

## **Análise Hermenêutica da Ortotanásia: Aplicação dos Métodos de Interpretação da Norma Constitucional à Morte Digna**

*Hermeneutical analysis of orthothanásia: application of the methods of interpretation of the constitutional standard to death worthy*

### **Daeane Zulian Dorst**

Mestre em Direito. Professora e Pesquisadora do Departamento Acadêmico de Direito da Universidade Federal de Rondônia - UNIR, campus de Cacoal/RO. E-mail: daeane.dorst@unir.br.

### **Rogério Luiz Nery da Silva**

Professor Doutor em Direitos Fundamentais e Políticas Públicas no Mestrado da UNOESC. Professor Conferencista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Pós-doutorado na universidade de Paris X - Nanterre - La Defense (França). Direito Constitucional, Administrativo, Internacional dos Direitos Humanos e Comunitário. Editor de Direito Internacional e Direitos Humanos da Espaço Jurídico Journal of Law (EJL – Qualis A2).  
E-mail: dr.rogerionery@gmail.com

### **Moisés Victor Pessoa Santiago**

Servidor Público do Poder Judiciário do Estado de Rondônia. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia - UNIR, campus de Cacoal/RO.

Recebido em: 19.08.2015

Aprovado em: 04.02.2016

DOI: 10.5585/rdb.v10i5.265

---

## **Resumo**

Quando se está diante de casos de pacientes em estado terminal, aos quais inexistem recursos terapêuticos hábeis a conter ou trazer cura à doença, a ortotanásia apresenta-se como um conjunto de práticas médicas que visa conduzir tais pacientes à intitulada morte de forma digna. O presente artigo objetiva analisar como deve ser assimilada a ortotanásia ante as diferentes técnicas de interpretação aplicáveis à

norma constitucional, tomando como base os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e o direito à vida. Utilizou-se o método dedutivo, analítico, abordagem filosófica-jurídica dogmática e também a zetética, por meio de documentação indireta para se chegar às conclusões encontradas mediante o estudo dos métodos hermenêuticos aplicados à Constituição Federal de 1988, o que possibilitou a consideração de que a ortotanásia é juridicamente compatível com o sistema constitucional brasileiro em vigor.

**Palavras-Chave:** Hermenêutica. Ortotanásia. Dignidade da pessoa humana. Liberdade. Direito à vida.

---

## Abstract

When one is facing cases of terminally ill patients, to which there are no skilled therapeutic resources to contain or bring healing to the disease, orthothanasia is presented as a set of medical practices aimed at leading to such patients entitled death with dignity. This article aims to analyze how orthothanasia must be assimilated before the different acting techniques applicable to constitutional rule, based on the principles of human dignity, freedom and the right to life. It was used the deductive method, analytical, dogmatic philosophical-legal approach and also zetetic through indirect documentation to arrive at the conclusions found by the study of hermeneutical methods applied to the Federal Constitution of 1988, which allowed the consideration that orthothanasia is legally compatible with the Brazilian constitutional system in place.

**Keywords:** Hermeneutics. Orthothanasia. Dignity of the human person. Freedom. Right to life.

---

## Introdução

A celeuma em torno da ortotanásia, sob uma análise deste instituto com o ordenamento jurídico, se dá, especialmente, pelo possível conflito entre o direito à vida e os princípios da liberdade e dignidade da pessoa humana. Isto porque as normas jurídicas, gênero no qual estão inseridas as normas constitucionais, são normas passíveis de interpretação.

Interpretar é atribuir sentido a alguma coisa, é a ação de explicar tal coisa ou explicar-se a si próprio (DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA, 2008-2013, s.p.), e, incumbe ao intérprete, exegeta ou tradutor a tarefa de se extrair o sentido da norma, a fim de que esta seja claramente entendida, estudada, desenvolvida e executada, proporcionando coerência ao sistema jurídico como um todo.

Mas, a interpretação não se dá de forma aleatória, pelo contrário, se dá por meio de técnicas que possuem requisitos e critérios quando são utilizadas. Para Streck (2003, p. 109), “*Lato sensu*, no âmbito da dogmática jurídica, os métodos

interpretativos ou técnicas de interpretação são definidos como instrumentos/mecanismos rigorosos, eficientes e necessários para o alcance do conhecimento científico do direito”.

Peter Häberle<sup>1</sup> demonstra a importância da hermenêutica, pois é por meio da interpretação que as normas podem ganhar forma, sentido, aplicabilidade e eficácia (MENDES, VALE, 2009). Para Canotilho (2014) a interpretação da norma constitucional se desenvolve numa atividade complexa de procurar e investigar o direito contido na lei constitucional a fim de que seja atribuído um significado ao texto da norma (enunciado ou disposição linguística), significado este que é o produto do ato de interpretar.

Conforme Canotilho (2014, p. 1210, grifo do autor) “a interpretação das normas constitucionais é um *conjunto de métodos*, desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares”.

E, sobre tais métodos e a aplicação dos mesmos à dignidade da pessoa humana, ao direito à vida e à liberdade em confronto com a ortotanásia é o que se passa a explanar nos tópicos a seguir.

## **1. MÉTODO JURÍDICO DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL: A HERMENÊUTICA CLÁSSICA APLICADA À ORTOTANÁSIA**

Canotilho aponta que no método jurídico a Constituição é considerada como uma lei, e, ao se afirmar isto, constata-se que a interpretação constitucional é uma interpretação legal. Aqui impera o princípio da legalidade, que fixa o “[...] limite da tarefa de interpretação, pois a função do intérprete será a de desvendar o sentido do texto sem ir para além, e muito menos contra, o teor do preceito” (CANOTILHO, 2014, p. 1211).

A interpretação legal exige que sejam utilizados elementos de interpretação. Seguindo os ensinamentos de Canotilho (2014), estes elementos, de forma articulada, levam à interpretação jurídica das normas constitucionais, e são cinco: elemento filológico, lógico, histórico, teleológico e genético.

### **1.1 O ELEMENTO FILOLÓGICO**

O primeiro deles, o filológico, pauta-se numa interpretação literal, gramatical ou estritamente textual. Busca-se o sentido das palavras utilizadas e por meio dos significados encontrados a interpretação é estabelecida. De acordo com Bonavides, a interpretação filológica

---

<sup>1</sup> Peter Häberle é um renomado jurista alemão, especialista em Direito Constitucional. Suas influências transpassam a Alemanha e alcançam, fortemente, o Supremo Tribunal Federal no Brasil.

Está volvida sobretudo para o significado literal das palavras, que se examinam isoladamente ou no contexto da frase, mediante o emprego de meios gramaticais e etimológicos. Do critério filológico empregado resulta em primeiro lugar a prevalência do sentido técnico dos vocábulos e a seguir a aceção corrente e usual dos termos. [...] À primeira vista, isso induz uma vantagem de simplicidade, facilidade e maior segurança desse método. Mas vantagem tão somente enganosa, segundo o Mestre alemão [Rudolf Von Hering], porquanto a palavra, em face do pensamento, ora se mostra demasiado larga, ora demasiado apertada, fazendo assim que aquela segurança sirva tanto ao erro como à verdade (BONAVIDES, 2005, p. 440-441).

