

4 Maneiras de Lidar com a Vida na Terminalidade

4.1.

Eutanásia

A pessoa é uma individualidade biológica, um ser de relações psicossociais, um indivíduo para os juristas. Contudo, ela transcende essas definições analíticas. Ela aparece como um valor (BERNARD, Apud SILVA, J. A., p.39).

O mais monstruoso dos monstros é o monstro com sentimentos nobres: sei isso por experiência própria (DOSTOIÉVSKI, 2007c, p.187).

4.1.1. Breve Histórico

Ainda que na atualidade se mostre mais freqüente, a prática da eutanásia¹ não é novidade e nem mesmo uma demanda do mundo moderno. O termo tem significado etimológico de *boa morte*, *morte feliz* ou *morte piedosa*. Ou seja, uma morte destituída de sofrimento. Segundo Aguarón (2003, p.44), esta é a aspiração de todo ser humano: ter uma morte *suave* - se é que tal aspiração se mostra possível no mundo fático.

Junges (2006, p.302) informa que a palavra foi usada pela primeira vez por *Suetônio*, na obra *A vida dos Doze Césares* (século II, d.C), quando narra a morte suave do Imperador Augusto, expressando a idéia de que se pode ser autor da morte, assim como se é da vida.

Na *República* de Platão (2002, p.76) não deveriam ser criadas as crianças cujas qualidades biológicas não fossem consideradas ótimas, assim como não era recomendado que os médicos tentassem curar os enfermos, eis que o prolongamento da vida só faria que com que esta se tornasse mais penosa para o sujeito. De acordo com Carnevalli (2003, p.14), no primeiro caso, não é possível visualizar um caso de eutanásia, pois o sentido etimológico não permitira tal inserção. Em relação aos enfermos incuráveis, é preciso questionar

¹ A presente análise usará o termo situado apenas no horizonte hospitalar. Assim, quando se referir à eutanásia, não estarão inseridas questões como *eutanásia social*, *eutanásia eugênica*, *eutanásia econômica*, dentre outros, que avançam para uma dimensão bem maior do que aqui se pretende. Quando se referirem aos conceitos acima descritos, isto será frisado.

se a recomendação era dirigida a todo e qualquer enfermo ou somente àqueles em que o procedimento só viria a prolongar o processo de morte.

Platão, afirma Carnevalli (2003, p.14-15), em se tratando da proteção e organização do Estado, pode ser considerado um filósofo extremamente totalitário. Seus conselhos sobre o que deveria ser feito com as crianças desprovidas de vitalidade plena e com os idosos enfermos são muito mais dirigidos à organização estatal do que propriamente ligados a uma idéia de legalização de um direito à eutanásia ou ao suicídio clinicamente assistido.

Na *Utopia*, Thomas More (2003, p.79 e 103) se refere à possibilidade de os habitantes da ilha receberem auxílio no derradeiro momento, caso estivessem acometidos por dores insuportáveis de uma doença incurável, desde que com autorização dos senadores e sacerdotes. A morte não deveria ser temida pelos utopianos, uma vez que revelaria uma alma sem esperança e uma consciência pesada em relação à existência.

No ocidente, foi Francis Bacon (1980, p.260), em seu livro *Do Progresso e da Promoção dos Saberes*, escrito em 1605, o grande responsável pela introdução da palavra *eutanásia*, no sentido de *boa morte*. Em sua obra *Novum Organum*, escrita em 1620, afirma que *“la función del médico es devolver la salud y mitigar los sufrimientos y dolores, no solo em cuanto esta mitigación pode conducir a la curación, sino también si puede procurar uma muerte tranquila e fácil”*.²

Acerca da difundida idéia de que tenha sido Bacon o precursor da eutanásia, seus escritos não confirmam tal constatação, uma vez que mais parecem se dirigir à concepção de cuidados paliativos do que propriamente a uma abreviação da vida do moribundo (CARNEVALLI, 2003, p.17; BORGES, 2005, p.04).

Foi somente a partir do século XIX que o termo começou a ser empregado no sentido de *procurar a morte com doçura*. E é exatamente nesse sentido que o termo é usado atualmente. Conforme já demonstrado nos capítulos precedentes, esta troca de significado aconteceu justamente quando a morte passou a ser vista como um evento antinatural. Sua assepsia não mais permite a experiência de vivenciar as dores e o sofrimento da terminalidade, tanto pelos moribundos quanto pelos familiares. Então, se ela não chega suave, deve ser procurada.

² “A função do médico é restabelecer a saúde e mitigar o sofrimento e as dores, não somente enquanto esta mitigação pode conduzir à cura, senão também se pode procurar uma morte tranquila e fácil”.

Interessante histórico trazido por Asúa (2003, p.21) relata que o primeiro caso de prática de eutanásia da modernidade é de Juan Zinowsky, namorado da atriz Stanislawa Uminska. Ambos eram polacos, mas residiam em Paris. Após inúmeros pedidos para que sua namorada colocasse termo na agonia trazida pelas doenças (*cancro e tuberculose*), em 15 de junho de 1924, a jovem Stanislawa atirou em Juan, com o revólver que ele mesmo não tivera coragem de usar. O tribunal francês considerou que a jovem havia praticado um homicídio caridoso, após insistentes pedidos da vítima, e a absolveu.

Hodiernamente com o (a) advento das inovações tecnológicas para a cura dos enfermos e seu indevido uso para aqueles que já se mostravam em processo de morte, o (b) excessivo paternalismo médico, no qual as opções do paciente eram irrelevantes para a condução do tratamento, bem como (c) a negação extremada da finitude, que fizeram com que o clamor pelo procedimento eutanásico fosse aumentado, principalmente na última metade do século XX. O primeiro país a ser palco das discussões foi a Holanda, a partir da década de 1970, sendo seguido por boa parte da Europa e pela América do Norte, o que acabou por culminar na despenalização da prática em alguns locais, como será demonstrado.

4.1.2. Conceito de Eutanásia na Atualidade

Binding e Hoche (*Apud*, ASÚA, 2003, p.45), o primeiro jurista e o segundo médico, no livro *A Autorização para Exterminar Vidas Sem Valor Vital*, escrito em 1920, entendiam eutanásia como sendo a abreviação da vida de pessoas sem valor vital, como os doentes em terminalidade, os idiotas e dementes e os que sofreram perda irreversível, que os levaria, irremediavelmente, a um estado de ânimo miserável. Entretanto, a concepção de eutanásia destes autores não se coaduna com o atual conceito, uma vez que muito mais ligado à noção de eugenia do que propriamente de eutanásia.

Deixando de lado o problema da eliminação indolor de indivíduos pertencentes a grupos considerados socialmente inúteis, tal como proposto pelos autores acima, e concentrando-se apenas nos pacientes que sofrem uma moléstia dolorosa e sofrida e de prognóstico ruim, buscar-se-á, neste momento, conceituar o que pode ser compreendido atualmente como eutanásia.

Para se firmar um conceito atual sobre o tema é preciso encontrar o que faz com que uma conduta seja considerada eutanásia (homicídio privilegiado no

ordenamento brasileiro) e não um homicídio simples ou, até mesmo, qualificado. Um dos primeiros requisitos para se pensar em eutanásia seria a intenção sujeito ativo³ em abreviar a vida do enfermo ou em acelerar seu processo de morte (AGUARÓN, 2003, p.44).

Outros elementos específicos para a constatação de ocorrência de eutanásia são: (a) a morte deve acontecer sem dor ou sofrimento para o enfermo ou, quando muito, com dor ou sofrimento rápido; (b) o fim pretendido com o procedimento deve ser exclusivamente o de pôr fim à dor e ao sofrimento experimentado pelo enfermo e (c) a realização do procedimento deve ter sido solicitada pelo enfermo ou por familiares capazes de demonstrar que este teria sido o desejo do paciente caso estivesse consciente.

Assim, para Carnevalli (2003, p.23), o conceito de eutanásia é o de uma ação ou omissão, com o objetivo de causar a morte em um ser humano, com o objetivo de pôr fim ao seu sofrimento, sempre a pedido deste ou de seus familiares, tendo em vista que a vida que levam não se encontra dotada de nenhuma qualidade.

Não é objeto específico da pesquisa a argumentação contrária ou favorável ao procedimento eutanásico, a despeito da compreensão preliminar de sua impossibilidade, uma vez que isso envolve questões problemáticas e de difícil solução. Não obstante, algumas situações subjacentes ao tema merecerão abordagem, uma vez que diretamente relacionadas ao objetivo aqui proposto e, não raras vezes, com ele confundido.

4.1.3. Classificações do Procedimento Eutanásico

Há duas formas de causar a morte do paciente na eutanásia: ou se fornece o auxílio material e efetivo para abreviação da vida ou se abstém de procedimentos ordinários que visem o prolongamento desta, mas não a cura da doença. O primeiro é chamado de eutanásia ativa e o segundo, eutanásia passiva.

Em momento oportuno será feita a diferenciação entre eutanásia passiva e ortotanásia. Aqui é preciso apenas frisar que nem toda omissão terapêutica deve ser considerada eutanásia, uma vez que pode tratar-se de uma renúncia

³ O sujeito ativo da eutanásia pode ser qualquer pessoa, muito embora os médicos sejam os mais recorrentes.

legítima, a fim de evitar um prolongamento do processo de morte já iniciado (AGUARÓN, 2003, p.45; BORGES, 2007, p.236; VILLAS-BÔAS, 2005, p.80).

Levando em consideração a vontade do paciente, a eutanásia pode ser dividida em: (a) voluntária, quando o enfermo a solicita ou dá o consentimento para que alguém o faça em caso de sua impossibilidade de decidir; (b) involuntária, quando o procedimento é aplicado contra o desejo do moribundo, ou quando sua discordância pode ser presumida e (c) não voluntária, quando não tiver havido qualquer manifestação anterior por parte do enfermo e sua vontade não puder ser presumida (BATISTA & SCHRAMM, [2001], p.02).

Inserida, por vezes, na segunda ou na terceira possibilidade acima descritas, encontra-se o que Aguarón (2003, p.49) chama de *cripto-eutanásia*. Para o autor, são os procedimentos eutanásicos nos quais quem comete é o único a saber de sua ocorrência; geralmente, acontecem em países em que não há legislação sobre o assunto. Assevera que não há como levantar dados estatísticos sobre o assunto, uma vez que acontece às escondidas.⁴

Outra classificação possível é a que leva em consideração o resultado da intervenção do sujeito ativo, que tanto pode configurar suicídio, homicídio ou suicídio-homicídio. No primeiro caso, o enfermo age de forma solitária a fim de pôr fim a sua vida em decorrência do sofrimento que a patologia lhe representa. Quando o procedimento é aplicado sem o consentimento do enfermo, seu resultado final será o de um homicídio. O suicídio-homicídio (homicídio piedoso) ocorre quando a eutanásia é praticada por uma terceira pessoa, porém, a pedido do enfermo (CARNEVALLI, 2003, p.23).

4.1.4.

Possibilidades Legislativas para o Tratamento do Tema

Cada país dá um tratamento diverso à prática da eutanásia, sendo certo que, na maioria dos países ocidentais, ela ainda é vista com receio e são poucas as legislações que contemplam sua disciplina.

A primeira forma de se tratar a eutanásia é a penalização da sua prática, com efetiva persecução criminal para os praticantes do injusto penal.

Outra maneira de tratar o tema é sua prática ser tolerada, não obstante a conduta ser prevista como crime pelo ordenamento jurídico. Dada a confusão ou

⁴ Para Villas-Bôas, este procedimento não pode ser considerado eutanásico, uma vez que, se ela ocorrer contra a vontade do doente, não há como inseri-la no conceito de eutanásia, sendo um homicídio simples ou qualificado, a depender do caso concreto. (VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial*, 2005, p.83)

a dubiedade dos termos da lei que disciplina o assunto, o sujeito que pratica a eutanásia acaba se vendo livre de um processo criminal. Além disso, a própria sociedade, a despeito de saber que ela é praticada às escondidas, pouco faz para que o panorama seja modificado, como acontecia na Holanda, antes da disciplina do assunto.

Outra possibilidade é a de que a eutanásia seja despenalizada. Aqui também o procedimento continua sendo disciplinado como crime, contudo, uma vez preenchidos os requisitos constantes em lei específica, na qual se encontram prescritas as circunstâncias e as condições para sua possibilidade, o sujeito ativo não responderá pela ocorrência de crime. É o que ocorre na Holanda atualmente.

