduz no próprio exercício do direito fundamental que comporta o poder de autodeterminação e que, portando, também tem a natureza de princípio.

Assim, uma vez que não existe hierarquia forte entre bens constitucionais, todos merecem igual respeito e proteção. Por conseguinte, o “peso”, ou seja, o a intensidade do valor que determinados direitos/princípios devem receber – o que o faz prevalecer ou ceder – somente poderá ser determinado após passarem pelo crivo de ponderação a ser realizado entre os bens, direitos e valores envolvidos, sopesando, a partir de um conflito real, quais bens clamam por maior proteção¹¹³.

Contudo, tendo em vista que o poder de disposição é fundamentado pelo direito de liberdade que integra cada um dos direitos de personalidade fundamentais, deverá possuir,

¹¹¹Canotilho (1993, p. 645) preleciona que, inicialmente, os direitos fundamentais são considerados direitos em potencial, sendo que somente na análise de hipóteses concretas, através da ponderação e concordância, se transformarão em direitos definitivos. Nessa ordem de ideias, conforme constatado, a renúncia se traduz no próprio exercício de um direito fundamental; logo, a sua admissibilidade somente ocorrerá após a sua concretização substantiva, transformando-se em direito definitivo.

¹¹²Segundo a teoria de Alexy (2008, pp. 90-96, 173 e 569), há uma diferença qualitativa entre normas constitucionais que são consideradas regras e outras que são tidas por princípios. Enquanto nas regras vale a premissa do “tudo-ou-nada” – “ou são satisfeitas, ou não são satisfeitas” –, relativamente aos princípios deve ser feita uma análise de ponderação, buscando-se, diante das situações jurídicas e fáticas, a otimização, ou seja, a satisfação na melhor medida possível. Assim, diante do caso concreto, no conflito com outros direitos/princípios fundamentais, as normas consideradas princípios somente serão direitos definitivos depois de passarem pela ponderação, que definirá a precedência de um bem sobre outro. Essa ponderação corresponde ao princípio da concordância prática.

¹¹³CRORIE, *op. cit.*, p. 204; NOVAIS, 2006b, p. 268.

liminarmente, força jurídica maior quando sopesado com outros direitos¹¹⁴. Assim, o poder de disposição deverá ser preservado ao máximo, somente devendo ceder caso seja extremamente necessário à salvaguarda de outros bens de maior relevância no caso concreto, ou seja, quando colidir com bens e princípios constitucionais que exijam maior proteção ou que representem verdadeiros e diretos encargos à comunidade.

Vale dizer que, nesta sede de limitação/renúncia de direitos de personalidades, este critério encontra total aval, sendo difundido no direito privado pela doutrina e jurisprudência, seja para verificar o excesso da autonomia privada ou para aferir a validade de uma restrição legislativa a este direito¹¹⁵.

Assim, para verificar a proporcionalidade de uma restrição¹¹⁶ à renúncia de um determinado direito fundamental, deve-se seguir três critérios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito¹¹⁷.

Com a análise da adequação, verifica-se, objetivamente, se determinada medida é idônea, ou seja, capaz de realizar (“fomentar”) um fim almejado. Trata-se de critério negativo que, embora seja suficiente para excluir meios que não atingem o fim desejado, não determina qual o melhor caminho a se seguir¹¹⁸. Importa ressaltar: o pressuposto para este critério é que, tanto a conduta adotada, quanto o fim, sejam, ao menos, constitucionalmente legítimos. Transpondo o critério para a ótica aqui sustentada relativamente à renúncia, deve examinar-se se, restringindo-se o direito – de renúncia –, se conseguirá proteger determinado interesse público constitucionalmente e civilmente protegido (fim) – *v.g.* bons costumes, valores sociais, dignidade da pessoa humana.

Com o critério da necessidade, faz-se uma análise qualitativa da medida adotada pelo poder público, impondo-se que este, entre as várias medidas aptas a atingir o fim,

¹¹⁴Alexy (2008, pp. 118 e 569) pugna pela precedência da dignidade da pessoa humana, uma vez que comporta dupla dimensão, regra e de princípio. Por outro lado, também faz alusão ao princípio do *in dubio pro libertate*, que deverá, *prima facie*, receber carga valorativa maior.

¹¹⁵PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 594/2003*. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/2716641/details/maximized>>. Acesso em: 18 de junho de 2018.

¹¹⁶Esse juízo de proporcionalidade, segundo Canotilho (1993, p. 647), poderá ser realizado tanto previamente pelo legislador quanto diante de uma situação fática pelo judiciário. Tal critério foi utilizado pelo Tribunal Constitucional português, na decisão a respeito da interrupção voluntária da gravidez. Muito embora os votos vencidos tenham alegado violação ao núcleo essencial do direito à vida, a maioria decidiu que a ponderação de interesses realizada pelo legislador não havia ferido a ordem constitucional (NETO, 2004, p. 160).

¹¹⁷Segundo Alexy (*op. cit.*, p. 588) a conjunção desses três critérios resulta em uma “otimização” dos direitos fundamentais, face à teoria dos princípios. Miranda (2008, p. 285) ressalva que, se o poder público não observar o primeiro requisito da adequação, ter-se-á uma intervenção arbitrária, ao passo que, se não respeitar os outros dois requisitos, haverá o excesso da medida.

¹¹⁸ALEXY, *op. cit.*, pp. 589-590.

escolha aquela que seja a menos onerosa, menos lesiva aos direitos fundamentais em questão, impedindo sacrifícios desnecessários aos cidadãos¹¹⁹. Assim, implica a necessidade de comparação entre os diversos meios possíveis para se atingir o fim buscado, exigindo-se que a restrição operada ao direito fundamental de autodeterminação em questão, além de ser adequada, seja a menos invasiva possível.

Através de qualquer desses critérios e, conseqüentemente, de sua integração, conforme Alexy (2008), o que se pretende é realizar a máxima da *Eficiência de Pareto*, pela qual, para se consagrar um bem jurídico (“uma melhora de uma posição), deverá ser utilizado critério que não resulte em prejuízo a outro direito¹²⁰, o que, de certa forma, corresponde ao *mandamus* do art. 335º,n.º1 do CC.

Por último, tem-se o critério da proporcionalidade em sentido estrito¹²¹, o qual se traduz em uma verdadeira análise quantitativa, uma otimização entre bens colidentes, ou seja, uma ponderação entre os custos e benefícios de uma conduta estatal restritiva e o direito aduzido pelo seu titular. Nesse ponto, busca-se justificar se a intensidade de uma intervenção estatal num determinado direito está em conformidade com a importância da conduta para a satisfação daquele objetivo. Posto isso, faz-se mister verificar se as vantagens operadas com uma determinada restrição são superiores ao ônus imposto a quem clama pela liberdade e renúncia de um direito fundamental¹²², ou seja, se é necessário que o cidadão sofra a lesão na sua liberdade em prol do interesse público que determinada restrição visa prosseguir.

Para se admitir a prevalência de um bem sobre outro, deve ser utilizado, diante do caso concreto, o critério da lei do sopesamento, que se baseia em três pressupostos: a intensidade da não satisfação ou lesão a um direito, o grau de realização do outro bem colidente e, por último, a interrelação entre os dois primeiros critérios, a fim de se chegar a uma conclusão racional, ponderando se a afetação de um bem é justificada pela necessidade da prevalência do outro colidente. A restrição de um direito somente será possível se existirem fortes razões – “o peso das razões que justificam a intervenção for grande”¹²³.

¹¹⁹ALEXY, 2008, p. 590.

¹²⁰“Em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas da outra posição”. *Ibid.* p. 591; NETO, 2016, p.276.

¹²¹Miranda (2008, p. 285) observa que esse subprincípio impõe ao poder público a “justa medida” de suas intervenções na esfera jurídica dos cidadãos, não podendo nem ser deficiente nem excessivo para se atingir o fim almejado.

¹²²Após se constatar que um ato é adequado e necessário, deve-se examinar a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, se “o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coactiva da mesma” (CANOTILHO, 1993, p. 383).

¹²³ALEXY, *op. cit.*, pp. 594-595.

Nesse sentido, vale trazer à baila os ensinamentos de Novais (2006b), que enfatiza que a necessidade de proporcionalidade em sentido estrito será atenuada, numa dada circunstância fática, com a anuência do titular ao enfraquecimento de sua posição jurídica subjetiva, como ocorre na renúncia de um direito fundamental, pois, as exigências de proteção ao interesse público são relativizadas a partir do momento em que o particular aceita uma restrição em decorrência dos benefícios que busca auferir¹²⁴.

Em face do acima exposto e tendo em vista que a necessidade de uma restrição somente poderá ser constatada diante da precedência de bens em um determinado caso concreto – e, ainda, que o tema desta pesquisa concerne ao direito à disposição do direito à vida, quando assistida por médico e necessária para afastar uma dor ou sofrimento incurável e extremo –, impõe analisar-se este fato concreto, de modo a, ao final, chegar-se a uma conclusão a respeito da justificação (ou não) da restrição da “morte digna” – ou se, ao contrário, existe um direito de viver em condições dignas até na morte.

¹²⁴“De facto, quando se avalia o peso do sacrifício que determinada restrição de direitos fundamentais implica para o indivíduo afectado e se confronta esse sacrifício com os benefícios que daí se pretendem retirar para a prossecução de determinado interesse público, não pode deixar de ser levada em consideração a própria avaliação que o interessado faz do sacrifício em causa” (NOVAIS, 2006b, p. 281).

2 A (IN)ADMISSIBILIDADE DA DISPOSIÇÃO DO DIREITO À VIDA

No entendimento defendido nesta pesquisa, o direito à renúncia deve ser, *a priori*, admitido, como forma de concretização do direito à autodeterminação, ínsito a cada um dos direitos fundamentais e de personalidades, incluindo, logicamente à vida. Todavia, quando envolva a colisão de direitos de personalidade fundamentais, não de ser aplicadas técnicas de sopesamento, utilizando-se o critério da proporcionalidade para se concluir por sua admissão ou restrição.

Nesse sentido, na seara da morte digna, tratando-se da renúncia à vida, incumbe ponderarem-se os bens colidentes; contudo, antes de se adentrar nesse mérito, faz-se necessário definir o que se entende por disposição da vida, designadamente na seara da morte digna com intervenção, compreendendo as suas particularidades e desdobramentos.

Para essa análise, a seguir, buscar-se-á compreender quando é que a vida se torna uma verdadeira tortura, a ponto de o indivíduo pleitear o seu “direito” à morte digna. Somente após tal definição, se obterá clareza conceitual, de modo a ser possível analisar-se a sua validade e ponderar-se os bens em conflito, com destaque ao direito à dignidade da pessoa humana e ao direito à autodeterminação e seus desdobramentos, quando em confronto com os interesses públicos e direito à vida.

2.1 Direito a uma morte digna

A personalidade jurídica humana, ou seja, a capacidade de ser sujeito de relações jurídicas, tem início a partir do nascimento com vida (art. 66º do CC) e extingue-se apenas com a morte do sujeito (art. 68º, nº 1, do CC)¹²⁵.

Desta maneira, para o direito português, a morte¹²⁶, em seu sentido estrito, é um

¹²⁵Vale ressaltar que, especificamente relacionado aos direitos de personalidade, esta regra encontra exceções. Assim, se por um lado, desde a concepção, ou seja, mesmo antes do nascimento, o nascituro possui expectativa de direitos (art. 66º, nº 2, do CC), por outro, com a morte do respectivo titular os direitos de personalidade, gozam ainda de igual proteção (art. 71, nº 1, do CC), *v.g.*, o direito de sucessão, a proteção do nome, da honra e imagem, a inviolabilidade do cadáver e o respeito pelas disposições de última vontade de cujos, seja por testamento sucessório ou testamento vital ou nomeação de procurador de cuidados de saúde (SOUSA, 2011, pp. 188 e ss.; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil IV*. Parte Geral. Pessoas. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 519-539; GODINHO, Inês Fernandes. Implicações Jurídico-Penais do critério de morte. *In*: COSTA, José de Faria; KINDHÄUSER, Urs. *O sentido e o conteúdo da bem jurídica vida humana*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. pp. 179 e ss.).

¹²⁶Lei n.º 141/99, de 28 de agosto, artigo 2º. Definição: A morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral. Ver também Declaração da Ordem dos Médicos prevista no art.67.º Regulamento n.º

processo fisiológico e natural do corpo humano, ocorrendo quando verificada a lesão irreversível das funções do sistema nervoso central – a morte cerebral.

Contudo, existem ocasiões em que, apesar de vivo, o indivíduo já se encontra morto. Assim, de acordo com os ensinamentos de Luper, a morte não seria apenas o aspecto físico do corpo de “estar morto”, mas ela pode ser conceituada também como o inevitável “percurso de extinção” do ser¹²⁷.

Posto isso, é durante esse processo de cessação da vida que, neste trabalho, se abordará o duvidoso “direito de morrer dignamente”¹²⁸. Tal “possível” direito tem origem nos anseios do homem em possuir uma boa vida durante toda a sua existência, incluindo o processo *mortis* - por “boa vida”, entende-se aquela usufruída com qualidade e prosperidade.

Vale dizer que a prosperidade não se limita apenas à quantidade/longevidade da vida, mas está intrinsecamente relacionada à qualidade¹²⁹. Esta, embora se deva ter em mente o padrão do homem médio, é muito relativa e subjetiva. Por isso, deverá corresponder não só às exigências políticas e sociais, mas, em especial, às do próprio doente: só este é capaz de determinar o limite aceitável de dor¹³⁰.

Nessa ordem de ideias, a partir do momento em que a saúde do indivíduo não mais o permitir assim viver, isto é, tão logo os níveis de qualidade de vida sejam considerados inexistentes, transformando a vida em insuportável dor e irreversível sofrimento, inicia-se o desejo de obter uma serena e boa morte.

Origina-se a vontade de não ser refém e, muito menos, prolongar a morte anunciada, haja vista o prolongamento dever objetivar não só a vida biológica, mas também uma

707/2016, de 21 de Julho; cf. SOUSA, *op. cit.*, p. 204.

¹²⁷LUPER, Steven *apud* PÊCEGO, Antonio José Franco de Souza. *Eutanásia: Uma (re)leitura do instituto à luz da dignidade da pessoa humana*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015, p. 40.

¹²⁸Koppertock (*apud* OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento”*: ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do direito civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 127) traduz o significado da expressão morte digna como “a morte que é adequada à vida”, explicando sua definição sob o argumento de que “a morte constitui uma fração da nossa vida, por isso é importante a forma como morreremos”.

¹²⁹De forma oposta, importa trazer à baila o caso *Pretty v. Reino Unido*, em que a Sra. Pretty, tendo em vista sofrer de uma doença degenerativa incurável que acarretava a paralisção da musculatura e de todas funções vitais, recorreu ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, pleiteando seu direito à morte digna sob o fundamento de que o direito à vida comporta a perspectiva de não ser forçado a viver quando não se há qualidade de vida, sob condições degradantes. Entretanto, a Corte entendeu que o artigo 2º da Convenção protege a vida em qualquer circunstância, independente do grau de qualidade existente, negando a petição do direito à morte digna (EUROPEAN Court of Human Rights (Fourth Section). *Case of Pretty vs. United Kingdom (Application n.º 2346/02) judgment Strasbourg*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60448>>. Acesso em: 11 de junho de 2018).

¹³⁰COSTA, José de Faria. O fim da vida e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al.* (org.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 772-774.

melhora significativa na qualidade de vida para o paciente, permitindo-lhe viver e morrer dignamente¹³¹.

A corrente jurídica que defende o instituto entende que este pode ser verificado quando ausentes na vida valores e essências a ela inerentes, tais quais a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a consciência e a autodeterminação¹³². Nesse conceito, não se insere, propriamente, o direito de morrer, mas, sim, o direito a uma morte digna, visto que o anseio pela morte, neste caso, se traduziria na luta e na consagração de todos os direitos acima enunciados.

Sob outro prisma, tal direito seria, na verdade, expressão da última vontade de liberdade do indivíduo e que, portanto, como senhor de seu destino, deveria ser atendida.

Para Dworkin (2003), todos os aspectos da vida, inclusive a morte, devem ser decididos pela própria pessoa de acordo com os seus valores pessoais. Impor a outrem o modo como deverá viver os seus últimos momentos e, conseqüentemente, a forma de morrer, é a mais forte demonstração de um extremo paternalismo e, quiçá, autoritarismo¹³³.

A doutrina que entende ser um direito do paciente não prolongar artificialmente a vida quando já não há mais esperanças de vida digna, acredita ser a morte digna um direito especial de personalidade¹³⁴, ancorada no direito à autodeterminação¹³⁵.

No entanto, não se pode olvidar haver quem entenda¹³⁶ ser o direito à morte digna um atentado à própria humanidade. Defendem que a concretização desse suposto direito acarretaria um retrocesso às garantias fundamentais, sendo inadmissível a sua permissão, mesmo que consentida pelo doente.

Argumentam aqueles que alinham tal corrente que, mesmo no caso de uma vida moribunda, baseada em extremo sofrimento, não existe vida indigna. Assim, possuindo todas igual valor, deverão ser tuteladas e preservadas pelo Estado da mesma maneira.

¹³¹SÁ, Maria de Fátima Freire. *Direito de Morrer: Eutanásia, Suicídio Assistido*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 38.

¹³²PÊCEGO, 2015, p. 40.

¹³³DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 342-343; PÊCEGO, *op. cit.*, p. 132.

¹³⁴PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. Tese (Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, 879 p., p. 152.

¹³⁵Cf. BENDA, Ernst. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: BENDA, Ernst *et al. Manual de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Barcelona: Marcial Pons, 2001, p. 143.

¹³⁶CORDEIRO, 2012, p. 171; BRITO, António José dos Santos Lopes de; RIJO, José Manuel Subtil Lopes. *Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal: Direito Sobre a Vida ou Direito de Viver?*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 68.

Posto isso, neste trabalho analisar-se-á este controverso direito, o qual poderá ser concretizado, entre outras maneiras, com a prática da eutanásia (incluindo o suicídio assistido), os que se estudará a seguir.

2.2 Eutanásia

Etimologicamente, o termo *eutanásia* vem do grego e significa uma boa morte (*eu*: bom; *tanatos*: morte), sendo utilizado pela primeira vez no século XIII pelo chanceler inglês Francis Bacon como forma de “tratamento” de doenças incuráveis¹³⁷.

Ainda que com outra nomenclatura, em tempos mais remotos, tal prática já era verificada entre os povos celtas, em que o próprio filho abreviava a vida do pai que já estava enfermo. Outras culturas também a exerciam como forma de seleção natural, a exemplo dos espartanos; em Atenas, era o próprio Estado, que hoje protege de modo absoluto a vida, quem detinha o poder de eliminá-la no caso de idosos e enfermos incuráveis¹³⁸.

Atualmente, o progresso da medicina deu asas ao anseio humano de tentar burlar a morte, prolongando a vida através da tentativa da cura de doenças. No entanto, nem sempre o resultado é o esperado e, como consequência, se sucede uma sobrevivida limitada a condições degradantes, em que se manter vivo já não significa mais viver.

Dessa maneira, de forma a impedir uma morte lenta e dolorosa através de desnecessários tratamentos médicos incapazes de recuperar a saúde de um paciente terminal¹³⁹ ou vegetativo persistente, os quais, em verdade, apenas preservam a vida em quantidade e não em qualidade, grande parte da doutrina e também alguns ordenamentos jurídicos modernos autorizam a prática da eutanásia¹⁴⁰, *lato sensu*, visando salvaguardar a

¹³⁷SÁ, 2005, p. 38.

¹³⁸PÊCEGO, 2015, p. 83.

¹³⁹“[...] devem considerar-se doentes terminais, aqueles que têm uma doença incurável em fase irreversível, encontrando-se em estado de grande sofrimento (físico, psicológico e/ou espiritual) e têm uma esperança de vida, fundamentada nos dados da ciência médica disponíveis, não superior a um ano (Grupo de Trabalho para Estudo da Eutanásia, da Associação Médica Britânica – o BMA Euthanasia 1998)” (BRITO & RIJO, 2000, p. 23). Neste sentido e segundo André Dias Pereira (2012, p. 159): “A lei portuguesa não define o que seja o ‘estado terminal’. Porém, o Projeto de Lei n.º 428/XI, apresentado pelo PSD à Assembleia da República, no art. 2. Al. c) define ‘Doença terminal’ como ‘a condição de saúde irreversível, incurável, avançada e progressiva, causada, designadamente por uma doença ou traumatismo físico, em que a morte ocorrerá num período de tempo relativamente curto, salvo se à pessoa forem administrados tratamentos artificiais de sustentação das funções vitais”.

¹⁴⁰Veremos mais detalhadamente *a posteriori*, mas, como exemplo de países que autorizam a Eutanásia, temos: Colômbia, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Canadá. Já na Suíça e no estado de Oregon (EUA), somente é permitido o suicídio assistido.

dignidade do paciente e em conformidade com seu livre arbítrio (autodeterminação)¹⁴¹.

Percebe-se, assim, que o que se procura com a eutanásia é transformar o doloroso processo de morte causado pela doença em outro sem sofrimento. Nessa perspectiva, a morte seria o afastamento da dor, o que, para Schumann¹⁴², também significa o curar prelecionado no dever médico contido no juramento de Hipócrates¹⁴³.

Os juristas defensores do procedimento acreditam que a eutanásia visa impedir o sofrimento exacerbado, só se justificando se praticada por médico e ladeada pelo sentimento de misericórdia¹⁴⁴.

Assim, modernamente, a eutanásia, em sentido amplo, pode ser conceituada como um conjunto de condutas que buscam uma morte tranquila, sem sofrimento, com o fim de abreviar uma doença em estágio terminal, sem chance de cura¹⁴⁵. Trata-se de mecanismos de disponibilidade da vida em situações em que elementos a ela intrínsecos não mais existem, v.g., dignidade, personalidade e liberdade.¹⁴⁶

Assim, a prática de eutanásia pressupõe a existência de três elementos essenciais para a sua perfeita configuração, sendo eles: a intenção de causar a morte, de pôr fim à indignidade (sofrimento) do moribundo e, ainda, que seja feita através de métodos indolores.

Vale dizer, ainda, que o Código Deontológico da Ordem dos Médicos (CDOM) não define o que é eutanásia, mas apenas afirma, em seu artigo 65º, nº 2¹⁴⁷, Regulamento n.º 707/2016, que ao médico é vedada sua prática.

Tratando-se de questões de final de vida, alguns autores reconhecem como gênero a eutanásia *lato sensu* e, ainda, a dividem em outras submodalidades, quais sejam: a eutanásia ativa direta e indireta e a eutanásia passiva ou ortotanásia. No presente trabalho, procurando analisar a possível não punibilidade da eutanásia, analisar-se-ão estes conceitos

¹⁴¹O presente trabalho limitar-se-á a abordar a eutanásia praticada por médicos em pacientes plenamente no gozo de suas capacidades, por entendermos que é a única forma de se maximizar a salvaguarda da vida e a autonomia do paciente.

¹⁴²SCHUMANN, Kay H. Reflexão de Binding/Hoche – Simultaneamente uma breve reflexão sobre a proteção da vida em direito penal. In: COSTA, José de Faria; KINDHÄUSER, Urs. *O sentido e o conteúdo da bem jurídica vida humana*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 43-44.

¹⁴³“[...] Não darei uma droga letal a ninguém se me pedirem, nem aconselharei tal plano” (U.S. NATIONAL Library of Medicine. National Institutes of Health. *The Hippocratic Oath [on-line]*. Disponível em: <http://www.nlm.nih.gov/hmd/greek/greek_oath.htm>. Acesso em: 12 de junho de 2018).

¹⁴⁴COSTA, 2003, pp. 782 e 803.

¹⁴⁵BRITO & RIJO, 2000, p. 37; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 12; CORDEIRO, 2012, p. 171.

¹⁴⁶Contra a este argumento, cf. LOUREIRO, João Carlos. Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito. II–Cuidado (s). In: *Revista Portuguesa de Bioética*, n. 4, Abril-Maio 2008, pp. 50 e ss.

¹⁴⁷O qual corresponde ao artigo 57º, nº 2, do antigo CDOM, Regulamento n.º 14/2009, de 13 de janeiro.

e outros associados à temática, a saber, a distanásia e a mistanásia. Todavia, será omitida a classificação da eutanásia involuntária, por considerarmos o termo autoexplicativo, bem como por entendermos que a ajuda à morte somente terá lugar quando ocorrer – voluntariamente – a pedido do doente.

2.2.1 Eutanásia ativa

A eutanásia ativa é aquela em que, por um ato comissivo, um médico provoca a morte do paciente à pedido deste. É, portanto, diametralmente oposta à eutanásia passiva, pois pressupõe uma forte e decisiva influência da conduta médica no processo morte, de abreviação da vida do paciente.

É movida por sentimentos de misericórdia e tem como fim amenizar ou fazer cessar mais rapidamente o sofrimento do doente, promovendo, através de atos de auxílio, o óbito do paciente¹⁴⁸.

A eutanásia ativa pode ser classificada em direta ou indireta, a depender da intenção e finalidade do agente (médico) na conduta utilizada para provocar a morte.

2.2.2 Eutanásia ativa direta e suicídio assistido

Considerada pela doutrina como a eutanásia propriamente dita, é aquela em que a iniciativa da conduta médica é norteadada pela clara intenção piedosa do resultado morte, o qual é sempre intencionado, encurtando o percurso normal da vida do paciente.

Assim, a sua caracterização reside na presença de dois fatores: primeiramente, no querer do agente em provocar a morte (abreviar a vida) de quem esteja sofrendo (resultado imediato) e, apenas secundariamente, na intenção de minimizar ou fazer cessar o sofrimento do doente¹⁴⁹.

¹⁴⁸CORDEIRO, 2012, p. 171; MABTUM, Matheus Massaro; OZAKI, Veridiana Tonzar Ristori; PENNA, João Bosco. Eutanásia e manifestação prévia de vontade dos pacientes. *In: MARCHETTO, Patrícia Borba. et al. (org.). Temas Fundamentais de Direito e Bioética*. São Paulo: UNESP, 2012, p. 234.

¹⁴⁹CORDEIRO, 2012, p. 171; MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia: Iniciação à bioética. *In: Iniciação à Bioética*. Conselho Federal de Medicina: Brasília, 1998, pp. 171-192, p. 183. Nas palavras de Miguel Oliveira da Silva, a eutanásia ativa direta e voluntária: “consiste na efectiva antecipação do momento da morte natural por administração de fármaco ou conjunto de fármacos letais, em satisfação de um pedido voluntário.” SILVA, Miguel Oliveira da. *Eutanásia, Suicídio Ajudado, Barrigas de Aluguer: Para um Debate de Cidadãos*. Alfragide: Editorial Caminho, 2017, p.92

O exemplo mais corriqueiro seria o do médico que aplica um analgésico ou uma injeção letal no paciente para lhe provocar a morte, imbuído do sentimento de piedade para, conseqüentemente, cessar o sofrimento.

Assim, se difere do suicídio assistido, uma vez que neste, embora assessorado por outrem, é o próprio paciente quem pratica a ação decisiva para a morte ao, por exemplo, ingerir ou se aplicar o medicamento letal. Logo a diferença entre eutanásia e suicídio assistido reside, basicamente, na autonomia de ação do doente, já que na eutanásia esta capacidade está comprometida, impondo que seja necessário o auxílio médico para a consumação da morte¹⁵⁰.

Na Alemanha, apesar de se tratar de um país liberal, não criminalizando o suicídio assistido, a eutanásia ativa continua sendo ato típico¹⁵¹.

Assim, a eutanásia é ato típico de homicídio a pedido, consistindo numa espécie de homicídio privilegiado (artigo 216º do CP alemão), com pena abstrata de seis meses a cinco anos de prisão¹⁵².

A doutrina alemã considera ser permitida (porquanto fato atípico, conduta socialmente adequada ou justificada pela excludente de ilicitude do estado de necessidade) apenas a prática de suicídio assistido, a eutanásia passiva/ortotanásia ou, ainda, a eutanásia ativa indireta, em que se aplicam medicamentos para aliviar a dor e, em consequência, advém a morte¹⁵³.

Também em outros ordenamentos, como no estado do Oregon, Califórnia Washington nos EUA, Uruguai, Colômbia, Holanda, Bélgica, Canadá – o suicídio assistido por motivos piedosos não é crime. Na Suíça, nos termos do art. 115º do CP pune-se apenas o auxílio ao suicídio movido por motivo egoístico¹⁵⁴. Neste ordenamento é possível que o

¹⁵⁰Neste trabalho, a utilização do termo morte assistida faz-se útil para nos referirmos aos dois institutos, seja eutanásia ou suicídio assistido, os quais possuem ensejo por motivos piedosos, em que, a pedido do doente, abrevia-se a vida com ajuda de médico. MABTUM; OZAKI; PENNA, 2012, p. 234. Posto isso, alguma doutrina inclusive entende alguns casos de eutanásia a pedido como similar à ajuda ao suicídio. Cf. JAKOBS, Gunther. *Suicidio, eutanasia y derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 65. Ver o caso *Ramón Sampedro v.s Espanha*. Ramón era tetraplégico e, por isso, não conseguia cometer suicídio; assim, solicitou ao Tribunal da Espanha a permissão para o suicídio assistido e uma morte digna. Com o insucesso do pedido recorreu ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) que, por duas vezes, não apreciou o pedido. Ramon morreu envenenado com ajuda de uma amiga. Cf. NETO, 2004, pp. 797 e ss.

¹⁵¹CRORIE, Benedita Mac. A eutanásia e o auxílio ao suicídio na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. *Scientia Iuridica*, Braga, v. 52, n. 297, set./dez. 2003, p. 460.

¹⁵²GODINHO, *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 286.

¹⁵³PÊCEGO, 2015, p. 115.

¹⁵⁴BRITO & RIJO, 2000, pp. 91 e ss.; GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e*

suicídio assistido seja realizado em pessoas que não são nacionais, o que faz com que muitas pessoas recorrem às leis de lá para morrer, denominado de “turismo da morte”¹⁵⁵.

No direito português, tanto o suicídio assistido como a eutanásia são condutas consideradas um ilícitas, vedadas pela tutela geral dos direitos de personalidades, artigo 70º do CC, artigo 65º¹⁵⁶ do CDOM, Regulamento nº 707/2016 e, a depender das circunstâncias, pode ser considerada homicídio (artigo 131º, CP); homicídio privilegiado (artigo 133º, CP), devido ao sentimento piedoso; ou homicídio a pedido da vítima, dependendo, obviamente, do consentimento sério e livre (artigo 134º, CP) do doente, bem como incitação ou ajuda ao suicídio (artigo 135º, CP)¹⁵⁷.

Dessa maneira, para o direito lusitano, a ajuda à morte independe da vontade do paciente para se enquadrar nos tipos penais acima descritos. Em outros termos, mesmo que a doente peça ou expresse o seu consentimento em prol de tal conduta comissiva, será ato típico e, portanto, vedado pelo ordenamento jurídico português.

Nos casos em que a eutanásia é originada de um pedido expresso do paciente, e desde que atendendo a algumas condições, parte da doutrina lusa defende que a indigitada conduta deveria ser considerada ato atípico, com a possível legalização da prática, ou que, ao menos, deveria existir uma causa de justificação, excluindo a culpa do médico agente, seja pela existência de estado desculpante (artigo 35º, nº 2, CP), seja ante o conflito de deveres (artigo 36º, CP)¹⁵⁸.

Assim, Figueiredo Dias¹⁵⁹ defende que, caso haja pedido “razoável e objetivamente fundado”, em algumas hipóteses, como no caso do paciente moribundo, em estado vegetativo, sem prognóstico de cura, levando em consideração o seu grau de sofrimento e, impreterivelmente, o seu pedido expresso e por escrito, desde que capaz, poderá o agente ser dispensado da pena de acordo com o artigo 35º, nº 2, do CP português. Considera-se que o agente agiu em estado de necessidade justificante, de forma a privilegiar a vontade do

os problemas de comparticipação em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 284.

¹⁵⁵SWISS Info. *Número crescente de estrangeiros compra passagem só de ida para a Suíça em busca de uma “morte digna”*. 2002 [on-line]. Disponível em: <<http://www.swissinfo.ch/por/aumenta-o--turismo-da-morte-/2927520>>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

¹⁵⁶O qual corresponde ao antigo artigo 57º, do Regulamento n.º 14/2009, de 13 de janeiro.

¹⁵⁷DIAS, 1999, pp. 3 e ss.; GODINHO, 2015, p. 245.

¹⁵⁸RAPOSO, Vera Lúcia. *Entre a vida e a morte: responsabilidade médica nas decisões em fim de vida*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 130. Neste sentido de extinguir a punibilidade da eutanásia ativa, cf. ROXIN, Claus. Tratamento Jurídico Penal de la Eutanásia. In: *Eutanasia y suicidio: cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Granada: Editorial Comares, 2001, p.36 e ss.

¹⁵⁹DIAS, Jorge de Figueiredo. A “ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, a. 21, v. 100, 2013, p. 37.

enfermo.