Aqui o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos à liberdade e à vida são compreendidos no sentido literal de cada termo. Por exemplo: se o vocábulo “vida” possui como significado “existência”, o direito à vida deve ser interpretado como o direito de existir, de se manter existindo. Já “liberdade”, segundo o Dicionário Aurélio, tem como significado “faculdade de cada um de decidir ou agir segundo a própria determinação” (FERREIRA, 2004, p. 515).

Pelo elemento filológico, estes princípios-direitos devem ser assimilados estritamente conforme o significado que possuem não se levando em consideração outros aspectos, como a questão do viver com dignidade ou mesmo se a liberdade é absoluta ou possui limites na sua aplicação. Simplesmente deve ser atribuído ao texto legal o sentido conforme o significado de cada termo empregado.

A crítica ao elemento filológico (ou literal) reside justamente no fato de que a norma jurídica engloba uma complexidade de fatores e não pode ser entendida de modo tão simplório. Neste sentido, Silva traz o voto do Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Velloso, proferido na Recl. 383-SP, RTJ 147/465:

Ora, a meu ver essa interpretação puramente literal de um texto isolado não seria boa. Temos que interpretar as normas constitucionais no seu contexto e quando interpretamos a Constituição é bom lembrar a afirmativa de Marshall, no *M’Culloch vs. Maryland*, de 1819: quando se interpretam normas constitucionais, deve o intérprete estar atento ao espírito da Constituição, ao que ela contém no seu contexto. Parece-me que a interpretação literal não prestaria obséquio à Constituição, que deve ser sistematicamente interpretada (SILVA, 2007, p. 13).

Esse “espírito da Constituição” é justamente o que objetiva o próximo elemento que compõe a hermenêutica clássica, o lógico: extrair do texto legal qual a intenção do legislador, não de forma subjetiva, mas objetivamente.

## 1.2 OS ELEMENTOS LÓGICO E HISTÓRICO

Bonavides (2005, p. 441) aponta que “A interpretação lógica é aquela que, sobre examinar a lei conexidade com as demais leis, investiga-lhe também as condições e os fundamentos de sua origem e elaboração, de modo a determinar a *ratio* ou *mens* do legislador”. E o autor acrescenta que na interpretação lógica devem ser feitas duas perguntas: “[...] Que quis alcançar o legislador? Que se pretendeu modificar com respeito à situação jurídica antecedente?” (BONAVIDES, 2005, p. 442).

Nesta busca pelos fundamentos que ensejaram a formulação do texto legal e que geraram a “vontade do legislador” o intérprete acaba realizando uma pesquisa histórica. Aqui se aproxima o elemento lógico do histórico, que como o próprio nome já diz, objetiva estabelecer uma interpretação baseada na análise de questões e contextos passados que deram ensejo à formulação de determinado texto e no emprego dos respectivos termos que o compõem. O intérprete que se utiliza do elemento histórico é, na verdade, um historiador. Para Gadamer,

O historiador interpreta direcionado a algo que não precisa se encontrar na presumida orientação de sentido do texto. A consciência histórica e a consciência filológica entram aqui, no fundo, em conflito. Claro que essa tensão está quase anulada, desde que a consciência histórica modificou a postura do filólogo. [...] E a filologia se converteu assim em uma disciplina auxiliar da historiografia. [...] O filólogo é historiador, na medida em que ganha para suas fontes literárias, uma dimensão histórica própria. Para ele, compreender quer dizer integrar um determinado texto no contexto da história da língua, da forma literária, do estilo etc., e em tal intermediação, finalmente, em todo o nexos vital histórico (GADAMER, 1997, p. 499).

Numa análise pautada nos elementos lógico e histórico, estudar o direito à vida e os princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana para confrontá-los ante a ortotanásia remete há muitos séculos atrás. No reino de Israel, no século X a.C., considerado como a primeira expressão de limitação do poder político, o Rei Davi, que se proclamava um delegado de Deus, era o responsável pela aplicação da lei divina (COMPARATO, 2003, p. 40). Neste contexto, não havia tutela ou proteção ao direito à vida e ao princípio-direito à liberdade, muito menos se detinha a dignidade como fundamento para as relações sociais. Mas, foi a partir do século X a.C que a figura dos governantes foi desvincilhada da figura divina e estes passaram a aplicar a lei e não mais criá-la de modo indeliberado como o era até então.

Na Grécia Antiga houve um salto no reconhecimento dos direitos humanos, quando se passou a colocar a pessoa humana como centro da questão filosófica, afastando-se as crenças fundamentadas na mitologia (MARTINS, 2003). Os estoi-

cos, seguidores de uma escola de filosofia helenística da Grécia Antiga fundada no início do século III a.C., defendiam que cada pessoa possuía uma liberdade interior, e com isto os direitos inerentes à própria condição humana foram sendo cada vez mais alvo de estudos e de valorização (ISRAEL, 2005).

Séculos depois, Santo Tomás de Aquino propagou o entendimento que alguns direitos inerentes à pessoa, direitos naturais, deviam ser protegidos. Dallari afirma que:

No final da Idade Média, no século XIII, aparece a grande figura de Santo Tomás de Aquino, que, tomando a vontade de Deus como fundamento dos direitos humanos, condenou as violências e discriminações, dizendo que o ser humano tem direitos naturais que devem ser sempre respeitados, chegando a afirmar o direito de rebelião dos que forem submetidos a condições indignas (DALLARI, 2000, p. 54).

No caminho do direito à liberdade outro avanço se deu com o Edito de Nantes, por meio do qual o Rei Enrique IV da França permitiu a liberdade religiosa. Mas, tal direito era uma concessão real e não um direito amplo e genérico. Tanto que, alguns anos após a entrada em vigor do Edito de Nantes, ele foi revogado por Luis XIV (RUBIO, 1998).

Em 1679, na Inglaterra, a edição da Lei do *habeas corpus* também ampliou os parâmetros do direito à liberdade. Dez anos após, também na Inglaterra, o *Bill of Rights* alargou o direito à liberdade e, ao mesmo tempo, revogou a liberdade religiosa que já havia sido disseminada em todo o território britânico. Comparato afirma que:

A Revolução Inglesa apresenta, assim, um caráter contraditório no tocante as liberdades públicas. Se, de um lado, foi estabelecida pela primeira vez no Estado moderno a separação de poderes como garantia das liberdades civis, por outro lado essa fórmula de organização estatal, no *Bill of Rights*, constituiu o instrumento político de imposição, a todos os súditos do rei da Inglaterra, de uma religião oficial (COMPARATO, 2003, p. 92).

Um século depois, nos Estados Unidos, mais especificamente em 1776, foi elaborada a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, que tutelou, de forma genérica, que todas as pessoas são independentes e livres, possuindo direitos inatos como a liberdade, a vida e outros. No mesmo ano, a Declaração de Independência dos Estados Unidos conferiu também, a todas as pessoas, direitos inalienáveis aos quais estavam inclusos o direito à vida e à liberdade, que foram consagrados poucos anos depois, em 1789, por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que promoveu a internacionalização destes direitos que passaram a ser taxados como fundamentais tanto no ordenamento jurídico interno de cada país quanto na esfera

internacional (COMPARATO, 2003).