Por fim, é possível que a eutanásia seja legalizada. Desse modo, não há lei vedando a conduta, mas, ainda assim, é preciso que determinados procedimentos sejam seguidos, a fim de que ela não seja considerada homicídio. É o que ocorreu na Austrália, onde o Parlamento do Norte aprovou uma lei que considerava a eutanásia como um direito do cidadão.⁵

4.1.5. Eutanásia no Direito Comparado

Conforme dito em momento oportuno, cada cultura elabora sua idéia da morte e do processo de morrer de modo diverso: tanto pode haver uma aceitação de sua ocorrência (principalmente, nas ditas mais atrasadas) ou, o contrário, uma completa negação da condição de frágil, em que a morte é vista mais como castigo do que propriamente como uma ocorrência da vida (principalmente, nas sociedades modernas industrializadas).

O primeiro país a despenalizar a prática da eutanásia foi o Uruguai (e não a Holanda, como é comumente admitido). Em agosto de 1934, no Código Penal Uruguaio (ainda em vigor), já havia sua disciplina, no artigo 37, assim redigido: *“los juices tienen la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio piadoso, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima”*.⁶

⁵ Insta salientar que esta lei foi revogada, tendo em vista que a Corte Maior entendeu que não era possível ao Território do Norte disciplinar tal assunto. Este tema será objeto de uma melhor exposição no próximo tópico.

⁶ URUGUAI. Lei Nº. 9.414, de 29 de junho de 1934. Código Penal Uruguaio. 1934. “Os juizes têm a facultade de exonerar de castigo o sujeito de antecedentes honoráveis, autor de um homicídio piedoso, efetuado por motivo de piedade, mediante súplicas reiteradas da vítima”.

Não se trata de uma aceitação incondicional da prática da eutanásia, mas da possibilidade do procedimento não ser penalizado, desde que cumpridos certos requisitos legais. Nesse sentido, (a) o sujeito ativo deve ter antecedentes honoráveis, mas não precisa ser necessariamente médico; (b) o sujeito passivo deve ter uma situação de padecimento objetiva; (c) deve haver súplicas reiteradas por parte deste para que lhe seja abreviada a vida e d) a motivação na conduta do sujeito ativo deve ser puramente a de aliviar a vítima da dor e do sofrimento (piedade).

Saliente-se que, a despeito da possibilidade de o juiz deixar de penalizar a eutanásia, no Uruguai, qualquer auxílio ao suicídio é caracterizado como delito, sem possibilidade de não aplicação de pena (GOLDIM, 1997, p.01).

Almada *et al* (1999, p.47) afirmam que, apesar de estar em vigor desde o ano de 1934, ou seja, há mais de setenta anos, não existe, na jurisprudência daquele país, nenhuma sentença em que se tenha feito uso do artigo 37 do código penal. Talvez por esta razão, no histórico sobre o desenrolar da eutanásia no mundo, quase nunca o Uruguai seja mencionado.

A Holanda foi o primeiro país a servir como palco para as questões relativas ao procedimento eutanásico que surgiram após a década de 1970. Ali, o surgimento dos debates se deu, principalmente, em virtude de um forte sentimento *antimédico* experimentado por aquela sociedade.

A desconfiança com que o médico é visto na Holanda (DWORKIN, 2003, p.269) ⁷ faz com que a população tenha medo de se hospitalizar e ficar à mercê dos profissionais de saúde. Segundo entende a maioria dos holandeses, o médico tem um poder muito grande (não advindo do voto popular); além disso, reclamam da falta de sentimento comunitário, bem como da não compreensão das reais necessidades dos indivíduos enfermos, por parte dos médicos, o que faz com que o rechaço a estes profissionais cresça de forma considerável, alimentado, principalmente, pelos meios de comunicação (LARREA, 1996, p.21).

⁷ Um estudo feito na Holanda, em 1991, sobre a eutanásia, em que somente médicos foram entrevistados (*Informe Remmelink*), aponta que, anualmente, havia 2.300 casos de eutanásia a pedido; 400 casos de auxílio ao suicídio e 1.000 casos em que a eutanásia aconteceu sem a solicitação do paciente. Foram registrados 5.800 casos em que o tratamento ordinário foi suspenso a pedido do enfermo e 25.000 casos em que a omissão terapêutica aconteceu independente da vontade do paciente, sendo 8.750 foi com o intuito de abreviar a vida; dos 22.500 casos de sobredose de *morfina*, 8.700 foram intencionais. Cinquenta e um por cento dos médicos holandeses consideravam a prática de eutanásia involuntária ou não-voluntária, como uma opção digna de ser levada em consideração na terminalidade de uma doença e 41% dos médicos entrevistados afirmaram que já haviam procedido dessa forma. (ASSOCIACIÓ CATALANA D'STUDIES BIOETICS SOBRE LA EUTANÀSIA. Fernigsen, R. *The Report of the Dutch Governmental Committee on Euthanasia*, 1991, p.339-44).

Contundente estudo sobre a eutanásia na Holanda, feito por Larrea Ortega (1996, p.198-205), demonstra que, antes de sua disciplina jurídica, existia, naquele país, uma prática ampla e numerosa do procedimento, sobre a qual o judiciário mantinha um controle mínimo. Assim, a positivação da eutanásia naquele país resultou muito mais de uma adequação legislativa à realidade social do que propriamente da constatação de um direito à morte.

Para o autor, o legislador holandês tinha duas possibilidades: ou bem admitia a eutanásia, reduzindo sua ocorrência por meio de um procedimento rigoroso, ou, então, continuava a ignorar a realidade social que se apresentava. De acordo com Larrea (1996, p.199), a positivação da eutanásia na Holanda representou muito mais uma limitação ao procedimento do que propriamente seu incentivo.

Assim, em 1993, foi criada uma legislação naquele país, a fim de regular a prática da eutanásia por meio da modificação do artigo 10 da *Lei de Enterro e Cremação*, que estabelecia um procedimento de notificação médica em caso de eutanásia. O procedimento iniciava-se com um informe, no qual o médico que levou a cabo a eutanásia apresentava ao médico forense as circunstâncias do caso. Se fosse constatado que todas as exigências legais haviam sido cumpridas, o médico não era penalizado. Dessa forma, a eutanásia foi despenalizada na Holanda (AGUARÓN, 2003, p.98).

Em abril de 2002, houve a introdução de uma modificação no Código Penal Holandês, prescrevendo que a ação de privar um enfermo da vida em sua terminalidade, feita por um médico, mediante pedido expresso, não seria penalizada se preenchidos os critérios constantes na *Lei de Verificação da Terminação da Vida Mediante Petição e Suicídio Assistido*, elaborada no ano de 2000, que estabelecia os critérios para a prática da eutanásia e do suicídio assistido naquele país. Portanto, ao contrário do que é comumente difundido, a eutanásia na Holanda não é legalizada, mas tão-somente despenalizada, desde que preenchidos os requisitos legais para sua ocorrência.

Na Austrália, em 1995, o Parlamento Autônomo do Território do Norte, com cerca de 160.000 habitantes, aprovou o *Rights of the Terminally Ill*, que legalizava a eutanásia, entrando em vigor em julho do mesmo ano. Em março de 1997, esta lei foi revogada em âmbito federal, sob a justificativa de que a lei do Território do Norte afetava todos os australianos e, por isso, não poderia ter sido aprovada por um parlamento territorial, além do que, segundo o autor da proposta de revogação, Kevin Andrews, o processo legislativo não havia sido

cumprido de forma satisfatória, bem como a lei não oferecia garantia suficiente aos mais frágeis (AGUARÓN, 2003, p.99).

Seguindo o mesmo caminho da Holanda, a Bélgica, em setembro de 2002, foi o segundo país europeu a aprovar a eutanásia mediante o preenchimento de certas condições. A permissão para o procedimento, diverso da Holanda, não inclui somente os casos de pacientes em fase de terminalidade, mas também aqueles que se encontram acometidos de sofrimento intenso (AGUARÓN, 2003, p.97).

Na Espanha, o Código de Ética Médica rechaça a eutanásia e dispõe, em seu artigo 28, sobre a possibilidade de ortotanásia. A legislação espanhola veda a prática da eutanásia ou do suicídio assistido (SÁ, 2005, p.97).

Na Itália, na Suíça, na Noruega, na Dinamarca e na Polônia, a eutanásia continua sendo disciplinada como crime, contudo, é tratada como *homicídio a pedido*, o que resulta em uma redução considerável da pena. Na França, em 1991, o Comitê Nacional Francês de Ética Médica condenou expressamente a prática de procedimento eutanásico (DWORKIN, 2003, p.254).

Na Alemanha, o homicídio a pedido é punido com pena atenuada que varia de seis meses a cinco anos de prisão. Todavia, para o direito penal alemão, a participação de terceiros no suicídio é livre de pena, não importando a razão pela qual o suicida deseja sua extinção. Entendem os alemães que a assistência ao suicídio não segue a teoria da acessoriedade limitada, que determina, segundo Greco (2003, p.497) que a participação só pode ser punida se a conduta principal também for típica e antijurídica (o que não acontece no suicídio).

Desse modo, de acordo com Jakobs (2003, p.3-18), aplicar diretamente uma injeção com medicamento letal, após o pedido do enfermo, seria considerado crime na Alemanha, não obstante, fornecer meios para que o próprio suicida assim proceda não é considerado penalmente relevante para o ordenamento positivo daquele país.

Neste ponto, a legislação alemã é oposta à Uruguaia, que não admite o auxílio ao suicídio em nenhuma hipótese, mas que permite a eutanásia, se preenchidos os requisitos legais.

Na América Latina, além do Uruguai, também na Colômbia, é possível a prática da eutanásia. A Corte Constitucional decidiu, em 15 de maio de 1997, diante de uma demanda acerca do artigo 326 do Código Penal, que penalizava a prática da eutanásia, que ela era possível, baseando-se na autonomia da vontade (JARAMILLO, 2000, p.10).

Dworkin (2003, p.254) informa que, formalmente, não é possível, em nenhum país ocidental, que um médico ponha fim à vida do enfermo sem que antes os requisitos sejam preenchidos. Dessa forma, o que se disciplina em alguns países ocidentais é a despenalização da eutanásia e não a sua legalização.⁸

4.1.6. Tratamento da Eutanásia no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O atual código penal em vigor é de 1940, em que pese a grande reforma ocorrida no ano de 1984, ela só foi procedida na Parte Geral, a despeito de também ter sido proposto projeto para a Parte Especial. De acordo com a exposição de motivos na Nova Parte Geral, a reforma da Parte Especial ficaria para outro momento, a fim de que fossem debatidas questões polêmicas, algumas de natureza moral e religiosa. Não resta dúvida de que um dos temas polêmicos era a diminuição de pena para a eutanásia. A falta de disciplina do assunto, quando da Reforma da Parte Geral, deixa dúvidas se o legislador não quis mesmo se furtar ao debate.

É compreensível que, em 1940, o legislador não tivesse se preocupado com a eutanásia, uma vez que, além de não ser esta uma prática muito comum no Brasil, onde boa parte da sociedade, ainda hoje, não reclama sua adoção, não havia tantas possibilidades terapêuticas quanto à medicina apresenta atualmente.

Em meados de 1940, foi que surgiram a *penicilina*, as *UTIs* e as técnicas de reanimação cardiorrespiratória. Todavia, estas só se mostraram realmente satisfatórias a partir da década de 1950. Neste contexto de relativa escassez tecnológica, pouco se falava sobre prolongamento precário da vida.

Fato é que o Código Penal Uruguaio, de 1934, já disciplinava sobre a possibilidade de não aplicação de pena para o sujeito ativo da eutanásia. Contudo, tal modelo não foi seguido pelo legislador pátrio, que se limitou, na exposição de motivos da Reforma da Parte Especial do Código Penal, ao justificar a introdução do homicídio atenuado em virtude de relevante valor moral ou social, a afirmar que “*o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico)*”.⁹

⁸ A diferenciação entre ambas foi feita no tópico anterior.

⁹ BRASIL. Código Penal Brasileiro, 2007, p.17.

Um homicídio eutanásico, para ter a pena atenuada no ordenamento jurídico pátrio, necessita preencher as seguintes condições: (a) o enfermo deve se encontrar em situação de enfermidade terminal incurável ou de invalidez irreversível; (b) a finalidade da conduta deve ser a de unicamente pôr fim ao sofrimento enfrentado pelo doente (c) e, por fim, deve haver o consentimento do paciente ou seu substituto de modo expresso (CARVALHO, 2001, p.24).

O homicídio simples (no qual a eutanásia se enquadraria) tem pena de 6 a 20 anos de reclusão, mas tendo em vista que, no Brasil, a eutanásia é considerada uma causa de diminuição de pena pelo relevante valor moral (como apresentado na Exposição de Motivos da Parte Especial), o sujeito ativo do delito terá sua pena diminuída de um sexto a um terço, de acordo com as circunstâncias apresentadas pelo caso concreto (SEBASTIÃO, 2003, p.287). Há que se ressaltar que a causa de diminuição de pena é aplicável independentemente da qualificação do sujeito ativo, ou seja, não é necessário que a eutanásia seja realizada por um médico.