Posto isso, vale dizer que, no ano de 2007, foi realizada uma pesquisa pela Associação Portuguesa de Bioética e pelo Serviço de Bioética e Ética Médica da Faculdade de Medicina do Porto denominada de *Inquérito Nacional à Prática da Eutanásia*.

Foram entrevistadas pessoas com idades próximas aos sessenta e cinco anos que residiam em lares de idosos e sofriam de alguma doença que não demandava internação hospitalar. A maior parte dos entrevistados disse que concordava com a intervenção médica direta para abreviar a vida de pacientes com doenças terminais em grau de sofrimento elevado, inclusive defendendo e pedindo a sua legalização.

Segundo Melo e Beleza (2009), tais resultados revelam que a população tem grande receio de que, com esse prolongamento da vida, quando as chances de cura já não existam, se tornem encarceradas ao sofrimento e à solidão. Nas palavras das autoras: “as pessoas não querem morrer, o que não querem é viver nestas inapropriadas circunstâncias”¹⁶⁰.

Todavia, existe ainda quem seja contra essa possível legalização; a corrente doutrinária que adota tal posicionamento argumenta que possibilitar a prática da eutanásia ativa direta é possibilitar a banalização da vida. Acreditam os seus defensores que a não criminalização das mencionadas condutas fomentará tal prática, aumentando demasiadamente a sua ocorrência, alastrando-a para casos em esta seja desnecessária, isto é, em que se poderia evitar a morte e/ou o sofrimento por meio de outros procedimentos adequados, v.g., cuidados paliativos¹⁶¹.

Refutando o argumento, Faria Costa (2003)¹⁶², favorável à indigitada conduta, entende que somente com um sistema de admissibilidade extremamente rigoroso se poderia evitar a vulgarização do procedimento. Em outros termos e nas palavras do autor, apenas assim se evitaria o “efeito de arrastamento que os fatos sucessivos representam”.

Dessa forma, entende o jurista lusitano¹⁶³ que, para se possibilitar uma tolerância

¹⁶⁰MELO, Helena Pereira de; BELEZA, Teresa Pizarro. Uma vida digna até a morte: Cuidados Paliativos no Direito português. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. V. 4. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 665-666.

¹⁶¹FERREIRA, Nuno. A eutanásia: entre o debate jurídico e a evolução da opinião pública. In: *Lex Medicinæ' Revista Portuguesa de Direito da Saúde* [Portuguese Journal of Health Law], ano 3, n. 6, 2006, pp. 137-151, p. 140.

¹⁶²COSTA, 2003, p. 784.

¹⁶³*Ibid.*, p. 796.

ou uma não punibilidade da eutanásia ativa direta, a conduta do agente deveria preencher, minuciosamente, todos os seguintes requisitos: a) ser praticada apenas por médicos; b) mediante o consentimento expresso do doente em pleno gozo de sua capacidade mental (pessoa capaz); c) em situações excepcionais de doença terminal incurável; d) após o esgotamento de todos os cuidados paliativos; e) não pode ser realizada em menor de idade, mesmo que emancipado.

2.2.3 Eutanásia ativa indireta

Embora o resultado morte também tenha origem na intervenção decisiva do médico no encurtamento da vida do paciente, a tênue diferença existente entre a eutanásia ativa direta e a indireta consiste em um critério apenas subjetivo, ou seja, na intenção do sujeito/médico.

Desse modo, indo em sentido oposto ao da eutanásia direta, no caso da indireta, o desejo principal do agente não é a morte, mas, sim, aliviar o sofrimento, as dores do paciente, mesmo que, para tanto, seja necessário administrar medicamentos não letais, mas que sabidamente poderão provocar o encurtamento da vida¹⁶⁴. Portanto, existe a ocorrência de duplo efeito na conduta do agente, sendo o evento morte um risco assumido por este – não desejável, mas previsível e secundário¹⁶⁵. Um exemplo dessa situação seria o médico que aplica um analgésico em doses não letais (morfina) no paciente para aliviar a dor, ciente de que tal aplicação poderá acarretar uma parada cardíaca, acelerando a sua morte¹⁶⁶.

O sentimento que move o agente é essencialmente bom, de aliviar a dor, o que justifica o efeito secundário da morte. Assim, e em consonância com os ensinamentos de Figueiredo Dias (2013), desde que corresponda à vontade real do paciente (ainda que presumida), a eutanásia indireta não configura nenhuma das modalidades de homicídio previstas no CP português¹⁶⁷, pois o evento morte é apenas consequência, não consistindo na finalidade do agente.

Logo, o evento *mortis* do paciente terminal, desde que amparado na normal e boa

¹⁶⁴FERREIRA, Valter Luiz P. A eutanásia e os cuidados paliativos. *In: Lusíada: Direito*. Porto, n. 5 e 6, 2012, p. 331. Neste sentido e afirmando que a eutanásia indireta depende da intenção do agente e dos meios utilizados, cf. CORDEIRO, 2012, p. 172.

¹⁶⁵BRITO & RIJO, 2000, p. 28; MARTIN, 1998, p. 183. Roxin (2001, p. 7) resume a eutanásia indireta como medidas paliativas da dor que podem acelerar a morte.

¹⁶⁶MABTUM; OZAKI; PENNA, 2012, p. 234.

¹⁶⁷DIAS, 2013, pp. 32 e 35.

prática de atos médicos, ou seja, na *leges artis*, decorre de um risco inicialmente permitido (aliviar a dor), tornando a conduta médica como atípica¹⁶⁸.

Nesse ponto de vista, para Faria Costa (2003), o que se chama de eutanásia indireta, na realidade, de eutanásia não se trata, mas, sim, de um ato médico lícito (v.g. ministração de analgésico) e necessário para minimizar as insuportáveis dores do paciente, mesmo que, para isso, possam advir consequências terríveis, como a abreviação da vida do doente.¹⁶⁹

A partir desse ângulo, Inês Godinho (2015)¹⁷⁰ prefere chamar a eutanásia indireta de “medidas de diminuição de dor” que poderão ser realizadas apenas com o consentimento do doente.

Também na seara jus-civilista, Capelo de Sousa (2011) e Menezes Cordeiro (2012) admitem a possibilidade de intervenções médicas que envolvam um grande risco à vida, desde que anuídas pelo interessado e que tenham o objetivo de eliminar o sofrimento ou curar uma doença grave e terminal¹⁷¹.

Diante do exposto, conclui-se que a prática da eutanásia ativa indireta em pacientes terminais é conduta admitida pela *leges artis*, não sendo considerada pela doutrina majoritária como conduta punível, porquanto atípica ou justificável, e visa prestigiar a autodeterminação do paciente – este, é de se notar, em tais circunstâncias, não deseja dar cabo à sua vida, mas, sim, opta por receber medicamentos que aliviarão os insuportáveis sintomas do mal que lhe aflige (resultado não previsto no tipo penal de homicídio), assumindo o risco de qualquer efeito secundário, mesmo que este seja a morte.

Nesse diapasão, não se pode, ainda, olvidar que em alguns países a prática de eutanásia ativa indireta é expressamente permitida, v.g.: Finlândia, Alemanha, Suíça e Dinamarca¹⁷².

2.2.4 Eutanásia passiva/Ortotanásia

O termo eutanásia passiva, também designado por ortotanásia¹⁷³, refere-se a

¹⁶⁸RAPOSO, 2012, p. 133. VERREL, Torsten. Can we legally regulate dying? The need for legislation in Germany. In: *O sentido e o conteúdo do bem jurídico da vida humana*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 134.

¹⁶⁹COSTA, 2003, p. 782. Também neste sentido, cf. JAKOBS, 1999, pp. 57-58.

¹⁷⁰GODINHO, 2015, p. 257.

¹⁷¹SOUSA, 2011, pp. 204 e 206; CORDEIRO, 2012, p. 172.

¹⁷²FERREIRA, 2006, p. 139.

¹⁷³MABTUM; OZAKI; PENNA, 2012, p. 236.

qualquer omissão de cuidados médicos necessários para o tratamento da doença ou manutenção da vida, conseqüentemente causando seu encurtamento¹⁷⁴. Nessa toada, sinteticamente, a doutrina conceitua-a como a supressão dos meios que mantêm suporte à vida do paciente¹⁷⁵. Como exemplo, cita-se o caso em que o paciente se recusa a fazer uma cirurgia essencial para a sua cura ou quando o médico, acreditando que a doença não tenha cura, deixa de intervir, não prestando ou interrompendo os cuidados¹⁷⁶⁻¹⁷⁷.

Todavia, alguns autores¹⁷⁸ consideram necessária a distinção entre os termos eutanásia passiva e ortotanásia. Assim, reputam que o primeiro termo é genérico, representando qualquer abstenção médica de cuidados imprescindíveis (o médico que se omite em tratamentos indicados ou o que esquece de fornecer medicamentos ou mesmo água) à saúde de qualquer doente, que pode nem sequer estar em estágio terminal, mas ensejando a morte.

Já a ortotanásia (moribundo) traduziria apenas a omissão de procedimentos fúteis, desnecessários ao alcance de benefício à saúde do paciente, devendo ser utilizada apenas nos quadros de doenças irreversíveis e morte iminente, com o fim de evitar o encarniçamento¹⁷⁹. Nesse caso, a ortotanásia corresponderia, também, à omissão de condutas que visam abreviar ou prolongar inútil e artificialmente a vida, deixando que a morte do paciente terminal aconteça em seu tempo certo, sem prolongamentos ou abreviações¹⁸⁰.

Nesse específico conceito, a decisão sobre a prática de tal ato omissivo é tomada pelo próprio paciente (mesmo que presumidamente), a partir da efetivação do direito ao consentimento informado¹⁸¹.

¹⁷⁴FERREIRA, 2006, p. 139.

¹⁷⁵RAPOSO, 2012, p. 122.

¹⁷⁶DIAS, 2013, p. 24.

¹⁷⁷Faz-se mister frisar que há autores que consideram que a interrupção de ventilação artificial ou o desligamento de aparelhos não seriam hipóteses de eutanásia passiva/omissão, mas sim de conduta comissiva. Cf. GODINHO, 2015, p. 239. Também nesta perspectiva e afirmando não compreender a diferença jurídica penal entre eutanásia passiva e ativa, já que o resultado é sempre a morte, cf. JAKOBS, 1999, p. 59. De *contrario sensu*, Roxin entende que o ato de desligar um aparelho vital a manutenção da vida é uma interrupção de tratamento, e logo conduta omissiva (ROXIN, Claus. Tratamento Jurídico Penal de la Eutanásia. In: *Eutanasia y suicidio: cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Granada: Editorial Comares, 2001, pp. 14-15).

¹⁷⁸*Ibid.*, p. 241.

¹⁷⁹MARTIN, Jerônimo José. “Eutanásia Passiva” é um eufemismo. Bioética na aldeia [on-line]. Disponível em: <<http://vida.aaldeia.net/eutanasia-passiva/>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2018.

¹⁸⁰PÊCEGO, 2015, p. 99; BARBAS, Stela. Morte e Dignidade Humana numa Perspectiva Jurídica. In: *Eutanásia e outras questões éticas no fim da vida*. Coimbra: Gráfica de Coimbra 2, 2009, p. 82

¹⁸¹Diversos dispositivos legais estabelecem a necessidade de se respeitar o consentimento informado e esclarecido do doente para a realização de cuidados médicos, v.g. Lei de Bases da Saúde, Base XIV, n.º 1, b), arts.156º e 157º do CP e, de forma geral, os art. 340º e art. 70º do CC, Convenção sobre os Direitos do Homem

Assim, o médico informa ao paciente todos os procedimentos médicos que poderiam ser aplicados em seu quadro clínico, deixando claro que dificilmente estes alcançariam o objetivo da cura, mas apenas seriam atos inúteis que causariam mais sofrimento. A partir dessa informação, cabe ao paciente, exercendo o seu direito de autodeterminação, decidir se deseja iniciar ou paralisar o tratamento destinado à manutenção da vida.

Raposo (2012), por seu turno, vai além e afirma que, mesmo no caso em que o paciente não expresse a sua vontade, também poderá o médico assumir sozinho a decisão de suspensão de métodos para a manutenção da vida. Argumenta que a condição *sine qua non* desta possibilidade é o médico estar norteado pelas *leges artis* da medicina, possuindo a finalidade de evitar o encarniçamento terapêutico, desde que o quadro clínico do paciente – diagnóstico, prognóstico e sofrimento – assim recomende¹⁸².

Percebe-se, portanto, que o objetivo maior da ortotanásia é evitar a futilidade médica¹⁸³, a obstinação terapêutica. Assim, tal conduta teria respaldo no princípio da beneficência, que orienta o médico a agir de modo a proporcionar ao indivíduo uma boa qualidade de vida, uma vida digna até a morte. Neste aspecto, se o tratamento não se traduzir em benefício ao paciente, mas apenas em prolongamento inútil de sua vida, deverá ser suspenso¹⁸⁴, ensejando a ortotanásia.

Desse modo, feitas as devidas distinções, ressalta-se necessário definir se essas condutas podem ou não se enquadrar em algum tipo penal, designadamente, homicídio a pedido da vítima por omissão (arts. 10º e 134º do CP), homicídio privilegiado por omissão (arts. 10º e 133º do CP) ou homicídio simples por omissão (arts. 10º e 131º do CP).

Segundo o posicionamento da majoritária doutrina portuguesa e germânica¹⁸⁵, tanto na ortotanásia quanto na eutanásia passiva, quando o paciente tenha anuído com a prática omissiva (mesmo que presumidamente), ou seja, tenha dado o seu consentimento para a suspensão, a interrupção ou o não início do tratamento, a conduta não poderá ser considerada ilícito penal.

e da Biomedicina, Capítulo II, art. 5º; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, n.º 2 do seu artigo 3º.

¹⁸²RAPOSO, 2012, p. 124.

¹⁸³MELO, Helena Pereira de. O direito a morrer com dignidade. In: *Lex Medicinæ' Revista Portuguesa de Direito da Saúde* [Portuguese Journal of Health Law], ano 3, n. 6, 2006, p. 75.

¹⁸⁴RAPOSO, *op. cit.*, p. 123.

¹⁸⁵GODINHO, 2015, p. 244.

A justificativa é que o paciente tem direito à sua autodeterminação, cabendo a ele escolher o tratamento a que deseja ou não se submeter ¹⁸⁶. Assim, na hipótese de o médico não respeitar e desobedecer à sua vontade, ainda correrá o risco de responder pelo crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, previsto no artigo 156º do Código Penal¹⁸⁷.

Logo, essa vontade do paciente, mesmo que presumida, poderá configurar excludente da ilicitude tanto na ortotanásia quanto na eutanásia passiva. Entretanto, discussão mais acalorada ocorre quando o paciente não haja dado tal consentimento. Poderia o médico supri-lo?

Apesar de não existir previsão legal expressa, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, quando se trata de ortotanásia, aceitam que a conduta médica omissiva que tenha o objetivo de evitar uma vida baseada em meios extraordinários/artificiais encontra respaldo no artigo 24º, nº 2 e no artigo 67º, nº 3 e nº 4, do CDOM, Regulamento nº 707/2016¹⁸⁸, tendendo a não punir, haja vista ser a futilidade médica vedada pela medicina¹⁸⁹. Todavia, o mesmo não ocorre com o conceito genérico de eutanásia passiva, a qual deve sempre se pautar na vontade do doente para que seja lícita¹⁹⁰.

Nessa ordem de ideias, Figueiredo Dias (1999) afirma que, em paciente inconsciente com risco de morte, o médico não poderá praticar a eutanásia passiva, devendo realizar todos os procedimentos médicos necessários à manutenção da vida, a menos que, de alguma forma, se possa, diretamente, inferir que aquele seja o desejo do paciente¹⁹¹.

Fato é que, independentemente do termo empregado, ambos os procedimentos acima destacados se concretizam por omissão médica, seguindo-se lhes a morte do paciente, os quais poderão acarretar consequências jurídicas, principalmente criminais, ao médico que as pratique.

Dessa feita, tal distinção é importante, mas não carece de maiores fomentos neste tópico. O termo eutanásia passiva pode, assim, ser empregado perfeitamente para representar

¹⁸⁶Assim, Sousa (2011, p. 206) insere a recusa de tratamento que acarreta a morte como exceção permitida pelo ordenamento jurídico português àquela que veda a renúncia a própria vida.

¹⁸⁷Artigo 156º do Código Penal: “o médico que realizar intervenções ou tratamentos sem o consentimento do doente, será punido com pena de prisão até três anos”.

¹⁸⁸Os quais correspondem, respectivamente, ao artigo 49º, n.º 2, e artigo 59º, n.º 3 e n.º 4 do CDOM, Regulamento n.º 14/2009, de 13 de janeiro.

¹⁸⁹RAPOSO, 2012, p. 124.

¹⁹⁰GODINHO, 2015, p. 242.

¹⁹¹DIAS, 1999, pp. 13-14; RAPOSO, *op. cit.*, p. 135; JAKOBS, 1999. p. 61.

qualquer conduta omissiva, sendo que o termo ortotanásia é mais bem utilizado quando em contraponto com o sentido de distanásia.

Conclui-se, portanto, que a eutanásia passiva, desde que consentida e de acordo com o ensinamento da doutrina majoritária¹⁹², nomeadamente Menezes Cordeiro (2012)¹⁹³, Capelo de Sousa (2009), Figueiredo Dias (1999; 2013), Costa Andrade (2012), Helena Morão (2006)¹⁹⁴ e outros, deverá ser considerada como conduta atípica; caso contrário, se o médico realizar a intervenção contra a vontade do paciente, responderá por crime de intervenções médicas e tratamentos arbitrários, na forma do artigo 156º do Código Penal¹⁹⁵.

Neste sentido, e fazendo uma analogia com os ensinamentos de Sousa (2009) na seara civilística, importa mencionar que os direitos de personalidades de uma pessoa, no caso o médico, é limitado pelos direitos fundamentais subjetivos e pelos direitos especiais de personalidade do paciente. Logo, não pode o médico realizar intervenções insuscetíveis de consentimento pelo ordenamento jurídico ou não consentidas pelo titular do direito de personalidade¹⁹⁶.

Assim, se o paciente não desejar o tratamento médico, deverá este último se abster de qualquer intervenção, mesmo que necessária ao tratamento.

2.3 Distanásia

Em sentido oposto à eutanásia, que visa abreviar a vida e, mais precisamente, à ortotanásia, tem-se a distanásia.

Tal prática é considerada pela doutrina como obstinação¹⁹⁷ ou encarniçamento terapêutico, correspondendo a condutas inúteis, desnecessárias, desproporcionais ao tratamento da doença, as quais possuem a única finalidade de retardar a morte, estendendo,

¹⁹²MORÃO, Helena. Eutanásia passiva e dever médico de agir ou omitir em face do exercício da autonomia ética do paciente. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, a. 16, n. 1, jan./mar. 2006, pp. 52, 58 e 61. Nessa perspectiva, Verrel (2013, p. 127) considera que toda conduta médica que esteja em acordo com a vontade do paciente e vise limitar um tratamento médico é permitida e até exigível.

¹⁹³CORDEIRO, 2012, p.1 72.

¹⁹⁴Nesse sentido, na lição de Morão (*op. cit.*, p. 83), a eutanásia passiva efetivada contra ou sem a vontade do paciente é homicídio por omissão.

¹⁹⁵Benda (2001, p. 143) considera que ao médico cabe o dever de respeitar o pedido do doente de não receber tratamento médico, haja vista que está em causa o poder de autodeterminação deste em decidir morrer com dignidade. Ademais a o médico que vá de encontro com essa vontade do doente pratica conduta contrária ao ordenamento alemão, art.1.1.GG.

¹⁹⁶SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 525.

¹⁹⁷MABTUM; OZAKI; PENNA, 2012, p. 236.

demasiadamente, o sofrimento¹⁹⁸.

Dessa maneira, pode conceituar-se a distanásia como a conduta médica que prolonga a vida moribunda do doente terminal, sem chances de melhora de prognóstico, acarretando uma morte lenta e com sofrimento.

Tal procedimento fere a dignidade do paciente e da própria morte, pois o submete a condições desumanas de vida em nome da futilidade médica¹⁹⁹.

Não existe uma exata tradução para a expressão *futilidade médica*²⁰⁰, nem mesmo foram sistematizadas e elencadas práticas que o concretizam. Todavia, por meio de análise do artigo 67^o²⁰¹ do CDOM, Regulamento nº 707/2016, Raposo (2012)²⁰² afirma que a expressão engloba todos os atos médicos que não causam nenhum benefício ao paciente em estado terminal, mas apenas o mantém vivo através de meios extraordinários.

Nesse diapasão, a distanásia revela a aversão do homem à morte, concretizando-se numa tentativa de driblar o fim natural da vida. Com efeito, a medicina, por mais desenvolvida que se encontre, ainda possui grandes limitações para atingir esse objetivo²⁰³. Sendo assim, o emprego desproporcionado de tecnologias médicas é visto como má prática quando utilizado para, inutilmente, prolongar o *inter mortis*, aumentando o agonizante sofrimento do paciente²⁰⁴.

Posto isso, consoante artigo 67^o, nº 3^o²⁰⁵, do CDOM, Regulamento nº 707/2016, não deverá o médico insistir em técnicas que apenas prolonguem a morte do paciente, sem ao menos obter melhora em seu estado de saúde. Caberá a esse profissional da saúde, reconhecendo a sua impotência, adotar apenas as condutas capazes de proporcionar o bem-estar do doente, de modo que, se não for possível a sua melhora, no mínimo deverá permitir um adequado tratamento paliativo, de eliminação de dores, visando uma razoável qualidade de vida²⁰⁶.

¹⁹⁸MELO & BELEZA, 2009, p. 673.

¹⁹⁹CORDEIRO, 2012, p. 173; SÁ, 2005, p. 139.

²⁰⁰No sentido de que a futilidade de tratamento corresponde a tratamentos que não são uteis, podendo o médico (no caso de futilidade absoluta) abdicar destes tratamentos mesmo contra a vontade do paciente. Cf. LOUREIRO, 2008, pp. 77-78.

²⁰¹O dispositivo em tela corresponde ao artigo 59^o do antigo CDOM, Regulamento n.º 14/2009, de 13 de janeiro.

²⁰²RAPOSO, 2012, p. 124.

²⁰³SÁ, *op. cit.*, p. 39.

²⁰⁴MARTIN, 1998, p. 188.

²⁰⁵O dispositivo em epígrafe equivale ao artigo 59^o, nº 3, do antigo CDOM, Regulamento n.º 14/2009, de 13 de janeiro.

²⁰⁶MARTIN, *op. cit.*, p. 172.

Dito de forma mais incisiva, o médico deve saber a “hora de parar de tentar” impedir a morte. Logo, reconhecendo a falibilidade da medicina, lhe incumbirá cessar qualquer conduta que não promova significativa melhora ou bem-estar ao paciente, permitindo, pois, um final de vida sereno e ensejando a morte em seu curso natural²⁰⁷. A esta abstenção médica dá-se o nome de ortotanásia, a qual não configura ato ilícito, na medida em que não provoca a morte do paciente, mas permite que, em decorrência da doença, ela ocorra no tempo certo.

Por fim, conclui-se que o que se rechaça, na prática médica, não são os cuidados normais, mas, sim, aqueles desproporcionais, demasiados, que acarretem apenas ônus ao paciente e não bônus.

2.4 Mistanásia

O termo mistanásia, etimologicamente de origem grega, foi sugerido por Leonard Martin no Brasil, podendo significar a morte infeliz/ruim ou morte do rato (com sofrimento)²⁰⁸. É também denominada por cacotanásia²⁰⁹ ou de, erroneamente, eutanásia social, haja vista que transcende o verdadeiro significado desta palavra (de “boa”- morte), refletindo a “maldade humana”²¹⁰. Traduz-se na abreviação da vida contra a vontade do afetado e no desnecessário sofrimento. Sucede, principalmente, problemas político-sociais, erro ou má prática médica²¹¹.

Verifica-se que a mistanásia é frequente na população mais necessitada e decorre da omissão estatal em fornecer serviços públicos de qualidade, atingindo o seu ápice com a precarização e falta de cuidados à saúde da população. Nesse sentido, doenças que poderiam

²⁰⁷Em 2017, a Suprema Corte Inglesa e a Corte Europeia de Direitos do Homem decidiram o caso do bebê Charlie Gard. Assim, entenderam pela cessação de tratamentos e retirada de suporte artificial necessário à respiração do bebê Charlie, que sofria de uma doença grave e sem cura – síndrome de depleção de DNA mitocondrial. A decisão foi fundamentada no princípio da beneficência, ou seja, no melhor interesse do menor, já que qualquer tratamento médico no caso seria ineficiente à melhora das condições de saúde do paciente e, portanto, correspondendo apenas a tratamentos experimentais e obstinação terapêutica. Cf.: POPE, Thaddeus. Court of Appeal. Civil Division. *Case n.º B4/2017/1236/PTA+A*. Disponível em: < http://thaddeuspope.com/images/Gard_v._Great_Ormond_Hosp._UK_App_May_2017_.pdf>. Acesso em: 10 de junho de 2018; EUROPEAN. The European Court of Human Rights (First Section). Application no. 39793/17. *Charles Gard and Others against the United Kingdom*. Disponível em: < <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175359>>. Acesso em: 11 de junho de 2018).

²⁰⁸FRANCESCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. Bioética clínica. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de. (coord.). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 76.

²⁰⁹PÊCEGO, 2015, p. 93.

²¹⁰MARTIN, 1998, p. 172.

²¹¹SÁ, 2005, p. 40.

ser facilmente evitadas e/ou tratadas são “ignoradas” pelo poder público, gerando a degradação humana não só na morte, mas durante toda a vida.

Um nítido exemplo desse caos são as situações em que pessoas contraem doenças evitáveis com medidas de saneamento básico (cólera) e, ainda no momento do tratamento médico, enfrentam longas filas de espera para atendimento, ou falta de médicos, vindo a óbito sem ao menos se tornarem pacientes. Como consequência, têm-se a vida sofrida e a morte prematura de crianças, adultos e idosos por descaso governamental.

Quando esses doentes conseguem atendimento médico, tornando-se efetivamente pacientes, mas acabam por perder a vida por culpa de erro ou má prática médica, tem lugar a mistanásia ativa. Encontram-se nesta situação os pacientes vítimas de médicos descapacitados, que não se atualizam e, conseqüentemente, não sabem realizar diagnósticos e tratamentos adequados ao caso.

Também estão nesse quadro os pacientes com doenças crônicas ou em estado terminal abandonados por médicos, os quais não recebem ao menos tratamentos paliativos devidos, aumentando o seu sofrimento e fornecendo uma morte ainda mais miserável.

Por fim, mas não exaustivamente, ainda existem os pacientes cobaias que, em nome da ciência, se submetem a tratamentos que não respeitam nem a integridade física nem o direito à vida e a dignidade humana.

Para Martins (2011)²¹², a palavra mistanásia abrange todos os atos que acarretem a morte do indivíduo por motivo social, ideológico e político, incluindo, ainda, a eutanásia eugênica ou holocausto, que ocorreu na Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial, em que se aniquilavam pessoas portadoras de doenças mentais incuráveis²¹³.

Dessa forma, percebe-se que, independentemente da classificação, a mistanásia é a morte torpe antes da hora, anunciada/previsível, mas evitável a nível social e que afronta diretamente os princípios e direitos fundamentais do homem. Neste conceito não cabe um sentimento piedoso com a finalidade de beneficiar o paciente, mas apenas o seu sacrifício.

É, portanto, reflexo da vulnerabilidade do homem, do desprezo pela vida e desvalorização da dignidade da pessoa humana, não podendo ser confundida com nenhuma das classificações da eutanásia *lato sensu*.

²¹²SANTOS, Alexandre Martins dos. *Responsabilidade Civil do Médico*. Rio de Janeiro: DOC, 2011, p. 55.

²¹³Nesse sentido, Sousa (2011, p. 205) afirma que o Estado não pode provocar a morte de qualquer indivíduo, uma vez que é “proibido o aniquilamento das chamadas vidas indignas de serem vividas”.

2.5 Argumentos e interesses envolvidos na seara da morte digna

Após analisarmos o instituto da eutanásia, principalmente conceito, classificação e desdobramentos da morte assistida, constata-se que sua modalidade ativa – aí incluso o suicídio assistido – em Portugal, e na maioria dos países (o que veremos em tópico final deste estudo), ainda é proibida.

Apesar disso, o debate sobre sua licitude, admissibilidade, não punibilidade ou descriminalização é cada dia mais afluído na sociedade moderna pluralista. Entre os argumentos, visualizasse questões técnicas da medicina, bioética, jurídica, filosófica ou apenas crenças e convicções pessoais, baseadas nas experiências de mundividência ou influenciada pela cultura e religião, na santidade da vida.

Inicialmente, elencaremos todos os argumentos e interesses envolvidos nesta questão, para podermos, posteriormente, compreender na seara jurídica quais os direitos que estão envolvidos. Buscaremos, por fim, através de técnicas de proporcionalidade nos posicionarmos sobre a matéria.

2.5.1 Argumentos contrários

O primeiro argumento apresentado contra a legalização da eutanásia gira em torno do bem mais essencial do ser humano: a vida.

Os opositores a esta conduta, enveredada por Ana Mafalda Miranda (2016), João Carlos Loureiro (2008), Paulo Otero (1999) e outros²¹⁴, argumentam que a vida humana, e também o direito à vida, é um bem de valor supremo e indisponível, não sendo permitido ao indivíduo dela dispor e escolher o momento de sua morte.

Assim, elucidam que a vida é um bem superior a outros, na medida em que é condição necessária para que se possa titularizar todos os direitos, como dignidade e autonomia. Consequentemente, o fim da vida, determinado pela irreversibilidade da decisão,

²¹⁴Em Portugal, com o receio de que houvesse uma decisão parlamentar no sentido de descriminalização da Eutanásia, 125 juristas, entre os quais Germano Marques da Silva, Paulo Otero, Francisco Mendes Correia, Diogo Costa Gonçalves, Paulo Adragão, Sofia Galvão, Manuel Monteiro, José Simões Patrício, José Vaz Serra de Moura e Lúcia Gamboa, escreveram uma Carta aberta dirigida a deputados da assembleia da República em 09 de junho de 2017, rechaçando tal conduta. Disponível em: <<http://www.federacao-vida.com.pt/noticias/536-eutanasia-carta-aberta-aos-senhores-deputados-a-assembleia-da-republica>>. Acesso em: 21 de junho de 2018.

acarretará a perda de todos estes direitos²¹⁵.

Sob este enfoque, consideram que o Estado português possui como dever primordial a tutela do direito à vida, resguardada através do art. 24º, nº 1 da CRP, que determina a inviolabilidade da vida. Logo, é inadmissível um direito de morrer através de sua limitação voluntária ou renúncia²¹⁶.

Assim, a permissão da morte antecipada – com a legalização da eutanásia e suicídio assistido – consistiria em um déficit de proteção, ou seja, uma insuficiência da atuação estatal em prol do direito à vida, ocasionando a desvalorização da vida humana.

Na verdade, para esta corrente, admitir a eutanásia seria um atentado à ordem constitucional, haja vista que contrariaria os interesses da coletividade, valores essenciais em que a ordem pública foi fundada, como a dignidade da pessoa humana na perspectiva dos bons costumes e ordem pública (limites à disposição de direitos de personalidade) e, ainda, a moralidade social, colocando em xeque a legitimidade e sustentação do Estado português.

Ademais, na eutanásia, ocorreria uma situação ainda mais grave, a violação da vida não pelo próprio titular, mas por terceiros, de forma que nem mesmo o consentimento, poderia ser suficiente para justificar tal conduta²¹⁷.

Nesse sentido, estariam em causa, principalmente, os interesses dos mais frágeis da estrutura de uma sociedade, crianças, doente debilitados e idosos, que veriam seus interesses comprometidos e sua vida sendo banalizada, pois, a descriminalização da eutanásia abriria as “comportas de um dique”, acabando por alargar a morte antecipada para diversas outras situações, como a eutanásia involuntária ou aquelas situações em que, através de significativos cuidados médicos, seria possível obter a cura ou, ao menos, a significativa melhora da doença ou da dor²¹⁸.

²¹⁵Cordeiro (2012, p. 172) é contrário à eutanásia argumentando a irreversibilidade da decisão e a dignidade de todas as vidas até aquela terminal e infeliz. Neste sentido, Miranda afirma que o direito autodeterminação não é superior que a essência da pessoa, o direito à vida, logo, deve sempre prevalecer o *in dubio pro vita* (MIRANDA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. Dignidade e Autonomia a propósito do fim da vida. *In: O Direito*. Lisboa, a. 148, n. 2, 2016, p. 282).