No Brasil, a primeira Constituição foi outorgada em 1824 por D. Pedro II. Varisco menciona que a Constituição de 1824

[...] instituiu a unidade nacional com províncias autônomas e previu a garantia dos direitos fundamentais para se coadunar com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. [...] Já na República, adveio a promulgação da Constituição de 1891, que transformou o Estado Unitário em Estado Federativo, mudando, por consequência, as antigas províncias em Estados-membros. Aqui, manteve-se a garantia aos direitos fundamentais e direitos individuais, porém, não havia uma política que efetivasse a proteção desses direitos (VARISCO, 2006, s.p.).

E, nesse trilhar da internacionalização dos direitos humanos, iniciado em 1789 nos EUA, a Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em Paris em 1948, fixou de forma definitiva a proteção e prevalência destes direitos no contexto de cada ordenamento jurídico pátrio. A Constituição brasileira de 1967 atendeu ao que foi proposto na Assembleia Geral das Nações Unidas:

O rol de direitos e garantias foi ampliado, incluindo a proteção aos direitos políticos. [...] Em 05 de outubro de 1988 é promulgada a Constituição Federal mais democrática do Estado brasileiro, já que ampliou consideravelmente o rol de garantias fundamentais e direitos humanos. Esta Carta Magna elevou a forma federativa de Estado a cláusula pétreia, não podendo ser alterada nem mediante Emenda à mesma (VARISCO, 2006, s.p.).

Constata-se, pelo elemento histórico, que muito demorou para que os direitos humanos – gênero do qual estão inseridos os direitos à vida e à liberdade – fossem devidamente reconhecidos, constituíssem alvo de proteção estatal e que começassem a ser de fato implementados nas sociedades organizadas, de modo que qualquer inutilização ou inobservância destes institutos configura-se, hoje, como um verdadeiro retrocesso jurídico-social.

### 1.3 OS ELEMENTOS TELEOLÓGICO E GENÉTICO

O quarto e quinto elemento que compõem a hermenêutica clássica, o teleológico e genético objetivam encontrar na norma constitucional a finalidade que esta pretende atingir. É o que afirma Maximiliano:

Toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram

tornar eficiente, converter em realidade o objetivo ideado. A regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça aquele propósito; quando assim se não procedia, construíam a obra do hermeneuta sobre a areia movediça do processo gramatical. Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou *finalística*; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, *teleológica* (MAXIMILIANO, 2011, p. 24).

Neste sentido, os elementos teleológico e genético, que buscam os fins que a norma jurídica objetiva atingir, consideram o dinamismo social e que as normas constitucionais necessitam da correta interpretação para acompanharem a realidade fática, social, cultural, econômica e até mesmo espiritual da sociedade à qual regula. É o que defende Hesse, ao afirmar que:

A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). [...] esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. [...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa (HESSE, 1991, p. 22).

Os ensinamentos de Hesse consubstanciam a primordial consonância que os dispositivos constitucionais devem ter com as situações fáticas, também chamadas de situações reais. Isto implica em dizer que a Constituição deve manter-se atual, sem perder seu caráter imperativo, evitando-se a construção de um Estado num plano abstrato e teórico.

Partindo-se da premissa que a vida protegida pela Constituição Federal de 1988 não se trata de um direito isolado, mas sim integrado ao conceito de dignidade da pessoa humana, de modo que a vida tutelada pelo constituinte é uma vida digna, a ortotanásia não se confronta com a finalidade que o legislador constitucional objetivou dar ao direito à vida, à liberdade e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Além disto, no tocante ao princípio-direito à liberdade, não é concebível forçar as pessoas a se submeterem a tratamentos quando estes são considerados como inúteis, de modo que, pelo elemento teleológico, não há conflito entre a ortotanásia com o que apregoam tais preceitos constitucionais.

Pela hermenêutica clássica, ao juntarem-se os apontamentos obtidos por meio dos elementos filológico, lógico, histórico, teleológico e genético, fazendo-se

uma interpretação legal do direito à vida e dos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana, não se vislumbra contradição ou incoerência da ortotanásia com tais dispositivos da Constituição Federal 1988, já que ao se propor a condução de pacientes a uma morte com dignidade se está, na verdade, cumprindo-se com o sentido, com a essência e com o escopo destes princípios-direitos.

## 2. MÉTODO TÓPICO PROBLEMÁTICO: O “PROBLEMA” DA TÓPICA E A ORTOTANÁSIA

Diferentemente do método jurídico (a hermenêutica clássica), o método tópico problemático pauta-se num estudo firmado ante o confronto de opiniões divergentes objetivando-se, por meio da argumentação, chegar a uma conclusão ao problema concreto (CANOTILHO, 2014).

Bonavides (2014) aponta que o método clássico – ou científico - não é completo, e por causa da insuficiência deste na resolução de vários problemas ligados à interpretação jurídica os estudiosos buscavam outros caminhos para encontrar as respostas almejadas e necessárias. Foi com o jurista e filósofo alemão Theodor Viehweg, em 1953, que o pensamento tópico surgiu como um destes caminhos, considerado atualmente como um método jurídico de interpretação. Bonavides traz que

“Pensar o problema” constitui o âmagô da tópica em suas considerações acerca do método. Novo estilo de argumentação e acesso à coisa, a tópica não é uma revolta contra a lógica, conforme se pretendeu equivocadamente inculcar. Busca, em primeiro lugar, conforme ressaltou Esser, demonstrar que o argumento dedutivo não constitui o único veículo de controle da certeza racional, pelo menos o único que não engana (BONAVIDES, 2005, p. 490).

Por meio da contraposição de diferentes argumentos ou pontos de vista sobre o mesmo e determinado assunto é que se dá a interpretação constitucional pelo método tópico problemático, que objetiva

[...] adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto. Os aplicadores-interpretadores servem-se de vários *topói* ou pontos de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais conveniente para o problema. A tópica seria, assim, uma arte de invenção (*inventio*) e, como tal, técnica do pensar problemático (CANOTILHO, 2014, p. 1211).

Utilizando o método tópico problemático, numa tentativa de entender a

dignidade da pessoa humana, a liberdade e o direito à vida trazem-se aqui as divergências doutrinárias quanto à forma e o alcance destes institutos. No tocante ao princípio da dignidade, há doutrinadores, a exemplo de José Afonso da Silva e Paulo Bonavides, que o consideram como absoluto e superior aos demais princípios e normas constitucionais. Entretanto, há quem defenda que tal princípio é passível de ponderação, como Ingo W. Sarlet e Robert Alexy, abrindo margem para que seja feita uma discussão sobre até onde a dignidade pode ser relativizada, questionada ou até mesmo inutilizada.

Considerando-se que a ortotanásia baseia-se num ideal de morte digna, de morte no tempo certo, o conflito entre o caráter absoluto que o princípio da dignidade da pessoa humana possui, ou não, parece não fazer muito sentido. Isto porque, constata-se que mesmo para os que consideram que este princípio pode ser mitigado, fato é que a ortotanásia aproxima o conceito de dignidade para a realidade dos indivíduos. Ela age como um mecanismo que concretiza algo tão subjetivo e particular, que é a dignidade, justamente para quem se encontra num estado em que é praticamente impossível da dignidade estar configurada.