Importante salientar que, com o advento do chamado *Estatuto do Idoso* – Lei 10.741/2003¹⁰ – praticada a eutanásia em sujeito maior de 60 anos – como insta ocorrer na maioria dos casos –, a pena é aumentada em um terço.

No caso da eutanásia passiva, que merecerá uma análise mais abrangente no correr da presente pesquisa, a depender do caso concreto, o sujeito ativo poderá responder pelo crime de *induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, homicídio por omissão ou omissão simples*.

No procedimento eutanásico, conforme dito, a ação ou omissão do sujeito deve ter como finalidade, abreviar a vida do enfermo com fins altruísticos, caso a finalidade seja outra, não se estará falando de eutanásia, mas de um homicídio como outro qualquer.

Além da punição na esfera penal, o sujeito ativo do crime de eutanásia também pode responder civilmente pelos danos que porventura vier a causar aos familiares. E, no caso de ser médico, pode ser apenado administrativamente pelo Conselho Regional de Medicina e referendado pelo Conselho Federal em caso de cassação (SEBASTIÃO, 2003, p.88-89).

O Conselho Federal de Medicina já demonstrou em diversas oportunidades que não é favorável ao procedimento eutanásico, inclusive, de acordo com o Código de Ética Médica de 1988, artigo 66, há vedação expressa

¹⁰ Publicada no DOU em 03 de out., 2003, e em vigor 90 (noventa) dias após sua publicação.

da prática da eutanásia pelo médico, ainda que o processo de morte se mostre longo e doloroso.¹¹

4.1.6.1. O Consentimento do Paciente

No direito penal, o *consentimento* pode ser *expresso*, explícito ou implícito, desde que seja possível reconhecê-lo. Não é admitido o chamado *consentimento presumido*, como acontece na lei penal portuguesa (ANDRADE, 2004, p.06). Em se tratando de procedimento médico, o consentimento sempre deve ser expresso, salvo em caso de risco de vida para o enfermo recebido em urgência médica.

A *capacidade* para o consentimento é essencial para sua validade. Não há legislação afirmando qual a idade mínima para o consentimento, contudo, se é possível que o sujeito responda por seus atos a partir dos 18 anos, nada mais viável que tal idade se estenda para a capacidade de consentir.

Nos procedimentos médicos em geral, deve ser observado que a incapacidade não decorre somente da idade, mas também das condições do paciente ou do familiar. Obviamente que aqueles que são considerados incapazes para o direito penal brasileiro, também não terão capacidade para consentir.

A *disponibilidade do bem ou do direito* é outro requisito sem o qual o consentimento não terá repercussão na esfera penal.¹² Fragoso, citado por Nucci (2003, p.23), afirma que a honra, a liberdade, a inviolabilidade dos segredos e o patrimônio são bens disponíveis. Já a vida e a administração pública seriam exemplos, no entender do citado autor, de bens indisponíveis.

Pierangeli (2001, p.120), em substancioso estudo que trata do consentimento do ofendido, ao tentar definir quais seriam os bens disponíveis e os indisponíveis, afirma que a doutrina pátria, por influência alemã e italiana, entende que tal diferenciação é possível tomando como pressuposto a utilidade social do bem.

¹¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. Art.66 – ‘É vedado ao médico utilizar, em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu responsável legal’.

¹² Favoráveis ao requisito da disponibilidade do bem ou direito ser requisito: Fragoso, Paulo José da Costa Jr., Flávio Augusto Monteiro de Barros e Guilherme de Souza Nucci. Em sentido contrário, doutrina minoritária representada por Soler e Néelson Hungria. (NUCCI, Guilherme de S. Código Penal Comentado, 2003, p.22-23).

Quando o bem não se revestir de imediata utilidade social e o Estado reconhecer ao particular a exclusividade de uso e gozo, o bem será considerado disponível. Ao contrário, quando a importância do bem se manifestar de imediato, ele será indisponível (PIERANGELI, 2001, p.119).

Outro critério possível para observar a disponibilidade ou não de um bem jurídico é observar a natureza da ação penal. Caso a ação penal seja de natureza pública e incondicionada, o bem será indisponível. Caso contrário, se o crime relativo ao bem for de ação penal pública condicionada à representação ou privada, o bem será disponível (PIERANGELI, 2001, p.120). Salvo os casos em que a ação penal, a despeito de contar com bem juridicamente importante para o Estado, este deixa de ser titular e a oferece para o particular em razão de a mesma representar um dano ainda mais grave à vítima, como é o caso de estupro de mulheres capazes.

Reconhecendo a insuficiência dos critérios apresentados pela doutrina para reconhecer quais seriam os bens disponíveis e quais os indisponíveis, Pierangeli (2001, p.120) recomenda que também seja feita uma pesquisa nas fontes que regulam a disponibilidade dos bens jurídicos, dentre elas, os usos e costumes, a reiteração no ordenamento jurídico da tutela sobre determinados bens, em que fique demonstrado o interesse público de que se revestem (pesquisa histórica).

Tudo considerado, o penalista afirma que é possível reconhecer quais são os bens disponíveis e quais não são (a) percorrendo os vários ramos do direito, com verificação dos princípios gerais do ordenamento jurídico, (b) buscando todas as fontes do direito – mediatas e imediatas, (c) verificando o direito consuetudinário e (d) analisando o critério da iniciativa da ação penal, já explicitado acima. Contudo, este último critério não deve ser tomado isoladamente (PIERANGELI, 2001, p.121).

Seguindo os critérios expostos por Pierangeli, não haveria que se falar em possibilidade de consentimento do paciente ou de seus familiares para a prática de procedimento eutanásico, seja ele ativo ou passivo, uma vez que o intuito primário daquele que opta pela eutanásia – ou dos familiares que assim decidem – é no sentido de *abreviar* a vida.

Ressalva há que ser feita em relação à possibilidade de uso de tal consentimento – frise-se, nulo – para que o parágrafo 1º do artigo 121 seja aplicado. É possível haver questionamento se o sujeito ativo estava agindo a pedido do moribundo e de seus familiares, ou se assim o fez por entender que

esta era a conduta mais acertada. Neste último caso, o crime cometido seria o de homicídio, possivelmente, qualificado.

Então, ainda que inócuo para ilidir a ação penal, o termo de consentimento assinado pelo ofendido ou por seus familiares, evitaria possíveis indagações acerca da verdadeira finalidade da conduta.

4.1.7.

Razões para o Florescimento da Eutanásia na Modernidade

Se, conforme dito, o termo tem seu nascimento em um tempo remoto, não resta dúvida de que o conteúdo do conceito mudou de forma considerável nos últimos tempos. O debate em torno da eutanásia vem ganhando força e cada vez mais suscita problemas de ordem filosófica, moral, jurídica, médica e ética. Não se trata mais de ser simplesmente contra ou a favor, mas sim de compreender as razões pelas quais o assunto se tornou tão corriqueiro nos últimos tempos.

De acordo com Aguarón (2003, p.42), parece paradoxal que, ao mesmo tempo em que a medicina experimenta avanços dantes nunca sonhados, o número de candidatos ao procedimento eutanásico tenha subido de forma tão vertiginosa. Mas, segue afirmando que o aparente paradoxo é facilmente compreensível dentro de um contexto sanitário em que a falta de entendimento dos aspectos essenciais de atenção ao enfermo em fase de terminalidade se mostra tão presente.

A mudança de perspectiva no entendimento da morte e do processo de morrer tem influência direta no aumento do número de casos em que o procedimento é solicitado. Não bastasse isso, e talvez também em decorrência disto, o tratamento curativo obstinado, proporcionado pelo uso avaliado da tecnologia, também é de suma importância.

Em relação aos problemas enfrentados pela sociedade ocidental moderna para o enfrentamento da finitude, o leitor é remetido para a primeira parte do trabalho. No tocante aos excessos terapêuticos e sua influência direta para a solicitação da eutanásia, alguns comentários serão tecidos.

Os avanços tecnológicos, ao mesmo tempo em que trouxeram benefícios indizíveis para ser humano, também criaram uma legião de sujeitos candidatos ao procedimento eutanásico. Se, outrora, a eutanásia era clamada para os feridos em guerra e pouquíssimos enfermos, geralmente para os quais a palição da dor não era alcançada de modo satisfatório, na atualidade ela se

tornou pensamento usual para alguns que se encontram em processo de morte prolongado – ou que assim se anuncia.

A capacidade de prolongamento artificial da vida é de grande relevância para o ressurgimento do debate em torno do tema. A medicina curativa tem meios de manter vivo até mesmo um corpo já quase morto, impedindo, dessa forma, que o processo de morte aconteça. Mesmo nos casos em que não há uma sobrevida possível para o moribundo, tanto do ponto de vista qualitativo quanto relacional, submetem-nos a tratamentos extraordinários que só acrescerão o tempo de agonia.

Ao lado desta vertiginosa tecnologia, o paciente se sente solitário e incompreendido, uma vez que, conforme dito anteriormente, a relação médico-paciente deixa de se pautar no cuidado global para se voltar às inúmeras partes biológicas do indivíduo. O tratamento curativo, ao ignorar que o enfermo já se encontra em estado de terminalidade, traz uma profunda sensação de desamparo e fragilidade para o doente.

Preso a uma cama de hospital geral, acometido por dores insuportáveis e tendo sua personalidade fragmentada a cada dia, em virtude de um sofrimento não tratado, não é de se esperar que o moribundo deseje outra coisa senão a morte. Não a morte no sentido de privação da vida, mas, sobretudo, enquanto possibilidade de pôr termo a dor e o sofrimento não tratados.

Obviamente que o contrário também pode acontecer, ou seja, em vez de receber um tratamento curativo obstinado, o enfermo deixa de merecer a atenção da equipe profissional, tendo em vista que ele se encontra fora de possibilidade terapêutica. Nesse sentido, ele é abandonado à sua própria sorte, sem receber suporte para o alívio do sofrimento, nem tampouco medicamentos eficazes para a mitigação das dores. Mas o resultado final seria idêntico: o desejo de morte.

Tanto em relação ao tratamento obstinado, quanto em relação ao abandono terapêutico, os cuidados paliativos são de suma importância, pois, além de resignificar a relação do médico com seu paciente, põem a serviço do moribundo e seus familiares um completo amparo biológico, social, psíquico e espiritual.

Na Holanda, não é possível que a eutanásia seja feita dentro dos *Hospices*. Dos 769 casos de internação no *Hospice* Rozenheuvel até o ano de 2003, 25% pediram para que fossem transferidos para outros locais, a fim de receberem eutanásia em caso de dor ou sofrimento prolongado, contudo,

somente três pacientes levaram a cabo seu pedido inicial (CARNEVALLI, 2003, p.110).

Conforme já esclarecido em momento oportuno, é possível que a medicina moderna faça frente a, pelo menos, 80% das dores que costumam aparecer na terminalidade, principalmente nos pacientes oncológicos, para os quais ela se apresenta de modo mais severo. Além disso, o sofrimento pode ser mitigado de modo considerável se o enfermo tiver ao seu lado pessoas que compreendam sua situação de terminalidade e lhe ofereçam, além de cuidados corpóreos, um coração vibrante que se compadece e sabe escutar.

O desejo do paciente de morrer, quando lúcido, consciente e sem sintomas depressivos, decorre, não raras vezes, de uma necessidade de não sofrimento. Cassorla (1998, p.07), ao analisar o suicida, afirma que *“a pesquisa clínica mostra que o suicida não quer morrer: o que ele deseja é fugir de um sofrimento insuportável, a morte sendo algo acessório, casual”*. Análise idêntica poderia ser feita em relação ao candidato à eutanásia: o desejo pode não ser propriamente o de morte, mas de alívio da dor e do sofrimento.

Para Jaramillo (2000, p.04), muitas vezes, por trás da frase *‘eu quero morrer’* está o sentimento de *“não quero sofrer nem fazer sofrer”*. Um tratamento adequado para o paciente em processo de terminalidade, possivelmente, faria com que este desejo de alívio da dor fosse sanado. Em relação ao sofrimento experimentado pela própria finitude, este também poderá ser paliado, mas nunca completamente abolido, pois a experiência da morte em si pode ser agônica e sofrida. Todavia, ensina Küble-Ross (1988, p.310-313) a morte pode ter uma significação demasiado gratificante, *“uma das maiores experiências da vida”*, ou, de acordo com Junges (2006, p.305), uma *“experiência existencial de significado e relacionalidade”*.