²¹⁶A vida não comporta uma vertente negativa de direito de morrer. Este foi o argumento determinante no caso *Diane Pretty v. Reino Unido* (2346/02). O argumento também foi objeto de da Carta aberta dirigida a deputados da Assembleia da República em 09 de junho de 2017. Disponível em: <<http://www.federacao-vida.com.pt/noticias/536-eutanasia-carta-aberta-aos-senhores-deputados-a-assembleia-da-republica>>. Acesso em: 21 de junho de 2018. Cf. MIRANDA, *loc. cit.* E, ainda, para o jurista Carlos Alberto da Mota Pinto, os direitos de personalidades podem ser objeto de limitações voluntárias desde que não colidam com a ordem pública (art. 81º CC). Assim, por constituir ofensa ao ordenamento interno, a eutanásia é fato ilícito (PINTO, 2012, p. 101).

²¹⁷BRITO & RIJO, 2000, pp. 128 e ss.

²¹⁸CORDEIRO, 2012, p. 172. Em 27 de julho de 2001, a ONU emitiu um parecer em que manifestava a

Assim, desvirtuando-se dos fins legítimos, o argumento de se fazer o bem e evitar o sofrimento acabaria, ainda que não intencionalmente, por macular/esconder fins sombrios e ocultos na real intenção com a morte antecipada, como, *v.g.*, a caça à herança, a redução de custos financeiros com a saúde (pelo próprio Estado ou pela família), a eliminação de doentes considerados como “fardos” por sua família e/ou cuidadores²¹⁹.

Neste ponto, por considerar um entrave à vida de sua família e causa de toda tristeza, até mesmo o próprio paciente, fragilizado e alegando falsamente o sofrimento e a condição desumana de vida, poderia requerer a morte assistida.

Ensejaria, assim, a institucionalização da morte (ou indústria de morte), em que os mesmos hospitais onde se luta pela vida, também a ceifaria. Como consequência, existiria a quebra de confiança na relação médico-paciente e a insegurança na *legis artis* – o receio de que os médicos não se empenharão para salvar a vida ou que realizem “subtratamentos”²²⁰, o que também poderia dar ensejo a comercialização da eutanásia a fim de colheita de órgãos.

Em uma visão, sob certo ponto, menos jurídica, mas não menos importante, neste ensejo, estaria em causa também a sacralidade da vida. A partir de uma perspectiva moral-ética de cada vida ser única e importante ou, ainda, sob fundamentos religiosos de ser uma dádiva de Deus, não poderia ser lesionada voluntariamente, haja vista que não existe vida indigna²²¹, devendo sempre esperar o seu tempo certo ou “a vontade de Deus²²²”.

Por outro prisma, contra a morte assistida existem ainda argumentos cuja origem remonta à escola hipocrática na Grécia, séculos V e VI a.C., mas que, com devidas atualizações, até os dias atuais se fazem presente na medicina, designadamente, o Juramento de Hipócrates²²³, que pode ser entendido como o primeiro documento médico com expressão

preocupação de que a permissão da Eutanásia na Holanda pudesse “criar precedentes que diluem a importância e banalizam esse ato”. Esta declaração pode ser lida no site *The World Federation of Right to Die*. Disponível em: <<https://www.worldrtd.net/news/un-rights-commission-concerned-about-dutch-euthanasia-law>>. Acesso em: 23 de junho de 2018. Cf. nota 92. Cf. LOUREIRO, João Carlos. O rosto de Job: tecnociência, direito, sofrimento e vida. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, n. 80, 2004, pp. 137-183, pp. 178 e ss.

²¹⁹*Ibid.*, pp. 176 e ss.

²²⁰*Ibid.*, pp. 176-177 e 180.

²²¹Nesse sentido, Miranda (2016, p. 282), contrária à eutanásia, fundamenta o seu posicionamento argumentando que a expressão *morte digna* pressupõe que “há vidas que não são dignas de serem vividas”, o que, para a autora, atenta contra o próprio princípio da dignidade.

²²²Otero alega que a característica de santidade da vida confere a todas às pessoas igual dignidade e inviolabilidade da vida (OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 51). Cf. nota 92.

²²³BRITO & RIJO, 2000, p. 107. Vale frisar que, nos dias atuais, este juramento não é obrigatório nas escolas de medicina e que muitas que ainda o utilizam o adaptaram a versões modernas, de acordo com os anseios e concepções do século XXI (U.S. NATIONAL Library of Medicine, *on-line*).

bioética, o qual continha normas de conduta ético-profissional ao médico, prelecionando – dentre outras regras – respeito e honestidade do médico para com o paciente; sigilo médico; a proibição de realizar práticas abortivas e/ou de administrar drogas letais ao paciente (incluindo, neste caso, a eutanásia). Sob este aspecto, uma vez que o médico realizou o juramento de nunca causar voluntariamente a morte antecipada do doente, seria a morte assistida uma contradição a esta norma-ética, estando o médico vedado em realizá-la²²⁴.

Outra alegação contrária a “morte boa” demonstra a preocupação com a própria *legis artis* médica. A justificativa é baseada em dois fatos: um primeiro diz respeito à falibilidade (erro) dos médicos e profissionais de saúde, segundo o qual estes, ao realizarem um diagnóstico e prognóstico, podem estar enganados, ou mesmo poderá ocorrer algum milagre que recupere a saúde do paciente²²⁵. Logo, possibilitar a eutanásia é comprometer uma suposta vida saudável. O segundo argumento refere-se à evolução da medicina, as novas técnicas que podem surgir e que conseguiriam curar a doença do paciente que foi vítima de uma morte prematura e medicalizada.

Como desfecho de nosso rol não taxativo de argumentos contrários à eutanásia, temos ainda um último, que diz respeito à autodeterminação dos pacientes – para os opositores desta prática, a vítima de uma doença terminal, devido ao intenso sofrimento, não está em pleno gozo de suas capacidades psíquicas, o que impede um consentimento voluntário, livre e consciente. Ademais, quando aparentemente capaz, sua vontade pode ter sido influenciada por médicos e familiares, gerando o que Loureiro (2004) denomina por “tragédia do pedido”²²⁶.

2.5.2 Argumentos favoráveis

Muito embora todos os argumentos apresentados rechacem a prática de eutanásia, cada vez mais aumenta-se o número de pessoas que a veem como a melhor solução para

²²⁴Cf. MARTINS, António Gentil. *et al. Eutanásia, Suicídio assistido e Distanásia*: declaração conjunta de 6 bastonários. Maio de 2018. Disponível em: <<https://ordemdosmedicos.pt/eutanasia-suicidio-assistido-e-distanasia-declaracao-conjunta-de-5-bastonarios/>>. Acesso em: 21 de junho de 2018. O juramento de Hipócrates assim preleciona: “Não darei uma droga letal a ninguém se me pedirem, nem aconselharei tal plano” (U.S. NATIONAL Library of Medicine, *on-line*). Cf. SILVA, João Ribeiro da. A morte medicalizada e o pensamento de Hipócrates. *In: Estudos de direito da bioética*. Vol II. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 381 e ss.

²²⁵FERREIRA, 2006, p. 140.

²²⁶“o *phatos* corporal exprime-se, eventualmente em uma vontade viciada” (LOUREIRO, 2004, p. 176); cf. FERREIRA, 2011, p. 263.

doentes terminais ou lesões irreversíveis e sofrimento intenso.

Parte da opinião pública, médicos e muitos juristas passam a defendê-la como alívio de um sofrimento causado pela doença e como forma de expressão da independência física e psíquica do paciente. Mas não é só; a lista dos fundamentos é vasta e a certo ponto visa rebater cada um dos argumentos acima esposados²²⁷.

O ponto principal defendido por essa corrente baseia-se na qualidade de vida. Segundo seus adeptos, a doença impõe um sofrimento tão grande ao doente que obrigá-lo a viver seus últimos momentos atrelados a extrema dor, contra sua própria vontade, é uma terrível barbaridade, incompatível com a ideia de uma vida digna.

Na verdade, corresponde a um tratamento degradante e cruel, ou seja, a uma autêntica forma de tortura ao ser humano, o qual é expressamente vedado em um ordenamento jurídico baseado no respeito pela dignidade da pessoa humana, como no caso do português, nos termos do art. 25, n.º 2, da CRP²²⁸.

Por outro lado, tem-se que o direito à vida não é abstrato, devendo ser concretizado, entre outros, pelo princípio da beneficência²²⁹, sendo obrigação estatal não apenas garantir a vida, mas proporcionar uma vida qualitativamente digna até a morte²³⁰.

Assim, impor à vida um valor absoluto, insuscetível de disponibilidade, proibindo a realização da eutanásia quando esta decorre de um genuíno pedido do doente e em prol de sua qualidade de vida (princípio da beneficência), representa a coisificação do homem, transformando-o em instrumento para garantir a prossecução de fins sociais em detrimento de fins individuais²³¹.

²²⁷Em Portugal, apesar da eutanásia ativa ser proibida, a Ordem dos Advogados Portugueses apresentou pareceres favoráveis a projetos de leis impetrados por partidos políticos que visam sua descriminalização, também juristas como Costa (2003), Raposo (2012) e Dias (1999; 2013) são a favor. Ademais, alguns países já a legalizaram, como Canadá, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Colômbia, Uruguai. Outros países como Suíça e Alemanha e alguns estados dos EUA, como Estado de Oregon, Vermont e Washington permitem o suicídio assistido.

²²⁸MORÃO, 2006, p. 77; BRITO, Teresa Quintela de. Eutanásia activa directa e auxilio ao suicídio: não punibilidade?. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, n. 80, 2004, p. 577.

²²⁹Segundo Dworkin (2003, p. 326), o princípio da beneficência se traduz no dever da pessoa responsável pela tutela/cuidados de outra em agir favoravelmente aos interesses desta. “Os médicos e outros profissionais devem ter em vista os interesses de seus pacientes ou clientes”.

²³⁰Nesse sentido, Melo (2006, p. 70) afirma que: “para além da vertente negativa do direito à vida, expressa no dever de abstenção por parte de terceiros de actos suscetíveis de lesar este direito fundamental qualificado, o mesmo assume uma vertente positiva: o direito de dispor de condições mínimas indispensáveis a existência digna”.

²³¹COSTA, 2003, p. 784. Em sentido contrário, a tendência da Jurisprudência do TEDH é entender que a dignidade está adstrita à vida, sendo permitida a proteção da pessoa contra si própria quando esta deseja lesionar um bem jurídico indisponível, a vida (RAPOSO, Vera Lúcia. O Direito à Vida na Jurisprudência de Estrasburgo. In: *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o direito à vida*, Jurisprudência Constitucional,

Lado outro, estabelecendo-se a forma como a vida deve ser vivida segundo um *standard* de comportamento ético-moral corresponde a ditadura da dignidade objetiva e um paternalismo inadmissível que protege a pessoa contra si própria, contra suas reais necessidades e concepção de bem.

Ademais, ninguém melhor que a própria pessoa para ponderar os ônus e bônus de suas atitudes, saber o que é essencial em sua vida, quais valores considera mister ou quais crenças e culturas possuem fundamento para si. Assim, é somente o próprio doente quem sabe quando a dor chegou ao limite a ponto de preferir a morte como forma de expressão de uma vida digna, sem sofrimento²³².

Neste sentido, os adeptos desta corrente também advogam que a santidade da vida e seu valor intrínseco podem corroborar com o pedido de eutanásia, já que quem a solicita não deseja a morte por desrespeito à vida, mas, sim, por amor, porque não suporta uma vida naqueles termos impostos pela doença, uma vida onde sua liberdade e todos os seus direitos já não mais vigoram como antes²³³.

Posto isso, consideram que a vida é um bem supremo e pessoal do ser humano e que, por este motivo, faz-se necessário que seja respeitada em todas as circunstâncias, inclusive em seu fim. Sob este enfoque, não seria uma vida indigna que ratificaria o pedido da morte digna, mas, sim, uma vida que tem a obrigação de ser digna até na morte.

Ainda afirmam que a morte a pedido não se trata de uma renúncia ao direito personalíssimo vida, mas, simplesmente, como expressão de sua autonomia, de sua dignidade e de seu poder de autogoverno, em outros termos, um direcionamento da vida para realização de outros fins pessoais²³⁴.

Dessa maneira, se durante o ápice da vida o sujeito dispõe de uma ampla autonomia para conformar seu futuro, porque não seria também estendida ao *inter mortis* – quando comprovada a devida existência de lucidez e de capacidade jurídica²³⁵?

n. 14, abr./jun., 2007, pp. 86-87).

²³²A dignidade humana é como um *prius* e se reporta à pessoa em concreto, na sua vida real e quotidiana, não a um ser ideal e abstrato (CUNHA, M. Conceição Ferreira da. *Vida Contra Vida: Conflitos Existenciais e Limites do Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 65; DWORKIN, 2003, p. 272).

²³³Segundo Dworkin (2003, pp. 304-305), a morte serena representa mais amor pela vida do que uma vida moribunda.

²³⁴Para Jakobs (1999, pp. 42 e ss.), quem ajuda na morte digna não deve ser punido, já que este age sob um pedido justo, uma divisão de tarefas para que o titular possa organizar seus próprios fins, o que se assimila ao suicídio assistido.

²³⁵Este foi um dos fundamentos na decisão de legalização da eutanásia na Colômbia. “[...], portanto, se a forma como as pessoas veem a morte reflete suas próprias convicções, elas não podem ser forçadas a continuar vivendo quando, por circunstâncias extremas em que eles não julgam desejável ou compatível com sua própria

Nestes termos, o direito à morte digna não seria concedido ao incansado de viver, mas, sim, como medida de compaixão e piedade àqueles cujas razões, previamente definidas e seriamente comprovadas, assim recomendassem.

Tais razões e condições, assim como aquelas propostas por Costa (2003)²³⁶, seriam estritamente necessárias para evitar a banalização da vida, a tese da “abertura do dique / a ladeira escorregadiça / passos sucessivos / efeito de arrastamento”. Na realidade, corresponderiam a um rigoroso critério de controle dos casos que clamam pela eutanásia, representando um grande obstáculo para aqueles que a solicitam sem razões justificadas²³⁷.

Desse modo, através da presença de uma equipe multidisciplinar, contando com uma junta de médicos, psicólogos, peritos, conseguir-se-ia salvaguardar os vulneráveis²³⁸, distinguir-se-iam as pessoas que foram manipuladas, evitando-se as hipóteses dos chamados “caça-herança”, do cansado de viver e, principalmente, daquele doente que tem chances reais de cura, mas que, por desinformação própria ou da inadequada *legis artis* de algum médico, está desencantando da vida por acreditar estar em fase terminal.

Assim, essa equipe de profissionais comprovaria a genuína voluntariedade e a capacidade de decisão do doente, evitando que sejam manipuladas por pessoas que tenham interesses ocultos com a morte ou que seja tomada pelo paciente em momento de depressão ou de perda de certa lucidez, evitando, assim, o assassinato permitido, a eutanásia involuntária²³⁹.

Por outro lado, com as diretivas antecipadas de vontade (Lei n.º 25/2012, de 16 de julho), designadamente testamentos vitais e procurador de cuidados de saúde, se possibilitaria garantir previamente – antes do ensejo da doença – a autêntica lucidez do

dignidade [...]. Além disso, se o respeito pela dignidade humana irradia ordem, é claro que a vida não pode ser vista simplesmente como algo sagrado, a ponto de ignorar a situação real em que o indivíduo se encontra e sua posição contra o valor da vida por si mesmo” (COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-239/97*. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 326 del decreto 100 de 1980-Código Penal. Demandante: José Eurípides Parra, tradução nossa. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>>. Acesso em: 18 de junho de 2018).

²³⁶COSTA, 2003, p. 796.

²³⁷A teoria do arrastamento ou passos sucessivos corresponde ao risco de, da legalização da eutanásia ativa e consentida, estender-se tal intervenção a outras situações não permitidas, como a eutanásia ativa não consentida (*Ibid.*, pp. 784 e 796).

²³⁸Na decisão do caso *Carter v. Canada* a favor da eutanásia, argumentou-se que: “os riscos associados à morte assistida por médico podem ser limitados por meio de um sistema cuidadosamente projetado e monitorado de salvaguardas” (CANADÁ. Supreme Court Judgements. *Carter v. Canada (Attorney General)*. 2015, tradução nossa. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14637/index.do>>. Acesso em: 18 de junho de 2018).

²³⁹BLANCAFORT, Albert Calsamiglia. Sobre la eutanasia. *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 14, 1993, pp. 357-358.

pedido, dando margem para sua revogação a qualquer momento²⁴⁰.

Assim, ao mesmo tempo em que se respeitaria o poder de autogoverno do doente, seu direito à dignidade como autonomia privada e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade também efetivariam o imperativo de tutela estatal em prol da vida²⁴¹.

Neste passo, para salvaguardar o bem jurídico vida, caberia ao Estado, em cumprimento de seu dever de tutela, verificar minuciosamente a presença de todos os pressupostos necessários à configuração da morte digna, de modo a afastar fins ilegítimos e interferências indevidas de terceiros no direito à vida²⁴².

Quanto à questão de erro médico, argumentam que, após vários médicos constatarem e ratificarem o mesmo diagnóstico, prognóstico e a existência ou não de tratamentos efetivos, é quase nula a chance de erros²⁴³. Caso, ainda assim, ocorra, a questão que urge saber é se o erro foi causado por culpa médica, o que ensejaria responsabilização civil e penal devida, ou se a situação estava fora do alcance da capacidade de entendimento humano e da medicina (razões sobrenaturais)²⁴⁴.

Assim, certamente, o erro médico será um fato isolado, desconhecido pela humanidade e ciência médica, de forma que sua mera suposição não pode limitar o direito à autonomia do sujeito em definir seu próprio plano de vida.

Quando ao dever imposto no juramento de Hipócrates, o médico não o estaria desrespeitando com a ajuda a morte, uma vez que este impõe também o dever de curar, de respeitar a vontade do paciente e de fazer de tudo para o bem daquele. Assim, na medida em que a morte digna faz-se extremamente necessária ao alívio do sofrimento do doente – nestas condições acima citadas –, seria o pedido do paciente, fruto de sua vontade livre, capaz de

²⁴⁰FERREIRA, 2006, p. 140.

²⁴¹Não se trata de diminuir a importância do dever do Estado de proteger a vida, mas de reconhecer que existem meios menos drásticos para alcançar a meta Estatal (CANADÁ. Supreme Court Judgements. *Carter v. Canada (Attorney General)*. 2015. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14637/index.do>>. Acesso em: 18 de junho de 2018.).

²⁴²“A Carta não é neutra contra a vida, mas um sistema de valores claramente a favor dele, opção política que tem implicações, como efetivamente envolve o dever do Estado de proteger a vida. No entanto, como o Tribunal já demonstrou em decisões anteriores, o Estado não pode pretender cumprir essa obrigação, ignorando a autonomia e a dignidade das próprias pessoas” (COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-239/97*. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 326 del decreto 100 de 1980-Código Penal. Demandante: José Eurípides Parra. 1997. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>>. Acesso em: 18 de junho de 2018, tradução nossa).

²⁴³A legislação holandesa, que permite a eutanásia, conta com procedimentos que tentam minimizar o erro exigindo, por exemplo, vários diagnósticos de equipamento médico diferente (BLANCAFORT, 1998, p. 354). Nesse sentido, cf. CANADÁ, *op. cit.*

²⁴⁴FERREIRA, *loc. cit.*

refutá-lo na parte que preleciona “não darei dose letal ao doente”. Nestes termos, a morte digna seria propriamente um ato médico, expressão ética do respeito à vontade do doente e de não lhe causar sofrimento físico ou moral²⁴⁵.

Além do mais, como sabido, o juramento de Hipócrates, nos dias atuais, não é mais obrigatório nas faculdades de medicina, de modo que muitos médicos com ele nunca se comprometeram. E, ainda, quando o fazem, são juramentos adaptados aos dias atuais, em que a morte digna também ensejaria o alívio da dor, a cura prelecionada por Hipócrates²⁴⁶, o que representa a superação do paternalismo clínico herdado de Hipócrates pelo direito de autonomia do paciente.

Por outro lado, se por razões éticas ou morais o médico não se sentir à vontade em realizar a eutanásia, sua autonomia será sempre respeitada, sendo livre em suas convicções para recusar a participar do ato e requerer o direito de objeção de consciência (artigo 138º do Estatuto da Ordem dos Médicos).

Sob outra ótica, os defensores da eutanásia argumentam que, em um Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, a permissão da eutanásia (seja por meio da despenalização ou descriminalização), corresponderia ao respeito pela igualdade material entre as pessoas que podem cometer suicídio e as que não podem e, logo, necessitam da eutanásia²⁴⁷.

É certo que suicídio e eutanásia são condutas diferentes. No primeiro caso, o agente e o destinatário se coincidem, ao passo que nesta última se faz necessário o auxílio de terceiros. Contudo, visam o mesmo resultado, de forma que permitir o auxílio de terceiros seria a concretização do direito à autonomia que todo cidadão possui em um ordenamento democrático. Afinal, caso contrário, ocorreria uma patente lesão ao princípio da igualdade, haveria um tratamento diferente para pessoas em uma mesma situação de sofrimento extremo (devido a doença letal ou estado terminal).

²⁴⁵Nesse sentido, Jakobs (1999, p. 61) afirma que não se pode falar em dever médico de tratar aquele que não respeita a vontade do paciente.

²⁴⁶U.S. NATIONAL Library of Medicine, 2018, *on-line*. Neste sentido, nos dias atuais o médico se “transmudou num irmão, amigo e anfitrião, em que o acto de profunda dádiva entre iguais liberta o paciente da dor e do sofrimento através da causação da sua morte [...]. Os atos de deixar de viver são sempre actos médicos” (BRITO, 2004, p. 582).

²⁴⁷A decisão *Carter v. Canadá* asseverou que as normas que tipificam a eutanásia como crime “impunham um ônus desproporcional às pessoas com deficiências físicas, pois somente a elas são restringidas à inanição e à desidratação, como forma de tirar suas próprias vidas” (CANADÁ. Supreme Court Judgements. *Carter v. Canada (Attorney General)*. 2015. Disponível em: < <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14637/index.do>>. Acesso em: 18 de junho de 2018, tradução nossa).

Neste passo, permitir a eutanásia seria tratar os desiguais na medida de sua desigualdade, respeitando não somente a vontade de pessoas que conseguem por si só exercer seu direito de liberdade e cometem o suicídio, o qual é descriminalizado na maior parte dos países, como também respeitando aqueles que necessitam e o desejam, mas que, devido à incapacidade física, não conseguem por si só concretizá-lo (eutanásia)²⁴⁸.

Lado outro, a permissão da eutanásia, uma morte boa e piedosa, evitaria mortes violentas através de suicídios cruéis (v.g. atirar em si próprio), que revelam a indignidade da vida e da morte²⁴⁹.

Ademais, advogam que parece contraditório proibir uma morte rápida e indolor através da eutanásia, quando o ordenamento jurídico da maioria dos países ocidentais permite a morte lenta e dolorosa, como, por exemplo, com a permissão da recusa de alimentação ou de um tratamento (respiração artificial) essencial para manutenção de sua vida²⁵⁰.

Neste sentido, se é plausível que o sujeito determine se deseja viver ou morrer através da recusa a um tratamento, configurando a eutanásia indireta, passiva ou ortotanásia, por que a eutanásia ativa direta seria menos legítima?²⁵¹

Do exposto, conclui-se que os argumentos favoráveis à eutanásia são, essencialmente, baseados no direito à dignidade da pessoa humana, a qual está atrelada ao direito de liberdade e autonomia. Defendem que a vida deve ser valorada como um direito e não compreendida como um dever imposto heteronamente ao ser humano.

Assim, uma vez que a morte digna diz respeito a concepções de vida da própria pessoa, não afetando diretamente bens comunitários e interesses de terceiros²⁵², não possui

²⁴⁸DWORKIN, 2003, pp. 258-259. Entendendo que, assim como o suicídio, o auxílio ao suicídio também deveria ser descriminalizado. Cf. RAPOSO, 2007, pp. 83-84.

²⁴⁹Já A decisão do Canadá a favor da eutanásia asseverou que privar a pessoa que sofre de doença grave e sofrimento intolerável da eutanásia o submete a duas opções: “ela pode tirar sua própria vida prematuramente, muitas vezes por meios violentos ou perigosos, ou ela pode sofrer até que ela morra de causas naturais. A escolha é cruel [...] ‘escolha cruel’ entre se matar enquanto ela ainda era fisicamente capaz de fazê-lo, ou desistir da habilidade de exercer qualquer controle sobre a maneira e o tempo de sua morte” (CANADÁ. Supreme Court Judgements. *Carter v. Canada (Attorney General)*. 2015. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14637/index.do>>. Acesso em: 18 de junho de 2018, tradução nossa).

²⁵⁰DWORKIN, *op. cit.*, p. 259.

²⁵¹BLANCAFORT, 1993, pp. 357-358.

²⁵²Neste sentido, Jakobs (1999, pp. 39 e 45) afirma que a permissão do suicídio assistido na Alemanha demonstra que não há um dever de viver, não sendo punida a ajuda a morte por não configurar um ato injusto, que lesiona interesses sociais. Assim, o autor acredita que o mesmo fundamento deve servir para a não punição da eutanásia a pedido. Cf. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Eutanásia e testamentos vitais: live and let die? In: *Centenário do nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 713-724.

lugar a interferência Estatal que, de forma paternalista, julgando saber o que é melhor para o sujeito, coíbe emanções da personalidade do indivíduo e, como consequência, o obriga a viver aprisionado em uma intensa dor e tortura²⁵³.

2.6 A “Morte Digna” na perspectiva de 2 ordenamentos jurídicos e a evolução da questão em Portugal

Conforme demonstrado, o tema da eutanásia, principalmente a ativa direta, ainda não se encontra legalizado no direito português. Também continua a ser uma ofensa cível ou criminal na maioria dos países²⁵⁴. Entretanto, sob o fundamento do respeito à dignidade e à autodeterminação do paciente, em certos ordenamentos pelo menos alguma forma de morte assistida (eutanásia *lato sensu* ou suicídio assistido) já foi legalizada, como²⁵⁵ em Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Suíça, Alemanha, Uruguai, Colômbia, Canadá e nos EUA (Oregon, Washington, Vermont, Califórnia e Montana), podendo as respectivas experiências servirem de exemplo e parâmetro a uma futura legalização em Portugal.

Tendo em vista a extensão e complexidade de analisar cada uma destes ordenamentos, nesta pesquisa nos atentaremos a alguns aspectos fundamentais da legislação de dois países, a saber: Holanda e Bélgica²⁵⁶. A opção em aprofundar nestes dois sistemas jurídicos refere-se não só ao pioneirismo no cenário europeu de legalização da morte assistida, bem como por uma importância casuística, referente ao recente e famoso caso da atleta paraolímpica belga, Marieke Vervoort. Outro ponto que merece destaque é a acentuada liberalidade destes ordenamentos, nomeadamente quanto à definição de limite de idade para admissibilidade da morte assistida (o qual não coadunamos).

Primeiramente, tem-se que a Holanda foi o país percussor na Europa a legalizar a

²⁵³BLANCAFORT, *op. cit.*, p. 349.

²⁵⁴Também no Brasil a eutanásia é considerada prática ilícita. Apesar de o crime de eutanásia não estar propriamente tipificado, a sua prática pode ser enquadrada no delito de homicídio privilegiado (artigo 121º, inciso I, do CP brasileiro), desde que cometido por relevante valor social e moral. Consequentemente, as penas para quem causar a morte de um doente poderão ser reduzidas em relação ao homicídio comum (de um sexto a um terço do crime de homicídio) que possui pena em abstrata de seis até vinte anos de prisão.

²⁵⁵Para maior análise a respeito da regulação ou proibição da morte assistida em direito comparado, cf. PORTUGAL. *Eutanásia e suicídio assistido: legislação comparada*. Coleção Temas, n.º 60. Lisboa: Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar, Assembleia da República, 2016. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/Eutanasia_Suicidio_Assistido_1.pdf>. Acesso em: 02 de julho de 2018. Ver também LEITÃO, 2012, pp. 713-724.

²⁵⁶Não se pode olvidar que, em tópicos anteriores, já foram apontadas características específicas das legislações de diversos países que admitem alguma forma de morte assistida.

eutanásia ativa direta²⁵⁷. Conforme ensina Godinho (2015)²⁵⁸, a evolução histórica da legalização da eutanásia ativa remonta ao ano de 1982, com o caso do médico *Schoonhein*, que aplicou uma injeção letal em seu paciente de 95 anos que estava em estado de decomposição após fratura na bacia. A ajuda à morte foi concretizada após reiterado pedido de seu paciente e na presença dos seus filhos, realizando o seu último desejo. Posteriormente, este médico respondeu criminalmente por homicídio, vindo a ser absolvido pelo Supremo Tribunal holandês em 16 de julho de 1982.

Foi somente vinte anos depois deste caso, mais precisamente em 01 de abril de 2002, que o país veio a normatizar a questão com a Lei de Terminação da Vida a Pedido e Suicídio Assistido, que alterou os artigos 293º e 294º do Código Penal holandês, em que a ajuda à morte feita por médico e dentro de estritas condições pode ser justificada.

A saber: o médico deverá ter certeza de que o pedido de auxílio à morte foi uma atitude consciente e livre do paciente (voluntária, que reflita o seu desejo próprio e não influenciado); o sofrimento deve ser intermitente e insuportável; o profissional deve informar devidamente ao doente a respeito de todo o seu quadro de saúde, o seu prognóstico com o possível tratamento, as suas consequências, a chance de vida; o paciente e o médico devem estar convictos de que não existe cura ou tratamento para a doença (outra solução); o médico deve ter a opinião e parecer por escrito de outro médico independente, que veja o doente e informe se estão presentes os requisitos anteriores; por último, o auxílio à morte deve ser feito com zelo ao doente. Caso não sejam respeitados tais requisitos, o médico que realizar o procedimento em questão responderá por crime de homicídio a pedido da vítima²⁵⁹.

Na Holanda também é possível que menor de 18 anos de idade possa manifestar o desejo de morte, desde tenha mais de 16 anos e que o faça por meio de pedido escrito. Na inexistência deste documento ou, se tiver no mínimo 12 anos, deverá ter autorização ou, ao menos, concordância dos pais²⁶⁰.

A permissão da eutanásia, na Holanda, foi uma forma de ponderação entre o direito à vida e à autodeterminação do paciente; a associação médica, neste país, entende que a finalidade médica não é curar, mas, sim, proporcionar bem-estar ao paciente, incluindo o

²⁵⁷ FERREIRA, 2006, p. 145.

²⁵⁸ GODINHO, 2015, pp. 270-272.

²⁵⁹ CRORIE, 2003, pp. 458-459.

²⁶⁰ GODINHO, 2015, p. 272.

auxílio à morte tranquila e digna²⁶¹.

Não se pode olvidar, de todo modo, que alguns autores consideram que, na Holanda, a eutanásia continua não sendo permitida, haja vista que tipificam tal prática, mas admitem exceção à punibilidade no artigo 293º, n.º 2, do CP holandês²⁶².

Logo após a Holanda, quem regulamentou a eutanásia foi a Bélgica, através de lei própria que entrou em vigor em 23 de setembro de 2002. Também estabeleceu condições para prática da ajuda à morte de maneira semelhante às estabelecidas pela sua vizinha Holanda²⁶³.

No entanto, a Bélgica foi extremamente liberal em alguns requisitos, *v.g.*, quando não estabeleceu limite de idade mínimo para se requerer a eutanásia (condicionando à autorização dos pais) ou, ainda, quando possibilitou que a doença que acomete o paciente não precisa ser mortal, desde que seja grave, incurável e que o médico consulte outro médico psiquiatra ou especialista para avaliar a sua possibilidade²⁶⁴.

Importante destacar-se que, no dia 17 de setembro de 2016, foi a primeira vez que a eutanásia veio a ser aplicada na Bélgica a um menor de 17 anos²⁶⁵.

Outro caso relevante que merece ser comentado diz respeito ao de Marieke Vervoort, atleta paralímpica com diversas medalhas conquistadas. Ela sofre de doença degenerativa na coluna vertebral que lhe traz grande sofrimento, dores, perda da visão e epilepsia. Vervoort, para fins de tranquilidade emocional, já requereu e obteve os documentos que autorizam a eutanásia desde o ano de 2008, mas pretende utilizá-los apenas quando sentir que o sofrimento se tornou atroz, a ponto de não mais aguentar a viver – “quando tiver mais dias ruins do que bons”²⁶⁶.

Em recente entrevista, a atleta afirmou que, antes de obter a autorização, era uma pessoa deprimida, que pensava em como se matar, mas que, com a autorização, ela obteve esperança e sentimento de controle da própria vida, assim, conseguiu se reerguer e participar dos Jogos Paralímpicos.

²⁶¹FERREIRA, 2006, pp.144-145.

²⁶²PÉCEGO, 2015, p. 118.

²⁶³GODINHO, 2015, pp. 274-277.

²⁶⁴*Ibid.*

²⁶⁵SIC Notícias. *Eutanásia autorizada a menor na Bélgica*. 2016 [on-line]. Disponível em: <<http://sicnoticias.sapo.pt/especiais/eutanasia/2016-09-17-Eutanasia-autorizada-a-menor-na-Belgica>>. Acesso em: 18 de março de 2018.