A mesma contraposição de ideias ocorre no tocante ao direito à vida e à liberdade: são direitos absolutos? O que significa a inviolabilidade conferida a estes direitos pela Constituição Federal de 1988? Entende-se que o caráter inviolável que foi fixado ao direito à vida, igualmente ao princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à liberdade, não pode ser entendido como se absoluto fosse.

A inviolabilidade diz respeito à indisponibilidade, imprescritibilidade e outras características que o direito à vida e à liberdade, como direitos fundamentais, possuem, mas na prática tais direitos não são irrefutáveis ou incondicionais.

Sobre o direito à vida, Machado aponta que:

Como toda garantia fundamental, a vida, não pode ter caráter absoluto, a interpretação deste princípio deve ser feita em harmonia com os demais da Constituição Federal. O direito a vida pode ser relativizado quando vai de encontro a outras garantias fundamentais, como a dignidade da pessoa humana. [...] Vida deve ser digna, saudável e não só sobrevivência. Aquele que está convalescendo de doença incurável, perdendo dia após dia sua saúde e se tornando mais frágil, deve ter o direito de escolher como deseja passar seus últimos dias. Forçá-lo a manter tratamento que se sabe inútil, não é respeitar o direito a vida e sim devassá-lo sob o prisma da vida digna que a Carta Magna a todos garante (MACHADO, 2014, *sic*, s.p.).

Nesta mesma perspectiva, Sarlet, Marinoni e Mitidiero ensinam que:

A despeito de ter sido consagrado no art. 5º, *caput*, onde lhe foi solenemente assegurada inviolabilidade, não se poderá reconhecer que o direito

à vida assume a condição de um direito absoluto, no sentido de absolutamente imune a intervenções legítimas sob o ponto de vista jurídico-constitucional. [...] No que se verifica substancial consenso é no sentido de que, embora não se trate de um direito absoluto propriamente dito, intervenções no direito à vida somente poderão ser juridicamente justificadas em caráter excepcional e mediante requisitos materiais e formais rigorosos e sujeitos a forte controle (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 375-376).

Neste sentido, a inviolabilidade diz respeito à observância que deve ser dada para que a vida, bem como a liberdade, se cumpra e se efetive. Entretanto, isto não implica em dizer que são direitos inquestionáveis. Como evidenciado pelos constitucionalistas citados, o direito à vida pode ser quebrado ou relativizado, desde que se realize a observação de critérios estritamente legais e em casos de conflitos com outros princípios ou direitos e garantias fundamentais.

Porém, tal concepção não é unânime entre os estudiosos do direito constitucional pátrio, e tendo vista não haver um entendimento pacífico sobre a questão da inviolabilidade, pelo método tópico problemático, é a argumentação e a contra argumentação que levará ao intérprete da Constituição a encontrar as respostas desejadas.

Mas, ao promover uma abertura para a discussão, o método tópico problemático acaba permitindo que todo o tipo de opinião seja válido e aceito. Gera-se um ciclo de opiniões diferentes que parece um ciclo vicioso, porque, muitas vezes, não leva a conclusão alguma, já que tudo é relativizado, tudo se torna ponto de vista, se torna questionável. Para Bonavides,

Com a tópica, a norma e o sistema perdem o primado. Tornam-se meros pontos de vista ou *topoi*, a saber, instrumentos auxiliares que o intérprete em presença do problema poderá empregar ou deixar de fazê-lo, conforme a valia ocasional eventualmente oferecida para lograr a solução precisa. Sendo a Constituição aberta, a interpretação também o é. Valem para tanto todas as considerações e pontos de vista que concorram ao esclarecimento do caso concreto, não havendo grau de hierarquia entre os distintos *loci* ministrados pela tópica. A Constituição com a metodologia tópica perde até certo ponto aquele caráter reverencial que o formalismo clássico lhe conferira. A tópica abre tantas janelas para a realidade circunjacente que o aspecto material da Constituição, tornando-se, quer se queira quer não, o elemento predominante, tende a absorver por inteiro o aspecto formal (BONAVIDES, 2005, p. 495, grifo do autor).

O problema do método tópico problemático está justamente nessa amplitude que o mesmo confere à norma jurídica objeto do estudo. Sabe-se que o sistema constitucional é um sistema hierarquizado, formal e cheio de rigores necessários

para conferir ao mesmo força vinculante e respeito em todo o ordenamento jurídico, e, ao permitir a abertura do mesmo para tantos questionamentos e a uma dialética pautada na retórica pela retórica dificilmente encontrar-se-ão soluções aos conflitos que surgirem.

Canotilho também dispara críticas severas ao método tópico problemático. Para ele, “a concretização do texto constitucional a partir dos *topoi* merece sérias reticências. Além de poder conduzir a um casuísmo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas” (CANOTILHO, 2014, p. 1212).

Vê-se, com isto, que o método tópico problemático denota uma deficiência ao ser utilizado como um método de interpretação por muitas vezes não conseguir concretizar o principal objetivo da hermenêutica jurídica: abstrair da norma seu sentido. Galloni aponta que

a eficiência da tópica reclama a seleção prévia dos *topoi* relacionados com o problema a ser solucionado, implicando, necessariamente, a exclusão daqueles que lhe são contrários. Por isso a percepção de Canotilho ao afirmar a necessidade de medidas de valoração dos pontos de vista possíveis, ou seja, que se determinem “as medidas de relevância, os princípios selecionadores dos *topoi* incidentes sobre o problema”, a fim de se evitar o casuísmo desses *topoi* (GALLONI, 2005, p. 141).

Galloni (2005), conforme o trecho supramencionado, sugere que haja uma limitação de determinados pontos de vista (chamados de *topoi*) para que a tópica conduza o intérprete para alguma finalidade, sendo este um caminho que talvez torne possível e viável a utilização do método tópico problemático, já que este relativiza não só as normas legais expressamente dispostas, mas vai mais além, atinge também as normas basilares: os princípios.

Bonavides menciona que

A invasão da Constituição formal pelos *topoi* e a conversão dos princípios constitucionais e das próprias bases da Constituição em pontos de vista à livre disposição do intérprete, de certo modo enfraquece o caráter normativo dos sobreditos princípios, ou seja, sua juridicidade. A Constituição, que é parcialmente política, se torna por natureza politizada ao máximo com a metodologia dos problemas concretos, decorrentes da aplicação da hermenêutica tópica (BONAVIDES, 2005, p. 495-496).

Fica claro que a abertura da interpretação promovida pelo método tópicoproblemático, trouxe à hermenêutica constitucional novos parâmetros no sentido de se ampliar conceitos preestabelecidos, verdadeiros dogmas. Vê-se que o método

tópico problemático, quando utilizado corretamente e quando é pautado em determinados critérios e limites pode contribuir para o esclarecimento de questões que insurgem de conflitos constitucionais.

É o caso da ortotanásia, que pode ser estudada em confronto com, por exemplo, o direito à vida, graças à abertura aos diferentes modos de pensar e opiniões sobre a forma que tal direito pode ser entendido. Como outrora abordado, o direito à vida traz em seu sentido a questão da dignidade, já que a vida – objeto da tutela constitucional – é a vida digna.

Pela hermenêutica clássica, o direito à vida, estando num patamar de cláusula pétrea, de direito fundamental, não poderia nem sequer ser relativizado. Pelo método tópico problemático há a possibilidade de se assimilar que tal direito é de fato fundamental, é uma cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988, mas não é absoluto.