É também Junges (2006, p.306) quem afirma que a qualidade de vida não deve ser reduzida às sensações físicas, sendo imprescindível uma *transsignificação* simbólica da dor e do sofrimento, enquanto fontes de crescimento humano. Essa *transsignificação* viria acompanhada, necessariamente, de um alívio para o ser simbólico. E continua, dizendo que a solicitação pelo procedimento eutanásico *“expressa sensação de abandono e solidão que impossibilitam de descobrir realidades imersas no fundo do eu e partilhar significados que poderiam enriquecer este último momento”*.

O abandono e a solidão a que se refere o autor não estão necessariamente ligados ao desprezo familiar, mas, precisamente ao modo pelo qual a vida é vivida na modernidade: dentro de uma perspectiva individualística,

que visa sempre ao prazer imediato e a busca pelo não sofrimento, tudo isso em detrimento do auto-conhecimento.

Assim compreendido, a demanda social atual pode não ser propriamente pelo procedimento eutanásico, mas sim, talvez, pelo respeito à dignidade humana no processo de morte, onde o paciente é tratado de modo global.

Tratada como parte e não em sua totalidade, a identidade do sujeito, que de acordo com a Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos, é composta pelas dimensões biológica, psicológica, social, cultural e espiritual, é aviltada e reduzida, fazendo da dignidade uma aspiração longínqua. Muitas vezes, o clamor pela eutanásia nada mais é do que o pavor de se tornar objeto de manipulação de uma medicina avalorada e cultuadora da tecnologia.

Em todos os países nos quais é possível a supressão da própria vida por meio do procedimento eutanásico ou do suicídio assistido, onde os cuidados paliativos foram inseridos na terminalidade, o número de pedidos para a extinção da vida diminuiu drasticamente. Em 1993, um órgão oficial do governo britânico examinou o prontuário de 27.400 enfermos sob cuidados paliativos e concluiu que somente cinco destes pediram para morrer: três eram psicóticos e dois, viciados em heroína.¹³

A disseminação social de uma ética utilitarista¹⁴ também em muito contribuiu para o aumento do número de pedidos de eutanásia. O *homo technologicus*, imerso em seu *fazer* e sempre buscando lograr mais êxito em suas tarefas, por um lado acaba considerando o moribundo um sujeito socialmente inútil e, ainda por cima, capaz de atrapalhar seu próprio senso de utilidade.¹⁵ Segundo Carnevalli (2003, p.19), as conseqüências deste tipo de ética são desastrosas para o sujeito, uma vez que transporta todos os problemas do *Ser* para o *fazer*, e o mundo assume dimensões de eficiência absolutas.

Lado outro, o próprio sujeito em processo de terminalidade se convence de que se não pode *fazer*, também lhe é impossível “*ser*”, pois, durante a sua vida, não foi outra coisa que não o retrato fiel do entorpecimento, que lhe garantiu a fuga da angústia. Incapaz de se voltar para sua subjetividade e se deparar com

¹³ FIGUEIREDO, M. T. A. *Cuidados Paliativos*. Palestra proferida no I Curso de Tanatologia da Unicamp, São Paulo, 18 de ago. 2007. [Informação Verbal].

¹⁴ O utilitarismo sustenta que a maldade ou bondade advinda das ações humanas dependem da utilidade ou do benefício que proporcionam. Desta forma, o fim, objeto e circunstâncias das ações morais são reduzidos exclusivamente às suas conseqüências. (LARREA, I. O. *Eutanásia: ética Y ley frente a frente*, 1996, p.190).

¹⁵ Por temerem a eutanásia, muitos idosos holandeses se negam a receber tratamento médico. Um estudo demonstrou que 47% dos idosos viviam em sua própria casa e que 93% dos idosos asilados rechaçavam qualquer tipo de eutanásia (LARREA, op. cit., p.187).

os limites da própria existência, ele passa a não desejar outra coisa que não a morte – de preferência, rápida e indolor.

Some-se a isto uma questão mais prática que envolve o tema. Muitos casos de apelo à eutanásia têm sido instigados por grupos militantes (muito fortes nos EUA e na Holanda) ¹⁶ que fazem com que o sujeito em fase de terminalidade requeira o procedimento, a fim de não se tornar um fardo para seus familiares e para a sociedade (AGUARÓN, 2003, p.42-43).

Forma parte também deste novo cenário de busca pela eutanásia a noção hedonista de que a vida não vale a pena se não puder ser gozada. Desse modo, a ausência de prazer experiencial¹⁷ experimentada na finitude faz com que o sujeito tenha a sensação de que sua vida já se extinguiu.

De forma alguma está a se fazer apologia à dor e ao sofrimento, entretanto, reduzir a existência a uma busca incessante de prazer faz com que o sujeito não consiga se preparar de modo adequado para as perdas sucessivas que o existir acarreta, e sua morte, em vez de ser o desfecho final da vida, se torna um castigo cruel e insuportável. O problema aparece não tanto em relação a dor e ao sofrimento inerentes ao quadro da terminalidade, mas, principalmente, ao baixo limiar de dor e sofrimento suportado pelo sujeito moderno, que acostumou a adjetivar a vida somente pela possibilidade do gozo. Resumir a vida a prazer pode ser típico dos animais, mas isso não é verdadeiro para o ser humano, que tem dignidade e valores a lhe nortear.

Não é possível afirmar em todos os casos de pedido de eutanásia, mas, algumas vezes, torna-se claro que sua solicitação não é mais que uma forma de se obter gozo. O desejo imperioso de não sentir dor e buscar prazer em tudo faz com que o sujeito consiga ver na eutanásia uma possibilidade de prazer, ainda que um prazer completamente desconhecido.

¹⁶ Em 1985, enquanto o debate em torno da eutanásia se tornou intenso na sociedade holandesa, devido ao entendimento dos tribunais de que ela deveria ser despenalizada, um grupo importante de Amersfoort enviou uma carta ao Comitê Parlamentar de Saúde e Justiça na qual afirmavam, dentre outros, que “sentimos que nuestras vidas están amenazadas... Nos damos cuenta de que suponemos un gasto muy grande para la comunidad... Mucha gente piensa que somos inútiles... Nos damos cuenta a menudo de que se nos intenta convencer para que deseemos la muerte... Nos resulta peligroso y aterrador pensar que la nueva legislación médica pueda incluir la eutanásia”. (LARREA, op. cit., p.186). (“Sentimos que nossas vidas estão ameaçadas... Nos damos conta de que representamos um gasto muito grande para a comunidade... Muita gente pensa que somos inúteis... Nos damos conta que a todo tempo nos querem convencer para que desejemos a morte... Nos resulta perigoso e ameaçador pensar que a nova legislação médica possa incluir a eutanásia”).

¹⁷ No sentido dado por Dworkin.

4.1.8. Mistanásia: a eutanásia social

A despeito de não ser este o enfoque da presente pesquisa, convém esclarecer o significado do termo *mistanásia*, que vem sendo usado de forma corrente entre os estudiosos da bioética.

Leonard Martin foi quem primeiro o utilizou, com isso querendo evitar que o termo *eutanásia social* continuasse sendo usado quando se tratasse de mistanásia. Para o autor, *eutanásia* pressupõe uma boa morte, situação muito diversa da mistanásia, que nada tem boa ou indolor (MARTIN, L., 1998, p.174). O conceito de mistanásia seria o de uma morte miserável, fora e antes do tempo devido.

A mistanásia aconteceria em três situações distintas: (a) quando o sujeito não chega a ser paciente, por motivos políticos, sociais e econômicos, pois não consegue ingressar efetivamente no sistema de atendimento de saúde; (b) quando o enfermo consegue ser paciente, para, em seguida, se tornar vítima de erro médico e (c) quando o paciente se torna vítima de uma má prática sanitária, por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos.

Para Martin, uma melhor compreensão desse tema é importante para que seja possível a distinção entre situações de impotência devido às macroestruturas sociais e àquelas nas quais a responsabilidade individual ou comunitária podem ser diagnosticadas (MARTIN, L., 1998, p.180).

O objetivo aqui, conforme dito acima, não é desenvolver a contundente crítica de Martin. Apenas é necessário constatar que a mistanásia não é apenas uma construção intelectual e criativa de seu precursor, mas, antes disso, uma realidade de populações inteiras, principalmente as menos favorecidas.

4.2. Auxílio ao Suicídio

Parecia que, durante toda a sua vida, um machado estivera suspenso sobre sua cabeça, toda a vida ele esperava, a cada momento, numa tortura inimaginável, que a lâmina o golpeasse; e eis que, finalmente, o golpeava! Foi um golpe mortal. E ele, que desejara fugir ao tribunal de sua própria consciência, não tivera para onde fugir (DOSTOIÉVSKI, 2007b, p.83).

4.2.1. Conceito

Ensina Maria de Fátima Freire de Sá (2005, p.40) que o suicídio assistido se encontra, conceitualmente, bem próximo ao de eutanásia, todavia, não seriam

institutos equivalentes. Enquanto na eutanásia o sujeito é submetido ao procedimento, no suicídio assistido, ele é apenas auxiliado, seja de forma comissiva ou omissiva. O suicídio assistido clinicamente é uma opção do enfermo de dar fim a própria vida (e por suas mãos), após ser informado sobre seu quadro patológico. O papel do médico aqui seria o de fornecer meios para que o doente leve a cabo seu intento.

Opinião diversa da autora é a de Carnevalli (2003, p.25), para quem o suicídio assistido é uma forma de eutanásia voluntária. Entendimento parecido é o apresentado por Aguarón (2003, p.46-47), que compreende que o suicídio clinicamente assistido ou o auxílio ao suicídio, seria uma forma de *suicídio-homicídio*, estando, do ponto de vista moral, a meio caminho entre a eutanásia voluntária e o suicídio.

A despeito de não serem poucos os autores a considerar eufemismo falar de cooperação para o suicídio, há uma distinção básica entre a eutanásia e o suicídio assistido: o fato de quem põe fim à vida é o sujeito e não terceira pessoa, que é mero auxiliador no processo. Este auxílio tanto pode se dar da forma comissiva quanto da omissiva.

O auxílio comissivo ocorre quando o agente atua de forma contundente para que o evento morte aconteça, como é o caso de prescrição de medicação em dose elevada a fim de possibilitar o óbito (com intenção de auxiliar o suicida a dar fim à própria vida). Já o omissivo acontece quando há o encorajamento do suicida, persuadindo-o ao ato, mas sem fornecer nenhum auxílio material.

No direito penal, *auxílio* é entendido como sendo um apoio material ao suicida. Por esta razão, parte da doutrina entende que não é possível pensar em auxílio ao suicídio sem que efetivamente e de forma comissiva, o agente tenha agido para o desfecho do evento final. O entendimento é que não haveria como alguém auxiliar por omissão (DELMANTO, 2000, p.215).

4.2.2. Legislação e Doutrina Brasileira Sobre o Tema

No ordenamento jurídico brasileiro, a instigação ou auxílio ao suicídio é disciplinado no artigo 122 do Código Penal Brasileiro e tem como sujeito passivo qualquer pessoa, e não somente o enfermo portador de doença incurável. A pena para o crime consumado é bem menor do que a do homicídio, variando de dois anos a seis meses de reclusão, a depender das circunstâncias do caso concreto.

O suicídio, no entendimento de Jakobs (2003, p.03) não é, por si só, um evento com o qual o direito penal se preocupa. Ainda que se discuta a possibilidade de se aplicar pena ao sobrevivente, de acordo com Beccaria (1996, p.109), isso não teria o menor sentido, pois que peso as penas humanas poderiam ter para alguém que perdeu o temor pela própria morte? Portanto, a tentativa de suicídio é mais bem interpretada se considerada um acidente, uma catástrofe ou um sentimento de profundo desamparo frente à vida, no qual a inconsistência se revela tamanha que o Estado compreende ser mais benéfico socialmente não punir o injusto.

Isso não significa que o suicídio seja um indiferente penal. Para Capez (2003, p.83-84), a destruição deliberada da vida, a despeito de não poder ser classificada como um crime é uma conduta antijurídica, uma vez que a vida é um bem indisponível (público). Entendimento parecido é apresentado por Frederico Marques (1999, p.154), acompanhado por Nucci (2003, p.418), que entendem que suicídio não é um ato conforme o direito, se tratando, na verdade, de um ilícito não punível.