²⁶⁶MSN. *Marieke Vervoort diz que não está pronta para eutanásia*. 2016 [on-line]. Disponível em: <<http://www.msn.com/pt-pt/meteorologia/noticias-importantes/marieke-vervoort-diz-que-n%C3%A3o-est%C3%A1-pronta-para-eutan%C3%A1sia/vi-AAiMIzO?refvid=AAiR10t>>. Acesso em: 18 de março de 2018.

Por fim, como dito, apesar de ainda ser ato ilícito no direito português, faz-se oportuno analisar como vem evoluindo e desenvolvendo a temática atualmente no ordenamento lusitano.

Segundo uma pesquisa da Eurosondagem, realizada em março de 2016, 67,4% da população defende a legalização da morte assistida, seja na modalidade eutanásia ou suicídio assistido²⁶⁷.

Em consonância com esta realidade, no dia 26 de abril de 2016, foi entregue à Assembleia da República uma petição do manifesto cívico intitulada “Direito de Morrer com Dignidade”, que defende a despenalização da morte assistida, impulsionando o debate no parlamento (petição n.º 103/XIII/1º)²⁶⁸

Passado quase um ano, sucessivamente, partidos políticos da esquerda apresentaram projetos de lei que defendem a despenalização da eutanásia e do suicídio medicamente assistido, a saber: PJP 418/XIII/2ª (PAN); PJP 773/XIII/3ª (BE); PJP 832/XIII/3ª (PS); PJP 838/XIII/3ª (PEV)²⁶⁹.

A partir de uma sucinta análise desses projetos, constata-se que são, de modo geral, bastante similares e ainda se aproximam das motivações, critérios e requisitos estabelecidos em outros ordenamentos em que é permitida a morte assistida²⁷⁰.

Todos possuem como objetivo a preservação da autonomia do paciente em decidir a forma e o momento de seu fim de vida. Consideram que a morte digna, desde que visando

²⁶⁷Informação extraída de Parecer da Ordem dos Advogados Portugueses ao Projeto Lei do 418/XIII/2ª (PAN) - Regula o acesso à morte medicamente assistida. In: PORTUGAL. Assembleia da República. *Debate sobre a morte medicamente assistida*. 26 de maio de 2018. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Paginas/2018/maio/MorteAssistida.aspx>>. Acesso em: 15 de julho de 2018.

²⁶⁸PORTUGAL. Assembleia da República. *Petição n.º 103/XIII/1*. Solicitam a despenalização da morte assistida. Peticionante: Movimento Cívico “Direito a Morrer com Dignidade”. Entrada na AR: 26 de abril de 2016. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetallePeticao.aspx?BID=12783>>. Acesso em: 07 de junho de 2018. Contrariamente a esta petição, cf. PORTUGAL. Assembleia da República. *Petição n.º 250/XIII/2ª*. Federação Portuguesa pela Vida: Toda a Vida Tem Dignidade. Entrada na AR: 25 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetallePeticao.aspx?BID=12931>>. Acesso em: 02 de julho de 2018.

²⁶⁹PJP 418/XIII/2ª (PAN) - Regula o acesso à morte medicamente assistida; PJP 773/XIII/3ª (BE) - Define e regula as condições em que a antecipação da morte, por decisão da própria pessoa com lesão definitiva ou doença incurável e fatal e que se encontra em sofrimento duradouro e insuportável, não é punível; PJP 832/XIII/3ª (PS) - Proceda à 47ª alteração ao Código Penal e regula as condições especiais para a prática de eutanásia não punível; PJP 838/XIII/3ª (PEV) - Define o regime e as condições em que a morte medicamente assistida não é punível. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Paginas/2018/maio/MorteAssistida.aspx>>. Acesso em: 17 de junho de 2018.

²⁷⁰Diferença relevante à legislação de Bélgica e Holanda é o critério de idade, já que todos os projetos de lei apresentados pelos partidos políticos portugueses admitem a morte assistida apenas a pacientes maiores de 18 anos. Para análise mais detalhada, ver mapa comparativo dos projetos de lei elaborados pelo parlamento. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Documents/2018/Maio/mapacomparativo.pdf>>. Acesso em: 16 de junho de 2018.

a beneficência do paciente e imbuída por sentimentos piedosos, é uma alternativa válida para pacientes com sofrimento intenso, causado por doença incurável ou lesão definitiva²⁷¹.

Em comum, tais projetos estabelecem requisitos para que o pedido de morte assistida (eutanásia ou suicídio assistido) seja considerado como ato lícito, sendo eles: doença incurável ou lesão definitiva causadora de sofrimento intenso, pedido voluntário, sério, livre, consciente, esclarecido e revogável a qualquer momento. Os pacientes devem ser portugueses ou residir legalmente no país, maiores de 18 anos de idade (art. 130.º, do CC), estar plenamente no gozo da capacidade psíquica (livre de distúrbios mentais) e devem ratificar constantemente o pedido.

Estas condicionantes devem ser avaliadas por, no mínimo, três médicos (um especialista, um psiquiatra e aquele escolhido pelo doente para receber o pedido). Com exceção ao PJJ 418/XIII/2ª PAN, os projetos estabelecem a necessidade de que o cumprimento e validade dos critérios da morte assistida sejam ratificados através de um parecer favorável de uma comissão composta por personalidades qualificadas em diversas áreas do saber (juristas, médicos, psicólogos, Ministério Público e outros).

Todos os projetos garantem aos profissionais da saúde o direito à objeção de consciência relativamente à morte assistida.

Como divergência entre estes projetos, podemos apontar ainda que PEV e PAN exigem que médicos psiquiátricos atestem a capacidade mental do doente, ao passo que para BE e PS tal parecer não é obrigatório, pois, exigem apenas em caso de fundadas dúvidas médicas dessa capacidade.

O local da consumação do fato também é objeto de discordância. Enquanto BE e PAN advogam pela possibilidade de realização em hospitais públicos ou privados, o PEV restringe em estabelecimentos públicos (SNS). Já o Partido Socialista, e também o BE, propõem a possibilidade de que, por escolha do doente, a morte digna seja consumada em casa.

Outro ponto que merece destaque está relacionado ao testamento vital. A maior parte dos projetos, com exceção do BE, propõe que, no caso de inconsciência do paciente, deva-se suspender todo o procedimento à morte digna, sendo que nem mesmo o testamento vital obstará tal paralisação (não será instrumento autorizante para a conduta).

²⁷¹SANTO, Jorge Espírito. *Em nome do direito à vida*. Morte Assistida, 2017 [on-line]. Disponível em: <<https://morteassistida.com/2017/02/02/em-nome-do-direito-a-vida/>>. Acesso em: 19 de março de 2018.

Ocorre que, no dia 29 de maio de 2018, a Assembleia da República, em uma apertada votação, julgou desfavoravelmente todos estes projetos-leis – a maioria dos votos contra foram de partidos de direita (CDS-PP, PCP e do PSD). Foi o projeto do PS que ficou mais próximo da aprovação, obtendo 110 votos a favor v.s. 115 votos contra²⁷².

Muito embora a derrota, a estreita votação demonstra que, cada vez mais, a morte digna ganha relevância no cenário social português. A legalização parece-nos ser apenas questão de tempo, o qual se revela necessário para evolução e maturidade da formulação da lei, dos requisitos e da opinião pública²⁷³. Nesse sentido, os partidos declararam que o debate ainda não teve fim. Em nova legislatura, que ocorrerá em 2019, intencionam discutir novamente a questão no parlamento²⁷⁴.

²⁷²FERREIRA, Maria Leite; FERNANDES, Mariana. *Eutanásia. Veja como votaram, um A um, os 229 deputados*. Observador, 2018 [on-line]. Disponível em: <<https://observador.pt/especiais/eutanasia-veja-como-votaram-um-a-um-os-229-deputados/>>. Acesso em: 16 de junho de 2018.

²⁷³Segundo Neto (2016), este processo de adaptação social às modificações da legislação é bastante comum, também tendo sido verificado quando da análise de uma proposta de legislação a respeito de diretivas antecipadas de vontade. Na época muitos juristas acreditavam ser um retrocesso às garantias constitucionais, mas, atualmente é pacífica sua relevância e necessidade (Lei n.º 25/2012) (PORTUGAL. Assembleia da República. Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias. *Audição de Luísa Neto*, 29 de junho de 2016. Disponível em: <<http://www.canal.parlamento.pt/?cid=1182&title=audicao-de-luisa-neto>>. Acesso em: 18 de junho de 2018).

²⁷⁴OBSERVADOR. *Eutanásia Regressa ao Parlamento. Mas não para já*. 2018 [on-line]. Disponível em: <<https://observador.pt/2018/05/29/eutanasia-regressa-ao-parlamento-mas-nao-para-ja/>>. Acesso em: 16 de junho de 2018. Ver também: SILVA, Miguel Oliveira da. *Eutanásia, 2019: para um debate sério e informado*. 2018 [on-line]. Disponível em: <<https://www.dn.pt/opiniao/opiniao-dn/convidados/interior/eutanasia-2019-para-um-debate-serio-e-informado-9391765.html>>. Acesso em: 16 de junho de 2018.

3 COLISÃO DE DIREITOS: UMA TENTATIVA DE SOLUÇÃO À LUZ DOS CRITÉRIOS DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES COLIDENTES

Diante da classificação analisada, percebe-se que grande parte dos argumentos que almejam fundamentar a possível não punibilidade da eutanásia *lato sensu* ou, mais especificamente, da eutanásia ativa direta e suicídio assistido, gira em torno do poder de autodeterminação individual e a dignidade do paciente.

Vários autores defendem que, em estritas e determinadas situações, a exemplo de pacientes terminais ou doenças incuráveis, sem nenhuma perspectiva de sobrevida com qualidade, quando o sofrimento é tão elevado que nem mesmo procedimentos de cuidados paliativos conseguiriam aliviá-lo, a morte realizada mediante pedido do próprio doente corresponderia à medida que mais o dignificaria. Acredita-se que o doente tem direito a um final de vida mais sereno e que, em nome de sua autodeterminação, deverá ser respeitada a sua última vontade.

Todavia, ladeado a tais posicionamentos, existem visões divergentes que, contrárias a qualquer possibilidade de permissão da eutanásia, advogam que tal conduta ofende diretamente o valor do bem supremo da vida, o núcleo essencial dos direitos fundamentais – a dignidade da pessoa humana –, bem como a prossecução de interesses coletivos – nomeadamente a ordem pública e bons costumes. Argumentam que o bem jurídico vida é indisponível para todos, inclusive para o seu titular, sendo primordial que o Estado, exercendo o imperativo de tutela, vede tal conduta, protegendo a pessoa não só de ofensas de terceiros, mas, inclusive, contra si própria.

Qualquer desses argumentos pode ser, *prima facie*, admitido, dependendo da concepção de Estado que se adota, seja a partir de uma forte vertente paternalista, seja um Estado com tendência mais jus-liberal²⁷⁵.

Não obstante, tendo em vista que o modelo da organização político-social portuguesa possui a forma de um Estado Democrático de Direito, que, de um lado, privilegia as liberdades clássicas individuais, mas, por outro lado, possui como dever a proteção dos direitos fundamentais e do cidadãos – imperativo de tutela –²⁷⁶, como forma de clarificar

²⁷⁵CRORIE, 2003, p. 215.

²⁷⁶Segundo Benda (2001, pp. 119-120), a tarefa fundamental do Estado deverá ser conciliar interesses individuais e bens sociais, pelo que as decisões políticas somente serão justas se tomadas diante do caso concreto.

esta problemática, baseado em todos os argumentos genéricos já apresentados no primeiro capítulo deste trabalho, analisar-se-á cada um dos bens, direitos e interesses em colisão²⁷⁷ neste caso concreto de disposição do direito à vida, para, posteriormente, a partir de técnicas da proporcionalidade, se sopesarem tais bens colidentes (art. 335º do CC), visando encontrar uma possível solução que esteja mais próxima do ideal de um Estado como o português, que foi erigido em torno do indivíduo²⁷⁸.

Ademais, não se pode olvidar que, como enfatizado anteriormente, a necessidade de uma restrição Estatal do exercício de um direito fundamental e de personalidades somente poderá ser aferida diante da precedência de bens em um determinado caso concreto, que, no caso, se trata da disposição do direito à vida.

Somente após todo esse percurso será possível concluir-se se os encargos advindos de uma possível proibição superam, de modo irrazoável, os benefícios que seriam obtidos pelo titular do direito invocado. Ou, sob outro prisma, se o benefício ao interesse público se revela superior ao ônus do titular do direito. Somente assim será viável posicionar-se, nestas linhas, a respeito da morte digna²⁷⁹.

Posto isso, o presente estudo basear-se-á, essencialmente, no direito à dignidade da pessoa humana²⁸⁰, uma vez que este, por possuir conteúdo amplo e impreciso, é capaz de

²⁷⁷Neto (2004, p. 379) aponta a diferença entre colisão e conflito de direitos. Segundo a autora, a colisão de direitos se verifica quando esteja em causa direitos do indivíduo *v.* direitos, bens ou interesses sociais. Já o conflito de direitos pressupõe o confronto entre direitos subjetivos de dois titulares distintos.

²⁷⁸“[...] o valor intrínseco do indivíduo requer que o Estado deva ser visto como existente para o ser humano individual, e não o contrário (a afirmação de estado limitado)” (MCCRUDDEN, Christopher. *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*. In: *European Journal of International Law*. Oxford, v. 19, n. 4, set. 2008, pp. 655-724, tradução nossa). Em sentido semelhante, o Tribunal Constitucional português assim se manifestou certa vez: “Deve o Estado de Direito ser entendido no seu sentido mais nobre de Estado de Justiça, construído a partir da pessoa e tendo sempre a pessoa como fim, reconhecer esses direitos, garanti-los, defendê-los e promovê-los” (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Processo n.º 310/16. *Acórdão n.º 812/2017*, Relatora Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, 30 de novembro de 2017. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/114703509/details/maximized?serie=II&parte_filter=32&day=2018-02-16&filtrar=Filtrar&date=2018-02-01&dreId=114698744>. Acesso em: 20 de junho de 2018).

²⁷⁹A verificação desta precedência será baseada na ponderação de bens segundo os critérios: “esfera de personalidade atingida, gravidade da ofensa, comportamento do próprio lesado, sobretudo, o motivo e o fim da lesão, onde deverão ter-se em conta a liberdade de expressão, a liberdade de criação artística e etc.” (PALANDT/THOMAS *apud* PINTO, Paulo Mota. *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra Editora, 1999, pp. 179).

²⁸⁰A dignidade da pessoa humana, devido ao seu conceito amplo, pode ser utilizada em torno de argumentos circulares, seja por quem defende um posicionamento a favor da disposição de direitos, seja por quem a rechaça, tornando difícil o seu emprego (NOVAIS, 2006b, pp. 211-213). Para Barroso (2014), o conceito de dignidade da pessoa humana há de ser neutro, possuindo um conteúdo mínimo que atenda aos anseios de vida boa tanto na visão de conservadores quanto de liberais ou socialistas. Este conteúdo engloba o valor intrínseco de todos os seres humanos, a autonomia individual e os interesses sociais/estatais (BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 72).

fundamentar qualquer dos posicionamentos a respeito da (in)disponibilidade do direito à vida, seja a dignidade enquanto valor intrínseco do ser humano, a dignidade enquanto autonomia e seus desdobramentos sobre o direito ao desenvolvimento da personalidade humana, seja, ainda, a dignidade como heteronomia. Por último, mas não menos importante, concretizaremos o estudo dos direitos envolvidos nesta seara com a análise do direito à vida.

3.1 Dignidade como valor intrínseco

A dignidade da pessoa humana²⁸¹ representa o princípio estruturante²⁸², o axioma jurídico fundamentador de um Estado Democrático de Direito – v.g., o português, como se depreende do artigo 1º da CRP; o alemão, no artigo 1.3 do GG²⁸³; e o brasileiro, art. 1º, § 3, da CF/BR –, atribuindo “unidade de sentido” a cada um dos direitos fundamentais consagrados por um ordenamento jurídico²⁸⁴.

Neste diapasão, é o “núcleo essencial de cada um dos direitos fundamentais e de personalidade”²⁸⁵, v.g., vida, liberdade e igualdade, unificando todos os indigitados direitos²⁸⁶.

Em vista disso, através de uma eficácia direta/imediata²⁸⁷, possui irradiação por todo o ordenamento, vinculando todas as relações jurídicas – tanto naquelas estabelecidas entre Estado-cidadão, quanto entre particulares – a seus preceitos e impondo sua devida observância.

²⁸¹A dignidade da pessoa humana pode ser entendida tanto como regra como princípio (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 114). Entretanto, Oliveira (2002, p. 105) afirma que, quando relacionada ao valor intrínseco do indivíduo, é sua qualidade de princípio que possui ensejo. Neste trabalho, opta-se por não fazer distinções profundas, tratando-se a dignidade como princípio, haja vista a necessidade de ponderação de bens jurídicos em jogo.

²⁸²O princípio da dignidade humana foi, inicialmente, consagrado no século XX, após a Segunda Guerra Mundial, estando relacionado à noção de empoderamento do indivíduo e exigindo respeito por sua individualidade e por seus direitos fundamentais (MCCRUIDEN, 2008, pp. 655-724). Nesta toada, Miranda (2016, p. 194) ressalva que, somente a partir do Estado Social de Direitos, o princípio da dignidade da pessoa humana foi vinculado à noção de proteção de direitos fundamentais e de personalidade, o que ocorreu em resposta a governos que coisificavam e degradavam os cidadãos.

²⁸³O objetivo prosseguido por um Estado de Direitos, e pela lei fundamental alemã, é a proteção da liberdade e dignidade da pessoa humana (BENDA, 2001, p. 118).

²⁸⁴Nesse sentido, seriam os direitos fundamentais a concretização do próprio direito à dignidade humana; em outras palavras, os direitos fundamentais correspondem a “porções autônomas do direito à dignidade” (*Ibid.*, p. 122).

²⁸⁵PÊCEGO, 2015, p. 48.

²⁸⁶GODINHO, 2015, p. 49.

²⁸⁷Conforme o posicionamento retroexposto de Pinto (1999, p. 241) ora coadunado, o princípio da dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial de cada um dos direitos fundamentais, possuindo vinculação direta e imediata.

Assim, qualquer decisão relacionada a outro direito supremo, como os direitos à vida, à integridade física e outros, deverá também com a dignidade convergir, isto é, harmonizar-se. Todavia, por ser um conceito polissêmico, vago e abstrato, é difícil sua aplicação na prática²⁸⁸.

Dessa forma, na tentativa de densificá-lo, recorre-se ao ensinamento de McCrudden (2008) que elucida que a dignidade da pessoa humana possui quatro dimensões: a primeira, relacionada ao valor intrínseco do indivíduo, proíbe o tratamento degradante e desumano; a segunda dimensão preconiza o poder de autodeterminação do indivíduo; a terceira reconhece o valor da dignidade para a prossecução de interesses sociais, devendo estar associada a cultura e identidade de uma comunidade; e a quarta e última dimensão da dignidade é aquela relacionada à necessidade de fomento estatal de condições mínimas para existência do indivíduo e suas necessidades²⁸⁹.

Posto isso, primeiramente, faz-se mister estabelecer que a expressão *dignidade da pessoa humana* traduz o valor que o homem possui²⁹⁰, ou seja, o valor intrínseco do homem, que se baseia na teoria kantiana e diz respeito à importância que o homem possui frente à sociedade, devendo ser considerado individualmente em sua essência, como fim em si mesmo, e não como instrumento para a persecução de fins e interesses estatais ou coletivos²⁹¹⁻²⁹².

Isso revela que, para o ordenamento, a pessoa e as manifestações de sua personalidade são valores primordiais²⁹³, o que veda toda atuação estatal, ou mesmo individual, que a contrarie.

Dessa maneira, o homem figura no centro de importância da sociedade, sendo no plano jurídico titular de direitos da personalidade, como o direito à vida, à igualdade, à integridade física e psíquica, não podendo ser menosprezado, desonrado, diminuído em sua importância ou submetido a situações degradantes, a tratamento cruéis, torturas, trabalho

²⁸⁸Este é um dos argumentos de quem sustenta que o princípio da dignidade da pessoa humana não possui o condão de fundamentar qualquer outro direito, incluindo, neste caso, o direito à morte digna (MELO, 2006, p. 71).

²⁸⁹MCCRUDDEN, 2008.

²⁹⁰MELO, *loc. cit.*

²⁹¹PÊCEGO, 2015, p. 48.

²⁹²MORÃO, 2006, p. 61.

²⁹³CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. *Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento Ético e Jurídico do Direito à Morte Digna*. Lex Magister Editora, 2018 [on-line]. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_20211917_DIGNIDADE_DA_PESSOA_HUMANA_COMO_FUNDAMENTO_ETICO_E_JURIDICO_DO_DIREITO_A_MORTE_DIGNA.aspx>. Acesso em: 10 de março de 2018.

escravo ou direito à honra, à imagem e de conformar sua vida de acordo com suas convicções espirituais e pessoais²⁹⁴.

Posto isso, no ordenamento jurídico português, a dignidade como valor intrínseco encontra-se em direta consonância com o artigo 25.º, n.º 2, da CRP, o qual veda qualquer tratamento cruel, degradante ou desumano.

Logo, a tutela estatal à vida não poderá subsistir à custa de trato desumano (indigno)²⁹⁵, indo de encontro com a dignidade da pessoa humana, com o respeito da personalidade, com a vedação de instrumentalização do ser humano e com a necessidade de respeito pela autodeterminação da pessoa²⁹⁶.

Neste sentido, vai de encontro com o ordenamento a tutela estatal que, proibindo a morte digna, transforma o direito de personalidade fundamental à vida em um dever de viver contra a vontade do sujeito e sob situações extremas de dores, sofrimento, humilhação e degradação.

Isso porque acaba por forçar o indivíduo a permanecer em uma situação cruel de degradação moral e física que, apesar de ser provocada pela doença, é prolongada pela proteção estatal da vida, impedindo assistência à morte em situações de doença mortal, incurável, sofrimento exacerbado, degradação e humilhação.

Neste passo, a proibição da eutanásia equivale não a consagração do direito à vida, mas, sim, sentenciar o doente à sanção de suportar o sofrimento causado pela doença, indo de encontro com o artigo 25º, n.º 2, da CRP.

Por outro lado, uma vez que a dignidade da pessoa humana também consiste em obrigações positivas estatais para proteger os cidadãos, garantindo o mínimo de existencial digno ao homem, urge a necessidade de a tutela estatal não se limitar a preservar a existência da vida, mas, também, deverá fomentar a qualidade de vida. Isto impõe que a vida deve estar além dos limiares mínimos de bem-estar, sob pena da verdadeira dignidade não existir. Para tanto, designadamente no caso dos doentes terminais ou com doenças incuráveis e ladeados de extremo sofrimento, na tutela da vida, cabe aos poderes públicos investir em cuidados paliativos como forma de prevenção e cura, não só da morte digna, mas, sim, da vida indigna.

Por último, vale dizer que o valor intrínseco do homem está intimamente relacionado aos valores que o indivíduo possui sobre si mesmo, de certo ou errado, de bom

²⁹⁴BARROSO, 2014, pp. 77 e ss.

²⁹⁵MORÃO, 2006, p. 77.

²⁹⁶GODINHO, 2015, p. 100.

ou de mau, construídos durante toda a sua existência de acordo com as suas experiências de vida, devendo, assim, ser respeitado pelo Estado e por terceiros²⁹⁷. Neste ponto, percebe-se a sua forte ligação com a ideia de liberdade, de autonomia, haja vista ser a partir de tais valores que o homem traçará o seu objetivo, o seu destino²⁹⁸.

3.2 Dignidade como autonomia

No constitucionalismo moderno, a dignidade enquanto autonomia²⁹⁹ é um direito fundamental de personalidade e que, portanto, é “elementar da natureza do homem”³⁰⁰. Assim, está na base de um Estado de Direito, ínsito em cada um dos direitos subjetivos, sendo denominada por Benjamin Constant de liberdade dos modernos, conferindo aos cidadãos a proteção de seus direitos contra arbítrios estatais³⁰¹.

Especificamente neste tópico, tratar-se-á da dignidade enquanto princípio jurídico que visa garantir a autonomia privada³⁰², a qual, no ordenamento jurídico português, possui fundamento legal no direito geral de liberdade e no direito geral de personalidade, respectivamente, artigos 26º e 27º da CRP, bem como no artigo 70º do CC³⁰³.

Sendo assim, esta dimensão da dignidade humana é baseada no raciocínio antropocêntrico e individualista, traduzindo-se no direito à liberdade e no poder de autodeterminação do homem, o que fundamenta o direito à livre prossecução de fins e valores pessoais, ou seja, o poder de regulamentação do indivíduo sobre sua própria mente e corpo³⁰⁴.

Esta concepção de dignidade, assim como a dignidade como valor intrínseco, também possui como base inicial o pensamento kantiano³⁰⁵, devendo o homem ser

²⁹⁷CRORE, 2003, p. 468.

²⁹⁸RAPOSO, Vera Lúcia. Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida. In: *Revista do Ministério Público*, Lisboa, a. 32, n. 125, pp. 211-212, jan./mar. 2011.

²⁹⁹O que aqui é tratado por dignidade como autonomia, Habermas (2012) denomina de “dignidade infinita”, consistindo no direito de cada pessoa legislar para si e exigir dos outros o respeito à sua esfera de livre arbítrio (HABERMAS, Jürgen. *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*. Lisboa: Edições 70, 2012, pp. 45-46).

³⁰⁰SOUSA, 2011, p. 258; OLIVEIRA, 2002, p. 127.

³⁰¹CONSTANT *apud* BARROSO, 2014, p. 83.

³⁰²Segundo McCrudden (2008), na Suprema Corte dos EUA, no Canadá e na Hungria prevalece a concepção da dignidade individualista-autonomia. Todavia, na Alemanha permanece a concepção da dignidade enquanto valor coletivo.

³⁰³SOUSA, *op. cit.*, pp. 256-257.

³⁰⁴WILDFEUER, Armin G. *Menschenwürde – Leerformel oder unverzichtbarer Gedanke?*. 2002, pp. 19-116. Disponível em: <<http://perennis.de/public/Publikationen/Dokumente/83.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

³⁰⁵NOVAIS, 2006b, pp. 28 e ss.; SOUSA, 2011, p. 529. Vale frisar que, segundo Barroso (2014, p. 81), ministro

compreendido em sua individualidade, através da figura do homem “senhor de seu destino e formador de seu futuro” – o empoderamento do indivíduo³⁰⁶.

Dessa feita, a partir de uma concepção “liberal-individualista”, seria a dignidade como autonomia uma qualidade inerente ao direito geral de liberdade de ação³⁰⁷ e, na seara juscivilístico, especificamente, decorrente do direito geral de personalidade (art.70º do CC)³⁰⁸. Posto isso, constitucionalmente ou no plano privatístico, é a dignidade como autonomia um viés que capacita o indivíduo a realizar sua personalidade, concretizando escolhas íntimas e pessoais, ou seja, ideais individuais, v.g. políticos, religiosos, culturais ou crenças sobre o próprio significado da existência³⁰⁹.

Assim, tratar as pessoas com dignidade corresponderia ao respeito “ético-existencial” pelo direito de o indivíduo determinar o conteúdo central de sua dignidade, possibilitando-o a tomar decisões e assumir o controle central de sua vida, segundo seus anseios e aspirações³¹⁰. Desta forma, as decisões baseadas em convicções pessoais relativas ao sentido da vida e da morte, consistiriam em a expressão mais forte da personalidade humana.³¹¹

Desta dimensão, deriva a necessidade de cada indivíduo ser considerado em sua essencialidade, com todas as suas particularidades e de acordo com a sua personalidade, de modo que o direito à dignidade não possa ser utilizado contrariamente à sua própria vontade e concepção de bem. Ademais, a própria Constituição portuguesa, ao consagrar como base do ordenamento a dignidade da pessoa humana, veda qualquer concepção de Estado autoritária que vá de encontro à consagração da personalidade humana, impondo o sacrifício de direitos³¹².

Nesse diapasão, não pode a dignidade da pessoa humana ser entendida como algo objetivo, instituída de forma heterônoma ao indivíduo, mas deve ser analisada e protegida

do Supremo Tribunal Federal do Brasil, a dignidade, enquanto autonomia pessoal, deve possuir uma definição valorativamente neutra, livre de conceitos morais da autonomia kantiniana.

³⁰⁶PINTO, 1999.

³⁰⁷*Idem*. Autonomia privada e discriminação – Algumas notas. In: *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, II, Coimbra, 2005, p. 335.

³⁰⁸SOUSA, 2011, pp. 256-257.

³⁰⁹Nesse sentido, a faculdade atribuída à mulher, em alguns ordenamentos, de decidir pôr fim à sua gestação estaria baseada na perspectiva da dignidade enquanto autonomia (MCCRUDDEN, 2008).

³¹⁰A capacidade para tomar decisões é um elemento básico da dignidade humana (*Ibid.*).

³¹¹DWORKIN, 2003, p. 342.

³¹²CRORIE, 2003, pp. 219-220.

como liberdade subjetiva³¹³, no sentido de autogoverno, do homem conformador de seu destino, deixando ao sujeito margem para expressão de sua própria convicção³¹⁴.

Deve enfatizar-se que a liberdade³¹⁵ é um direito amplo, compondo a autonomia apenas uma de suas vertentes, designadamente o núcleo essencial da liberdade³¹⁶. Logo, por se tratar de núcleo essencial, é o limite de interferências externas, não podendo ser objeto de injustificadas ablações por pressão social, interesse público ou interferências indevidas de terceiros³¹⁷.

Posto isso, é esta concepção da dignidade que permite ao indivíduo traçar o seu plano de vida, definir a sua própria concepção de bem e consagrar os seus anseios de vida boa³¹⁸, de modo a efetivar o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o qual será mais detidamente analisado em tópico posterior.

Ademais, a dignidade que seja alheia a esses anseios acaba por configurar um paternalismo que não se amolda ao pluralismo cultural em que as sociedades modernas estão estabelecidas.

Nessa toada, seria a dignidade da pessoa humana, um princípio garantidor da proteção do homem contra ingerências externas, do Estado ou de terceiros. Em outros termos, a dignidade humana corresponderia a um mecanismo efetivo para consagrar a autonomia individual contra imposições heterônomas³¹⁹.

A amplitude do exercício de tal autonomia dependerá do que o titular considera como digno de preservar, ou seja, quais condutas o sujeito reputa atentatórias à sua dignidade. Nessa perspectiva, seria o homem um “sujeito jurídico”, o único responsável por tomar decisões a respeito de sua vida, bem como pelas consequências de seus atos, devendo suportar os ônus e bônus resultantes de suas atitudes³²⁰.

³¹³“Uma primeira variante compreende a dignidade humana como produção própria, a realização da subjetividade humana baseada na liberdade” (WILDFEUER, 2002, *on-line*, tradução nossa).

³¹⁴Entendendo a autonomia como capacidade de autogoverno – “ordenação espontânea” – e restrita a condutas legitimadas pelo ordenamento jurídico, cf. PINTO, 2005, pp. 333-334.

³¹⁵ O direito civil protege a liberdade positiva e a negativa. Enquanto aquela permite ao sujeito realizar ou se abster de praticar qualquer ação – desde que não seja proibido –, esta impede que o sujeito seja forçado por outrem a realizar qualquer facto, omissivo ou comissivo (SOUSA, 2011, p. 260).

³¹⁶Para Loureiro (2004, p. 172), entender-se a autonomia como núcleo da dignidade é reduzi-la a um bem “biodegradável”, que depende da vontade humana; tendo em vista que a dignidade é intrínseca ao homem, tal concepção deve ser vedada.

³¹⁷BARROSO, 2014, p. 81.

³¹⁸Conclui Barroso (*Ibid.*, p. 82) que a dignidade corresponde à capacidade individual de se fazerem escolhas pessoais, baseando-se na própria concepção de bem.

³¹⁹“Portanto a autonomia é o fundamento da dignidade humana” (HABERMAS, 2012, pp. 45-46).

³²⁰Não se pode olvidar que esta capacidade de autodeterminação é uma capacidade abstrata, que pode não ser

É a partir do exercício de tal autonomia, ínsito à dignidade humana e, portanto, presente em cada um dos direitos fundamentais e de personalidades, que o indivíduo poderá concretizar e exercer seus direitos personalíssimos, inclusive estabelecendo limitações ao exercício destes. Assim, ao renunciar ao exercício de um direito, o titular, através do consentimento, exerce seu direito de liberdade e autoriza a interferência de terceiros em suas posições jurídicas subjetivas fundamentais. E o faz por não lhes restarem alternativas, a fim de efetivar outro bem jurídico que considera mister.

Daí, pode concluir-se – como assim também já se constatou em capítulo anterior, embora com argumentos diversos – que a renúncia a um direito de personalidade fundamental nada mais é do que uma das dimensões da dignidade, presente no próprio exercício de um direito, através da autonomia³²¹.

Sendo assim, fundamentado no princípio da dignidade enquanto autonomia, a disposição do direito à vida através da morte assistida e em situações específicas de doença terminal e/ou incurável e sofrimento exacerbado corresponderia, outrossim, à emanção da liberdade individual³²².