Com isto, vê-se, mais uma vez, que a ortotanásia não fere o direito à vida, já que em alguns casos específicos a vida com qualidade e dignidade é impossível de ser mantida, de modo que garanti-la a qualquer custo significa tão somente uma violação do próprio direito à vida, já que a vida sem dignidade não é vida.

### 3. MÉTODO HERMENÊUTICO-CONCRETIZADOR

Outro método de interpretação das normas constitucionais é o método hermenêutico-concretizador. Ao contrário do método tópico problemático, que prega a análise do problema perante a norma, o método hermenêutico-concretizador traz uma perspectiva totalmente oposta: a primazia do texto constitucional em face do problema.

Galloni observa que

[...] o método hermenêutico-concretizador considera a interpretação constitucional uma concretização, admitindo que o intérprete, nos casos onde houver obscuridade, determine o conteúdo material da Constituição, de modo que o teor da norma só se complete no ato interpretativo, que, por sua vez, se inicia pela pré-compreensão do sentido do texto normativo (GALLONI, 2005, p. 139).

A “pré-compreensão” apontada por Galloni representa que antes deve ser considerado o texto da Constituição e depois o problema em si. Esta ordem caracteriza a primazia que o teor constitucional deve possuir ante os problemas concretos, aproximando este tópico à hermenêutica clássica e afastando-o por completo do método tópico problemático.

É o que também afirma Canotilho:

O método hermenêutico-concretizador arranca da ideia de que a leitura de um texto normativo se inicia pela *pré-compreensão* do seu sentido através do intérprete. A interpretação da constituição também não foge a este processo: em que o intérprete efectua uma actividade práctico-normativa, *concretizando* a norma para e partir de uma situação histórica concreta (CANOTILHO, 2014, p. 1212).

Ao trazer que a utilização do método hermenêutico-concretizador perfaz-se da “pré-compreensão”, que é, em outras palavras, a assimilação do sentido da norma constitucional ante o estudo histórico desta, Canotilho remonta à Konrad Hesse, que foi quem desenvolveu tal método. Streck, neste caminho, afirma que para Hesse:

O intérprete não pode captar o conteúdo da norma desde o ponto de vista quase arquimédico situado fora da existência histórica, senão unicamente desde a concreta situação histórica na qual se encontra, cuja elaboração (maturidade) conformou seus hábitos mentais, condicionando seus conhecimentos e seus pré-juízos (STRECK, 2003, p. 244).

Bonavides, neste caminho, traz que:

A “concretização” e a “compreensão” só são possíveis, conforme pondera Hesse, em face de um *problema concreto*, ao mesmo passo que a determinação de sentido da norma e sua aplicação a um caso concreto constituem um processo unitário, ao contrário de outros métodos que fazem da compreensão da norma geral e abstrata e de sua aplicação dois momentos distintos e separados. A conclusão de Hesse é peremptória ao justificar o método dos concretistas constitucionais: “Não há interpretação da Constituição independente de problemas concretos” (BONAVIDES, 2005, p. 481-482).

Extrai-se dos trechos expostos que, primeiramente, a interpretação alicerçada no método hermenêutico-concretizador leva em consideração a compreensão do texto legal estudado e também a sua aplicação. Não será dada ênfase em relação à aplicação, eficácia e efetividade dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e do direito à vida, haja vista que foge da proposta do presente estudo.

Em segundo lugar, só é possível se utilizar do método hermenêutico-concretizador quando há um problema concreto ou real, a ser estudado. Em outras palavras, não se discute questões teóricas, mas sim problemas práticos.

Aqui se chega à questão da ortotanásia, que é de fato um tema essencialmente prático. A ortotanásia já é realizada no Brasil mesmo antes do Conselho Federal de Medicina prever a prática deste conjunto de medidas por meio da Resolução

1.931 que entrou em vigor em 13 de abril de 2010, porque muitos foram os casos em que ocorriam condutas ortotanáticas, como, por exemplo, dar alta médica para que pacientes em estado terminal terminassem seus tratamentos nas suas respectivas residências, quando se constatava que os quadros clínicos destes eram de latente irreversibilidade.

Sendo um conjunto de medidas já realizado no país, a ortotanásia é um problema real e é passível de estudo ante o método hermenêutico-concretizador, que “[...] não descarta os métodos clássicos, tampouco os princípios que servem de parâmetro para o intérprete, mas a todos eles associa a técnica de interpretação tópica, importante para a determinação dos problemas concretos a serem resolvidos pelo intérprete” (GALLONI, 2005, p. 140).

Com isto, pode-se afirmar que o método hermenêutico-concretizador mescla elementos do método jurídico (hermenêutica clássica) e do método tópico-problemático, transparecendo, numa primeira análise, extrair os pontos positivos destes métodos.

Em linhas gerais, verifica-se que pelo método hermenêutico-concretizador o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade e o direito à vida confrontados com a ortotanásia (primazia da norma ante o problema) não apresentam divergências entre si. Tal afirmativa tem fulcro no método hermenêutico-concretizador que possui três elementos básicos: “[...] a *norma* que se vai concretizar, a “*compreensão prévia*” do intérprete e o *problema concreto a resolver*” (BONAVIDES, 2005, p. 482, grifo do autor).

O primeiro elemento, a norma, é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e os direitos à vida e à liberdade (art. 5º, *caput*, CF/88). Reserva-se, neste momento, o segundo elemento, que é a compreensão prévia do intérprete, para que posteriormente, nas considerações finais, este seja apontado. E o terceiro, o problema concreto, reside no cerne da presente pesquisa: o conflito (ou não) da ortotanásia com os preceitos constitucionais até aqui expostos.

Com a junção destes elementos chega-se à ponderação que o problema concreto resta superado, vez que a ortotanásia mostra-se uma eficaz alternativa para os pacientes em estado terminal de doença incurável, não havendo cabimento de incompatibilidades ou antagonismos entre este conjunto de práticas médicas e o teor principiológico constitucional.

#### 4. MÉTODO CIENTÍFICO-ESPIRITUAL

O método científico-espiritual foi desenvolvido por juristas alemães influenciados por Rudolf Smend<sup>2</sup>, no século XX, sendo, portanto, um dos mais re-

---

2 Doutor em teologia e professor de ciências bíblicas e línguas semíticas, Rudolf Smend influenciou muito na formulação do método científico-espiritual. Ele é o pai de Carl Friedrich Rudolf Smend (1882-1975), uma autoridade em direito cons-

centes métodos a integrarem a hermenêutica constitucional. Este método também recebe o nome de método integrativo, porque

[...] vê na Constituição um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade. Esses fatores são a parte fundamental do sistema, tanto quanto o território é a sua parte mais concreta. Não é por acaso, diz ele [Smend], que a Constituição consubstancia todos os momentos de integração, todos os valores primários e superiores do ordenamento estatal [...] enfim, a totalidade espiritual de que tudo mais deriva, sobretudo sua força integrativa. A modernidade do novo método interpretativo – também conhecido pela designação de método científico-espiritual – começa portanto com essa visão de conjunto, essa premissa fundamental de que a Constituição há de ser interpretada sempre como um todo, com percepção global ou captação de sentido (BONAVIDES, 2005, p. 478).