A despeito da não criminalização da tentativa de suicídio, o legislador brasileiro entendeu por bem penalizar a conduta daquele que auxilia ou instiga o suicida a dar cabo da própria vida, pois se o que justifica moralmente a não criminalização da tentativa de suicídio é o desamparo existencial do suicida, não seria possível usar o mesmo raciocínio para também impedir que o auxiliar ou instigador não sofra a pena.¹⁸ No ordenamento jurídico brasileiro, o suicídio deve ser um ato solitário, podendo ser impedido por qualquer pessoa e por qualquer meio (desde que proporcional), a fim de evitar que o suicida consuma seu intento, de acordo com o artigo 146, parágrafo 3º do Código Penal.

Na conduta suicida, o sujeito deve se autodeterminar, enquanto capaz de conduzir seu querer e seu atuar. Se um enfermo deseja pôr fim a sua vida, ainda que não alcance seu intento, o Estado não irá atuar. Todavia, se o suicida quiser que lhe seja indicada superdosagem de medicamento a fim de suprimir sua vida, conforme Hussemann (2005, p.55-56), isto não deve ser considerado como sendo um exercício de autonomia, mas sim, o desejo de determinar a conduta de terceira pessoa (o auxiliador), que não encontra-se no estado de fragilidade existencial apresentada pelo suicida e, por esta razão, o argumento utilizado pelo Estado para não punir a tentativa de suicídio não pode ser invocada.

¹⁸ De acordo com Bitencourt a participação no suicídio é uma figura típica *sui generis*, uma vez que não segue a regra da teoria da acessoriedade limitada, que diz que uma participação só é punível

4.2.3.

Michigan: O Anjo da Morte

O suicídio assistido ganhou notoriedade com Dr. Jack Kevorkian, um médico patólogo do estado do Michigan, ironicamente apelidado de *Anjo da Morte*. É dele a invenção da *Mercitron*, que foi a primeira máquina no mundo a auxiliar pacientes que desejavam se submeter ao suicídio assistido, injetando-lhes drogas letais. Jaramillo (2000, p.11-12) traz intrigante histórico sobre o Dr. Jack.

Durante suas rondas noturnas, como médico de um Hospital em Detroit, buscava os moribundos e prendia-lhes as pálpebras com fitas adesivas, a fim de fotografar as córneas, para analisar se os vasos mudavam de forma no momento da morte. Tentou autorização da justiça americana para fazer experimentos com os réus condenados à morte, todavia, sem sucesso.

Sua obsessão pela morte era próxima do patológico, chegando a utilizar seu próprio sangue para pintar um quadro, intrigantemente denominado *Genocídio*. Após ser demitido de várias instituições devido ao seu comportamento alterado, abriu uma clínica e se declarava como sendo “um médico asesor de enfermos desahuciados que deseem morrer com dignidad”.¹⁹

A quantidade de suicídios que auxiliou varia de acordo com a fonte de pesquisa: uns dizem que foi 60, outros, 47 e alguns, como Dworkin, falam em 20.

Dworkin (2003, p.262) afirma que o Dr. Kevorkian instalou uma de suas máquinas suicidas na traseira de sua perua e que, para o procedimento, bastava que o solicitante apertasse um botão. Foram poucas as provas de que o enfermo tivesse antes consultado outro profissional e o suicídio acontecia um ou dois dias após o primeiro contato com o paciente.

O estado americano de Michigan era um dos poucos em que não havia proibição legal ao auxílio ao suicídio, e elaborou sua legislação no intuito de que o Dr. Kevorkian se abstinisse da prática. Entretanto, afirma Dworkin (2003, p.262), pelo menos uma pessoa foi assistida após a promulgação da lei, mas antes do limite do prazo de vacância.

Condenado a prisão aos 71 anos, se manteve detido até os 79, quando então foi libertado, com o compromisso de não mais auxiliar os enfermos na abreviação de suas vidas.

quando a conduta principal for típica e antijurídica. (BITENCOURT, Cezar R. *Manual de Direito Penal*, 2002, p.114).

4.2.4. Suicídio Assistido no Estado do Óregon (E.U.A)

Nos EUA, após campanhas pró-eutanásia terem surgido por todos os lados, principalmente a partir da década de 1980, alguns estados propuseram *referendum* aos seus cidadãos, a fim de obter a aprovação ou não para a prática do suicídio assistido. Foram rejeitados na Califórnia²⁰, em 1988 e novamente em 1992 e, em Washington, em 1991. Em 1997, mesmo depois da Associação Médica Americana se mostrar contrária à legalização do suicídio assistido, uma vez que poderia colocar em risco um grande número de pacientes vulneráveis (BURT, 1998, p.121), com 51% dos votos populares, foi aprovado o projeto para o suicídio assistido no estado do Óregon (AGUARÓN, 2003, p.99-102).

Após aprovação popular, a lei disciplinando o procedimento vigorou até o ano de 2001, quando o então secretário de justiça norte-americano, John Ashcroft, determinou que fosse retirada de vigor, tendo em vista que ministrar medicamentos para abreviar a vida não era um propósito da medicina e que prescrever medicamentos para este fim violava lei federal.

O estado do Óregon recorreu ao judiciário e obteve sucesso nas duas primeiras instâncias, levando o caso à apreciação da Suprema Corte. Esta decidiu, em 17/01/2006, que o secretário de justiça havia extrapolado suas atribuições ao impedir que a lei fosse aplicada e que, portanto, dessa forma, a lei voltasse a ser utilizada pelos enfermos que desejassem pôr fim à vida por meio do suicídio clinicamente assistido (PRESSE, 2006).

A forma permitida de suicídio assistido no Óregon é por meio de superdosagem medicamentosa, capaz de fazer com que a morte se dê rapidamente. A condição para que um paciente seja considerado apto a se submeter ao procedimento é ter um prognóstico de vida inferior a seis meses e o profissional autorizado a assistir o enfermo é o médico, que deve agir de modo consciente e voluntário (VILLAS-BÔAS, 2005, p.93).

Considerações idênticas às feitas quanto ao aumento de número de solicitação de eutanásia na atualidade podem, sem qualquer prejuízo, ser também estendidas para o suicídio assistido. Pois, se diversos quanto à maneira de execução, a finalidade é idêntica, ou seja, a abreviação da vida do enfermo.

¹⁹ “Um médico assessor dos enfermos desenganados que desejem morrer com dignidade”.

²⁰ Em 1996 tornou-se possível o suicídio clinicamente assistido no estado da Califórnia, depois que o juiz Stephen Reinhardt, do 9º Tribunal de Apelação, decidiu que a Constituição americana garantia o exercício de referido direito. (DWORKIN, op. cit. p.176-82).

4.3.

Distanásia

Por vezes, em momento de vaga consciência, tinha lampejos de que estava condenado a viver numa espécie de sonho longo, interminável, cheio de sobressaltos, lutas e sofrimentos estranhos e estéreis. Aterrorizado, tentava se insurgir contra este fatalismo funesto que o oprimia, mas no momento cruciante e mais desesperador da luta, uma força desconhecida tornava a golpeá-lo, e ele percebia, sentia claramente que estava de novo perdendo a memória, que de novo uma escuridão impenetrável e insondável se abria diante dele, e ele se lançava a ela com um uivo de angústia e desespero (DOSTOIÉVSKI, 2006, p.36).

4.3.1.

Considerações Gerais

Distanásia é um conceito relativamente novo, só sendo cabível após a metade do século XX, quando os avanços da medicina se agigantaram de tal forma que acabaram por dificultar o processo de morte.

Jean Bernard, citado por Léo Pessini (2007, p.837), afirma que a medicina “*mudou mais nos últimos 50 anos do que nos 50 séculos precedentes*” e a distanásia é conseqüência direta dessas mudanças. Na exposição de motivos da Resolução 1.805/2006, o Conselho Federal de Medicina afirma que “*se no início do século XX o tempo estimado para o desenlace após a instalação de enfermidade grave era de cinco dias, ao seu final, era dez vezes maior*”.²¹

O prolongamento desnecessário e inútil no processo de morte se tornou tema de várias discussões, tanto na área de saúde quanto em outros ramos envolvidos com a bioética (CALERA, 1994, p.716). No contexto social atual, ao que parece, a ocorrência da morte natural – quando já não há mais recurso médico-terapêutico capaz de fornecer uma qualidade de vida mínima ao enfermo, não tendo outra finalidade que não o prolongamento do processo de morte – acabou por se tornar algo condenável.

O objetivo estabelecido aqui é o de esclarecer em que consiste a distanásia, bem como os efeitos de sua prática no tratamento das enfermidades, sendo certo que os estudos até aqui realizados são de suma importância para a perfeita compreensão dos próximos estudos.

²¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Exposição de Motivos da Resolução 1.805/2006.

4.3.2. Histórico e Conceito de Distanásia

Críton, pupilo de Sócrates, que lhe fazia companhia momentos antes de concretizar sua pena de ingerir *cicuta*, afirmou ao mestre que não era necessário tomar o veneno naquele momento, eis que o sol ainda não havia se posto sob as montanhas. A isso seu mestre respondeu que, deixando para ingerir mais tarde, não conseguiria outra coisa, senão o de tornar-se objeto de escárnio de si mesmo, ao economizar aquilo que não mais lhe restava – a vida (PLATÃO, 1995, p.116-).

Apolodoro, outro pupilo também presente, após Sócrates ter ingerido *cicuta*, iniciou choro compulsivo, no que foi repreendido pelo mestre, que afirmou que *é com palavras felizes que se deve terminar a vida*.

Anísio Baldessin (2005, p.59), ao citar o bioeticista Daniel Callahan, informa que, em seu livro *A Tirania da Sobrevivência*, o autor afirma que *“nenhum outro progresso tem sido tão espetacular na medicina como o domínio de sofisticadas tecnologias diagnósticas e terapêuticas”*. Mas, como toda moeda tem também seu lado reverso, os avanços tecnológicos na área de saúde também trouxeram a possibilidade de prejuízo ao enfermo. Em um modelo de medicina no qual o médico é formado apenas para o tratamento curativo e, conseqüentemente, o uso – e às vezes abuso – das possibilidades terapêuticas, há uma redução da compreensão sobre o que pode ser entendido como bem-estar global do paciente.

A distanásia é também chamada de *encarniçamento terapêutico*, ou *obstinação* ou *futilidade terapêutica*. Etimologicamente, é a junção do prefixo grego *dis* (dificuldade) (DE ANDRÉ, 1990, p.43) e *thánatos* (morte). De acordo com o dicionário *Houaiss* (2001, p.1060) de língua portuguesa, seria uma morte lenta e com grande sofrimento. E é exatamente este o sentido em que o termo é empregado usualmente.

O equívoco do extremo, que conduz ao caminho inverso da abreviação da vida, se apresenta na distanásia, onde há um prolongamento inútil e obstinado de uma vida orgânica já fora de possibilidade, que não mais existiria, não fosse o uso indiscriminado da tecnologia médica.

De acordo com Martin (1998, p.187), na distanásia, a *saúde* é definida como ausência de doença e, nesse sentido, tendo em vista que o objetivo da medicina neste tipo de contexto é o de curar a doença, todas as terapêuticas são

voltadas para a *derrota* da morte, ainda que ao custo do bem-estar global do indivíduo.

Apesar de bem equipados no processo de morte, os que ao tratamento obstinado são submetidos apresentam óbito do mesmo modo que os demais, o que significa que a diferença está na dor e no sofrimento agregados ao processo, mas não em seu desfecho.

Assim compreendido, o termo *distanásia* seria o antônimo de *eutanásia*. Se no último há uma antecipação da morte, na obstinação terapêutica há uma suspensão meramente biológica do processo de morte, por meio de procedimentos inócuos que em nada acrescentam à vida do enfermo (LARREA, 1996, p.15).

Enquanto na *eutanásia* há uma preocupação prioritária com a qualidade de vida (ou o que poderia ou não ser considerado enquanto tal), na *distanásia* o foco se volta basicamente para a quantidade de vida a ser acrescida, pouco importando que as terapias não sejam mais que um prolongamento inútil da agonia da morte (MARTIN, L., 1998, p.172-73).

Na *distanásia*, o sujeito simbólico passa por um processo de morte duradouro que, não raras vezes, causa uma fragmentação perceptível de sua personalidade. A morte – que é inerente à própria vida – é vista como uma inimiga a ser combatida, ainda que à custa da dignidade do indivíduo.

Distanásia pode ser conceituada, de acordo com Léo Pessini (2007, p.839), como uma ação, intervenção ou procedimento médico que não propicia benefício ao sujeito em fase de terminalidade. Ao contrário, prolonga-lhe a agonia, com o objetivo de distanciar o momento da morte o máximo possível, por meio de tratamentos fúteis e inapropriados.