Logo, corresponderia ao direito à liberdade física que, segundo Sousa (2011)³²³, engloba a liberdade de disposição sobre o próprio corpo e, ainda, às liberdades espirituais – “liberdade de sentir, de pensar, de decidir, de agir ou de omitir, de criação e de consciência”.

Neste passo, seria o direito à liberdade que permitiria o indivíduo definir o conteúdo de sua própria dignidade, ou seja, de uma vida e morte dignas – sem dor, degradação, humilhação e sofrimento³²⁴.

realizada concretamente, mas que, por ser inata ao ser humano, é potencialmente exercível. Nesse sentido, a doutrina enfatiza que condicionar a dignidade às pessoas plenamente capazes, excluindo, por exemplo, os nascituros e doentes mentais, fere as exigências de um Estado Constitucional, sendo inadmissível (SARLET, 2006, p. 85). Também nesse sentido, cf. MCCRUDDEN, 2008.

³²¹Nas palavras de Crorie (2003, p. 107): “o comportamento, no qual se manifesta a renúncia, cabe no âmbito de protecção de todos os direitos fundamentais”.

³²²Indo de encontro a esse argumento, Brito (2004, pp. 577, 605-606) acredita que o direito à autodeterminação do doente não consegue justificar os casos de eutanásia ativa, pois, segundo a autora, essa autonomia pressupõe que o indivíduo consiga realizar por si mesmo (autorrealização) os atos de encerramento da sua vida, não podendo designá-los a terceiros, nem mesmo ao médico. Para a autora, a autodeterminação apenas pode justificar o auxílio ao suicídio, haja vista que, neste caso, é o próprio paciente quem abrevia a sua própria vida.

³²³Neste sentido, como manifestação da liberdade geral, tem-se as liberdades físicas, as liberdades espirituais, liberdades socioculturais, econômicas e políticas. Assim, dentro da incidência das liberdades físicas, estaria inserida a liberdade de disposição sobre o próprio corpo, a qual, *a priori*, englobaria, dentre outros, o direito ao consentimento (ou negação) à um tratamento médico e também o controverso direito a morte digna. Cf. SOUSA, 2011, pp. 264-266.

³²⁴Contrário à esse posicionamento, Loureiro (2004, p. 168) afirma que autorizar a eutanásia com fulcro na autonomia significa que, para a sua permissão, é necessário apenas o consentimento livre, sendo contraditório estabelecerem-se critérios de admissibilidade, como o sofrimento atroz, a doença terminal, entre outros.

Posto isso, deve o Estado, ao invés de impor um modelo predeterminado de dignidade, respeitar e resguardar essa vontade genuína, fruto das inúmeras manifestações do direito geral de liberdade, jus-civilisticamente tutelado. Caso contrário, coibindo emanções intrínsecas do conteúdo da dignidade do próprio sujeito titular, acaba-se por proteger o indivíduo contra si mesmo, indo de encontro ao poder de autodeterminação, ínsito à dignidade humana e a cada um dos direitos de personalidades.

Ratificando este entendimento, vale trazer à baila o recente caso *Carter v. Canada* (2015), em que a Suprema Corte entendeu pela permissão do suicídio assistido. Assim, baseado na seção 7 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades (que dispõe sobre o direito a vida, segurança e liberdade), argumentou-se que o direito de morrer é uma liberdade tão protegida como qualquer outra decisão tomada em vida³²⁵.

Nessa ordem de ideias, ao pleitear a morte digna, o indivíduo não estaria renunciando a sua dignidade, que é indisponível³²⁶, mas apenas autonomamente, definindo o conteúdo de sua dignidade, ou seja, a forma como deseja exercê-la e como merece viver em seus últimos momentos³²⁷.

Sob essa ótica, a pessoa livre e sua dignidade representam o mais alto valor de um Estado dito democrático, impondo a faculdade de cada indivíduo densificar por si próprio o seu conteúdo e definir a sua direção; do contrário, estar-se-á diante de um paternalismo inadmissível que veda a liberdade, a autonomia e o livre desenvolvimento humanos³²⁸: a “opinião de cada um, a possibilidade de exprimir e lutar por ela e de viver segundo os próprios padrões é tão valiosa quanto a opinião do outro”³²⁹.

Disso conclui-se que a dignidade atribuída ao homem consagra seu valor de ser autônomo, passível de um poder de autodeterminação, sendo, dessa maneira, uma garantia

Todavia, como se verá *a posteriori*, estes requisitos são válidos e necessários diante do sopesamento dos bens envolvidos no conflito do direito à vida e à autodeterminação.

³²⁵“Seção 241 (b) e s. 14 do Código Penal injustificadamente infringe s. 7 da Carta e não têm força ou efeito na medida em que proíbem a morte assistida por médico de um adulto competente que (1) consinta claramente a cessação de vida e (2) tenha uma condição médica grave e irremediável (incluindo doença, doença ou incapacidade) que provoca sofrimento duradouro que é intolerável para o indivíduo nas circunstâncias de sua condição” (CANADÁ. Supreme Court Judgements. *Carter v. Canada (Attorney General)*. 2015. Disponível em: < <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14637/index.do> >. Acesso em: 18 de junho de 2018.).

³²⁶O Tribunal Constitucional alemão considerou que a dignidade não é disponível ao seu titular (MCCRUDDEN, 2008).

³²⁷BENDA, 2011, p. 144.

³²⁸Nesse diapasão, Raposo (2007, p. 86) considera que a dignidade deve estar associada ao poder de autodeterminação, e não ao paternalismo.

³²⁹NOVAIS, 2006b, p. 31.

individual contra restrições indevidas nos direitos de liberdade³³⁰. Como consequência, tem-se o impedimento de o Poder Público impor ao indivíduo padrões e modelos de comportamentos os quais ele não coadune, consistindo em uma limitação ao livre desenvolvimento de sua personalidade³³¹.

No entanto, não sendo o homem um ser isolado, mas, sim, integrado a uma comunidade, não se pode olvidar que simultaneamente ao direito de personalidade de liberdade de cada titular, existem deveres jurídicos limitadores de seu exercício, sejam eles direitos subjetivos alheios, interesses sociais e princípios da ordem pública (art. 81º, n.º 1 e art. 340º, n.º 2 do Código Civil)³³². Logo, essa liberdade individual não poderá colidir com outros bens jus-fundamentais que sejam, no caso concreto, dignos de maior proteção³³³.

Portanto, se a dignidade da pessoa humana for compreendida como autonomia, deverá valer o primado do *in dubio pro libertate*, sendo que a restrição de direitos de personalidade que, neste caso, se consubstancia com a vedação de disposição de posições subjetivas, somente será legítima como *ultima ratio*, justificada pelas circunstâncias concretas para salvaguardar outros interesses em conflito. Entretanto, tais interesses devem pertencer a terceiros ou à coletividade, não justificando a proteção da própria pessoa contra as suas próprias concepções de dignidade³³⁴.

Nesse passo, a restrição da liberdade individual ou a redução do âmbito do exercício do direito ao livre desenvolvimento da personalidade que for injustificada, desnecessária ou excessiva acarretará a coisificação e a degradação da pessoa humana, o que é vedado em um Estado de Direito³³⁵.

³³⁰Conforme Novais (2006b, pp. 28 e ss.), a dignidade como autonomia é o que faz dos direitos fundamentais um trunfo individual contra a maioria, legitimando condutas mesmo quando outrem não aderir ao posicionamento individual.

³³¹Nesse sentido, afirma Benda (2001, p. 31) que não é tarefa do Estado estabelecer padrões de comportamentos e corrigir os cidadãos.

³³²SOUSA, 2011, pp. 259 e 529; PINTO, 2005, pp. 341-342.

³³³“*Es legítima la protección de terceros o de la generalidad ante exhibiciones agresivas, molestas o incluso peligrosas (por ejemplo para la juventud)*” (BENDA, *op. cit.*, p. 144).

³³⁴Vale não se olvidar que este argumento já foi utilizado no ano de 1997 pelo Tribunal do Reino Unido, no caso *Laskey, Jaggard and Brown v. The United Kingdom*, em que a corte inglesa considerou ser necessário proteger a pessoa contra a sua própria vontade diante de práticas sexuais sadomasoquistas, embora consensuais. A Corte considerou que é dever o Estado promover a saúde e salvaguardar o bem-estar, não havendo, no indigitado caso, violação ao artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, referente ao direito ao respeito pela vida privada e familiar (CIRP. The Circumcision Reference Library. *Laskey, Jaggard, and Brown v. The United Kingdom. [1997] Case No. 109/1995/615/703-705*. Disponível em: <<http://www.cirp.org/library/legal/laskey1997/>>. Acesso em: 11 jun. 18).

³³⁵Nesse diapasão, Novais (2006b, pp. 31, 242 e ss.) argumenta que o interesse público não pode ser sempre superior aos fins individuais; logo, não se pode recorrer, indiscriminadamente, a este argumento para se vetar a disposição de direitos fundamentais, haja vista existir sempre um interesse público remoto envolvido em um

Assim, será diante do caso concreto que se poderá determinar se houve ofensa à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade humana. Essa análise há de se basear em juízo de proporcionalidade, devendo o consentimento autorizante do titular ser levado em causa com peso maior no momento de aferição dos bens colidentes.

3.2.1 O direito ao livre desenvolvimento da personalidade

O direito ao desenvolvimento da personalidade é um direito subjetivo, erigido em torno do direito da dignidade da pessoa humana e constitucionalmente consagrado no ordenamento jurídico Português no art. 26, n.º 1³³⁶.

Muito embora esta previsão normativa não preveja expressamente a palavra “livre”, é certo que o âmbito de incidência deste direito abrange tanto a proteção de um direito geral de liberdade de ação como de um direito geral de personalidade (art. 70 do CC português)³³⁷, no sentido de proteção dos direitos fundamentais e, portanto, também de personalidades.

Assim, enquanto a liberdade de ação se traduz na liberdade comportamental (fazer) comissiva ou omissiva necessária à concretização, projeção e exercício de seu plano/escolha de vida – uma conjugação dos arts. 26º e 27º da CRP – e o direito geral de personalidades³³⁸ (ser) é atribuído a uma específica esfera íntima da liberdade de integridade física (art. 25º CRP e art.70º do CC) e psíquica do sujeito, permitindo emersão de concepções de mundividência e anseios existenciais próprios – “dimensão estática e dinâmica da pessoa em devir” –, já o direito ao desenvolvimento da personalidade abrange um conceito mais amplo, capaz de integrar as duas previsões legais³³⁹.

bem jus-fundamentalmente protegido, para além de configurar uma restrição ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

³³⁶Registra-se que na Lei Fundamental Alemã, tal direito está previsto no art. 2º, n.º 1, sendo expressamente concebido como o direito ao *livre* desenvolvimento da personalidade, um direito “mãe” – fundante do ordenamento (HESSE, 1998, pp. 325 e ss). Entretanto, o direito brasileiro, embora também seja baseado neste direito, não possui previsão constitucional expressa (SARLET, 2006, p. 86).

³³⁷Canotilho e Vital Moreira consideram que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade não pode ser baseado unicamente no direito geral de liberdade, mas compreende também o direito geral de personalidades, a formação da personalidade e a liberdade de escolhas e conformação pessoal (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 463). Nesse sentido e ainda afirmando a ligação entre direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito civil, como forma de concretização do imperativo de tutela dos poderes públicos, cf. PINTO, 1999, pp. 150, 151, 163 e 183.

³³⁸Segundo Oliveira (2002, p. 96), o direito geral de personalidades pode ser interpretado como direito à autodeterminação ético-existencial, “projeta-se sobre escolhas em que se encontra em causa o sentido da vida e da morte [...]”.

³³⁹CANOTILHO & MOREIRA, 2007, pp. 463-464.

Neste passo, existem duas teorias que procuram definir qual seria, designadamente, o núcleo do direito ao desenvolvimento da personalidade. A primeira seria a teoria ampla que abrange todo o exercício de condutas que possam ser expressão da liberdade ou da personalidade, desde as mais complexas, relacionadas a atividades econômicas, até mesmo àquelas mais banais³⁴⁰. Já a outra é a teoria restrita, segundo a qual o direito ao desenvolvimento da personalidade humana contempla apenas o exercício de direitos intimamente relacionados à personalidade³⁴¹.

Coadunando-se com o posicionamento de Paulo Mota Pinto (1999), a teoria ampla parece ser a que mais se adequa a um Estado de Direito dinâmico, que acompanha a evolução social e é fundado na liberdade, deixando grande margem à expressão da autonomia individual, ao contrário de Estados autoritários que ditam modelos e padrões de comportamentos³⁴².

Sendo assim, o desenvolvimento da personalidade comporta toda emanção do poder de autolegislação do ser humano, ou seja, qualquer possibilidade de se autodeterminar segundo seus próprios valores e não àqueles restritos e especificamente relativos à personalidade³⁴³.

Posto isso, fácil inferir que o desenvolvimento da personalidade humana³⁴⁴ está em íntima relação com a dignidade humana enquanto autonomia, na verdade, pode-se dizer que dela se retira o substrato de existência, efetivando-a. Como consequência jurídica tem-se que o indivíduo – seu poder de autodeterminação – está jus-civilisticamente tutelado, o que veda interferências heterônomas em suas decisões de esfera íntima³⁴⁵.

³⁴⁰Vale mencionar que os direitos de liberdades são tutelados de formas diversa na seara civil e constitucional. Enquanto nesse, são tuteladas apenas as liberdades fundamentais, no campo privatístico o objeto de tutela é mais amplo — e menos rigorosa — abrangendo também “bens e liberdades complementares”, que estão em constante modificação e evolução (SOUSA, 2011, p. 261).

³⁴¹HESSE, 1998, pp. 326 e ss.

³⁴²PINTO, 1999, pp. 152, 166-168. Neste sentido, cf. ALEXY, 2008, pp. 341 e ss. De *contrario sensu*, Hesse (1998, pp. 327-328), defende uma concepção mais estrita do desenvolvimento da personalidade, embora não “puramente espiritual e moral”.

³⁴³Segundo Ascensão, o direito ao desenvolvimento da personalidade tem como pressuposto a autodeterminação, termo mais correto e amplo do que autonomia: “a autonomia em rigor abrangeria apenas o estabelecimento de regras para si próprio e não as decisões individuais” (ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade humana e o fundamento dos Direitos Humanos. *In: Revista da Ordem dos Advogados*, ano 68, Vol. I, a. 2008. Disponível em: < <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/jose-oliveira-ascensao-a-dignidade-da-pessoa-e-o-fundamento-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 15 de maio de 2018).

³⁴⁴O desenvolvimento da personalidade humana é “a designação geral encontrada tardiamente para a autonomia do indivíduo que é garantida para áreas de protecção específicas nos direitos de liberdade especiais” (HORST DREIER *apud* PINTO, 1999, p. 153).

³⁴⁵SOUSA, 2011, pp. 355-357. Cf. CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. 2ª ed.

Segundo decisão do Tribunal Constitucional 617/2006, que votou pela constitucionalidade da exclusão da punibilidade do aborto praticado até as 10 primeiras semanas de gestação, este direito envolve o poder de autodeterminação e autonomia de cada titular, designadamente no caso do acórdão, no livre desenvolvimento da mulher em definir seu próprio destino em relação à maternidade³⁴⁶.

Parece que, nesse sentido, também deva-se ser inserido a questão de renúncia do direito à vida – nos casos de morte digna –, abarcando a capacidade do sujeito em definir e direcionar suas escolhas pessoais, vinculando-se juridicamente.

Neste diapasão, outra decisão que vincula o livre desenvolvimento da personalidade humana à noção de autonomia em bioética merece destaque. Através do Sentença C-239 de 20 de maio de 1997, a Corte colombiana entendeu pela constitucionalidade da eutanásia sob o argumento de que o livre desenvolvimento da personalidade humana está intimamente ligado a dignidade, a qual impõe o respeito pela autonomia e identidade do homem³⁴⁷.

Segundo Hesse (1998) que, uma vez que um ordenamento jurídico, nomeadamente o português, dispôs de diversos direitos específicos de liberdade, o direito ao desenvolvimento da personalidade, por ser geral, deverá ser invocado de forma subsidiária, quando a conduta que se quer salvaguardar não comporta outra disposição legal civil específica³⁴⁸.

Para Paulo Mota Pinto (1999), este direito visa consagrar a formação da personalidade no pluralismo cultural existente nas sociedades modernas, ou seja, o direito às diferenças existente entre as pessoas/cidadãos³⁴⁹.

Vale mencionar que esse direito não consagra uma liberdade natural ilimitada, mas, sim, uma liberdade jurídica limitada pela ordem constitucional – nesta perspectiva incluindo

Coimbra: Almedina, 1995, p. 49. E, ainda neste sentido, porém ressaltando e elencando situações, como, por exemplo, o direito ao fumo, à caça, ao enterro de mortos fora do cemitério, que não se encontram respaldados no art. 26º da CRP, cf. CANOTILHO & MOREIRA, 2007, pp. 464-465.

³⁴⁶PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 617/2006*. Processo n.º 924/2006. Relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html>>. Acesso em: 12 de junho de 2012.

³⁴⁷COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-239/97*. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 326 del decreto 100 de 1980-Código Penal. Demandante: José Eurípides Parra. 1997. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>>. Acesso em: 18 de junho de 2018.

³⁴⁸HESSE, 1998, p.327; PINTO, 1999, p. 184; ALEXY, 2008, p. 388. Já Sousa (*loc. cit.*) entende que a tutela geral de personalidades não está limitada a bens jurídicos específicos, mas possui “abertura suficiente para de evitar a heteronomização do homem e acompanhar sua individualidade e dinamização”. No sentido de que o direito geral de personalidades é amplo, invadindo até a esfera constitucional, cf. CAMPOS, *op. cit.*, p. 51.

³⁴⁹PINTO, *op. cit.*, p. 158.

a lei moral³⁵⁰ e os direitos dos outros³⁵¹. Assim, a conduta que pretende ser justificada pelo art. 26º, n.º 1, da CRP, deve possuir uma relevância justificada ou, em caso de concreta colisão, segundo o art. 335º, n.º 1, do CC, poderá ter que ceder na proporção da satisfação de outros iguais direitos de desenvolvimento da personalidade³⁵².

Nessa ordem de ideias, vale frisar que, para a concretização deste direito, não basta a concepção de liberdades clássicas do indivíduo, em que deve o Estado se abster de interferir na esfera jurídica privada do sujeito, mas também comporta a dimensão social que, a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, clama por uma ação positiva (*facere*) estatal por meio de medidas que fomentem e protejam este livre desenvolvimento da personalidade humana, imperativo de tutela³⁵³.

3.3 Dignidade como heteronomia

A dignidade pode conduzir a argumentos circulares. A partir desta premissa e após a análise do princípio da dignidade da pessoa humana como valor intrínseco do indivíduo, como fundamento da autonomia, da liberdade e, portanto, concretização dos direitos de personalidades, importa analisá-la como heteronomia.

Dessa forma, a dignidade é associada a elementos externos e compreende o indivíduo como um ser integrado em uma comunidade solidária. Assim, diferentemente da noção de empoderamento do indivíduo, prelecionado na vertente personalista, nesta a dignidade é centrada em princípios civilísticos que definem ideais de vida boa em “deveres e responsabilidades”³⁵⁴.

Sob essa ótica, respaldada pela necessidade de prossecução de valores comunitários, como ordem pública, bons costumes e, conseqüentemente, no dever de proteção dos interesses da comunidade, dos direitos dos outros e do próprio titular, a

³⁵⁰Cf. PINTO, 1999, p. 162.

³⁵¹HESSE, 1998, p. 325.

³⁵²SOUSA, 2011, p. 358. Neste sentido, vale trazer à baila um acórdão do STJ que orienta que no caso de colisão de direitos, os direitos de personalidades devem sempre preponderar na análise de proporcionalidade, portanto recebendo “peso” maior. Não ocorrendo relação de superioridade, deverá ser feita uma análise de ponderação, em que cada titular deverá ceder na medida que ambos interesses envolvidos encontrem igual proteção (PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 2209/08.OTBTVD.LI.SI*. Relator: Granja da Fonseca. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4559d6d733d1589780257b7b004d464b>>. Acesso em: 15 de junho de 2018).

³⁵³SOUSA, *op. cit.*, p. 354. Cf. PINTO, 1999, pp. 152, 159 e 196.

³⁵⁴BARROSO, 2014, p. 89; OLIVEIRA, 2002, p. 108.

dignidade é utilizada como fundamento para restrição de emanações da personalidade do indivíduo³⁵⁵. Especialmente a respeito da questão que ora aqui se trata, a dignidade é utilizada como *topoi* para limitações ao poder de dispor do direito de personalidade jus-fundamental à vida.

Assim, a partir da análise do art. 81º, n.º 1, do CC, verifica-se que, a princípio, é permitida a limitação voluntária dos direitos de personalidades/autolimitação, desde que esta não colida com a *ordem pública*. Também facilmente infere-se do art. 340º, n.º 2, do CC, que a ofensa a direitos a personalidades é lícita quando consentida pelo titular do direito, desde que em conformidade com a lei e bons costumes³⁵⁶.

Do sentido destes dispositivos – bem como do art. 280º, n.º 2, do CC –, pode-se depreender que, a partir de dois conceitos indeterminados – *ordem pública e bons costumes* –, estabelecem-se restrições à autonomia privada, fazendo-se mister dissecar estes conceitos envolvidos para que seja possível compreender qual a importância e a extensão da dignidade sob esta perspectiva.

Primeiramente, tem-se que *ordem pública* é aquela que regula os interesses essenciais da comunidade como um todo. É formada por normas jurídicas³⁵⁷, pelos princípios e valores fundamentais de um determinado ordenamento constitucional³⁵⁸. Entretanto, vale ressaltar que, uma vez inserida globalmente na ordem jurídica interna, não pode ser superior aos direitos fundamentais³⁵⁹.

A partir desse ponto de vista e, segundo o STJ (2013): “ordem pública encerra um conceito que se aproxima do fim contrário à lei, uma vez que representa o conjunto dos princípios gerais que gerem o ordenamento jurídico que, embora não estejam expressamente legislados, contêm regras fundamentais que inspiram o direito positivo e que, consequentemente, deverão ser respeitadas”³⁶⁰.

³⁵⁵A respeito da limitação à liberdade, Alexy (2008, pp. 356-357) a justifica no “objetivo de manter e fomentar a convivência social dentro dos limites daquilo que é razoavelmente exigível diante das circunstâncias e desde que a independência da pessoa seja preservada”.

³⁵⁶Assim, a disposição voluntária e a ofensa consentida de um direito à personalidade, caso colida com a ordem pública ou bons costumes, serão vedadas, não possuindo validade jurídica.

³⁵⁷HÖRSTER, 20014, p. 523.

³⁵⁸Para Pinto (2012, pp. 557-558), o Estado tem interesse que os princípios fundamentais do ordenamento jurídico prevaleçam sobre convenções privadas. Também nesse sentido, e fazendo distinção entre ordem pública interna e internacional, Sousa (2011, p. 407) afirma que o art. 81, n.º 1, do CC, refere-se à ordem pública interna do Estado português. Cf. NETO, 2004, p. 478.

³⁵⁹CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. A (ir)renunciabilidade dos direitos de personalidade. In: CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac; OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. (coord.). *Pessoa, Direito e Direitos*. Colóquios 2014/2015. Centro de Investigação Interdisciplinar Direitos Humanos, 2016, pp. 263-274, p. 267.

³⁶⁰PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo: 637/1999.LI.SI*. Relator: Granja da

Ademais, o devido respeito à *ordem pública*³⁶¹ faz-se necessário para a pacificação da vida social, evitando que o exercício do direito por um indivíduo se sobreponha a interesses superiores da coletividade – o qual se julga não poderem ser desconsiderados e afetados³⁶².

Por outro lado, os *bons costumes* não seriam normas jurídicas propriamente ditas, nem mesmo princípios, mas meras regras de caráter moral-social que prevalecem durante uma certa época em uma determinada sociedade, assim, seu conteúdo está em constante evolução³⁶³. Em um Estado Democrático de Direito e de diversidade social, faz-se necessário que os *bons costumes* não sejam interpretados em consonância a uma determinada concepção filosófica ou religiosa, mas, sim, a partir de fatos sociais, “revestidos de um sentido ético imperante na comunidade social”³⁶⁴.

Nesse sentido se posicionou recentemente o STJ (2013) afirmando que *bons costumes* são “regras éticas de que costumam usar as pessoas sérias, honestas e de boa conduta no meio social onde se mostram integrada”³⁶⁵.

Contudo, uma vez que esses conceitos são relativamente vagos, para que sejam concretizados é mister recorrer a uma interpretação conjunta dos princípios civis (*ordem pública* e *bons costumes*) com as normas e princípios constitucionais – por força do princípio

Fonseca. Data do Acórdão: 21/03/2013. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5f55ed9448508aad80257b35005ef341?OpenDocument>>. Acesso em: 18 de junho de 2018.

³⁶¹Vale mencionar o famoso caso do arremesso de anões ocorrido em França em 1995. Muito embora o titular do direito (o portador de nanismo) tenha alegado seu poder de autodeterminação para consentir com o “esporte”, o Conselho de Estado (*Conseil d'État*) entendeu pela proibição da atividade, fundamentando seu posicionamento na necessidade de respeito à ordem pública enquanto vertente indisponível da dignidade (LE CONSEIL D'état et la Juridiction Administrative. *Commune de Morsang-sur-Orge: Ordre public et dignité de la personne humaine*. 1995, *on-line*. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/27-octobre-1995-Commune-de-Morsang-sur-Orge>>. Acesso em: 18 de junho de 2018). Caso semelhante ocorreu em Portugal, em uma boate em Vila do Conde, embora não tenha chegado ao Tribunal (ANDRADE, 2012, p. 309).

³⁶² “[...] Garantindo a segurança das pessoas e da propriedade [...]. A prevenção de violações da ordem pública é necessária para salvaguardar direitos de valor constitucional” (MAZEAUD, PIERRE. Membre du Conseil constitutionnel français. *Libertés et ordre public: Les principaux critères de limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle*. 8ème séminaire des cours constitutionnelles tenu à Erevan du 2 au 5 octobre 2003, tradução nossa. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/libpub.pdf>. Acesso em: 18 de junho de 2016); cf. FRADA, Manuel António Carneiro da. *Ordem pública no domínio dos contratos*. In: *Ars Iudicandi*. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheiras Neves. Vol. 1 - II. Direito Privado. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 255-268, p. 259; HÖRSTER, 20014, pp. 523-524.

³⁶³HÖRSTER, *op. cit.*, p. 524.

³⁶⁴SOUSA, 2011, p. 531.

³⁶⁵PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 2137/15.2T8TMR.EI.S1*. Relator: António Leões Dantas. Data do Acórdão: 24/01/2018. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/111a12cb67b8869b8025821f005e0665?OpenDocument&Highlight=0,s,regras,%C3%A9>>. Acesso em: 17 de junho de 2018. Cf. PINTO, 2012, p. 559.

da unidade da constituição e eficácia horizontal dos direitos fundamentais³⁶⁶.

Dessa maneira, a interpretação desses conceitos deve visar o bem comum a partir do equilíbrio entre liberdade e autoridade. Logo, deverá estar em consonância com o fundamento liberalista destes direitos, correspondente ao poder de autodeterminação ínsito em cada um dos direitos, liberdades e garantias, bem como ao respeito pelo direito dos outros e fins sociais³⁶⁷.

Por outro lado, tratando-se de cláusula geral de salvaguarda de direitos de personalidades, devem ser aplicados de forma subsidiária, quando, segundo decisão do STJ (2013), “não existir um outro preceito legal que proíba e comine o comportamento em questão”³⁶⁸.

Do exposto, conclui-se que a dignidade como heteronomia, a qual impõe a observância dos *bons costumes e ordem pública*, somente possui ensejo, como exceção à liberdade individual, diante da imprescindível necessidade³⁶⁹ de salvaguardar bens de outrem e valores comunitários dignos de maior relevância³⁷⁰.

Nessa toada, quando o titular de um direito estiver em pleno gozo de sua capacidade jurídica e solicitar a limitação de direitos de personalidade através do consentimento, livre, voluntário e informado, não se poderá admitir a injustificada restrição desta limitação voluntária, contrariamente o interesse do seu titular e quando não afete outem, sob pena de configurar um paternalismo indefensável em um Estado de Direito com fundamentos personalistas (art. 1º, CRP) como o Português³⁷¹. Logo, não se poderá institucionalizar a

³⁶⁶Uma vez que os direitos fundamentais e, nessa perspectiva, também os direitos de personalidade, são em parte constituídos pelo direito à dignidade como autonomia, estes conceitos civilísticos vagos poderão ser *topoi* à disponibilidade de direitos de personalidade (NETO, 2004, p. 475).

³⁶⁷“[...] a liberdade individual e a liberdade de ir e vir devem ser conciliadas com o que é necessário para a salvaguarda do interesse público de valor constitucional, como a manutenção da ordem pública (decisão de 19 e 20 de Janeiro de 1981 sobre a lei de segurança e liberdade)” (MAZEAUD, 2003, *on-line*, tradução nossa).

³⁶⁸PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 637/1999.LI.SI*. Relator: Granja da Fonseca. Data do Acórdão: 21/03/2013. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5f55ed9448508aad80257b35005ef341?OpenDocument>>. Acesso em: 18 de junho de 2018.

³⁶⁹Como sempre se pode vislumbrar um interesse público a ser prosseguido, o exercício de direitos personalíssimos, incluindo a limitação voluntária, não pode ser restringido por uma qualquer ofensa à ordem pública e aos bons costumes – esta ofensa há de ser excessiva, manifesta e clamorosa. Para esta aferição, devem os motivos determinantes da limitação do direito serem levados em conta diante da colisão com estes bens civis, recebendo relativamente uma maior importância (SOUSA, 2011, p. 531; NOVAIS, 2006b, p. 244).

³⁷⁰“[...] todos podem fazer ou deixar de fazer o que quiserem, desde que não existam razões suficientes (direitos de terceiros, interesses coletivos) que fundamentem uma restrição na liberdade negativa. [...], mas ter sua liberdade arbitrariamente restringida é algo incompatível com a dignidade humana mesmo quando se trata de pequenas coisas, independentemente da inexistência de consenso sobre a forma como se define ‘pequeno’ ou ‘insignificante’” (ALEXY, 2008, p. 358).

³⁷¹Cf. RAPOSO, 2011, p. 208.

dignidade tratando como indignas escolhas pessoais mesmo quando o próprio titular não as considera indignas³⁷².

Também nesse sentido Paulo Mota Pinto (2002), em artigo a respeito ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, salienta que, em uma sociedade pluralista, a ordem pública e os bons costumes não podem ser utilizados para imposição de um modelo de dignidade objetiva em que se definem padrões de como se “viver de forma virtuosa, justa”, limitando o consentimento do titular e a disposição de direitos de personalidades para proteção da pessoa contra si mesma³⁷³.

Outrossim, em uma sociedade democrática e plural, quando se diz respeito às questões morais complexas, é extremamente delicado se obter um consenso a respeito de quais são os reais valores comunitários consagrados. Assim, determinar heteronomamente conceito e conteúdo da dignidade, baseado na ordem pública e bons costumes – o que se faz em grande parte das vezes com ablações a direitos fundamentais e de personalidades, principalmente da liberdade –, pode acarretar um grande risco de enfraquecimento das garantias atribuídas aos indivíduos por estes direitos, ensejando um moralismo e paternalismo que não se coaduna com um Estado de Direito.

Assim, o melhor sentido atribuído a ordem pública e bons costumes deverá ser aquele que, diante do caso concreto, seja capaz de possibilitar que os cidadãos “gozem, em justa medida, dos seus direitos personalíssimos fundamentais sem interferências ilegítimas de terceiros”³⁷⁴.

³⁷²Contrariamente a este entendimento, no caso *Peep-Show*, em 1981, o *BVerwG* entendeu que espetáculos de *strip-tease* em que as mulheres ficam em uma cabine fechada, recebendo o pagamento pelos serviços de forma mecanizada e automatizada através de uma máquina de dinheiro, ferem os bons costumes e, conseqüentemente, a dignidade como valor objetivo. Nesta decisão o tribunal entendeu ser a dignidade indisponível e, portanto, a liberdade individual irrelevante nesta seara (ALEMANHA. Tribunal Administrativo de Gelsenkirchen. Supremo Tribunal Administrativo. *BVerwGE* 64, 274. *Sittenwidrigkeit von Peep-Shows*. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/vw064274.html>>. Acesso em: 18 de junho de 2018). Todavia, Benda (2001, p. 144) entende que a decisão do tribunal foi equivocada, haja vista que, no caso, não haveria renúncia à dignidade, mas, sim, uma autodeterminação da forma e extensão de como exercê-la. Ainda enfatiza que: “*La forma en que el individuo deba entender su dignidad y las consecuencias que ello traiga para su autopresentación y su personal forma de vivir, es algo que debería permanecer confiado a su propia responsabilidad*”.