Neste método o princípio do efeito integrador é que regerá a interpretação. Galloni traz que,

Segundo a lição de Inocêncio Mártires Coelho, pelo efeito integrador deve-se dar primazia aos critérios ou aos pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política, posto que esta é uma das finalidades primordiais da Constituição. Reforça-se a ideia da Constituição como o estatuto jurídico do político, que traz em seu bojo compromissos fundamentais na forma de princípios que deverão servir de parâmetro para a interpretação das normas constitucionais, de modo que se preserve a unidade política pretendida (GALLONI, 2005, p. 147-148).

O objetivo do método científico-espiritual, portanto, é a busca do “espírito da Constituição”, atribuindo à Constituição um caráter eminentemente político que deve ser entendido como um todo, de forma integrada. Tal caráter é conferido ao texto constitucional e também à interpretação que deve ser feita deste: uma interpretação mais política do que essencialmente jurídica.

Como é sabido, o Brasil é uma República Federativa, que tem como forma de governo o presidencialismo, como a própria Constituição Federal de 1988 dispõe. Além disto, um dos fundamentos da República é a dignidade da pessoa humana, o que significa que a dignidade deve ecoar nos demais aspectos do Estado, sejam aspectos jurídicos, políticos, econômicos ou sociais, de forma que a dignidade é basilar e deve nortear toda e qualquer relação do Estado para com a coletividade, e vice-versa. Com isto é latente que o princípio da dignidade da pessoa humana correlaciona-se com todo o teor constitucional, ao qual estão inclusos o direito à vida e

---

titucional e eclesiástica na Alemanha.

à liberdade.

A atribuição de um caráter político à interpretação é de suma importância, pois, aponta Bonavides, que

O caráter político da Constituição avulta também quando se trata de fiar o caráter normativo dos princípios constitucionais. Estes não são outra coisa senão princípios políticos introduzidos na Constituição. Adquiriram, graças a esta, uma juridicidade que, se por uma parte os limita, por outra, não quebranta de modo algum o elo axiológico necessário que os prendem às matrizes sociais donde brotam e donde continuam aliás a receber inspiração, calor e vida. [...] A interpretação da Constituição, como se vê, não é tarefa só do jurista, mas daquele que, sobre ser jurista, há de aliar também a essa qualidade o dote de uma visão mais larga, o descortino do cientista político, ou pelo menos dos que, no trato das leis, não são de todo hóspedes em história do direito, direito comparado, política e história política, matérias indispensáveis, que funcionam como excelentes meios auxiliares na interpretação das normas constitucionais (BONAVIDES, 2005, p. 462-463).

Nesta direção, o intérprete deverá analisar o texto constitucional promovendo a conexão deste para se chegar às conclusões esperadas, e “deve prender-se sempre à realidade da vida, à ‘concretude’ da existência, compreendida esta sobretudo pelo que tem de espiritual, enquanto processo unitário e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração” (BONAVIDES, 2005, p. 479).

Aplicando-se as premissas deste método por meio do estabelecimento de conexões entre o direito à vida e o princípio-direito à liberdade com o princípio da dignidade da pessoa humana, constata-se que tais direitos são reflexos deste princípio, já que a vida e a liberdade decorrem da aplicação da dignidade quando esta é concretizada para cada indivíduo e de forma coletiva também.

Como já mencionado, dentro do conceito de vida está o caráter de dignidade que a Constituição Federal de 1988 tutela, protege e confere a todos, pois a vida inculpada no art. 5º, *caput*, da CF/88 é a vida digna, a vida com qualidade. Quanto ao direito à liberdade, que se traduz no exercício do direito de escolha (desde que não contrarie a própria lei), aufere-se que este direito nada mais é do que uma das formas de se externalizar a prerrogativa que o princípio da dignidade da pessoa humana propõe, pois aqui se afirma a prerrogativa que cada indivíduo possui, na qualidade de ser humano, de designar suas ações ou omissões.

***É por meio deste método que se chega à ideia de que a ortotanásia, que nem está prevista na Constituição, não é um instituto que está em desarmonia com as normas constitucionais, mesmo sendo uma realidade social, já que é praticada no território nacional, de não-previsão legal.*** Bonavides aponta que

Graças a esse novo meio de interpretação, chega-se a amoldar a Constituição às realidades sociais mais vivas. Já não se menosprezam, em consequência, os chamados fatores extraconstitucionais, que a interpretação formalista costumava ignorar por metajurídicos, mas que têm importante lugar na operação integrativa da Constituição. Disso decorre portanto uma plasticidade maior dos textos constitucionais, bem como uma consideração mais larga e expressiva daquilo que se tem chamado “o espírito da Constituição”, que o intérprete deve buscar tanto quanto Montesquieu perscrutava o espírito das leis (BONAVIDES, 2005, p. 480).

Portanto, sob a perspectiva integradora que o método científico-espiritual estabelece, a ortotanásia reflete o sentido (espírito) do legislador constituinte quando este dispôs o direito à vida, à liberdade e a dignidade da pessoa humana.

## 5. MÉTODO JURÍDICO NORMATIVO-ESTRUTURANTE

O quinto método de interpretação constitucional é denominado, por Canotilho (2014), de método jurídico normativo-estruturante. Este método também é chamado, por Bonavides (2005), de método concretista de inspiração tópica ou a nova hermenêutica constitucional de Friedrich Müller<sup>3</sup>.

Para Bonavides (2005), o método jurídico normativo-estruturante funciona como um misto do método hermenêutico-concretizador e o método tópico-proble-mático. Ele afirma que

O método de Müller é concretista. Tem sua base medular ou inspiração maior na tópica, a que ele faz alguns reparos, modificando-a em diversos pontos para poder chegar aos resultados da metodologia proposta. Todas as diligências se concentram em estruturar e racionalizar o processo de concretização da norma, de modo que a atividade interpretativa, deixada aberta pela tópica, possa com a racionalização metodológica ficar vinculada, não se dissolvendo por conseguinte o teor de obrigatoriedade ou normatividade da regra constitucional. A interpretação em Müller, tanto quanto nos demais concretistas (Konrad Hesse e Ehmke, por exemplo), se qualifica como concretização e a concretização, vice-versa, como interpretação. Mas interpretação de quê? Da norma. Que é porém a norma? (BONAVIDES, 2005, p. 498-499).

---

3 Nascido em Eggenfelden, Alemanha, Friedrich Müller lecionou Direito Constitucional, Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito na Universidade de Heidelberg. Desenvolveu pesquisas voltadas à linguagem e à teoria jurídica.

Vê-se que o diferencial deste método em relação aos demais está firmado, inicialmente, no modo como a norma constitucional é entendida. Por meio das lições de Bonavides (2005), entende-se que Müller e os demais constitucionalistas que adotam o método jurídico normativo-estruturante ampliam o entendimento tradicional e clássico da norma jurídica, como um texto de teor mandamental e normativo, passando a considerá-la como sendo passível de diferentes interpretações (método tópico-problemático) que cominem na concretização desta com a realidade social (método hermenêutico-concretizador).