Somente a partir de meados do século XX, segundo Martin (1998, p.187-88) com a (a) introdução de cuidados médicos intensivos, (b) a troca do paradigma do cuidado para um paradigma tecnocientífico, (c) bem como pela inserção do paradigma comercial-empresarial²² na medicina, é que houve uma *declaração de guerra* contra as doenças e, conseqüentemente, contra a morte. Acrescente-se a este quadro o terror que a idéia de finitude traz ao ser humano da modernidade.

A expressão norte-americana *obstinação terapêutica*, sinônima de *distanásia*, foi introduzida na linguagem médica no início dos anos 1950, por

²² O paradigma comercial-empresarial leva em consideração a capacidade financeira do paciente, em que a proposição ou não de terapêuticas é influenciada pela capacidade de pagamento do

Jean-Robert Debray, definida como o comportamento médico consistente em utilizar terapias em que o efeito é mais nocivo do que o mal que pretende curar, ou, ainda, inútil, uma vez que a cura se mostra impossível e o benefício trazido pelo procedimento é menor que os inconvenientes (PESSINI, 1996, p.35).

Carnevalli (2003, p.24) compreende como obstinação terapêutica o retardamento da morte pelo maior tempo possível, com a utilização de todos os meios (ordinários e extraordinários), ainda que não exista esperança de cura e que os procedimentos não signifiquem mais que uns dias ou horas de sofrimento a mais. Quanto de mais alta complexidade for o hospital, maior a possibilidade de ocorrer a distanásia, em decorrência da quantidade de tecnologia à disposição da equipe profissional e da *política* de tratamento das doenças.

Em alguns hospitais, sobretudo naqueles em que a equipe se encontra mais preparada para o tratamento da finitude humana, está havendo uma conscientização quanto aos limites da tecnologia e, conseqüentemente, do tratamento a ser dispensado ao paciente, a fim de que o processo de morte seja vivido pelo enfermo de forma digna e com respeito a sua autonomia. Assim, termos americanos como *DNR (do not resuscitate)*, *NTBR (not to be resuscitated)*, *no Code, Code 4*, dentre outros, são colocados na cabeceira do doente em processo de terminalidade, a fim de que, em caso de parada cardiorrespiratória, não seja aventado o procedimento de ressuscitação (PESSINI, 1996, p.35).

A inserção deste tipo de procedimento em face de terminalidade se mostra muito importante, pois não se deve deixar de levar em consideração, conforme lembra Pessini (1996, p.36), que “*o que ontem era atribuído aos processos aleatórios da natureza ou a Deus, hoje o ser humano assume essa responsabilidade e inicia o chamado oitavo dia da criação*”, olvidando-se do fato de que a morte não pode ser vencida e que o sujeito portador de uma doença incurável e em estágio avançado deve ser respeitado de forma integral e não como mero espectro biológico.

4.3.3. Procedimento Distanásico no Ser Simbólico

Se chamado a opinar, certamente, Ernest Becker (2007, p.19) diria que os avanços tecnológicos trouxeram ao homem a possibilidade de se afirmar como

enfermo e seus familiares. (MARTIN, Leonard. Eutanásia e Distanásia. In: ___ *Iniciação a Bioética*, 1998, p.188).

imortal: por meio da ciência, nega a morte e o seu desamparo essencial e, assim, consegue realizar o heroísmo que dá sentido à vida, por meio da medicina.²³

Todavia, tal sentido heróico é apenas aparente, pois as tentativas de restabelecer os “*primitivos caminhos do sentimento*” (TOLSTÓI, 2006, p.50) que o ocultava de sua inexorável finitude - horas mais horas menos - não se mostrarão eficazes ante a contingência inapelável da extinção.

A certeza moral de que o médico deve oferecer ao enfermo em fase de terminalidade todo e qualquer procedimento disponível, ainda que isso venha só a aumentar o tempo de sua agonia, não passa de uma interpretação equivocada do que pode ou não ser compreendido como sendo a arte da medicina. A sutil – e ao mesmo tempo enorme - diferença entre antecipar a morte do enfermo e oferecer-lhe esperança de cura até os seus derradeiros momentos, submetendo-o aos mais diversos tipos de terapia inócua, é de especial relevância para a compreensão dos limites entre a inevitabilidade da morte e a proteção ao direito a vida (LARREA, 1996, p.163).

A técnica, que em Heidegger (2006, p.234) significa os equipamentos à disposição do *Ente*, bem como o próprio saber e a forma pela qual a verdade é extraída, quando divorciada de uma conduta ética, acaba por exprimir um completo vazio ontológico. Se demasiado imerso no universo da técnica, afirma o filósofo, o ser humano esquece sua verdadeira essência.

A manipulação do indivíduo, proporcionada pela tecnologia médica atual, não deve tomar como fim nada que não o próprio ser humano, para quem todo o conhecimento é desenvolvido. O que se pode desejar de uma ciência é que ela forneça meios do ser humano ter uma vida melhor, e não o contrário. Que não se concretize na medicina, o desvirtuamento da técnica que aconteceu na física, comentado por Oppenheimer quando da bomba atômica de Hiroshima.²⁴

²³ Para Ernest Becker, uma das verdades vitais para auxiliar o homem a adquirir certa compreensão do que lhe acontece e informar em que lugar os problemas realmente estão, é a idéia do *heroísmo*. Nem todos os homens conseguem significar a vida com o próprio heroísmo. Os que tiveram esta chance são considerados os grandes nomes da História. Na impossibilidade de se ter uma *causa heróica*, o homem *comum*, que antes se autojustificava no *poder que o criou*, hodiernamente, transfere esta autojustificação para maridos, esposas, amigos, líderes e ideologias – que passam a ser medida para os padrões de mais alto heroísmo, ideais verdadeiramente aptos que fazem com que as pessoas sigam em frente, além delas mesmas. Em contrapartida, ao se espelhar no outro e transferir o *plano heróico* ao outro, o indivíduo deixa de se questionar e, nesse sentido, questionar sua própria existência, pois o heroísmo – que dá sentido à vida – está no outro, não passível de questionamento, sob pena de, ao fazê-lo, o indivíduo se ver em completo estado de desespero ante sua própria efemeridade (BECKER, op. cit., p.245-48).

²⁴ Após os EUA terem lançado a bomba atômica na cidade japonesa de Hiroshima, Oppenheimer afirmou que a ciência, que até então vista somente como libertadora dos grilhões que impediam o ser humano de emancipar, havia conhecido o pecado.

Da mesma forma que a eutanásia, conforme demonstrado, é difícil de ser aceita, eis que os problemas éticos, jurídicos, médicos e filosóficos envolvidos no tema são de extrema magnitude; a distanásia também não deve ser a medida para o tratamento da terminalidade, uma vez que impede ao enfermo viver sua morte de modo digno e de acordo com as escolhas que foi fazendo durante sua vida.

Este é o assunto do próximo capítulo, no qual se tentará demonstrar que é juridicamente lícito e deontologicamente recomendável que um médico, ante a morte próxima e inevitável de seu paciente, depois de pedido deste ou de seus familiares, suspenda o tratamento curativo e ofereça ao enfermo somente os cuidados paliativos. Ou, mais ainda, em caso de não ser possível o oferecimento integral desse tipo de procedimento (devido à escassez econômica enfrentada pelo sistema público de saúde), permitir que o paciente faça uso de sua autonomia e retorne para o seio de sua família, a fim de que ali encontre carinho, acolhida e viva seus derradeiros momentos em meio aos entes queridos.

4.3.4. Paradigmas Possíveis para o Tratamento das Enfermidades

Quando uma doença se apresenta, é papel de todos os profissionais de saúde envolvidos com o tratamento de o enfermo buscar sua cura. Ainda que neste primeiro momento os olhos se devam voltar precipuamente para a agressão biológica ao organismo, obviamente, que também o sujeito deve ser ouvido, respeitado e tratado como tal, pois, conforme dito, o médico não trata somente a doença, mas a patologia, que inclui todos os sintomas subjacentes ao quadro.

É possível afirmar que este é o paradigma da cura, em que as atenções terapêuticas estão voltadas de forma contundente para o restabelecimento da saúde. Afinal de contas, as tecnologias surgidas não são malignas e devem ser usadas para o restabelecimento orgânico.

Mas, como sempre existe um tempo de nascer e outro de perecer, há um momento em que a medicina não tem nada a fazer, a não ser aceitar sua limitação técnica, oferecendo ao enfermo somente o máximo possível de alívio da dor e do sofrimento. Neste momento, o paradigma da cura seria abandonado e permaneceria somente o paradigma do cuidado. Se este fosse o quadro desenhado pela atualidade, ter-se-ia atingido o que poderia ser chamado de *ideal sanitário*. Contudo, diante das inúmeras possibilidades terapêuticas

trazidas pelos avanços experimentados pela medicina, associados à maneira disforme com que a morte é encarada pela modernidade, outro paradigma se abriu entre o da cura e o do cuidado: o paradigma tecnocientífico *puro*.

Nesta nova forma de lidar com a doença, o enfermo acaba sendo esquecido, ou então mal dimensionado, o que faz com que o sujeito simbólico sofra de forma desnecessária em seu processo de terminalidade. A tecnologia deixa de ser vista como auxiliar e se torna o ponto de partida e de chegada de todo o tratamento.

Não é possível o reducionismo de afirmar que o médico age de modo obstinado somente em decorrência da já constatada carência em sua formação acadêmica. Não raras vezes, temendo ser vítima de um processo judicial caro e desgastante, opta pelo prolongamento exagerado do processo de morte. A tensão entre o que o judiciário pode interpretar como abreviação da vida e o que vai ser considerado benéfico para a saúde (enquanto bem-estar global) do enfermo também tem contribuído para os excessos que às vezes se assiste (CALERA, 1994, p.720).

Contudo, como já demonstrado em momento oportuno, o processo de morte tem sinais que podem ser facilmente percebidos pelo profissional de saúde tecnicamente competente e humanitariamente bem resolvido. Ou seja, um profissional que faça da técnica um suporte para a busca da saúde e de sua condição de *frágil* um meio eficaz para a compreensão da fragilidade do paciente.

Hipócrates definiu o momento preciso em que é possível discernir o diagnóstico e o prognóstico do paciente e o denominou *krisis*. Neste instante, o olhar experiente do médico consegue observar uma mudança súbita no estado geral do paciente (para o bem ou para o mal) e consegue dirigir a condução terapêutica ou no sentido de cura ou no de cuidado (COMPARATO, 2007, p.533).

Diante dos problemas apresentados tanto em relação à abreviação da vida quanto ao que se refere ao prolongamento desmedido desta, haveria, então, algum modo de conduzir o paciente a uma morte digna, respeitando-lhe a autonomia e a vida? É o que se tentará responder no próximo capítulo.

4.4.

Ortotanásia

Ele nem sequer sabia que a vida nova não lhe seria dada gratuitamente, mas que ainda teria de comprá-la cara, pagar por ela uma grande façanha futura [...] Mas aqui começa uma outra história, a história da gradual renovação de um homem, a história do seu trânsito progressivo dum mundo para outro, do seu contato com a realidade nova, completamente ignorada até ali (DOSTOIÉVSKI, 1986, p.311).

4.4.1.

Considerações Iniciais

Conforme exposto até o presente momento, se, por um lado, há uma abreviação da vida no procedimento eutanásico, o seu oposto está no procedimento distanásico, que prolonga de forma injustificada o processo de morte. Em ambos os casos, a *morte acontece fora do tempo devido*, no primeiro pela abreviação e, no segundo, pelo prolongamento avalorado de um processo agônico de morte.

A vida tem um caráter episódico e não há meio pelo qual *negociar* uma pretensa infinitude terrena: o perecimento do corpo sempre ocorre. Talvez seja esta uma das razões ao apego excessivo à vida, ou seja, a certeza de sua efemeridade e a incerteza sobre o que esperar após o derradeiro momento.

Em meio às dúvidas que carrega sobre o que esperar após seu derradeiro fim, o ser humano demonstra, até mesmo por meio de suas legislações, que o *nada saber* sobre a morte faz com que ela seja negada até mesmo como castigo ao criminoso mais cruel. Não que a pena de morte não exista, mas é certo que ela é, quando aceita, a última *ratio* e nunca considerada uma pena humanitária.

A racionalidade obrigou que a idéia de Deus fosse negada, aliás, o homem se rebelou abertamente quanto a esta possibilidade, pois não seria possível, como advertiu Kierkegaard, pensar em uma divindade que cria alimentos para vermes tão caprichosos. O animal mais complexo é o alimento de um dos organismos mais simples (BECKER, 2007, p.113) e isto é verdadeiramente aterrorizante. O homem moderno *matou* Deus, é crítico ferrenho das ideologias que o movem e busca se segurar no vácuo de suas incertezas sobre o viver e o morrer.