³⁷³Vale ressaltar que Pinto (2002, pp. 48-49) utilizou destes argumentos no contexto da limitação voluntária da vida privada, mas que parece caber ensejo nesta seara: “A determinação da ‘vida virtuosa’ compete a cada pessoa, no exercício da liberdade de desenvolvimento da sua personalidade, não sendo a forma de realização da personalidade humana algo de pré-determinado, que se receba por atribuição, herança, situação num dado momento, papel histórico ou classe, ou imposição ou dádiva a partir de um determinado padrão ou modelo”.

³⁷⁴CRORIE, 2016, p. 267; NOVAIS, 2006b, p. 216.

Dessa forma, a definição da dignidade como heteronomia deverá traduzir na otimização e na confluência entre estes conceitos de ordem pública, bons costumes e interesses de terceiros com a autonomia ínsita no direito geral de personalidade do sujeito e em cada um dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, em caso de preponderantes razões de dúvida nesta conciliação, ou no caso de igual valor entre bens individuais e coletivos, deverá ser utilizadas técnicas de proporcionalidade para a elucidação da questão, de forma a evitar o sacrifício total de uns e outros (art. 335º, n.º 1, do CC).

Sob essa ótica, os direitos individuais, por serem emanções do direito geral de liberdade e do direito geral da personalidade (autodeterminação ética-existencial), devem possuir peso maior na ponderação de bens envolvidos, recaindo o ônus de argumentação – justificação – à decisão que for em prol de argumentos coletivos³⁷⁵.

Logo, importa coadunar-se aos ensinamentos de Novais (2006), que afirmam que o interesse público não pode ser instrumentalizado contrariamente ao indivíduo, ceifando seu poder de dispor de seus direitos, o qual configura também o exercício do direito a dignidade, autonomia e direito ao livre desenvolvimento humano³⁷⁶.

Por fim, vale trazer à baila um trecho da decisão do Tribunal Constitucional n.º 617/06 que decidiu pela constitucionalidade da proposta de referendo aprovada pela Resolução n.º 54-A/2006 a respeito do aborto em Portugal, utilizando como um dos argumentos que, em uma sociedade democrática, os valores sociais não podem ser impostos heteronomamente, mas devem ser debatidos e convergidos a um senso comum³⁷⁷. Vejamos:

Uma tal imposição não se legitima na mera evidência intuída pela consciência individual, num mandato divino ou até na decisão discricionária do poder político, ainda que legitimado pela maioria. A decisão sobre valores é fundamentante do Estado de Direito e não está arredada da discussão democrática, orientada por regras de liberdade, igualdade de oportunidades, participação política efectiva e limites lógicos à autocontradição (cf. ARTHUR KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 1997, p. 336 e ss., onde se lê que “só na livre discussão de

³⁷⁵ OLIVEIRA, 2002, pp. 92-96.

³⁷⁶ NOVAIS, 2006b, p. 219 e ss.

³⁷⁷ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 617/2006*. Processo n.º 924/2006. Relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html>>. Acesso em: 12 de junho de 2018. Cf. PORTUGAL. *Acórdão n.º 288/98*. Processo n.º 340/98. Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/666482/details/maximized>>. Acesso em: 12 de junho de 2018. Neste sentido, Silva (2017, pp.22, 23 e 269) advoga que questões a respeito da bioética, incluindo a morte digna, sejam definidas a partir de um profundo debate público de cidadãos e adequada consulta popular, cabendo ao poder público fomentar tais discussões e alargar as informações relacionadas ao debate. Cf. art.º 28.º da Convenção de Oviedo c/c art.º 2.º da CRP.

opiniões a verdade tem uma chance” e que “a indagação da verdade é um problema de liberdade”). [...] Dessa investigação resulta que os valores não estão acima da discussão livre e que não é possível impô-los ao “outro”, sem cumprir um estrito dever de fundamentação sujeito a um método argumentativo e participado (grifo nosso).

3.4 Direito à vida

Ab initio, tem-se que a vida humana é um bem natural do ser humano e antecessor à existência do direito e da sociedade (o “eu sou” procede “ele é”, mas só tem sentido em relação a este último). Como consequência jurídica, tem-se que o direito à vida não é uma atribuição/concessão do Estado, mas, tão somente, o reconhecimento de uma realidade biológica, um bem individual já pré-existente que se transforma em bem jurídico com a integração do ser humano à sociedade pela ordem jurídica³⁷⁸.

À vista disso, diametralmente ligado ao imperativo de tutela estatal, a partir da institucionalização da sociedade emerge-se a necessidade de que o devido respeito pela vida seja reconhecido e institucionalizado pelo Estado³⁷⁹.

Este respeito se faz mister dada a natureza do bem jurídico vida – e do direito à vida – serem a gênese de todos os outros direitos, sejam eles fundamentais, de personalidades ou ainda outros que o ordenamento jurídico confere ao indivíduo³⁸⁰.

Assim, a existência do bem jurídico vida assume um caráter de instrumentalidade, sendo condição necessária à concretização da (potencial) titularidade de todos os outros direitos. De lado outro, sua lesão é capaz de afetar e levar a extinção de diversos direitos.

Uma vez que o direito à vida é fulcral para a existência e convivência em comunidade, é através das Constituição e das leis ordinárias que o ordenamento público interno à confere proteção jurídica³⁸¹.

No ordenamento jurídico português, o direito à vida possui proteção jurídica específica em diversos dispositivos legais, como no número 1 do artigo 24º da CRP³⁸² e

³⁷⁸CAMPOS, 1995, pp. 54-58.

³⁷⁹O respeito pelo bem jurídico vida é a primeira norma social (*Idem. Nós: estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 364).

³⁸⁰O direito à vida, consagrado no art. 24º, n.º 1, da CRP, é “o principal direito do ser humano, fundante da defesa de todos os demais, e sem o qual todas as outras referências axiológicas perdem sentido e se soçobram” (OTERO, 1999, p. 36).

³⁸¹CAMPOS, *loc. cit.*

³⁸²No Código Penal português, a tutela da vida é enfática nos art. 131º e ss. Em outros dispositivos internacionais: art. 2º da Convenção Europeia de Direitos do Homem (1950), art. 3º da Declaração Universal

ainda, na “medida que constitui elemento primordial e estruturante da personalidade”³⁸³, está abrangido na tutela do art. 70º do CC e seguintes, que trata da tutela geral de direitos de personalidades, bem como no art. 337º do CC que aborda sobre a legítima defesa a atos que coloquem em risco ou ofendam direitos do agente.

Da análise dessas normas, bem como com o art. 1º da CRP, depreende-se que à vida é um direito inerente à dignidade da pessoa humana, possuindo valor intrínseco (ter e ser vida – valor objetivo), bem como o caráter de ser um direito universal, inviolável, indisponível e absoluto³⁸⁴.

Segundo Dworkin (2003), o valor intrínseco corresponde a uma perspectiva ontológica de que a vida tem um valor em si mesma, simplesmente pela sua existência, devendo ser sagrada e inviolável³⁸⁵. O autor afirma que este valor sagrado está relacionado ao processo histórico de origem da vida humana (criação natural ou criação humana), sendo cada vida única. Ademais, a influência da religião sobre o indivíduo e principalmente sobre a política estatal (não laico) tem grande importância na conformação deste valor³⁸⁶.

Quanto ao primeiro atributo, a universalidade impõe que todo ser humano tem a mesma dignidade e a vida de todos possui igual valor, independentemente de nacionalidade (portugueses ou estrangeiros), raça, sexo, deformações e insuficiências. Disto se infere que não é exigido o sacrifício da vida de ninguém em prol da vida de outrem ou de uma coletividade – desde que não sejam agredidas por aquele³⁸⁷.

Relativamente ao segundo atributo, dado ao caráter supremo do bem vida, faz-se necessário que esta seja inviolável em todos os seus aspectos (físicos e psíquicos), não existindo apenas um direito de vida, no sentido de conservação do corpo existencial, mas, também, um direito à vida, englobando toda sua evolução³⁸⁸.

A par disso, é a tutela da vida (seja como direito à ou de vida), sobretudo, um direito de exigir de outrem o respeito à vida, um “*excludendi alios*” que impõe a terceiros (Estado e outros sujeitos privados) um comportamento negativo, o dever de não lesar a vida e não

dos Direitos do Homem (1948); art. 6º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1976).

³⁸³Para Sousa (2011, p. 204), o direito à vida merece proteção até no processo de *inter mortis*, o que conduz que o auxílio médico à morte, mesmo nestas condições, possa resultar crime de homicídio.

³⁸⁴Cf. CANOTILHO & MOREIRA, 2007, pp. 448 e ss.

³⁸⁵DWORKIN, 2003, pp. 99, 114 e 155.

³⁸⁶Também com essa ideia e ainda atribuindo ao valor intrínseco da vida uma estreita ligação com a dignidade da pessoa humana, de forma a vetar a objetificação do ser humano, cf. BARROSO, 2014, p. 81.

³⁸⁷SOUSA, 2011, pp. 205-206; OTERO, 1999, p. 52.

³⁸⁸SOUSA, *op. cit.*, p.207.

interferir no gozo desta vida pelo seu titular³⁸⁹. Já em outros casos, a ordem jurídica impõe a ação positiva de terceiros em prol de evitar ofensa à existência ou à natural evolução deste bem.

Assim é o caráter inviolável da vida que impede a suspensão ou restrição do direito à vida pelo Estado, v.g., pena de morte, art. 24º, n.º 2, da CRP. Por outro lado, é o conflito entre direito à vida de diferentes titulares ou entre direito à vida e outro direito valorativamente semelhante que pode ser capaz de excluir a ilicitude de ofensas à vida, v.g., legítima defesa (artigos 337º do CC e 32º do CP), estado de necessidade (artigos 339º do CC e 35º do CP)³⁹⁰.

Interligado a essa característica tem-se o princípio da indisponibilidade, que impõe o respeito e tutela da vida ao próprio titular do direito, que deverá usufruí-la e dispor de seus atributos apenas no sentido de sua afirmação positiva.

Assim, segundo Sousa (2011), a ordem portuguesa não reconhece qualquer direito ao titular de eliminação da vida, incluindo o direito a consentir que outrem ofenda sua vida, como na eutanásia³⁹¹.

Por outro lado, sendo o direito à vida indissociável à dignidade, é, também, projeção do direito geral de liberdade e do direito geral de personalidade. Estes, conforme retroexposto, consagram o direito à autonomia e o poder de autodeterminação ético-existencial, conferindo ao titular de posições jurídicas subjetivas um poder de autogoverno tão amplo que é capaz de legitimar interferências consentidas em posições jurídicas subjetivas do titular do direito à vida, inclusive durante o percurso final da vida³⁹².

Nessa lógica, visualiza-se que, em certas condições, é possível, inclusive, que o titular do direito à vida possa dela dispor, colocando-a em risco, como na possibilidade de recusa de um tratamento médico que possa acarretar a morte, na não punibilidade do suicídio³⁹³, bem como na atenuação da pena do auxílio ao suicídio (art. 135º do CP)³⁹⁴, o

³⁸⁹CAMPOS, 1995, pp. 58-59.

³⁹⁰MOTA, Henrique. *Estudos de Direito de Bioética*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 306. Em sentido contrário, para Sousa (2011, pp. 209-210), o estado de necessidade não seria hipótese de excludente da ilicitude de ofensa à vida.

³⁹¹Campos (2004, p. 366) também entende que o direito à vida não é um direito subjetivo, não havendo um poder/direito do titular de dispor sobre a própria vida. Cf. SOUSA, 2011, pp. 205-206.

³⁹²BARBAS, 2009, p. 91. A dignidade da pessoa humana e a sua livre autodeterminação são elementos integradores e indissociáveis do direito à vida, estando em patamar de igualdade no que se refere à proteção. Logo, cabe ao Estado zelar por todos de igual maneira. Cf. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. t. 1. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 189.

³⁹³Vasconcelos (2006, p. 70) afirma que apesar de não possuir sanção penal, o suicídio é ato ilícito.

³⁹⁴DIAS, 1999, pp. 75 e ss.

que demonstra que o consentimento é relevante.

Desse modo, percebe-se que a indisponibilidade do direito à vida não é total³⁹⁵. Logo, contata-se que o princípio da indisponibilidade da vida (art. 24º, n.º 1, da CRP) não requer sua tutela na mesma intensidade em “todo continuum da vida e em todas circunstâncias de fato”³⁹⁶.

À vista disso, o caráter absoluto, constantemente atribuído ao direito à vida, também perde força, uma vez que sua relativização é alcançada pelas interferências externas acima citadas – legítima defesa, aborto, suicídio, recusa de tratamentos médicos com risco de vida.

Nesse passo, quando o ordenamento jurídico português permite a interrupção voluntária da gravidez até as 10 primeiras semanas de gestação, a certo ponto de vista deixa o valor supremo da vida em posição bastante desfavorável, o que parece demonstrar que este caráter absoluto nem sempre prevalece³⁹⁷.

Tal fato revela que, no caso de colisão entre direitos, sejam eles a própria vida ou entre bens diferentes (vida do feto *v.* livre desenvolvimento da personalidade da mãe; legítima defesa da integridade física *v.* vida), o direito à vida não terá valor absoluto, podendo receber “peso” menor diante do caso concreto, devendo ceder face a outros direitos ou causas de justificação, admitindo interferências e restrições a este direito³⁹⁸.

³⁹⁵MONTE, Mario Ferreira. Da relevância penal de aspectos onto-axiológicos-normativos. *In: As novas questões em torno da vida e da morte em Direito Penal, uma Perspectiva Integrada*. Coimbra: Coimbra editora, 2010, p. 335; CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 259. Com entendimento diverso, cf. CORDEIRO, 2012, pp. 168 e ss.

³⁹⁶O art. 24, n.º 1, da CRP, preleciona que a vida deva ser totalmente preservada e tutelada (penalmente) quando não houver causas de desculpabilização ou de justificação (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 617/2006. Processo n.º 924/2006*. Relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html>>. Acesso em: 12 de junho de 2012.). Neste sentido, cf. PORTUGAL. *Acórdão n.º 288/98. Processo n.º 340/98*. Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/666482/details/maximized>>. Acesso em: 12 de junho de 2018.

³⁹⁷“Designadamente, aceitamos que uma lógica de ponderação de valores e de concordância prática como a que se exprime no método das indicações (tal como consagrado presentemente entre nós ou porventura noutras variantes) possa conduzir à não punibilidade de certas situações de interrupção voluntária da gravidez. [...] É certo que o acórdão sustenta, diferentemente, existir ainda aqui uma ponderação, ou uma tentativa de concordância prática, entre o bem jurídico vida (do feto) e o direito à autodeterminação da mulher grávida” (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 617/2006. Processo n.º 924/2006*. Relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html>>. Acesso em: 12 de junho de 2012.). Cf. PORTUGAL. *Acórdão n.º 288/98. Processo n.º 340/98*. Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/666482/details/maximized>>. Acesso em: 12 de junho de 2018.

³⁹⁸Segundo Feinberg (1997), a existência de direitos absolutos inviabilizaria a resolução de conflitos entre idênticos direitos (FEINBERG, Joel. *Voluntary euthanasia and the inalienable right to life: The Tanner Lectures on Human Values*, 1997, pp. 228 e 234. Disponível em: <https://tannerlectures.utah.edu/_docu

Muito embora todos os argumentos ora apresentados, cumpre registrar que, nesta tese, não se abandona a inegável importância do bem jurídico vida, do seu “comando de caráter *prima facie*” e a necessidade de sua proteção jurídica. Apenas se enfatiza que a intensidade da interferência estatal restringindo a disposição da vida deva ser determinada diante do caso concreto, através da concordância prática de todos os interesses envolvido³⁹⁹.

Assim, a restrição estatal da renúncia ou limitação voluntária do direito à vida deverá ser sopesada não só com outros direitos colidentes, mas também com a qualidade de vida do titular do direito à vida – no caso do doente que se encontra acometido por doença mortal ou incurável sob sofrimento exacerbado –, haja vista que impor um determinado modo de vida pode resultar na objetivação da vida e em uma custosa e degradante vida ao sujeito⁴⁰⁰.

Dessa forma, a amplitude do direito à vida receberá conotação diferente a depender da interpretação que se fizer na hipótese real, levando em conta que outros valores, interesses e direitos de diferentes categorias estarão em causa⁴⁰¹.

Conforme Costa (2003)⁴⁰², no direito lusitano, a vida é bem jurídico absoluto e indisponível apenas quando a ofensa é realizada por terceiros. A indisponibilidade a seu próprio titular revela o forte posicionamento paternalista estatal, limitando a autonomia privada, mesmo quando em causa sujeitos capazes de exercê-la conscientemente.

Sem esgotar a questão, vale a pena atentar-se para as lições de Sá (2005), que afirma que a vida é direito universal, mas a sua indisponibilidade tem lugar apenas quando possa ser usufruída com qualidade⁴⁰³.

ments/a-to-z/f/feinberg80.pdf>. Acesso em: 20 de junho de 2018).

³⁹⁹MONTE, 2010, p. 326. Embora com ressalvas e tratando sobre a interrupção voluntária da gravidez, Pinto (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 617/2006*. Processo n.º 924/2006. Relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html>>. Acesso em: 12 de junho de 2012), ao votar na decisão do acórdão n.º 617/2006, diz que: “Entendo que a garantia da inviolabilidade da vida humana, incluindo a vida intrauterina, pode ter de ceder perante outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, se se verificar em concreto a presença de um motivo constitucionalmente relevante para a realização da interrupção voluntária da gravidez [...]”. Cf. PORTUGAL. *Acórdão n.º 288/98*. Processo n.º 340/98. Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/666482/details/maximized>>. Acesso em: 12 de junho de 2018.

⁴⁰⁰MONTE, 2010, p. 315. Vale dizer que o princípio *in dubio pro vita* preleciona que, na dúvida a respeito de qual direito preponderará na colisão – “dúvidas sobre a inviolabilidade da vida humana” –, deve-se optar sempre a favor da vida (OTERO, 1999, p. 41).

⁴⁰¹Para Pinto (2001), o fato do art. 24º, n.º 1, da CRP, declarar a inviolabilidade da vida, faz com que sua limitação voluntária seja expressamente vetada (PINTO, Paulo Mota. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado Luso-Brasileira*, n. 21, p. 21–62, jul./dez., 2001, p. 45).

⁴⁰²COSTA, 2003, p. 776.

⁴⁰³SÁ, 2005, p. 50.

Assim, não sendo verificada tal possibilidade, a fim de serem consagradas a justiça e a igualdade material, a indisponibilidade absoluta da vida deverá ser sopesada juntamente com outros direitos essenciais em questão, pois, senão, “a vida passará a ser dever para uns e direito para outros”.

Tendo em vista os argumentos ora apresentados, conclui-se que a tutela estatal da vida deverá ser ultrapassada a sua simples normatização que impõe a indisponibilidade absoluta. Proteger a vida é ir além, é harmonizar todos os interesses envolvidos pelo titular, é analisar do que carece cada indivíduo, é permitir uma boa qualidade de vida, é impedir a degradação e o sofrimento humano, é saber quando a vida e a dignidade foram reduzidas a patamares insignificantes por uma doença, permitindo a cada titular decidir como escrever suas últimas páginas⁴⁰⁴.

3.5 Tomada de posição

Após a devida exposição e clarificação de todos os argumentos e direitos envolvidos no suposto direito a morte digna, chega-se a hora de tomada de posição. É patente que, no caso concreto, há a colisão entre direitos de personalidade, designadamente entre o direito à vida, à autonomia, à ordem pública e aos bons costumes.

Assim, a possível permissão ou tolerância do pedido de ajuda à morte coloca em xeque não só argumentos de índole moral e ética, mas, sobretudo, confronta direitos fundamentais inerentes à própria pessoa, a dignidade da pessoa humana, o fundamento de um Estado Democrático de Direito como o português e a própria vida, a qual, por ser fundamento de existência de todos os direitos, principalmente os de personalidades, impõe ao Estado o dever de tutelá-lo⁴⁰⁵.

Urge saber como resolver este imbróglio, visto que ambos os direitos são igualmente protegidos no ordenamento português, seja constitucionalmente, no campo

⁴⁰⁴MONIZ, Helena. Eutanásia Precoce: dúvidas e interrogações. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes. *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal: Uma Perspectiva Integrada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 345.

⁴⁰⁵A respeito da colisão de bens no recente acórdão do Canadá: “Esta é uma questão que nos pede para equilibrar valores concorrentes de grande importância. Por um lado, está a autonomia e a dignidade de um adulto competente que busca a morte como resposta a uma condição médica grave e irremediável. Do outro, a santidade da vida e a necessidade de proteger os vulneráveis” (CANADÁ. Supreme Court Judgements. *Carter v. Canada (Attorney General)*. 2015. Disponível em: < <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14637/index.do>>. Acesso em: 18 de junho de 2018, tradução nossa).

civilístico ou penal, visto que, como concluído em linhas anteriores, o direito à vida tem precedência *prima facie*, devendo as questões que o envolvam serem resolvidas de acordo com o *in dubio pro vita*. Lado outro, o direito à dignidade da pessoa humana é o núcleo rígido de cada um dos direitos de personalidades.

Logo, tendo em vista a relevância jurídica de ambos os direitos, faz mister que se recorra ao *mandamus* do art. 335º, n.º 1, do CC, que impõe que, não havendo superioridade entre os direitos, deverão ceder – cada um – parcialmente, de modo que não tenham seu âmbito de incidência anulados.

Ocorre que, em se tratando da disposição do direito à vida, essa harmonização absoluta se torna impossível. Não há como consagrar a dignidade, através da morte digna, sem que a incidência do direito à vida, de forma total, seja, posta em causa. Também, se se privilegiar a vida, não se contempla a dignidade almejada por seu titular neste caso concreto.

Como resolver esta questão não é fácil. Todavia, é importante não olvidar que, como constatou-se, o direito à vida não é absoluto, pode ser relativizado diante de algumas situações concretas que envolvam a colisão entre direitos iguais ou superiores, cuja necessidade seja justificada por fortes razões, *v.g.*, legítima defesa e até a permissão do aborto⁴⁰⁶.

Dessa maneira, também a legislação cível, art. 81º do CC, através do consentimento autorizante, permite a limitação voluntária de direitos da personalidade, embora com a exceção de que tal limitação não afete a ordem pública, não excluindo expressamente o direito à vida desta previsão. Também, de certo modo, de acordo com art. 340º do CC, esta disponibilidade do direito à vida também se verifica através do consentimento tolerante do doente de certa intervenção médica em benefício próprio, o qual é capaz de justificar a ilicitude de uma ofensa ao direito de personalidade (*volenti non fit iniuria*), desde que não viole os bons costumes⁴⁰⁷.

Já o direito à dignidade da pessoa humana, por ser o núcleo essencial de cada um dos direitos fundamentais e, também, de personalidades, não pode ser restringido. Disso se

⁴⁰⁶Pinto (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 617/2006*. Processo n.º 924/2006. Relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html>>. Acesso em: 12 de junho de 2012), atinente à permissão do aborto em Portugal, também teceu considerações sobre a (in)disponibilidade do direito à vida. Considerou que, quando o direito à vida entra em conflito com outros direitos, deverão ser ponderados/otimizadas diante das circunstâncias fáticas que possam conduzir uma limitação a tutela da vida, “não sendo esta possibilidade vedada por qualquer escala hierárquica de valores constitucionais”.

⁴⁰⁷SOUSA, 2011, pp. 220, 221 e 411; PINTO, 2002, pp. 53 e ss.

pode concluir que o direito à dignidade da pessoa humana deve receber peso abstrato maior⁴⁰⁸.

Ademais, possui eficácia imediata nas relações privadas de modo que, através de uma incidência direta, vincula a todos ao seu *mandamus*. Logo, deverá ser respeitado na seara jus-civilística e, possuindo precedência *prima facie*, não poderá ser anulado nem mesmo face ao direito à vida.

Nesse passo, uma vez que o direito à dignidade possui relação incidível com a autonomia do sujeito, esta também deverá receber peso abstrato superior.

Assim, diante da colisão real de direitos⁴⁰⁹, marcada pelo confronto da autonomia do titular em consentir na interferência de posições subjetivas de seu próprio direito à vida e, de outro lado, o imperativo de tutela da vida e do direito à vida, imposta pelo respeito à ordem pública, aos bons costumes e aos valores sociais (dignidade), deverá possuir prioridade *prima facie* o direito à autonomia.

Todavia, com essa definição, ainda não fica estabelecido que o direito à autonomia prevalecerá sempre, apenas se constatando que o ônus de argumentação deverá recair à indisponibilidade do direito à vida.

Logo, a autonomia privada, a qual fundamenta a limitação voluntária a direitos de personalidade, a depender do respeito à ordem pública, aos bons costumes, aos interesses sociais e aos interesses de terceiros, poderá, ainda assim, ceder. Ou seja, em conjunto com conceitos indeterminados do Direito Civil, previstos nos arts. 81º, n.º 1 e 340º, n.º 2, a dignidade da pessoa humana impõe restrições à limitação voluntária do direito à vida.

Posto isso, pode-se inferir que a tutela da personalidade humana e, claro, do direito à vida, é ampla e está situando-se entre a coletividade e com a pessoa, com o Estado e com o cidadão, com o próprio e com os outros⁴¹⁰. Recorre-se, então, à técnica da proporcionalidade: adequação, necessidade e ponderação (proporcionalidade em sentido

⁴⁰⁸O caso *Haas v. Suíça* expressa uma clara progressão do Tribunal Europeu de Direitos do Homem em admitir a morte assistida. Neste caso, o tribunal, demonstrando não ser contrário à morte assistida, decidiu que caberá a cada estado regular a morte assistida, desde que estabeleça condições específicas e que haja sempre o respeito à dignidade da pessoa humana (EUROPEAN Court of Human Rights (First Section). *Case of Haas v. Switzerland*. (Application n.º 31322/07). Judgment. Strasbourg, 20 January 2011. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22haas%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-102940%22%5D%7D>>. Acesso em: 02 de julho de 2018).

⁴⁰⁹A extensão da limitação deverá ser definida diante da natureza das circunstâncias do caso concreto (ASCENSÃO, 2002, p. 17).

⁴¹⁰VASCONCELOS, 2006, p. 49.

estrito)⁴¹¹.

Vale dizer que, nesta sede de limitação de direitos de personalidades, este critério encontra total aval, sendo difundido no direito privado pela doutrina e jurisprudência, seja para verificar o excesso da autonomia privada ou para aferir a validade de uma restrição legislativa a este direito⁴¹².

A partir do valor intrínseco e da inviolabilidade do direito à vida, verifica-se a necessidade de tutela, a qual é imposta pelo respeito à ordem pública, aos bons costumes, aos interesses coletivos e de terceiros.

Assim, com a ilicitude da morte assistida, tem-se preenchido o critério adequação (capacidade de uma restrição fomentar o fim almejado). Todavia, não se constata atendido o critério da necessidade⁴¹³. Este, a partir de uma análise qualitativa da medida restritiva, impõe que não basta ser adequada a tutela do direito à vida, faz-se mister que não exista outro meio apto e menos gravoso para se atingir o objetivo de tutela.

De fato, a tutela absoluta do direito à vida somente será alcançada com a indisponibilidade da vida, mas isso pressuporia a abdicação – “não-tutela” – de diversos outros direitos. Ademais, a tutela da vida não se restringe à salvaguarda da sua existência biológica, mas também alcança uma existência condigna com o mínimo de qualidade de vida. Em vista disso, diante do caso concreto do direito à morte digna, a tutela absoluta do direito à vida seria meio mais gravoso à tutela de uma vida digna.

Assim, não se pode olvidar que existem outras formas de proteger a vida que não sejam as medidas que impõem sacrifícios desnecessários aos cidadãos (ilicitude da morte digna). Nesse sentido, parece que o melhor exemplo de medida de tutela menos lesiva da vida neste caso concreto seria a existência de um regime regulador da admissão das hipóteses sujeito à eutanásia⁴¹⁴.

Faz-se mister, portanto, que nessas circunstâncias fáticas – em que proteger de

⁴¹¹DWORKIN, 2003, p.154.

⁴¹²PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 594/2003*. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/2716641/details/maximized>>. Acesso em: 18 de junho de 2018.

⁴¹³O princípio da proporcionalidade “é violado se o impacto da restrição sobre a vida, a liberdade ou a segurança da pessoa for grosseiramente desproporcionado em relação ao objeto da medida. [...] compara o propósito da lei, ‘tomado pelo valor nominal’, com seus efeitos negativos sobre os direitos do reclamante” (CANADÁ. Supreme Court Judgements. *Carter v. Canada (Attorney General)*. 2015. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14637/index.do>>. Acesso em: 18 de junho de 2018, tradução nossa).

⁴¹⁴[...] permitir o indivíduo definir como quer viver (e o momento de morrer) não põe em causa o bem jurídica vida, mas da expressão a dignidade” (MONTE, 2010, p. 335). “A proibição da morte assistida viola, severamente, o direito à vida, liberdade e segurança da pessoa [...]. Um regime regulador adequadamente administrado é capaz de proteger os vulneráveis contra abusos ou erros” (*Ibid.*, grifo nosso, tradução nossa).

modo absoluto a vida importa na degradação e tortura do sujeito –, a proteção da vida deva se configurar de maneira diversa daquela que, desconsiderando as circunstâncias fáticas do caso concreto, estabelece a simples e objetiva ilicitude da limitação voluntária do direito à vida. Pois, em um Estado Democrático de Direito, são inadmissíveis condutas extremamente paternalistas que definem padrões comportamentais contra o próprio interesse do titular, contra sua própria vontade e concepção de bem.

Destarte, após análise das fases de adequação e necessidade, é necessário que, na fase de proporcionalidade estrita, os motivos determinantes que encorajam o titular na tomada da decisão em favor da autonomia sejam ponderados. Nesta, far-se-á uma otimização entre bens colidentes, verificando se as vantagens operadas com uma determinada restrição são superiores ao ônus imposto a quem clama pela liberdade e renúncia de um direito fundamental de personalidade.

A vista disso, como já esposado, os direitos a serem sopesados seriam o direito à vida, o direito à autodeterminação, a dignidade da pessoa humana, direito ao livre desenvolvimento da personalidade, bons costumes, ordem pública e direito de terceiros.

Já as circunstâncias fáticas a serem consideradas para a tutela da vida no caso da eutanásia (incluindo neste conceito o suicídio assistido) seriam: uma vida baseada em uma doença terminal e sem chances de cura, tempo de sobrevivência mínimo (de meses ou até dias), dor, sofrimento extremo, igualdade entre as pessoas, o melhor interesse do sujeito (princípio da beneficência), sujeito capaz, consentimento voluntário e livre do titular do direito à vida e, ainda, o risco de mortes prematuras por meio de suicídios cruéis.

A análise das circunstâncias seria necessária para que a autonomia de limitar o direito à vida não fosse concedida ao simplesmente incansado de viver ou a vulneráveis induzidos por motivos banais. Seriam requisitos capazes de atender ao imperativo de tutela da vida e dar voz ao autogoverno de quem está em fase terminal⁴¹⁵.

O valor intrínseco do direito à vida nas sociedades atuais está arraigado nas concepções pessoais de todo ser humano, independentemente dos fundamentos religiosos,

⁴¹⁵Também neste sentido de preservação da autonomia, defendeu o Acórdão n.º 75/2010 que analisa a inconstitucionalidade da Lei n.º 16/2007. Nesta sede, o Tribunal entendeu que, para o devido cumprimento do imperativo de tutela estatal da vida, deverá o poder público não desrespeitar a proibição do excesso (proporcionalidade), devendo realizar uma interferência mínima (proibição de déficit) que não desrespeite os direitos da mulher: direito à vida e a integridade física e moral, à liberdade, à dignidade pessoal e à autodeterminação (grifo nosso) (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 75/2010*. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/2670436/details/maximized>>. Acesso em: 28 de junho de 2018).

culturais ou históricos, o que revela que cada sujeito tende (mesmo que inconscientemente) a preservá-lo ao máximo. À vista disso, constata-se que, para que o sujeito tome tal decisão de morte digna, esta se revelou sua última opção, sua última esperança de liberdade e vida digna. Esta escolha gira em torno não de escolher a morte quando se tem muitos anos pela frente, mas, sim, entre escolher: ir morrendo/vivendo dolorosa e lentamente (viver) ou morrer dignamente.

Por conseguinte, impor a ilicitude dessa decisão representaria um ônus mais elevado ao sujeito que, plenamente no gozo de suas capacidades psíquicas, ponderou os ônus e bônus de suas atitudes decidindo em não viver uma vida de sofrimento.

Por outro lado, também, a ofensa do direito à dignidade como autonomia (e direito ao desenvolvimento da personalidade) não é justificada pela prevalência da tutela de uma vida contra a vontade do titular nestas circunstâncias.

Então, baseado no critério de proporcionalidade, a autonomia da decisão de morte assistida, por não afetar terceiros e constituir um direito subjetivo de personalidades que afeta mais a própria pessoa do que a sociedade, deve possuir um peso mais elevado do que as razões de ordem pública, bons costumes e interesse social. Caso contrário, tratar-se-iam as pessoas como um instrumento para prossecução de fins sociais diversos⁴¹⁶.