Em segundo lugar, o método jurídico normativo-estruturante segue alguns passos para a sua aplicação, ou seja, o intérprete que o utiliza deve se atentar para estas premissas essenciais:

Os postulados básicos da metódica normativo-estruturante são os seguintes: (1) a metódica jurídica tem como tarefa investigar as *várias funções de realização do direito constitucional* (legislação, administração, jurisdição); (2) e para captar a transformação das normas a concretizar numa decisão prática (a metódica pretende-se ligada à resolução de problemas práticos); (3) a metódica deve preocupar-se com a *estrutura* da norma e do texto normativo, com o sentido de normatividade e de processo de concretização, com a conexão da concretização normativa e com as funções jurídico-práticas; (4) elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria *hermenêutica da norma jurídica* que arranca da não identidade entre *norma e texto normativo*; (5) o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. Müller), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); (6) mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um <<domínio normativo>>, isto é, um <<pedaço de realidade social>> que o programa normativo só parcialmente contempla; (7) consequentemente, a *concretização normativa* deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma (= elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa) (CANOTILHO, 2014, p. 1213, grifo do autor).

Seguindo estes passos, localiza-se nos ensinamentos de Silva (2007, p. 34, grifo do autor) que o direito constitucional “[...] configura-se como Direito Público fundamental por referir-se diretamente à *organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política*”. Daqui extrai-se que o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos à vida e à liberdade exercem a função de pilares no ordenamento jurídico

e nas relações político-sociais por serem normas constitucionais.

Esse *status* que tais normas possuem revela a importância das mesmas, e para concretizá-las, ou interpretá-las ao problema prático em questão, que é a ortotanásia, é preciso ir mais além do que a simples constatação de que são princípios-direitos constitucionais revestidos de inviolabilidade e de observância obrigatória, porque isto o próprio texto constitucional já diz. É preciso, à luz do método jurídico normativo-estruturante, perscrutar qual o alcance e domínio destas normas para que se identifique qual é o alcance da interpretação.

A resposta encontra-se também na própria Constituição Federal de 1988. O princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos à vida e à saúde, como normas constitucionais, têm seu domínio em todo o território nacional brasileiro, sendo aplicáveis a todos os indivíduos que nele estiverem, cumprindo-se com o exercício da soberania (que é a força e a legitimidade que a Constituição possui) que decorre exclusivamente do povo (art. 1º, § único, CF/88).

Atenta-se que a ortotanásia, aonde quer que seja praticada e em qualquer contexto ou região do Brasil, deve ser entendida à luz do que preceituam os dispositivos constitucionais dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e do direito à vida. Faz-se necessário, então, que a interpretação destes dispositivos se dê de forma integrada para que a questão da ortotanásia seja resolvida conforme o que dispõe cada um destes. Esta integração condiz com o princípio da concordância prática, outro princípio da interpretação constitucional. Galloni evidencia que este princípio

[...] está ligado ao fato de que como não há hierarquia de valores entre os bens protegidos pela Carta Magna, necessário é estabelecer limites e condicionamentos recíprocos, de modo que se obtenha uma harmonização entre eles e que se evite o sacrifício (total) de uns em relação aos outros, o que certamente acaba por exigir do intérprete ponderações nem sempre destituídas de carga política [...] (GALLONI, 2005, p. 148).

Com isto, não se pode sobrepujar o direito à vida ao princípio da dignidade da pessoa humana ao se insistir em tratamentos médicos que mantenham pacientes com atividade cerebral em funcionamento, sem, entretanto, exercerem as demais atividades atinentes ao corpo humano, e sem haver a possibilidade de cura ou reversibilidade do quadro clínico para uma melhora.

Neste raciocínio, também não se pode anular o direito à liberdade em virtude de uma maximização exacerbada do direito à vida, privando-se os indivíduos acometidos de doenças terminais incuráveis de decidirem sobre suas próprias vidas e obrigando-os a se submeterem a tratamentos inúteis e ineficazes.

Também não parece ser viável uma supervalorização da dignidade e aplicá-la a qualquer caso de doença ou moléstia, conferindo-se arbitrariamente o direito de

cada um decidir sobre a manutenção da própria vida ou não. Então, realizando uma integração dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e do direito à vida, considerando-se que a ortotanásia para ser praticada exige uma série de critérios e cuidados e que estes princípios-direitos são de aplicação global, conforme se auferiu pelo método jurídico normativo-estruturante, chega-se à conclusão que aplicar a ortotanásia no Brasil não contraria a Constituição Federal de 1988, pelo contrário, funciona como uma alternativa equilibrada daquilo que a CF/88 dispõe, protege e confere a todas as pessoas.

## 6. MÉTODO DA COMPARAÇÃO CONSTITUCIONAL

Equiparando diferentes constituições, de diferentes países, o método da interpretação comparativa, ou método da comparação constitucional,

[...] pretende captar, de forma jurídico-comparatística, a evolução da conformação, diferenciada ou semelhante, de institutos jurídicos, normas e conceitos nos vários ordenamentos jurídicos com o fito de esclarecer o significado a atribuir a determinados enunciados linguísticos utilizados na formulação de normas jurídicas (CANOTILHO, 2014, p. 1214).

A ortotanásia não encontra respaldo em nenhuma lei brasileira a nível nacional, muito menos tem previsão na Constituição Federal de 1988, como outrora já mencionado. Entretanto, é um conjunto de práticas médicas já realizado no país mesmo neste atual cenário de não-regulamentação. Porém, em outros lugares do mundo encontra-se regulamentação para este instituto. Barroso traz que

A limitação do tratamento e o cuidado paliativo são considerados práticas médicas éticas e até recomendáveis em diferentes partes do mundo. Têm o apoio da Associação Médica Mundial, do Conselho Europeu, da Corte Europeia de Direitos Humanos e de supremas cortes de diferentes países, entre os quais Canadá, Estados Unidos e Reino Unido. É uma prática aceita de maneira tão ampla que a própria Igreja Católica, que tem uma posição conservadora nas questões que envolvem a preservação da vida, tem uma encíclica, de 1995, que considera legítima a suspensão do tratamento (BARROSO, 2006, s.p.).

Ramos (2008, p. 17) detecta que “O direito à ortotanásia é garantido por lei nos Estados Unidos, Canadá, Japão, Alemanha, França, Inglaterra, Itália e muitos outros países europeus apoiado no princípio universal da dignidade da pessoa humana”.

Nos Estados Unidos, cada Estado tem legitimidade para a formulação de

suas leis, e no Estado do Oregon há uma lei, declarada constitucional pela Suprema Corte americana, chamada *Lei da Morte Digna* que prevê a possibilidade da aplicação da ortotanásia. Bonavides (2005) ensina que mesmo possuindo um sistema jurídico diferente do Brasil, nos EUA também é realizado um controle de constitucionalidade para a verificação da conformidade do teor das leis criadas por cada Estado com o teor da Constituição americana. Para ele,

País de Constituição rígida, os Estados Unidos proporcionam um modelo idôneo de documento formal inspirado e alicerçado na vontade popular. Dotado de uma Constituição que já completou dois séculos de existência, aquela nação viu florescer entre os seus juristas uma das mais perfeitas doutrinas de interpretação constitucional que se conhecem. Fruto de comprovada experiência, que sempre se renova, aquela doutrina enraizou os seus princípios dentro de um admirável sistema de liberdade e garantia dos direitos humanos. [...] Toda interpretação dos poderes constitucionais deve estar assim invariavelmente volvida para esses princípios ou valores cardeais: a união indissolúvel, a justiça, o bem-estar geral, enfim, as bênçãos de uma liberdade perpétua (BONAVIDES, 2005, p. 467-470).