Em meio a tanta *perdição*, Sócrates, citado por Anísio Baldessin, fornece um *bom conselho* sobre o que esperar após o evento final da vida:

Porque morrer é uma ou outra destas duas coisas: ou o morto não tem absolutamente nenhuma existência, nenhuma consciência do que quer que seja. Ou, como se diz, a morte é precisamente uma mudança de existência e, para a alma, uma migração deste lugar para outro (2005, p.57).

Em suma, ou a morte é o nada absoluto – onde também estarão ausentes a angústia e o desamparo existencial, ou, então, é a *passagem “desta para melhor”*. De todo o modo, a dor não estaria abrigada na morte, mas sim na vida (BALDESSIN, 2005, p.57). Assim concebida, ou (a) a morte seria boa ou, então, (b) não seria nada – o que também não deixa de ser bom para o homem, este ser em eterno conflito.

Obviamente que não se está aqui a fazer apologia à morte, mas sim, numa tentativa de torná-la menos apavorante, pois, quando isso acontece, a vida se torna mais satisfatória. Nas palavras de Lev Tolstói (2006, p.88), ao descobrir-se portador de uma doença que julgava incurável: *“nenhum homem que tem a infância atrás de si deveria esquecer-se da morte por um só minuto, tanto mais quanto a sua espera constante não só não envenena a vida, mas lhe empresta firmeza e clareza”*.

O contato permanente com a finitude possibilita ao homem decidir de forma sensata e justa sobre o modo pelo qual deseja ser tratado em sua terminalidade: tanto olhando para si, quanto para seus pares sociais. Reconhecendo a efemeridade da existência, o ser humano consegue também visualizar sua responsabilidade em relação à existência dos demais.

4.4.2. Conceito de Ortotanásia

Etimologicamente, ortotanásia vem de *ortós* (DE ANDRÉ, 1990, p.58), reto, correto e *thánatos*, morte. Querendo significar a morte no tempo certo. O *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa* (2001, p.2085) a define como sendo a *“morte natural, normal, boa morte, supositivamente, sem sofrimento”*. No contexto médico atual, se apresenta como o respeito ao bem-estar global do indivíduo, garantindo que o paciente em estado de terminalidade tenha sua decisão respeitada no tocante à condução do tratamento, com o fito de evitar que possíveis excessos terapêuticos acabem por aniquilar a dignidade do moribundo.

Precisamente, a ortotanásia se enquadra entre o procedimento distanásico e o eutanásico. É a busca de uma solução ética, a fim de evitar que princípios fundamentais se choquem. Na eutanásia, o princípio da inviolabilidade do direito

à vida estaria sendo desrespeitado; já na distanásia, o princípio da dignidade e, às vezes, o da autonomia, ficariam em segundo plano.

De acordo com Larrea Ortega (1996, p.15), ortotanásia pode ser definida como uma atuação correta, ante a morte que se apresenta como certa e inevitável, para aqueles que sofrem de uma doença incurável em fase terminal. Conforme afirma o autor, o termo é novo e pouco conhecido pelos leigos, sendo mais freqüente em ambientes acadêmicos, mas não significa, de modo algum, o oferecimento de uma nomenclatura nova a uma prática antiga.

Em Martin (1998, p.190-91) a definição é mais voltada para os caracteres humanísticos de que se reveste a ortotanásia. A ortotanásia permite que a morte não seja tratada como se fosse uma doença (como insta acontecer na cultura ocidental), por meio de uma integração entre o componente técnico e ético do agir médico, oferecendo ao enfermo o direito de receber tratamentos paliativos integrais, com alívio da dor e do sofrimento (na medida do possível), promovendo o seu bem-estar global. Em suma, assevera Martin, a ortotanásia é o direito de morrer de modo saudável, em um ambiente cercado de amor e carinho, enquanto se prepara para seu derradeiro fim.

O Conselho Federal de Medicina, por intermédio de seu presidente, Edson de Oliveira Andrade, em resposta à Procuradoria da República do Distrito Federal sobre a resolução que disciplina o agir médico diante do pedido do enfermo ou seus familiares para suspensão de tratamento extraordinário, se pronunciou no sentido de que a ortotanásia não seria um procedimento médico, mas sim o resultado do processo natural de uma vida que se extingue.²⁵

Para se considerar a ortotanásia, é preciso que (a) o processo de morte já se encontre instalado; (b) deve haver o consentimento do paciente ou de seus familiares²⁶; (c) não se deve buscar nem a abreviação da vida nem o prolongamento do processo de morte (d) o que pode se dar por meio tanto de omissão de tratamentos considerados extraordinários quanto pela suspensão destes (e) e com a imediata inserção de tratamentos paliativos integrais, visando aumentar a qualidade de vida do moribundo.

²⁵ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ. Parecer-Consulta nº.33.631/04.

²⁶ De acordo com Hewlett, citado por Muñoz & Fortes, para o consentimento, é preciso que (a) a informação repassada pelo médico seja compreendida pelo paciente, não bastando o mero uso da linguagem científica; (b) não sendo considerado um verdadeiro exercício de autonomia o uso de formulários padrões; (c) o sujeito ou o seu substituto devem ser competentes para o exercício do direito e (d) a não adesão ao tratamento deve ser voluntária (FORTES, Paulo A. Carvalho; MUÑOZ, Daniel Romero. O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido. In: *___Iniciação a Bioética*, 1998, p.65-68). Acrescente-se, aqui, o fato de que o consentimento deve ser expresso.

Tudo considerado, é possível afirmar que a ortotanásia não busca abreviar a vida do enfermo. Sua finalidade seria a de fazer frente ao uso avalorado da tecnologia, em uma sociedade que vê a morte com estranheza. Tem o objetivo precípuo de ponderar o choque dos princípios da dignidade e da autonomia do enfermo frente ao princípio da inviolabilidade do direito à vida, todos direitos fundamentais.²⁷

4.4.3. Direitos Humanos e Fundamentais Frente à Ortotanásia

A necessidade de fundamentar o conhecimento é, antes de tudo, um imperativo no qual a ciência deve ser nortear, eis que o discurso desvinculado de argumentos substanciais acabaria por transformar qualquer discussão – principalmente nas ciências sociais – em mera retórica ideológica.

Sem qualquer pretensão de ter atingido o ápice da verdade absoluta, chamada sabiamente pelos chineses de *Zhen-Le*,²⁸ em contraposição à verdade factual e verificável, chamada *Zhen-She*, o presente trabalho busca oferecer suporte aos argumentos apresentados em favor da ortotanásia.

Ademais, seguindo os caminhos impressos nas páginas anteriores, seria contraditório pretender aqui se fundamentar uma *Teoria do Todo*. Se os traços característicos do ser humano são justamente sua fragilidade, instabilidade profunda e inacabamento essencial, não deve, como pesquisador do próprio ser humano e de seu ambiente, pretender encontrar a verdade *Zhen-Le*.

Se, até mesmo para as ciências exatas, Einstein, em discurso proferido na cidade de Buenos Aires, em 1931, admitiu a impossibilidade de se alcançar a verdade absoluta, não devem, então, as ciências sociais (que têm como objeto de estudo o ser humano), proceder de modo diverso. O chamado *princípio da incerteza* deve conduzir a ciência em todas as suas dimensões, sob pena de se tomar a parte pelo todo (*Apud*, FIGUEIREDO, C., 2002, p.317-20).

O que se pretende nas linhas vindouras não é trazer doses objetivadas de verdades a - históricas ou absolutas. Ao contrário, o desejo é apenas o de que o debate não cesse de acontecer. Ainda que não haja concordância com os posicionamentos adotados, é possível constatar, que todos os seres humanos

²⁷ Para Maria de Fátima Freire de Sá a ortotanásia se apresenta como *exercício regular da medicina*. (SÁ, Maria de Fátima Freire. *O Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido*, 2005, p.135).

²⁸ Segundo os chineses, este tipo de verdade só é possível de ser alcançada por meio da transcendência divina, não seria dado ao homem conhecê-la, senão por meio da espiritualidade e da crença.

“seguem em direção a uma única e mesma coisa, pelo menos todos anseiam por uma única e mesma coisa, do mais sábio ao último dos bandidos, só que por caminhos diferentes” (DOSTOIÉVSKI, 2007a, p.122). Portanto, o caminho a ser apresentado parte de uma perspectiva na qual os direitos humanos devem ser plenamente realizados, eis que expressam um mínimo ético a ser respeitado por todas as nações e indivíduos, não implicando, todavia, que seja este o caminho verdadeiro.

4.4.3.1. Considerações Preliminares

A elaboração doutrinária dos direitos humanos foi precedida de uma fase anterior de positivações de direitos e liberdades individuais, que podem ser consideradas antecedentes (pré)históricos desses direitos. Assim, na Inglaterra do século XIII, encontra-se o primeiro documento que pode ser considerado o antecessor dos direitos humanos: a *Magna Charta Libertatum*, que é o pacto firmado entre o Rei João Sem-Terra, pelos bispos e barões ingleses, a fim de garantir aos nobres alguns privilégios feudais. Este foi o ponto de referência para o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia do direito de propriedade (SARLET, 2007, p.49).

O artigo 1º da Declaração do ‘*Bom povo de Virgínia*’, de 16 de junho de 1776, é o primeiro documento solene que reconhece que os seres humanos são igualmente vocacionados ao aperfeiçoamento constante e que a busca da felicidade é a razão de ser para a declaração destes direitos. Duas semanas após esta Declaração, surgiu a Declaração de Independência Americana, com conteúdo parecido (COMPARATO, 2007, p.103-05).

No ato de abertura da Revolução Francesa, treze anos após a Declaração de Independência Americana, surgiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que reconhecia a liberdade e a igualdade de todos os seres humanos. A fraternidade, entendida como a organização solidária da vida em comum, só apareceu em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, resultado da Assembléia Geral das Nações Unidas.

José Afonso da Silva (1998, p.174) afirma que a primeira constituição a subjetivar e positivar os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica, foi a brasileira do Império, de 1824, sendo anterior à da Bélgica que não raras vezes é colocada como sendo a primeira.

Em seu livro *A Era dos Direitos*, Norberto Bobbio (1992, p.02) afirma que os direitos humanos são direitos históricos, que nascem no início da era moderna, ao lado da concepção individualista de sociedade e se tornaram o principal indicador de progresso histórico de uma comunidade.

Para Bobbio (1992, p.15-24), os direitos humanos são, por si só, desejáveis, não obstante não devem ser elevados à categoria de fundamentos absolutos, isto, segundo o autor, em razão de quatro dificuldades: (a) a expressão *direitos do homem* é demasiadamente vaga; (b) são direitos em constante modificação de conteúdo, a depender das condições históricas; (c) o rol dos direitos é heterogêneo, havendo, não raras vezes, até mesmo incompatibilidade entre os direitos ali constantes (d) e a possibilidade de antinomia entre os direitos invocados pela mesma pessoa e, neste sentido, dois direitos fundamentais antinômicos não poderiam ser fundamento absoluto.

Não resta dúvida da historicidade²⁹ dos direitos humanos, todavia, ela não precisa ser absoluta, podendo, ao seu lado, coexistir a defesa da existência de direitos considerados como sendo a expressão de valores absolutos. Até mesmo Bobbio admite tal hipótese, quando assevera que os direitos de não ser torturado ou escravizado são absolutos. Uma concepção historicista radical não admitiria a possibilidade de defesa de perenidade de certos direitos que, ao lado daqueles que se modificam ao longo do processo histórico, permanecem inalterados, eis que originários do próprio processo de formação da sociedade (MÖLLER, 2007, p.132-33).

A diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, comumente tratados como sinônimos, pode ser feita usando dois critérios: o critério espacial e o critério de efetividade.

Para o critério espacial, são direitos fundamentais àqueles positivados constitucionalmente no âmbito interno de um determinado Estado. Já os direitos humanos referem-se à categoria de direitos reconhecidos a todo ser humano, concebido como tal. Os últimos, por não vincularem nenhuma ordem constitucional específica, aspiram a uma validade universal, eis que dirigidos a todos os seres, sem qualquer distinção (SARLET, 2007, p.35-36).

No que se refere à efetividade, os direitos fundamentais, de acordo com Sarlet (2007, p.40), têm, em regra, maior grau de efetiva aplicação e proteção, uma vez que há instâncias internas (principalmente a judiciária) dotadas de

²⁹ Esta é a posição de direitos humanos adotada por esta pesquisa, mas não se desconhece que eles também são concebidos como valores éticos anteriores ao direito positivo e, nesse sentido,

poder para fazer respeitar e realizar estes direitos, o que não aconteceria com os direitos humanos, por possuírem um caráter supranacional.