Conceitos como ordem pública, bons costumes e interesse público que, em certa medida, determinam o *standard* da moralidade pública (o certo e errado), devem refletir os anseios da sociedade. Logo, devem ser formados a partir de um “certo” consenso comunitário do ordenamento onde se insere – como, por exemplo, o que acontece com o homicídio, em que todos concordam que deva ser considerado crime e punido.

Todavia, com a questão da eutanásia a divergência é grande, demonstrando que não há um acordo social acerca de sua moralidade⁴¹⁷. Isto reflete que vedar a morte assistida sob estes argumentos de moralidade social não é plausível, pois tratam-se de critérios fracos que não concretizam o consenso social⁴¹⁸.

⁴¹⁶VASCONCELOS, 2006, p. 48. “A proibição era mais ampla do que o necessário, pois as evidências mostravam que um sistema com salvaguardas adequadamente projetadas e administradas oferecia um meio menos restritivo de atingir o objetivo do governo” (CANADÁ. Supreme Court Judgements. *Carter v. Canada (Attorney General)*. 2015. Disponível em: < <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14637/index.do>>. Acesso em: 18 de junho de 2018, tradução nossa). Cf. DWORKIN, 2003, p. 101.

⁴¹⁷Existindo plausível dúvida a respeito do consenso social, deve-se proceder a discussão democrática através do voto, somente assim se poderá chegar a uma boa decisão (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 617/2006*. Processo n.º 924/2006. Relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html>>. Acesso em: 12 de junho de 2012).

⁴¹⁸BLANCAFORT, 1992, p. 354.

Por outro lado, com a permissão da eutanásia, também não se obrigariam àqueles que com ela não concordassem. Estariam livres de praticá-la, poderiam continuar seguindo sua própria convicção de ideal de vida e morte, definindo seu próprio futuro desde que não prejudiquem direito de outrem. Dessa maneira, proteger-se-ia a vida, sem impor crenças a quem nela não acredita.

Essencialmente, a vida é um bem personalíssimo que possui valor e importância maior para o indivíduo. Já a sociedade, a nosso ver, possui interesse periférico condicionado em proteger a vida na medida dos interesses do titular, contra ofensa de terceiros (estado ou outrem). Além disso, as exigências de proteção ao interesse público são relativizadas a partir do momento em que o particular aceita (consentimento) uma restrição em decorrência dos benefícios que busca auferir com a morte digna⁴¹⁹.

Por conseguinte, a validade de uma renúncia deverá gravitar entre sua relevância para o titular e os outros interesses juridicamente protegidos que serão afetados com a conduta.

Contudo, tendo em vista os objetivos estatais e interesses sociais, para que o pedido da morte assistida possa ser lícito ou, ao menos, justificado, deverá ser comprovado que não se trata de um mero capricho individual, devendo existir motivos justos com base em critérios objetivos⁴²⁰.

A nosso ver, estes justos motivos não limitariam a autonomia, nem mesmo instaurariam a desigualdade ou discriminação àqueles que querem a morte, mas que não preenchem tais requisitos – v.g. quem possui doença que não seja mortal ou lesão irreversível com sofrimento intenso ou quem não tenha nenhuma doença. Apenas seria uma garantia necessária para maximizar a salvaguarda do bem jurídico vida, impedindo o alastramento a casos banais ou desnecessários, ou seja, as condicionantes à morte digna são legítimas para evitar o déficit de proteção⁴²¹.

⁴¹⁹“[...] não pode deixar de ser levada em consideração a própria avaliação que o interessado faz do sacrifício em causa” (NOVAIS, 2006b, p. 281).

⁴²⁰JAKOBS, 1999, p. 67.

⁴²¹Sentido semelhante pode ser extraído do voto de Pinto (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 617/2006*. Processo n.º 924/2006. Relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html>>. Acesso em: 12 de junho de 2012) no acórdão 617/2006 referente ao aborto, o qual, no caso, asseverou a necessidade de causas justificadoras para restrição do direito à vida do feto: “Por outras palavras, não concordo com que, pela via da alegada harmonização prática dos interesses em conflito, a Constituição permita chegar a uma “solução dos prazos”, com aceitação da total “indiferença dos motivos” ou de uma “equivalência de razões” para proceder à interrupção voluntária da gravidez” (grifo nosso).

Seriam medidas estatais destinadas à segurança e bem-estar dos cidadãos que, a partir de uma pequena e necessária intervenção paternalista (paternalismo libertário), investiria em políticas públicas de conscientização dos riscos advindos com a morte assistida e da gravidade e seriedade da decisão, desestimulando os cidadãos, tendo em vista o caráter irrevogável da decisão. Também em prol da tutela da vida, seria dever do Estado intensificar e disponibilizar largamente os cuidados paliativos⁴²², permitindo que os doentes vivam o fim de vida de forma melhor, sem dor, sem tratamentos fúteis e com mais qualidade.

Tais medidas, por si só, resultariam na diminuição dos casos de solicitação da eutanásia, haja vista que conseguiriam minimizar o sofrimento e a necessidade de recorrer a tais procedimentos. Além disso, impor critérios rígidos e burocráticos para admissão do “doente/candidato ao procedimento” também ensejaria a desistência daqueles que ainda não se encontram totalmente certo de suas convicções.

Assim, ao mesmo tempo em que o Estado cumpriria seu dever de proteção através de políticas públicas e um paternalismo mínimo e libertário, também se privilegiaria a autonomia, deixando ao doente a possibilidade de autogoverno na tomada da decisão⁴²³.

Os pacientes que, ainda assim, optassem pela morte digna, que permanecessem com o propósito e vencessem todas as etapas, ainda deveriam passar por avaliação de uma equipe multidisciplinar de profissionais da saúde (v.g. dois médicos especialistas da doença, um psiquiatra, um psicólogo), sem ligação pessoal com o doente, isentos de quaisquer juízos de valor prévio. Totalmente neutros, tais profissionais seriam responsáveis por determinar a gravidade da doença, expectativa de vida, sofrimento, pedido genuíno e voluntário, bem como a capacidade psicológica do sujeito no momento da tomada da decisão e da realização

⁴²²De acordo com a definição da Organização Mundial de Saúde (OMS), “os cuidados paliativos visam melhorar a qualidade de vida dos doentes e seus familiares, face a uma doença que ameaça a vida, através da prevenção e alívio do sofrimento, com recurso à identificação precoce, adequada avaliação e tratamento da dor e demais sintomas físicos, psicossociais e espirituais” (TEIXEIRA, Fátima. *Cuidados Paliativos*. 2017 [online]. Disponível em: <https://www.sns.gov.pt/wp-content/uploads/2017/04/CuidadosPaliativos_Fatima.pdf>. Acesso em: 28 de junho de 2018). Cf. Regulamento de Deontologia Médica (Regulamento n.º 707/2016, de 21 de julho), art. 66. Ver Lei n.º 52/2012, de 5 de setembro, denominada Lei de Bases dos Cuidados Paliativos.

⁴²³Com essa ideia de interferência mínima em que se fomenta a preservação da vida, mas deixa a cargo do titular a responsabilidade pela tomada decisão, o Tribunal Constitucional assim asseverou, tratando da permissão da interrupção da gravidez, no acórdão n.º 75/2010: “é defensável que o Estado, através do legislador, valere como cumprindo melhor o seu dever de proteção, numa fase inicial da gravidez, tentando “ganhar” a grávida para a solução da preservação da potencialidade de vida, através da promoção de uma decisão reflectida, mas deixada, em último termo, à sua responsabilidade, do que ameaçá-la com uma punição criminal, de resultado comprovadamente fracassado” (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 75/2010*. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/2670436/details/maximized>>. Acesso em: 28 de junho de 2018, grifo nosso).

do procedimento⁴²⁴. É relevante frisar que esta decisão deve ser a qualquer momento revogável.

Padrões um pouco similares a estes, aqui por nós sugeridos, já se mostraram eficazes à proteção dos vulneráveis, conforme visualiza-se na experiência de países que já legalizaram a eutanásia, como a Holanda⁴²⁵.

Em 2012, a Associação de Medicina da Holanda (*Royal Dutch Medical Association*) pronunciou-se, em uma carta emitida ao Presidente da Associação Americana de Medicina, Peter Carmel, afirmando que a legalização da eutanásia não acarretou o efeito da ladeira escorregadia no país, não sendo reportado à associação nenhum caso de eutanásia involuntária. Também afirmou que a porcentagem de morte por eutanásia no país é baixa, próxima de 2 ou 3%.

Ademais, contata-se que, após a legalização de eutanásia ou suicídio assistido, em alguns países que a legalizaram, como Holanda e Bélgica, houve uma melhora nos cuidados de saúde oferecidos à população, nomeadamente os cuidados paliativos⁴²⁶.

Diante de todo o exposto, acredita-se que, através da análise da proporcionalidade, a melhor medida estatal a proteger a vida de pessoas maior de idade, capazes e em situações de doença grave, terminal e sofrimento intenso, não pode ser outra senão a exclusão de sua ilicitude quando realizada por médico, observando os motivos justificantes e os requisitos acima sugeridos.

⁴²⁴“Concluiu que os médicos eram capazes de avaliar com confiabilidade a competência do paciente, inclusive no contexto de decisões de vida e morte. Descobriu que era possível detectar coerção, influência indevida e ambivalência como parte desse processo de avaliação” (CANADÁ. Supreme Court Judgements. *Carter v. Canada (Attorney General)*. 2015. Disponível em: < <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14637/index.do>>. Acesso em: 18 de junho de 2018., grifo nosso, tradução nossa).

⁴²⁵ROYAL Dutch Medical Association. Letter to AMA: *Euthanasia in the Netherlands*. 23 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://www.knmg.nl/web/file?uuid=f1cf3781-4a4e-4486-94ba-086325ed2e5e&owner=5c945405-d6ca-4deb-aa16-7af2088aa173&contentid=2798>>. Acesso em: 28 de junho de 2018. Entendendo que não ocorreu efeito da ladeira escorregadia, cf. BERNHEIM *apud* RADBRUCH, Lukas *et al.* Euthanasia and physician-assisted suicide: A white paper from the European Association for Palliative Care. In: *Palliative Medicine*. 2016; Feb; 30(2):104-16. Disponível em: <<http://www.apcp.com.pt/uploads/EAPC.WhitePaperEuthanasia-PAS.PortugueseTranslation.FINAL.Logo.pdf>>. Acesso em: 28 de junho de 2018.

⁴²⁶Segundo o relatório do *The 2015 Quality of Death Index* (2015) sobre a morte assistida: “a legalização da eutanásia impulsionou o desenvolvimento de cuidados paliativos. Consequentemente, a Bélgica e os Países Baixos têm cuidados paliativos de qualidade, muitos dos quais são oferecidos em casa” (THE ECONOMIST Intelligence Unit Limited. *The 2015 Quality of Death Index: Ranking palliative care across the world*. Disponível em: < <http://eol.law.dal.ca/wp-content/uploads/2017/05/2015-EIU-Quality-of-Death-Index-Oct-29-FINAL.pdf>>. Acesso em: 18 de junho de 2018).

3.6 Estrutura Jus-civilística do consentimento: a concretização do direito à autodeterminação

Após constarmos em tópico anterior que na análise de *hard case*, designadamente Morte Digna, o direito à autodeterminação do paciente deva preponderar no caso de colisão entre direitos como vida, dignidade, autonomia e interesses sociais, importa-nos, nesta sede, compreender qual a forma de concretização e manifestação deste poder de autodeterminação.

No ordenamento jurídico português, o direito à autodeterminação do paciente encontra ampla tutela seja na seara jus-civilística, no plano penal ou constitucional.

Ademais, não se pode olvidar que o poder de gestão que o indivíduo possui, seu autogoverno, está intrinsecamente relacionado aos direitos de personalidade, sendo conferido a todas as pessoas durante a sua vida, inclusive a doentes em fase final de vida. Daí argumenta André Dias Pereira (2012)⁴²⁷ que o doente, em fase final de vida, é pessoa titular de direitos fundamentais e, principalmente, no plano civil, sujeito de direitos de personalidade.

Posto isso, a condição *sine qua non* para que o paciente possa exercer este direito à autodeterminação é que ele consiga expressar a sua vontade, o que faz por meio do consentimento, seja expressa ou presumidamente.

De acordo com os ensinamentos de Orlando de Carvalho *apud* Sousa (2011)⁴²⁸, de modo geral, o consentimento pode ser autorizante, tolerante/justificante ou vinculante. Para o autor, consentimento autorizante (art. 81º do CC)⁴²⁹ é aquele capaz de excluir a própria existência da lesão advinda da conduta (exclui a tipicidade), atribuindo um verdadeiro poder jurídico de lesão a outrem. É revogável a qualquer momento, mas, para tanto, é imprescindível a indenização.

Já o consentimento tolerante/justificante (art. 340º do CC) é aquele que, diferentemente, atribui apenas um poder factual, excluindo a ilicitude da ofensa (justificação

⁴²⁷PEREIRA, 2012, p. 157.

⁴²⁸CARVALHO *apud* SOUSA, 2011, pp. 220-221. Nesse sentido, Pinto (2002, pp. 31-32) distingue na seara cível os “elementos negativos da previsão do direito, que o limitam e excluem a existência de violação do direito, e a verificação de causas justificativas, ou de exclusão da ilicitude, de actos lesivos de direitos subjectivos”.

⁴²⁹O consentimento autorizante, excluindo a tipicidade da conduta, e consequentemente, a própria lesão, consiste em um elemento negativo do *Tatbestand* (PINTO, *loc. cit.*).

factual). É revogável a qualquer tempo, mas não impõe o dever de indenizar.

Por outro lado, o consentimento vinculante (arts. 230º e ss. e 406º, do CC) é aquele regido nos termos gerais do negócio jurídico, não podendo ser revogado unilateralmente. Neste caso, “não há a atribuição de poder de lesão, mas tão só disposição legal e corrente de direitos da personalidade que não traduzam numa limitação ao exercício destes direitos nos termos do art. 81º, n.º 2 do CC”⁴³⁰.

Relativamente ao consentimento informado na relação médico-paciente, por se tratar de uma situação particular em que estão em causa bens pessoais e, portanto, de personalidade, como vida, integridade física, saúde, autodeterminação, é necessário que este consentimento seja livremente revogável, de modo a permitir a qualquer momento a desistência do paciente em realizar uma intervenção médica, ou, como aqui defendido, a morte assistida.

Tendo em vista que no consentimento vinculante não se é permitido a livre revogabilidade unilateral e que, no autorizante, a revogação enseja a indenização, não faz sentido que o consentimento informado às intervenções médicas se insira nestes enquadramentos⁴³¹.

Por outro lado, as intervenções médicas também não constituem um negócio jurídico, mas correspondem a ações fáticas, destinadas a permitir ou proibir uma conduta médica no âmbito de posições subjetivas do titular/doente.

Assim, entende-se que, nessas relações, o consentimento do paciente deve ser o tolerante/justificante, o qual não impõe óbices à revogação da decisão (evita a “coação”) e, portanto, é o que melhor consagra o direito à autodeterminação do doente⁴³².

É o consentimento informado e justificante do doente capaz de permitir uma intervenção médica em benefício do próprio requisitante e de determinar o alcance e limites do procedimento a ser realizado sem que a lesão à integridade física ou a ofensa à vida (defendida por nós como possível) enseje responsabilidade civil e obrigação de indenizar por parte do médico (art.483º do CC).

⁴³⁰SOUSA, 2011, p. 221.

⁴³¹As limitações voluntárias/renúncias no âmbito civil devem admitir alguns desvios às normas de direito civil, uma vez que, por se tratarem de bens pessoais, a tutela dos interesses do comércio jurídico ou da outra parte não merece proteção igual àquelas conferidas ao negócio jurídico, devendo ser possível a revogabilidade do consentimento a qualquer momento (CRORIE, 2016, p. 274).

⁴³²Também é o consentimento informado uma causa de justificação que exclui a ilicitude da violação da integridade física. PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 113.

Nessa esteira, como diz André Dias Pereira (2006), citando o Kopetzki, o “consentimento do doente é a legitimação e limite da intervenção médica”⁴³³, podendo ser livremente revogado sem que isto importe na obrigação de indenizar prejuízos (consentimento tolerante).

Lado outro, tendo em vista que o consentimento nas relações médico-paciente afeta um bem jurídico de personalidades, inerente a seu titular, é um ato jurídico pessoal, não consistindo em um negócio jurídico⁴³⁴.

Portanto, com essa declaração de vontade destinada à intervenção, atribui-se ao médico apenas um poder de fato e não um verdadeiro vínculo jurídico e direito de agressão, o qual se consubstancia na realização ou abstenção de determinado procedimento.

Dessa maneira, parece que o melhor entendimento é que o consentimento do paciente, como manifestação de vontade a intervenções médicas, é um ato jurídico unilateral, “simple act jurídico”, ou mais especificamente “quase-negócios jurídicos ou actos jurídicos quase-negociais (*geschäftsähnliche Handlungen*)”⁴³⁵.

Por se tratar de um ato jurídico pessoal, como regra geral, não são aplicadas a esta relação as normas atinentes aos negócios jurídicos, exceto, nas situações em que, devido à analogia das circunstâncias fáticas, se revelem extremamente necessárias (art.295º do CC)⁴³⁶.

É essa manifestação de vontade do paciente que determina o início de um tratamento, a sua interrupção (o que pode abreviar a vida) ou até mesmo o prolongamento artificial da vida⁴³⁷. Importa lembrar que, como se concluiu em tópico anterior, para nós, seria este consentimento capaz de concretizar o direito à morte digna.

Porém, para que seja válido, eficaz e corresponda a uma vontade séria e fundamentada, sendo capaz de excluir a ilicitude da intervenção médica, é necessário que o médico tenha antes esclarecido o paciente (que esteja em gozo de suas capacidades

⁴³³PEREIRA, André Gonçalo Dias. *A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 1.

⁴³⁴“O dever de obter o consentimento informado do doente, funda-se num direito inato de personalidades e não depende de sua afirmação básica, da estrutura contratual que se pratique o médico” (OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Temas de Direito da Medicina*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 63).

⁴³⁵PEREIRA, 2004, p. 136. Sobre o consentimento justificante ensejar um acto jurídico unilateral, cf. SOUSA, 2011, p. 411. A respeito da definição de simple act jurídico e atos quase-negócios jurídicos, Pinto (2012, pp. 357-358) afirma que os simple atos jurídicos se dividem em dois, os atos quase negócios jurídicos e os atos materiais ou reais. Os “quase-negócios jurídicos traduzem-se na manifestação exterior de uma vontade”.

⁴³⁶PINTO, 2012, pp. 416-417.

⁴³⁷PEREIRA, *op. cit.*, p. 133; Cf. SILVA, 2017, p.95.

psíquicas) a respeito de todo o seu quadro de saúde, diagnóstico, prognóstico e as consequências advindas com o procedimento, o que se denomina por consentimento informado⁴³⁸ (art. 3º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e art. 3º da Lei n.º 15/2014, de 21 de março).

Guilherme de Oliveira (2005) afirma que o consentimento informado, de modo geral, possui forma livre, não exigindo formalidades específicas, desde que consiga atingir o objetivo de esclarecer ao paciente sobre todas as condutas a serem realizadas e suas consequências. Todavia, conforme alerta, o Supremo Tribunal de Justiça em recente acórdão do ano de 2017, é extremamente útil o preenchimento de formulários ou, pelo menos, fichas clínicas para prova do cumprimento do dever de informar, excluindo a responsabilidade civil e/ou penal⁴³⁹.

Dessa maneira, em consonância com o artigo 157º do CP, cabe ao médico, antes de realizar qualquer procedimento, informar ao paciente a respeito da real situação em que a sua doença se encontra, o diagnóstico, o prognóstico, os tratamentos possíveis e os riscos atinentes. Caso contrário, se omitir tais informações, o consentimento do doente será nulo, podendo configurar-se o crime de intervenção ou tratamento médico arbitrária⁴⁴⁰, previsto no artigo 156º do CP.

Por outro lado, a manifestação da vontade do doente, por analogia ao artigo 38.º do CP, deverá corresponder à vontade do titular que deve possuir discernimento necessário para avaliar as consequências do ato e corresponder a uma vontade séria, livre e esclarecida⁴⁴¹.

⁴³⁸“Se o consentimento não existe ou é ineficaz, a atuação do médico será ilícita por violação do direito à autodeterminação e correm por sua conta todos os danos derivados da intervenção não autorizada” (PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1*. Relator: Maria Clara Sottomayor. Data: 02/06/2015. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument>>. Acesso em: 20 de junho de 2018).

⁴³⁹OLIVEIRA, 2005, p. 67. Nesse sentido, a normativa 15/2013, da Direção Geral de Saúde trata de alguns critérios necessários ao consentimento informado, impondo a necessidade de que (nas hipóteses previstas no n.º 5) seja formalizado através de um formulário, esclarecido, livre e dado por escrito. Embora não tenha força legislativa e seja destinada à Administrações Regionais de Saúde, dirigentes de unidades de saúde e profissionais de saúde do sistema de saúde, parece ser uma boa forma para se regulamentar de forma geral (privado ou público) e à nível de Lei os termos do consentimento informado, haja vista que estabelece à necessidade de preenchimento de um formulário pelo médico constando informações relevantes para o consentimento informado, v.g. diagnóstico, prognóstico, consequências e alternativas de tratamento (PEREIRA, 2017, pp. 32e ss.). Sobre a necessidade de preenchimento de formulários ou ao menos fichas clínicas para prova do cumprimento do dever de informar, excluindo a responsabilidade civil, também já se pronunciou o STJ (Cf. PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 6669/11.3TBVNG.S1*. Relator: Gabriel Catarino. Data: 07/03/2017. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument>>. Acesso em: 20 de junho de 2018).

⁴⁴⁰DIAS, 2013, p. 25.

⁴⁴¹Sanz (2001) afirma que, para aferir a validade do consentimento, não é necessário exigir uma formalidade

Nessa ordem de ideias, Helena Morão (2006) reputa que a exigência normativa estabelece que a liberdade de dispor do próprio corpo seja pessoal, impedindo que familiares – e até mesmo os pais – decidam em nome do doente, o que inviabiliza a representação de menores ou pessoas incapazes (art. 123º e 130º do CC)⁴⁴².

Paulo Mota Pinto (2001), embora se referindo ao consentimento necessário à disposição do direito à reserva sobre intimidade da vida privada – o que, nesta sede, pode ser extremamente útil para desvelar o melhor sentido –, ressalva que os direitos fundamentais são inerentemente direitos pessoais; logo, sendo necessário o consentimento de pessoa menor de idade, desde que esta tenha maturidade suficiente para compreender seus atos e consequências, poderão ser estes a consentir com a limitação voluntária de exercício. Nesse sentido, também poderão opor-se ao consentimento prestado pelos pais em seu nome. Em contrapartida, a depender da gravidade da limitação, poderá ser exigido, simultaneamente, o consentimento dos pais, ou seja, a concordância com a atitude do menor⁴⁴³.

Transpondo estes ensinamentos à seara do consentimento médico, coadunamos com o pensamento do autor supracitado quanto à necessidade do consentimento em relação a tratamentos e cirurgias médicas em geral à menor de idade ser prestado por ele próprio, ainda que sob supervisão e com o consenso dos pais.

Ratificando, Guilherme de Oliveira (2005) afirma que: “[...] os menores, de qualquer idade podem prestar consentimento para todos os atos de assistência médica que se revistam de pequena importância e que estejam, por isso, ao alcance da sua capacidade natural”⁴⁴⁴.

Todavia, neste trabalho opta-se por não abordar a questão da morte assistida na perspectiva de incapazes, haja vista que se acredita ser um tema melindroso, que exige mais detalhamento da questão, devendo ensejar novo estudo. *Prima facie*, nesta sede considera-se que a morte assistida somente terá ensejo quando o paciente possuir maioridade civil (18

específica, assim, não necessariamente precisa ser solicitado por escrito o pedido de morte assistida. No entanto, acredita que qualquer meio técnico que consigo demonstrar a voluntariedade do pedido de morte assistida é de suma necessidade para formar um conjunto incontestáveis de provas que revelem a seriedade do consentimento (SANZ, Jesus Barquian. *Eutanasia y suicidio: cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Granada: Editorial Comares, 2001, p. 173).

⁴⁴²MORÃO, 2006, pp. 63-68.

⁴⁴³Na sua ótica, no que se refere a direitos da personalidade – e na seara civil –, mesmo o menor de quatorze anos poderia, desde que suficientemente maduro, prestar o consentimento à limitação voluntária (PINTO, 2001, pp. 41 e ss.).

⁴⁴⁴OLIVEIRA, 2005, p. 245.

anos de idade – art. 123.º c/c 130.º do CC), possuindo plena capacidade de discernimento de seus atos como forma de perfeita manifestação de sua autodeterminação.

Assim, percebe-se que o consentimento informado é baseado em três fundamentos, são eles: na capacidade para consentir; no esclarecimento ao doente; e na possibilidade conferida a este de anuir ou recusar um procedimento médico⁴⁴⁵.

Por outro lado, não se há olvidar as situações em que, embora o paciente esteja inconsciente ou incapaz de consentir, a sua vontade, ainda assim, há de ser levada em conta, de modo a determinar a cessação ou o início de algum tratamento médico. Aqui, para se aferir essa vontade, é de suma importância recorrer ao consentimento presumido do doente (art. 340º, n.º 3, do CC; arts. 39º e 156º, n.º 2, do CP; art. 21º, n.º 4 e n.º 5, do CDOM, Regulamento n.º 707/2016⁴⁴⁶).

Conforme Dias (2013), o consentimento presumido de quem não pode se expressar não pode ser baseado no *in dubio pro vita* ou *contra vitam*, mas deverá corresponder o mais próximo possível à vontade real do paciente, o que se faz através da conjugação entre o testamento vital e outros elementos relevantes, tais quais as convicções morais e religiosas, o prognóstico médico e sofrimento, os quais poderiam fornecer subsídios necessários para cessar ou não o tratamento⁴⁴⁷.

Helena Morão (2006), dessa forma, considera que o consentimento presumido, que não é fundado em base sólida, não consegue preservar nem a vida e nem corresponder a autodeterminação do paciente, devendo, no caso de ausência de indícios fortes (v.g. testamento vital, procurador de cuidados de saúde ou outros elementos de prova), ser interpretado *in dubio pro vita*⁴⁴⁸.

Para tanto, consoante orienta André Dias Pereira (2004)⁴⁴⁹, ao realizar uma intervenção sem o consentimento expresso do doente, o médico deverá ponderar e analisar a provável decisão do paciente em concreto, não podendo presumir o consentimento segundo a conduta do homem médio.

Assim, caso haja sido realizado determinada intervenção médica sem o consentimento expresso do doente, a fim de afastar uma responsabilidade civil, o ônus da

⁴⁴⁵PEREIRA, 2012, p. 162.

⁴⁴⁶Correspondente ao artigo 46º, n.º 4, do antigo CDOM, Regulamento n.º 14/2009, de 13 de janeiro.

⁴⁴⁷DIAS, 2013, pp. 30-31.

⁴⁴⁸MORÃO, 2006, p.70

⁴⁴⁹PEREIRA, 2004, p. 32 e ss.

prova do consentimento presumido incumbirá ao médico (art. 342º, n.º 2, do CC), haja vista ser quem possui maior facilidade probatória. Caberá a este provar que a intervenção médica era especialmente indicada ao caso que tinha o fim de afastar um perigo grave para a vida, corpo ou saúde e que o paciente teria aceitado tal procedimento mesmo que tivesse recebido todas as informações relativas ao procedimento e as possíveis consequências (prova do fato impeditivo do direito do paciente). De lado outro, o paciente, discordando da intervenção, deverá demonstrar o conflito da decisão, provando plausivelmente que recusaria o consentimento⁴⁵⁰.

Para dirimir dúvidas, evitar a responsabilidade civil e, por outro lado, concretizar o direito à autodeterminação médica do paciente, seria o testamento vital um útil instrumento, tratando-se de documento unilateral, escrito, elaborado pelo doente que seja maior de idade (18 anos segundo art. 130º do CC) e esteja em momento de plena lucidez, capaz de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido (art. 4º da Lei n.º 25/2012)⁴⁵¹, assinado pelo paciente na presença de um notário ou funcionário do Registo Nacional do Testamento Vital (artigo 3º da Lei n.º 25/2012).

Em Portugal, a Lei n.º 25/2012 estabeleceu normas atinentes ao testamento vital e ainda possibilitou que o paciente institua um “procurador de cuidados de saúde” para tomar decisões em seu lugar⁴⁵².

Nesse tipo de testamento de cuidados de saúde, são estabelecidos pelo paciente os cuidados de saúde a que deseja ou não se submeter em momento futuro no qual esteja

⁴⁵⁰Na Alemanha é pacífico este entendimento de que ao médico incumbe este dever de prova, também adotado por tribunais de Espanha e França. Já na Inglaterra a questão é controversa, sendo entendimento que caberá ao paciente o ônus de provar que o médico não cumpriu seu dever de informar e de obter o consentimento informado. Em Portugal, a recente decisão do STJ merece melhor relevo: “O ônus da prova do consentimento e da prestação da informação incide sobre o médico ou a instituição de saúde, porque o consentimento funciona como causa de exclusão da ilicitude, e a adequada informação é um pressuposto da sua validade, logo matéria de exceção, como facto impeditivo” (PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 6669/11.3TBVNG.S1*. Relator: Gabriel Catarino. Data: 07/03/2017. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d6c49e6fd3e66825802580dc00577556?OpenDocument>>. Acesso em: 20 de junho de 2018).

⁴⁵¹Art. 4º da Lei n.º 25/2012: “Requisitos de capacidade: Podem outorgar um documento de diretivas antecipadas de vontade as pessoas que, cumulativamente: a) Sejam maiores de idade; b) Não se encontrem interditas ou inabilitadas por anomalia psíquica; c) Se encontrem capazes de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido” (PORTUGAL. *Lei n.º 25/2012, de 16 de julho*. Regime das Diretivas Antecipadas de Vontade (Dav) - Testamento Vital. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1765&tabela=leis>. Acesso em: 28 de junho de 2018).

⁴⁵²Art. 11º da Lei n.º 25/2012: “Qualquer pessoa pode nomear um procurador de cuidados de saúde, atribuindo-lhe poderes representativos para decidir sobre os cuidados de saúde a receber, ou a não receber, pelo outorgante, quando este se encontre incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente” (*Ibid.*).

impossibilitado de manifestar a sua opinião autonomamente, só podendo ser contrariado no caso de existirem indícios concretos de que tal vontade se alterou, assim, segundo o art. 6º da indigitada Lei, possui força vinculativa⁴⁵³.

Procurando amenizar os conflitos existentes entre a vontade real do paciente no momento da intervenção médica e aquela manifestada pelo testamento vital, o artigo 7º, n.º 1, da aludida lei estabeleceu que este documento pode ser alterado livremente e deve ser atualizado no período de cinco anos, perdendo a eficácia após esse período.

Para Dias Pereira (2012)⁴⁵⁴, o testamento vital é instrumento de preservação da dignidade humana perante tratamentos médicos inúteis que prolongam a vida do paciente de maneira extraordinária (obstinação terapêutica). Afirma, outrossim, que se trata de valioso mecanismo para preservar a autodeterminação do paciente, permitindo aferir a vontade do doente quando estes estão sem capacidade para consentir.

Para Faria Costa (2003), o testamento vital é extremamente útil para “justificar” ou tornar atípicas condutas eutanásicas (ativas, passivas e suicídio assistido) exercidas pelo médico, nos limites impostos pelo documento e desde que estejam de acordo com a vontade atual do paciente que o emite⁴⁵⁵.

Assim, por exemplo, este documento é decisivo para autorizar a prática de eutanásia passiva (omissão), quando informa que o paciente deseja não iniciar ou quer interromper um tratamento de prolongamento da vida ou mesmo de cura.

No caso da eutanásia ativa direta, o autor supracitado entende que é perfeitamente possível que, no caso de sua possível legalização, este testamento vir a ser uma prova contundente e capaz de expressar a vontade do paciente inconsciente, desde que, logicamente, junto com os outros requisitos que vierem a ser necessários para a configuração da eutanásia, como, por exemplo, doença terminal, incurável, sofrimento atroz, voluntariedade da decisão, pessoa capaz, recomendação por equipe multidisciplinar e outros⁴⁵⁶.

⁴⁵³O testamento vital difere-se do testamento comum por este ser destinado a questões relativas a disposição de bens, propriedade, e ser destinado a produzir efeitos de um verdadeiro negócio jurídico bilateral *no post mortem*, enquanto aquele é ato jurídico unilateral destinado a produzir efeitos em momentos futuros da vida em que a pessoa por grave doença está inconsciente ou não possa exprimir sua vontade em relação a cuidados médicos (RAPOSO, 2011, pp. 175-176). Sobre negócios jurídicos unilaterais e bilaterais, cf. PINTO, 2012, p. 385.