De modo comparado, vê-se que há nos Estados Unidos expressa previsão para a ortotanásia, e que quando foi suscitado o conflito de constitucionalidade da Lei da Morte Digna com a Constituição americana a interpretação que foi dada ao caso, como o é realizada naquele país, pautou-se numa valorização do direito à liberdade e na proteção dos direitos humanos, aos quais se inclui também o direito à vida.

Pode até soar contraditório afirmar-se que a Lei da Morte Digna, do Estado do Oregon nos EUA, está firmada na tutela do direito à vida. Mas, como já abordado anteriormente, a vida só pode ser concebida se for vivida com dignidade, e a permissão para a ortotanásia não significa abandono do paciente ou omissão terapêutica. Prega-se a utilização de meios que propiciem ao paciente bem-estar e conforto nos seus últimos momentos de vida.

Na Itália se tem outro caso expoente da ortotanásia, que é o do Papa João Paulo II, numa verdadeira externalização da compactuação da Igreja Católica Apostólica Romana com esta prática. Este caso específico, que teve grande proeminência na mídia internacional propiciou a aceitação e popularização da ortotanásia na Itália, um retrato de que o sistema jurídico também é influenciado pelas mudanças sociais.

Para finalizar quanto à hermenêutica constitucional aplicada à ortotanásia, em especial com relação aos diferentes métodos de interpretação que podem ser utilizados neste contexto, traz-se as lições de Gadamer, que ensina que

Na verdade, jamais existirá um leitor ante o qual se encontre simplesmente aberto o grande livro da história do mundo, mas também não deverá nunca

um leitor que, com um texto ante seus olhos, leia simplesmente o que está nele. Em toda leitura tem lugar uma aplicação, e aquele que lê um texto se encontra, também ele, dentro do sentido que percebe. Ele mesmo pertence também ao texto que entende (GADAMER, 1997, p. 503).

Como aponta Gadamer, aquele lê um determinado texto aplica-o conforme o sentido que a este atribui, e a interpretação é uma via recíproca já que acontece uma amálgama daquilo que está expressamente escrito com aquilo que o leitor tem internalizado em seus pré-conceitos, sua visão de mundo, suas crenças e filosofia de vida.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde logo se explicita que a abordagem da ortotanásia com relação aos institutos dos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade e do direito à vida não está esgotada, visto que muito mais haveria por se discutir.

Porém, com os resultados alcançados - ao serem aplicados os métodos de interpretação estabelecidos na ciência da hermenêutica constitucional - vê-se que a prática da ortotanásia se aproxima do que a Constituição Federal de 1988 dispõe, motivo pelo qual uma das primeiras necessidades no tocante a este tema é a sua regulamentação para uma futura implementação em todo país.

Por serem frutos de uma criação humana, as leis são influenciadas pelo tempo, local e por todas as mudanças que ocorrem nos mais diversos tipos de relações no seio da sociedade. As práticas da ortotanásia e da medicina paliativa representam mudanças no tratamento de pessoas vitimadas com doenças em estado terminal e a atualização legal é de grande importância para que as ações tomadas por médicos e profissionais da saúde estejam amparadas por lei. Em outras palavras, a prática da ortotanásia precisa ser uma prática legal.

Independentemente do método de interpretação que seja adotado, os direitos à vida e à liberdade e o princípio da dignidade humana podem ser concretizados quando se passar a regulamentar e aplicar, no sistema público e privado de saúde, as práticas da ortotanásia no país, isto porque todos os indivíduos passarão pelo processo da morte e, como um ato essencialmente humanístico, seria ideal que este processo acontecesse da forma mais amena, confortável e indolor possível.

O que não se pode conjecturar é a possibilidade de ignorar um tema de tamanha importância para o contexto jurídico brasileiro, como é a questão da ortotanásia. Regulamentar a ortotanásia é regulamentar a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos à vida e à liberdade, e aplicar tal instituto é aplicar o que dispõe a maior lei do sistema legal: a Constituição Federal de 1988.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalista diz que lei ampara ortotanásia no país*: entrevista, 04/12/2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0412200613.htm>>. Entrevista concedida à Folha de São Paulo. Acesso em: 11 nov. 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A Luta pelos Direitos Humanos. In: LOURENÇO, Maria Cecília França. *Direitos humanos em dissertações e teses da USP: 1934-1999*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2000.

DICIONÁRIO PRIBERAN DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/interpreta%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 11 out. 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa*. Coordenação de edição: Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira, equipe de lexicografia Margarida dos Anjos... [et al]. – 6. ed. rev. atual. Curitiba: Positivo, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALLONI, Bráulio César da Silva. *Hermenêutica constitucional*. São Paulo: Pillares, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991.

ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das liberdades fundamentais*. Barueri: Manole, 2005.

MACHADO, Arthur Vinicius Navas. Ortotanásia e o direito à vida. *Revista Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32200/ortotanasia-e-o-direito-avida#ixzz3Euc8jrG0>>. Acesso em: 01 out. 2014.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. *A influência de Peter Häberle no STF*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal?pagina=7>>. Acesso em: 21 set. 2014.

RAMOS, Renata Simões. *A ortotanásia e o direito brasileiro: situação atual, possibilidades e paradoxos*. 2008. F. 70. Trabalho de Conclusão de Curso de graduação em Direito - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2008.

RUBIO, Valle Labrada. *Introduccion a la teoria de los derechos humanos: Fundamento. Historia. Declaracion Universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais 2014.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VARISCO, Alessandra Gomes. *Evolução dos direitos humanos nas constituições brasileiras*. Disponível em: <[http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art\\_id=851&categoria=Constitucional](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=851&categoria=Constitucional)>. Acesso em: 03 nov. 2014.

## OBRAS CONSULTADAS

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projetos de Lei e Outras Proposições – PL 6715/2009*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para excluir de ilicitude a ortotanásia. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465323>>. Acesso em 19 nov. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Dispõe sobre os parâmetros clínicos a serem observados para a constatação de morte encefálica de acordo com a Lei nº. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. *Resolução n. 1.480, de 8 de ago de 1997*. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/>

cfm/1997/1480\_1997.htm>. Acesso em: 17 ago. 2014.

DEMO, Pedro. *Pesquisa e construção do conhecimento*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.

LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

MULTIVERSO JURÍDICO. *Metodologia da Pesquisa II – Métodos de procedimento*. Disponível em: <[http://multiversojuridico.com.br/liz/Met\\_5\\_metodos\\_de\\_procedimento.pdf](http://multiversojuridico.com.br/liz/Met_5_metodos_de_procedimento.pdf)>. Data de acesso: 13 jun. 2014.

SENADO FEDERAL. *Portal Atividade Legislativa - Projetos e Matérias Legislativas - PLS – Projeto de Lei do Senado, nº. 116 de 2000*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para excluir de ilicitude a ortotanásia. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=43807](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=43807)>. Acesso em 19 nov. 2014.