⁴⁵⁴PEREIRA, 2012, p. 501. Cf. LEITÃO, 2012, pp. 713-724.

⁴⁵⁵COSTA, 2003. p. 792 e 793

⁴⁵⁶*Ibid.*

Conclui-se, portanto, que o consentimento do doente, seja ele expresso ou presumido, é medida necessária e capaz de efetivar o direito à autodeterminação do paciente, inclusive nos casos de eutanásia.

Por outro lado, há casos em que o médico pode ignorar a vontade do doente, como no tratamento inútil, em que, apesar do paciente solicitá-lo, poderá o médico abster-se de praticá-lo, de forma a evitar a distanásia (futilidade médica, nomeadamente nos casos em que o tratamento, embora requerido, não consiga alterar a qualidade de vida ou o prognóstico)⁴⁵⁷.

A respeito do consentimento presumido, percebe-se que este deverá ser aferido por meio de critérios rigorosos como o Testamento Vital, conjugado ainda com outras provas contundentes, haja vista que, na tentativa de deduzir a vontade do doente, caso não seja feito por meio idôneo, corre-se o risco de que não se prestigie a vida e nem a autodeterminação do paciente.

Por fim, resta enfatizar que a intervenção médica sem o consentimento é ato atentatório à dignidade⁴⁵⁸, podendo ser considerado ato lesivo à integridade pessoal do doente⁴⁵⁹.

Diante do exposto, percebe-se que o consentimento do doente, expresso ou presumido, por meio do testamento vital, é de suma importância para as questões de fim de vida, vindo a assumir papel decisivo nas hipóteses de permissibilidade de eutanásia.

⁴⁵⁷DIAS, 2013, p. 28.

⁴⁵⁸Humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

⁴⁵⁸CABRAL, 2018.

⁴⁵⁹GODINHO, 2015, pp. 106-107.

CONCLUSÃO

No decurso do estudo ora apresentado, cujo objeto foi a discussão em torno da disponibilidade do direito à vida, em especial a morte digna, restou evidente a complexidade da abordagem frente aos interesses conflitantes, bem como deixou-se transparecer que a tomada de posição, muita das vezes, é fruto de pré-concepções ideológicas, políticas, religiosas e culturais.

Procurando desviar-se de fundamentações alheias ao universo jurídico, a pesquisa desenvolveu-se a partir do estudo dos direitos da personalidade e sua colocação dentro do ordenamento pátrio.

Assim, em um primeiro momento, compreendeu-se que os direitos da personalidade (e fundamentais) são direitos subjetivos, inerentes ao cidadão e que decorrem da condição de ser humano, conferindo não só a tutela da pessoa, mas, também, constituindo-se em um verdadeiro “poder da vontade” do indivíduo para gozo de seus direitos, seu autogoverno.

Posto isso, sendo estes direitos essencialmente subjetivos, expressão da liberdade individual, remete-nos, *a priori*, à possibilidade de seu titular deles dispor, renunciar, perder, abandonar, abdicar ou não os exercer, como forma de manifestação da liberdade e autodeterminação pessoal.

À vista disso, uma vez que a renúncia corresponde a um poder de vontade e liberdade do indivíduo, ínsito em cada direito subjetivo – como concretização do direito à dignidade e autodeterminação –, não poderá ser vedada liminarmente.

Por outro lado, importa não olvidar que o titular de uma posição jurídica subjetiva que deseja renunciá-la o faz para preservar outro direito que considera mais relevante à conformação de sua vida. Deste modo, de acordo com os interesses do próprio e desde que não afete, diretamente, direitos de outrem, não pode ser restringindo abstratamente, mas apenas diante da análise concreta.

Assim, conclui-se que a renúncia de um direito de personalidade fundamental deverá ser, *prima facie*, admitido na sua totalidade, não sendo justificada a sua restrição à uma renúncia parcial de exercício (limitação voluntária).

Todavia, tal conclusão não significa que toda renúncia a direitos de personalidade deverá ser admitida, apenas se quer enfatizar que não possa ser preliminarmente recusada,

devendo-se ponderar seu âmbito de incidência diante da colisão concreta com outros bens jurídicos e interesses envolvidos na questão.

Caso contrário, a tutela estatal que foge do razoável e protege a pessoa contra seus próprios interesses e concepção de bem acaba-se por refletir um paternalismo estatal inadmissível, que objetifica a dignidade da pessoa humana em prol da prossecução de fins estatais.

Assim, para se restringir o poder subjetivo de disposição, faz-se necessário analisar a hipótese fática objeto da renúncia à luz dos critérios de proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No caso concreto do direito à morte digna, a análise consistirá na verificação dos direitos e das circunstâncias envolvidas na possibilidade de disposição do direito à vida.

Para tanto, deve-se sopesar a necessidade e a intensidade de tutela estatal aos direitos à vida, à dignidade da pessoa humana, à autonomia e à autodeterminação, ao desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, bem como aos princípios da ordem pública, bons costumes, interesses de terceiros e fins sociais.

Não menos importante, deve-se também ponderar os motivos e as condições determinantes ao pedido, os quais, no caso em análise, seriam: o desejo do próprio titular do direito à vida em obter a morte digna devido à existência de uma doença terminal e sem chances de cura, tempo de sobrevivência mínimo (de meses ou dias), dor, sofrimento extremo, igualdade entre as pessoas, o melhor interesse do paciente (princípio da beneficência), sujeito capaz, consentimento voluntário e livre do titular do direito à vida e, ainda, o risco de mortes prematuras por meio de suicídios cruéis.

Diante disso, constata-se que tais circunstâncias correspondem à necessidade de observância da autonomia ética existencial do doente que, embora em pleno gozo de suas capacidades psíquicas, necessita da compaixão e auxílio de um médico para pôr fim a todo mal, degradação e tortura, que o aflige.

Importa não olvidar que respeito à vontade do doente é exigido pelo ordenamento jurídico português a toda e qualquer intervenção médica (arts 38, 39 e 156º do CP, arts. 10º e art. 20º e ss. do CDOM), devendo corresponder à vontade do doente a ser manifestada por meio do consentimento, seja ele expresso ou presumido, mas que seja reflexo de uma vontade real, informada, consciente, livre e sem vícios.

Destarte, também possui relevância na justificação de diversas modalidades da eutanásia, nomeadamente na eutanásia indireta e na eutanásia passiva, em que o médico, de acordo com o interesse manifestado pelo doente, age ministrando um medicamento paliativo forte ou omitindo um tratamento (v.g. desligando um aparelho ou não aplicando um remédio).

Ocorre que, mesmo nessas condutas em que a doutrina majoritária ou mesmo o ordenamento jurídico entendem estar de acordo com a *legis artis*, a conduta do médico pode ser decisiva à morte, seja acelerando-a ou mesmo acarretando-a.

Logo, uma vez que em todas as modalidades de eutanásia (eutanásia ativa direta e indireta ou na eutanásia passiva) o resultado morte é sempre um risco assumido/desejado pelo doente, exigindo a participação ativa do médico, não se vislumbra a necessidade de se fazer distinção, criminalizando apenas a eutanásia ativa direta e ao suicídio assistido.

Por outro lado, também se observa que, para a tutela da vida, não é justificada a imposição da ilicitude absoluta da eutanásia ativa direta e suicídio assistido, uma vez corre-se o risco de impor ao sujeito uma obrigação de viver uma vida degradante e anular diversos outros direitos igualmente protegidos no ordenamento jurídico português e, especialmente, relevantes pelo seu titular, tais como a dignidade, autonomia, qualidade de bem-estar.

Assim, a tutela do direito à vida deverá ser realizada através de um meio igualmente apto para o fim, mas menos gravoso para se atingir o objetivo em questão. Logo, não se fundamenta uma proteção da pessoa contra si mesma, contra sua vontade e conceito de boa vida e dignidade, impondo sacrifícios desnecessários a seu próprio titular, restringindo a salvaguarda da mera existência biológica. Mas, também, a tutela da vida deverá alcançar uma existência condigna com o mínimo de qualidade de vida.

Quanto à questão da colisão dos interesses do titular da vida face a valores regentes da sociedade (v.g. a ordem pública, bons costumes e interesse público), tem-se que a vida é bem jurídico pessoal, possuindo importância maior para seu titular. Assim, as exigências de proteção ao interesse público são relativizadas a partir do momento em que o particular aceita (consentimento) uma restrição em decorrência dos benefícios que busca auferir com a morte digna (desde que não afete direito de terceiros).

Ademais, é certo que o interesse público, a ordem pública e os bons costumes devem corresponder aos anseios da comunidade em que estão inseridos, sendo assim, uma vez que não há consenso social a respeito da (im)possibilidade da morte assistida, entende-se que o

direito à morte digna, em especial na eutanásia ativa direta e suicídio assistido, desde que em estritas condições, deve ser considerado no processo de tutela da vida sem que, com isso, sejam afetados bens coletivos supremos.

Para preservar os interesses e benefício do doente, seu direito à autodeterminação, à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade, parece que a forma menos lesiva e mais eficaz de tutelar o direito à vida, neste caso concreto, seria por meio da existência de um regime regulador da admissão das hipóteses sujeitas à eutanásia ativa direta e do suicídio assistido, estabelecendo-se critérios para que a morte digna seja concedida.

Assim, através de uma intervenção mínima e um paternalismo libertário, o Estado, através de políticas públicas, esclareceria a população e, em especial, ao doente terminal, todos os ônus e consequências advindos com a morte digna, também se fomentando medidas que privilegiassem a vida, ampliando o acesso à rede de cuidados paliativos extremamente necessários ao alívio do sofrimento.

Somente, como *ultima ratio*, seria admitida a eutanásia ativa direta e o suicídio assistido, desde que preenchidos critérios rigorosos, tais como: exigência de que o pedido de morte digna seja realizado por pessoa maior de 18 anos, que possua doença terminal, lesão irreversível, sofrimento atroz, sem resposta a cuidados paliativos, pedido sério, livre, consciente (capacidade psíquica), voluntário e ratificado por diversas vezes pelo paciente. Todos estes requisitos deveriam ser constatados por meio de equipe interdisciplinar evitando que o consentimento seja nulo, viciado ou que exponha à risco os vulneráveis.

Assim, evitar-se-ia a tese da abertura do dique, a banalização e proteção insuficiente da vida, e também se privilegiaria a autonomia, deixando ao doente a possibilidade de autogoverno na tomada da decisão. Somente dessa forma a vida poderia ser entendida como um verdadeiro direito e não como um custoso e degradante dever a seu titular.

Prestigiar-se-ia a vida, a autodeterminação e a dignidade do paciente, de maneira que a morte digna não seria uma obrigação e nem mesmo aplicada indiscriminadamente a todos os doentes, mas, sim, uma faculdade conferida aqueles que realmente necessitassem.

Desta forma, acredita-se que melhor solução à colisão dos direitos em causa corresponderia à despenalização da eutanásia ativa direta e suicídio assistido nestas restritas situações descritas. Consistindo o consentimento do doente, seja ele expresso através testamento vital e/ou, ainda, em conjunto com informações precisas de seus familiares, causa de justificação à ofensa do direito à vida e consagração do direito a morte digna.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade humana e o fundamento dos Direitos Humanos. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 68, Vol. I, a. 2008. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/jose-oliveira-ascensao-a-dignidade-da-pessoa-e-o-fundamento-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 15 de maio de 2018.

BARBAS, Stela. Morte e Dignidade Humana numa Perspectiva Jurídica. In: *Eutanásia e outras questões éticas no fim da vida*. Coimbra: Gráfica de Coimbra 2, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BENDA, Ernst. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: BENDA, Ernst. *et al. Manual de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Barcelona: Marcial Pons, 2001.

BLANCAFORT, Albert Calsamiglia. Sobre la eutanasia. In: *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 14, 1993, pp. 357-358.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Immanuel Kant*. 2ª ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

BRITO, António José dos Santos Lopes de; RIJO, José Manuel Subtil Lopes. *Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal: Direito Sobre a Vida ou Direito de Viver?*. Coimbra: Almedina, 2000.

BRITO, Teresa Quintela de. Eutanásia activa directa e auxilio ao suicídio: não punibilidade?. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, n. 80, 2004.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. *Dignidade da Pessoa Humana como*

Fundamento Ético e Jurídico do Direito à Morte Digna. Lex Magister Editora, 2018 [online]. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_20211917_DIGNIDADE_DA_PESSOA_HUMANA_COMO_FUNDAMENTO_ETICO_E_JURIDICO_DO_DIREITO_A_MORTE_DIGNA.aspx>. Acesso em: 10 de março de 2018.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. *Nós: estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CIRP. The Circumcision Reference Library. *Laskey, Jaggard, and Brown v. The United Kingdom*. [1997] Case No. 109/1995/615/703-705. Disponível em: <<http://www.cirp.org/library/legal/laskey1997/>>. Acesso em: 11 de junho de 18.

COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. A renúncia abdicativa no direito civil: algumas notas tendentes à definição do seu regime. In: *Studia iuridica* - Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil IV*. Parte Geral. Pessoas. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

COSTA, José de Faria. O fim da vida e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa. et al. (org.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. pp. 772-774.

CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. A (ir)renunciabilidade dos direitos de personalidade. In: CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac; OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. (coord.). *Pessoa, Direito e Direitos*. Colóquios 2014/2015. Centro de Investigação Interdisciplinar Direitos Humanos, 2016, pp. 263-274.

_____. *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. A eutanásia e o auxílio ao suicídio na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. *In: Scientia Iuridica*, Braga, v. 52, n. 297, set./dez. 2003.

CUNHA, M. Conceição Ferreira da. *Vida Contra Vida: Conflitos Existenciais e Limites do Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A “ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo. ISSN 1415-5400. A. 21, v. 100, 2013.

_____. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. *In: WASSERSTROM, Richard A. (coord). Morality and the Law*. Belmont: Wadsworth, 1971.

_____. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EUROPA. Jornal Oficial da União Europeia. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012P%2FTXT>>. Acesso em: 07 de julho de 2018.

_____. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Roma, 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 27 de junho de 2018.

FEINBERG, Joel. *Voluntary euthanasia and the inalienable right to life: The Tanner Lectures on Human Values*, 1997, pp. 228 e 234. Disponível em: <https://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/f/feinberg80.pdf>. Acesso em: 20 de junho de 2018.

FERREIRA, Maria Leite; FERNANDES, Mariana. *Eutanásia. Veja como votaram, um A um, os 229 deputados*. Observador, 2018 [on-line]. Disponível em: <<https://observador.pt/especiais/eutanasia-veja-como-votaram-um-a-um-os-229-deputados/>>. Acesso em: 16 de junho de 2018.

FERREIRA, Nuno. A eutanásia: entre o debate jurídico e a evolução da opinião pública. *In: Lex Medicinæ' Revista Portuguesa de Direito da Saúde* [Portuguese Journal of Health Law], ano 3, n. 6, 2006, pp. 137-151.

FERREIRA, Valter Luiz P. A eutanásia e os cuidados paliativos. *In: Lusíada: Direito*. Porto, n. 5 e 6, 2012.

FRADA, Manuel António Carneiro da. A ordem pública no domínio dos contratos. *In: Ars Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheiras Neves*. Vol. 1 - II. Direito Privado. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 255-268.

FRANCESCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. Bioética clínica. *In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de. (coord.). Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

GODINHO, Inês Fernandes. *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

_____. Implicações Jurídico-Penais do critério de morte. *In: COSTA, José de Faria; KINDHÄUSER, Urs. O sentido e o conteúdo da bem jurídica vida humana*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*. Lisboa: Edições 70, 2012.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

JAKOBS, Gunther. *Suicidio, eutanasia y derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

LE CONSEIL D'état et la Juridiction Administrative. *Commune de Morsang-sur-Orge: Ordre public et dignité de la personne humaine*. 1995, *on-line*. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/27-octobre-1995-Commune-de-Morsang-sur-Orge>>. Acesso em: 18 de junho de 2018.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Eutanásia e testamentos vitais: live and let die? *In: Centenário do nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha*. Coimbra: Almedina, 2012.

LOUREIRO, João Carlos. O rosto de Job: tecnociência, direito, sofrimento e vida. *In: Boletim da Faculdade de Direito*, n. 80, 2004, pp. 137-183.

_____. Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito. II–Cuidado (s). *In: Revista Portuguesa de Bioética*, n. 4, abr./mai. 2008.

MABTUM, Matheus Massaro; OZAKI, Veridiana Tonzar Ristori; PENNA, João Bosco. Eutanásia e manifestação prévia de vontade dos pacientes. *In: MARCHETTO, Patrícia Borba. et al. (org.). Temas Fundamentais de Direito e Bioética*. São Paulo: UNESP, 2012.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. t. 1. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: Os Limites e os Padrões do Consentimento para a Autolimitação do Direito Fundamental à Vida*. Tese (Doutorado em Direito Público) – Centro de Pós-Graduação em Direito Público, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, 475p.

MARTIN, Jerônimo José. “Eutanásia Passiva” é um eufemismo. *Bioética na aldeia [online]*. Disponível em: <<http://vida.aaldeia.net/eutanasia-passiva/>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2018.

MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia: Iniciação à bioética. *In: Iniciação à Bioética*. Conselho Federal de Medicina: Brasília, 1998, pp. 171-192.

MAZEAUD, Pierre. Membre du Conseil constitutionnel français. *Libertés et ordre public: Les principaux critères de limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle*. 8ème séminaire des cours constitutionnelles tenu à Erevan du 2 au 5 octobre 2003, tradução nossa. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/libpub.pdf>. Acesso em: 18 de junho de 2016.

MCCRUDDEN, Christopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. *In: European Journal of International Law*. Oxford, v. 19, n. 4, set. 2008.

MELO, Helena Pereira de. O direito a morrer com dignidade. *In: Lex Medicinae' Revista Portuguesa de Direito da Saúde* [Portuguese Journal of Health Law], ano 3, n. 6, 2006.

MELO, Helena Pereira de; BELEZA, Teresa Pizarro. Uma vida digna até a morte: Cuidados Paliativos no Direito português. *In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. V. 4. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MIRANDA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. Dignidade e Autonomia a propósito do fim da vida. *In: O Direito*. Lisboa, a. 148, n. 2, 2016.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora: 2008.

MONIZ, Helena. Eutanásia Precoce: dúvidas e interrogações. *In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes. As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal: Uma Perspectiva Integrada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MONTE, Mario Ferreira. Da relevância penal de aspectos onto-axiológicos-normativos. *In: As novas questões em torno da vida e da morte em Direito Penal, uma Perspectiva Integrada*. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

MORÃO, Helena. Eutanásia passiva e dever médico de agir ou omitir em face do exercício da autonomia ética do paciente. *In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, a. 16, n. 1, jan./mar. 2006, pp. 35-84.

MOTA, Henrique. *Estudos de Direito de Bioética*. Coimbra: Almedina, 2005.

MSN. *Marieke Vervoort diz que não está pronta para eutanásia*. 2016 [on-line]. Disponível em: <<http://www.msn.com/pt-pt/meteorologia/noticias-importantes/marieke-vervoort-diz-que-n%C3%A3o-est%C3%A1-pronta-para-eutan%C3%A1sia/vi-AAiMIzO?refvid=AAiR10t>>. Acesso em: 18 de março de 2018.

NETO, Maria Luísa Alves da Silva. Direitos (fundamentais) de personalidade? *In: CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac; OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. (coord.). Pessoa, Direito e Direitos*. Colóquios 2014/2015. Centro de Investigação Interdisciplinar Direitos Humanos, 2016, pp. 263-274.

_____. *O Direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo: relevância da vontade na configuração de seu regime*. Coimbra Editora, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006a.

_____. *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006b.

OBSERVADOR. *Eutanásia Regressa ao Parlamento. Mas não para já*. 2018 [on-line]. Disponível em: <<https://observador.pt/2018/05/29/eutanasia-regressa-ao-parlamento-mas-nao-para-ja/>>. Acesso em: 16 de junho de 2018.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Temas de Direito da Medicina*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. O direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento”: ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do direito civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

PÊCEGO, Antonio José Franco de Souza. *Eutanásia: Uma (re)leitura do instituto à luz da dignidade da pessoa humana*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. Tese (Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, 879 p.

_____. *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. O consentimento informado em Portugal: breves notas. In: *Revista Eletrônica*

da *Faculdade de Direito de Franca*, v. 12, n. 2, dez. 2017. Disponível em: < <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/viewFile/599/pdf> >. Acesso em: 09 de julho de 2018.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PINTO, Paulo Mota. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado Luso-Brasileira*, n. 21, p. 21–62, jul./dez., 2001.

_____. Autonomia privada e discriminação – Algumas notas. In: *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, II, Coimbra, 2005.

_____. Direitos de Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro. In: *Revista Jurídica: Doutrina, Legislação, Jurisprudência*. Porto Alegre, v. 51, n. 314, dez. 2003, pp. 7-34.

_____. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra Editora, 1999.

_____. Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau. In: *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol. 76, 2000.

POPE, Thaddeus. Court of Appeal. Civil Division. Case n° B4/2017/1236/PTA+A. Disponível em: <http://thaddeuspoppe.com/images/Gard_v._Great_Ormond_Hosp._UK_App_May_2017_.pdf>. Acesso em: 10 de junho de 2018.

PORTUGAL. Assembleia da República. Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias. *Audição de Luísa Neto*, 29 de junho de 2016. Disponível em: <<http://www.canal.parlamento.pt/?cid=1182&title=audicao-de-luisa-neto>>. Acesso em: 18 de junho de 2018.

_____. Assembleia da República. *Debate sobre a morte medicamente assistida*. 26 de maio de 2018. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Paginas/2018/maio/MorteAssistida.aspx>>. Acesso em: 15 de julho de 2018.

_____. Assembleia da República. *Lei n.º 141/99, de 28 de agosto*. Estabelece os

princípios em que se baseia a verificação da morte. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/532449/details/normal?jp=true/en>>. Acesso em: 02 de março de 2018.

_____. Assembleia da República. *Lei n.º 15/2014, de 21 de março*. Lei consolidando a legislação em matéria de direitos e deveres do utente dos serviços de saúde. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/571943/details/maximized>>. Acesso em: 07 de julho de 2018.

_____. Assembleia da República. *Lei n.º 52/2012, de 5 de setembro*. Lei de Bases dos Cuidados Paliativos. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/174841/details/maximized>>. Acesso em: 02 de março de 2018.

_____. Assembleia da República. *Petição n.º 103/XIII/1*. Solicitam a despenalização da morte assistida. Peticionante: Movimento Cívico “Direito a Morrer com Dignidade”. Entrada na AR: 26 de abril de 2016. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetallePeticao.aspx?BID=12783>>. Acesso em: 07 de junho de 2018.

_____. Assembleia da República. *Petição n.º 250/XIII/2ª*. Federação Portuguesa pela Vida: Toda a Vida Tem Dignidade. Entrada na AR: 25 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetallePeticao.aspx?BID=12931>>. Acesso em: 02 de julho de 2018.

_____. *DL n.º 47344/66, de 25 de novembro*. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>. Acesso em: 29 de março de 2018.

_____. *DL n.º 48/95, de 15 de março*. Código Penal de 1982 versão consolidada posterior a 1995. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis>. Acesso em: 29 de março de 2018.

_____. *Eutanásia e suicídio assistido: legislação comparada*. Coleção Temas, n.º 60. Lisboa: Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar, Assembleia da República, 2016. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/Eutanasia_a_Suicidio_Assistido_1.pdf>. Acesso em: 02 de julho de 2018.

_____. *Lei n.º 141/99, de 28 de agosto*. Estabelece os princípios em que se baseia a verificação da morte. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=240&tabela=leis>. Acesso em: 28 de junho de 2018.

_____. *Lei n.º 25/2012, de 16 de julho. Regime das Diretivas Antecipadas de Vontade (Dav) - Testamento Vital.* Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1765&tabela=leis>. Acesso em: 28 de junho de 2018.

_____. *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos: Adoptado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966.* Disponível em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em: 27 de junho de 2018.

_____. *Regulamento n.º 14/2009, de 13 de janeiro. Aprova o Código Deontológico da Ordem dos Médicos.* Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1434&tabela=leis>. Acesso em: 28 de junho de 2018.

_____. *Regulamento n.º 707/2016, de 21 de julho. Regulamento de Deontologia Médica.* Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2649&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 28 de junho de 2018.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais: Teoria Geral.* 2ª ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2010.

RADBRUCH, Lukas *et al.* Euthanasia and physician-assisted suicide: A white paper from the European Association for Palliative Care. *In: Palliative Medicine.* 2016; Feb; 30(2):104-16. Disponível em: <<http://www.apcp.com.pt/uploads/EAPC.WhitePaperEuthanasia-PAS.PortugueseTranslation.FINAL.Logo.pdf>>. Acesso em: 28 de junho de 2018.

RAPOSO, Vera Lúcia. Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida. *In: Revista do Ministério Público,* Lisboa, a. 32, n. 125, pp. 211-212, jan./mar. 2011.

_____. *Entre a vida e a morte: responsabilidade médica nas decisões em fim de vida.* Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. O Direito à Vida na Jurisprudência de Estrasburgo. *In: O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o direito à vida,* Jurisprudência Constitucional, n. 14, abr./jun., 2007.

ROXIN, Claus. Tratamento Jurídico Penal de la Eutanásia. *In: Eutanasia y suicidio: cuestiones dogmáticas y de política criminal.* Granada: Editorial Comares, 2001.

ROYAL Dutch Medical Association. Letter to AMA: *Euthanasia in the Netherlands*. 23 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://www.knmg.nl/web/file?uuid=f1cf3781-4a4e-4486-94ba-086325ed2e5e&owner=5c945405-d6ca-4deb-aa16-7af2088aa173&contentid=2798>>. Acesso em: 28 de junho de 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire. *Direito de Morrer: Eutanásia, Suicídio Assistido*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTO, Jorge Espírito. *Em nome do direito à vida. Morte Assistida*, 2017 [on-line]. Disponível em: <<https://morteassistida.com/2017/02/02/em-nome-do-direito-a-vida/>>. Acesso em: 19 de março de 2018.

SANTOS, Alexandre Martins dos. *Responsabilidade Civil do Médico*. Rio de Janeiro: DOC, 2011.

SANZ, Jesus Barquian. *Eutanasia y suicidio: cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Granada: Editorial Comares, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHUMANN, Kay H. Reflexão de Binding/Hoche – Simultaneamente uma breve reflexão sobre a proteção da vida em direito penal. In: COSTA, José de Faria; KINDHÄUSER, Urs. *O sentido e o conteúdo da bem jurídica vida humana*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

SIC Notícias. *Eutanásia autorizada a menor na Bélgica*. 2016 [on-line]. Disponível em: <<http://sicnoticias.sapo.pt/especiais/eutanasia/2016-09-17-Eutanasia-autorizada-a-menor-na-Belgica>>. Acesso em: 18 de março de 2018.

SILVA, João Ribeiro da. A morte medicalizada e o pensamento de Hipócrates. In: *Estudos de direito da bioética*. Vol II. Coimbra: Almedina, 2008.

SILVA, Miguel Oliveira da. *Eutanásia, Suicídio Ajudado, Barrigas de Aluguer: Para um Debate de Cidadãos*. Alfragide: Editorial Caminho, 2017.

_____. Miguel Oliveira da. *Eutanásia, 2019: para um debate sério e informado*. 2018 [on-line]. Disponível em: <<https://www.dn.pt/opiniao/opiniao-dn/convidados/interior/eutanasia-2019-para-um-debate-serio-e-informado-9391765.html>>. Acesso em: 16 de junho de

2018.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

SWISS Info. *Número crescente de estrangeiros compra passagem só de ida para a Suíça em busca de uma “morte digna”*. 2002 [on-line]. Disponível em: <<http://www.swissinfo.ch/por/aumenta-o--turismo-da-morte-/2927520>>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

TEIXEIRA, Fátima. *Cuidados Paliativos*. 2017 [on-line]. Disponível em: <https://www.sns.gov.pt/wp-content/uploads/2017/04/CuidadosPaliativos_Fatima.pdf>. Acesso em: 28 de junho de 2018.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. In: *The University of Chicago Law Review*. Chicago, v. 70, n. 4, 2003.

THE ECONOMIST Intelligence Unit Limited. *The 2015 Quality of Death Index: Ranking palliative care across the world*. Disponível em: <<chrome-extension://oemmndcbldboiebfnladdacbfmadadm/http://eol.law.dal.ca/wp-content/uploads/2017/05/2015-EIU-Quality-of-Death-Index-Oct-29-FINAL.pdf>>. Acesso em: 18 de junho de 2018.

U.S. NATIONAL Library of Medicine. National Institutes of Health. *The Hippocratic Oath*. 2018 [on-line]. Disponível em: <http://www.nlm.nih.gov/hmd/greek/greek_oath.html>. Acesso em: 12 de junho de 2018.

UNICEF Brasil. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*: Adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 27 de junho de 2018.

USP. Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. *Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 07 de julho de 2018.

VALDÉS, Ernesto Garzón. Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?. In: *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 5, 1988.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

VERREL, Torsten. Can we legally regulate dying? The need for legislation in Germany. *In: O sentido e o conteúdo do bem jurídico da vida humana*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

WILDFEUER, Armin G. *Menschenwürde – Leerformel oder unverzichtbarer Gedanke?*. 2002, pp. 19-116. Disponível em: <<http://perennis.de/public/Publikationen/Dokumente/83.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

JURISPRUDÊNCIA

ALEMANHA. Tribunal Administrativo de Gelsenkirchen. Supremo Tribunal Administrativo. BVerwGE 64, 274. *Sittenwidrigkeit von Peep-Shows*. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/vw064274.html>>. Acesso em: 18 de junho de 2018.

CANADÁ. Supreme Court Judgements. *Carter v. Canada (Attorney General)*. 2015. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14637/index.do>>. Acesso em: 18 de junho de 2018.

COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-239/97*. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 326 del decreto 100 de 1980-Código Penal. Demandante: José Eurípides Parra. 1997. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>>. Acesso em: 18 de junho de 2018.

EUROPEAN. Court of Human Rights (First Section). *Case of Haas v. Switzerland*. (Application n.º 31322/07). Judgment. Strasbourg, 20 January 2011. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22haas%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-102940%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22haas%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-102940%22]}>)>. Acesso em: 02 de julho de 2018.

_____. *Case of Pretty v. United Kingdom (application n.º 2346/02)* Judgment. Strasbourg, 29 April 2002. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60448>>. Acesso em: 11 de junho de 2018.

_____. The European Court of Human Rights (First Section). Application n.º 39793/17. *Charles Gard and Others against the United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175359>>. Acesso em: 11 de junho de 2018.

PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1*. Relator: Maria Clara Sottomayor. Data: 02/06/2015. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument>>. Acesso em: 20 de junho de 2018.

_____. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 1405/07.ITCSNT.L1.S1*. Relator: Lopes do Rego. Data do Acórdão: 13/07/2017. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3d6c378c4e3c6cff8025815c0048886d?OpenDocument>>. Acesso em: 15 de junho de 2018.

_____. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 2137/15.2T8TMR.EI.SI*. Relator: António Leões Dantas. Data do Acórdão: 24/01/2018. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/111a12cb67b8869b8025821f005e0665?OpenDocument&Highlight=0,s,regras,%C3%A9>>. Acesso em: 17 de junho de 2018.

_____. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 2209/08.0TBTVD.LI.SI*. Relator: Granja da Fonseca. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4559d6d733d1589780257b7b004d464b>>. Acesso em: 15 de junho de 2018.

_____. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 637/1999.LI.SI*. Relator: Granja da Fonseca. Data do Acórdão: 21/03/2013. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5f55ed9448508aad80257b35005ef341?OpenDocument>>. Acesso em: 18 de junho de 2018.

_____. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 6669/11.3TBVNG.SI*. Relator: Gabriel Catarino. Data: 07/03/2017. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d6c49e6fd3e66825802580dc00577556?OpenDocument>>. Acesso em: 20 de junho de 2018.

_____. *Acórdão n.º 288/98*. Processo n.º 340/98. Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/666482/details/maximized>>. Acesso em: 12 de junho de 2018.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 594/2003*. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/2716641/details/maximized>>. Acesso em: 18 de junho de 2018.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 617/2006*. Processo n.º 924/2006. Relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060617.html>>. Acesso em: 12 de junho de 2012.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 75/2010*. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/2670436/details/maximized>>. Acesso em: 28 de junho de 2018.

_____. Tribunal Constitucional. Processo n.º 310/16. *Acórdão n.º 812/2017*, Relatora Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, 30 de novembro de 2017. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/114703509/details/maximized?serie=II&parte_filter=32&day=2018-02-16&filtrar=Filtrar&date=2018-02-01&dreId=114698744>. Acesso em: 20 de junho

de 2018.

_____. Ministério Público - Procuradoria-Geral da República. *Parecer n.º 12/2004*. Diário da República n.º 100/2004, Série II de 2004-04-28. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/1166119/details/maximized?perPage=100&q=Lei+Org%C3%A2nica+n.%C2%BA%201%2F2001%2C%20de+14+de+agosto%2Fen>>. Acesso em: 07 de julho de 2018.