Elucidativo exemplo da efetividade limitada dos direitos humanos é o Convênio Europeu de Direitos Humanos, que tem como objetivo central a criação de um entendimento europeu comum para a vigência dos direitos humanos. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos é o organismo máximo para a interpretação deste Convênio e suas interpretações são obrigatórias somente para os países signatários, portanto, têm um âmbito de '*jurisdição interpretativa*' limitada aos pactuantes (MARLEM, 1996, p.14).

Apesar da distinção, não se trata de termos excludentes ou incompatíveis, todavia, os direitos humanos, quando positivados constitucionalmente por um Estado, devem ser interpretados com vistas ao local que se destinam. Obviamente, digressões inválidas e abusos interpretativos não podem ser considerados, pois, a despeito da singularidade local, os direitos humanos visam a uma validade universal.

Esses direitos podem ser concebidos do ponto de vista formal, entendidos como sendo os direitos que o ordenamento constitucional fixou como tais. Ou do ponto de vista material, que são aqueles sobremaneira importantes, que nenhuma ordem jurídica poderia não protegê-los. No tocante à função, os direitos fundamentais podem ser analisados sob o ponto de vista subjetivo, no qual são concebidos como garantidores da liberdade individual e, atualmente, também garantidores dos aspectos sociais e coletivos da subjetividade. Ou do ponto de vista objetivo, que se caracteriza pelo fato de sua normatividade transcender a simples noção de aplicação subjetiva individual, sendo também orientadores da atuação estatal (PEREIRA, 2006, p.77-79).

A compreensão dos direitos humanos e dos direitos fundamentais positivados constitucionalmente no ordenamento pátrio, mais especificamente, os princípios da dignidade, da autonomia e da inviolabilidade do direito à vida, é de fundamental importância na compreensão do que pode ser juridicamente aceitável no contexto de *morte digna*.

Morrer com dignidade seria morrer sem dor? Ou sem qualquer sofrimento? Há uma autonomia que inclua também o direito de dispor da própria vida? No direito à vida estaria também incluída uma obrigatoriedade de viver? Quais os limites entre autonomia, dignidade e vida? Haveria modos de conciliar os princípios em choque ou, ao contrário, deveria ser dada ao indivíduo a

direitos naturais. (JAVIER, Lucas. *Una Nota Sobre El Concepto Y la Fundamentación de los*

possibilidade de escolher livremente o que deve ser entendido como uma *boa morte*?

Buscar responder a estas questões é o objetivo a que se propõe daqui em diante, tendo em vista que, conforme dito, (a) o homem não consegue lidar com sua finitude, (b) que houve um excesso de medicalização da morte e que (c) a fronteira entre vida e morte não é mais tão clara como antes, restando à modernidade tentar oferecer respostas éticas e jurídicas aos problemas éticos por ela criados.

4.4.3.2. Direitos Humanos para o Tratamento do Tema

A humanidade não evolui somente em termos biológicos, do homem *Neandertal* à espécie *Homo Sapiens*, o indivíduo se desenvolveu de modo extraordinário. No plano cultural, esta evolução abriu espaço para que o ser humano pudesse também interferir sobre a evolução biológica: não se trata de um desenvolvimento orgânico natural, como aconteceu no correr evolucionista, mas, principalmente, da manipulação, às vezes inumana, do ser humano, pelo próprio ser humano.

Os prejuízos à parte simbólica do indivíduo em decorrência da excessiva manipulação de sua parte biológica não cessam de aparecer. O surgimento de unidades de terapia intensiva, da possibilidade de ressuscitar um corpo já morto e das inúmeras drogas que passaram a garantir mais quantidade de vida, ao lado de exames de última geração, faz com que o ser humano, em alguns momentos, seja visto como um objeto de manipulação para a cura e não um ser *total*. Isso para não citar questões como a manipulação do genoma humano, a reprodução assistida, a manutenção artificial de anencéfalos, dentre outras trazidos pelo conhecimento científico.

Às questões ético-jurídicas advindas do excesso tecnológico, os direitos humanos, desde que bem interpretados, oferecem um bom suporte teórico e prático, uma vez que demonstram aquilo que de mais importante as sociedades elegeram como digno de garantia. Sem nunca se olvidar, tendo em vista sua pretensão de validade universal, que estes direitos devem ser cuidadosamente manipulados, sob pena de seu errôneo entendimento conduzir a absurdos interpretativos de grave monta.

Os erros na ordem das ciências naturais não fazem com que uma sociedade não seja grande e próspera, mesmo que eles sejam graves, pois, durante muito tempo, houve a crença de que o sol girava em torno da Terra e, nem por isso, a humanidade deixou de florescer. Todavia, se um erro desviar um país na ordem moral e política, não haverá outra coisa senão o desastre. “Os povos que não aceitam a disciplina dos princípios acabam por sofrer cedo ou tarde a disciplina da força” (BEUDANT, *Apud*, SOUZA, J. P., 1976, p.118).

A compreensão da realidade axiológica transformou o entendimento de toda teoria jurídica e os direitos humanos foram identificados como os valores mais importantes para a convivência humana, sem os quais o perecimento social é inevitável (COMPARATO, 2007, p.26-27). Portanto, é com vista nestes valores que todos os conflitos jurídicos devem ser solucionados, a fim de tentar fazer com que a justiça (compreendida como aspiração moral) seja o fim último de qualquer ordenação jurídica.

4.4.3.3. Regras e Princípios na Constituição Brasileira

Comparando-se a Constituição de 1988 com suas precedentes, é possível perceber que o tema dos direitos fundamentais mereceu uma disciplina mais abrangente. O processo de elaboração da Carta Magna de 1988 foi marcado pelo intenso debate social, oportunizado pelo processo de redemocratização.³⁰

De acordo com Ingo Sarlet (2007, p.85-86), a concepção de que os direitos fundamentais na Constituição Brasileira formam um sistema separado e fechado, não deve ser considerada, uma vez que é possível encontrar direitos fundamentais positivados em outras partes da Carta Magna, bem como em tratados internacionais e até mesmo não-escritos. Além disso, há uma diversidade muito grande, no catálogo de direitos fundamentais na Constituição Brasileira, que impede, a princípio, encontrar critérios abstratos e genéricos de identificação de conteúdo. Assim, o sistema de direitos fundamentais, na Constituição de 1988, não é um sistema lógico-dedutivo (autônomo e auto-suficiente), mas aberto e flexível, aberto a conteúdos novos, integrado ao restante da ordem constitucional e sujeito aos influxos do mundo circundante.

A Constituição de 1988 é composta de regras e princípios e, embora ambos estejam dentro do conceito de norma, a diferenciação é imperiosa para o

estudo dos direitos fundamentais. As regras regulam situações subjetivas de direito, havendo vinculação entre a conduta e o enunciado prescritivo (a) reconhecendo as partes envolvidas na relação jurídica, (b) fornecendo-lhes a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou de outrem e (c) criando um vínculo jurídico entre as pessoas ou as entidades envolvidas na relação jurídica, obrigando a uma prestação (negativa ou positiva), sob pena de sanção (GUERRA, 2007, p.07).

Já os princípios seriam pertencentes à categoria de *direito pressuposto*, valorativo e informador do direito constante nas regras. Os princípios são orientações e diretivas, que possuem caráter geral e fundamental, podendo ser deduzidos do sistema jurídico e servem como orientadores aos aplicadores do direito (GUERRA, 2007, p.07).

Há também princípios que, deixando de ser meros orientadores, se convertem em lei e se tornam a base de todas as normas jurídicas (direitos fundamentais). Todavia, não há, entre os princípios e as regras, qualquer relação de hierarquia, ainda que infringir um princípio constitucional possa ser valorado de modo mais negativo do que infringir uma regra também constitucional. A violação de princípios coloca em xeque todo o ordenamento jurídico, pois eles são considerados disposições fundamentais, que irradiam sua força para todas as demais leis (GUERRA, 2007, p.08).

Para Alexy (2002, p.86-87), os princípios são mandamentos de otimização, aplicáveis em vários graus normativos e fáticos, enquanto as regras são normas que ou são cumpridas ou não são. Para o autor, a diferença entre princípios e regras é facilmente verificável quando há conflito.

No caso das regras, há a inserção de uma cláusula de exceção que elimina o conflito ou há a declaração de invalidade de, pelo menos, uma das regras. Assim, uma regra não é passível de gradação; ou ela é válida ou não é.

Já nos princípios, a solução não seria a mesma. Para Alexy (2002, p.89), como dito, princípios são mandamentos de otimização e, nesse sentido, é preciso verificar, no caso concreto, qual dos princípios deve ser utilizado para a solução do conflito, não significando, com isso, que haverá uma inserção de cláusula de exceção ou a declaração de invalidade do princípio. Se a questão de choque entre as regras é resolvida na dimensão da validade, o choque entre princípios é resolvido em sede de peso.

³⁰ O anteprojeto tinha 501 artigos e recebeu cerca de 20.700 emendas. Além disso, foi objeto de 122 emendas populares, subscritas, por, no mínimo, trinta mil eleitores (SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2007, p.75-76).

Canaris (*Apud* GUERRA, 2007, p.13) afirma que os princípios podem entrar em oposição e colidir, pois não têm a pretensão de exclusividade. Para Guerra (2007, p.13), havendo choque entre os princípios, deve-se buscar uma solução que realize todos os princípios em choque, na medida em que eles não determinam o que deve ser, mas sim o que é o melhor a ser feito.

Os princípios surgem de uma idéia de alto grau valorativo e as regras são emanadas para lhes conferir concretude, devendo o intérprete buscar a constante plenitude dos comandos principiológicos (GUERRA, 2007, p.14).

Sarlet (2007, p.388-98) afirma que, apesar de o constituinte não enunciar claramente a vinculação pública e privada aos direitos fundamentais, como acontece na Constituição Portuguesa, isto pode ser extraído do enunciado que prevê a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, donde é possível a compreensão de que se tratam de mandados de otimização de sua eficácia. Assim, o poder público, além de atuar no sentido de concretização dos direitos fundamentais, deve lhes dar a maior eficácia possível. Os direitos fundamentais vinculam o legislador, tanto de modo negativo (proibindo a criação de leis que violem os direitos fundamentais) quanto de modo positivo (dever de realização dos direitos fundamentais, por meio de leis que propiciem sua concretude). Também os juízes e tribunais têm sua interpretação e aplicação das leis vinculadas aos direitos fundamentais.

Por fim, de acordo com Sarlet (2007, p.456-59), é possível o reconhecimento de um princípio implícito da proibição de retrocesso na ordem constitucional brasileira, deduzido (a) do princípio do Estado Democrático e Social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica; (b) do princípio da dignidade da pessoa humana, que exige uma prestação positiva a fim de proporcionar uma existência digna para todos; (c) do princípio da máxima eficácia e da efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, que abrangem também a proteção dos direitos fundamentais já havidos; (d) das manifestações constitucionais no sentido de vedação a retrocesso, tal como a proteção ao direito adquirido, a coisa julgada e ao ato jurídico perfeito; (e) do princípio de proteção à confiança, condição nuclear do Estado de Direito, que impõe ao poder público a boa-fé nas relações com os particulares (que confiam na estabilidade e na continuidade da ordem jurídica) e (f) da necessária vinculação entre os atos anteriores dos órgãos legislativos.

Negar a vedação ao retrocesso seria, em última instância, possibilitar ao legislador, a despeito dos direitos fundamentais e das normas constitucionais em geral, o poder de criar regras livremente, mesmo em flagrante desrespeito à

vontade expressa do constituinte. Some-se a isto, o fato de no direito internacional haver uma recomendação para proteção e progressiva implementação dos direitos humanos, o que também impossibilitaria o retrocesso dos direitos fundamentais (SARLET, 2007, p.459-60).

Tudo considerado, os princípios são mandamentos de otimização que vinculam a administração pública, o legislador, o judiciário e, obviamente, qualquer intérprete, fornecendo a idéia de unidade ao ordenamento jurídico, ao irradiarem sua força normativa a todas as regras. Ademais, devem ser interpretados sempre levando em consideração a impossibilidade de retrocesso constitucional dos direitos e das garantias fundamentais.

4.4.3.4. Bioética e Direito Biomédico

Antes de adentrar propriamente às análises finais, é preciso frisar a diferença que existe entre bioética e direito biomédico ou biodireito.

Tradicionalmente, o direito médico se dedicava apenas à análise dos aspectos jurídicos envolvidos no exercício das atividades sanitárias, não somente a médica, mas todas aquelas envolvidas no tratamento da saúde. Devido à inserção, no campo sanitário, das *ciências biomédicas* e das *ciências biotecnológicas*, atualmente o direito biomédico compreende também essas novas relações jurídicas que nasceram em torno do antigo conceito (CASABONA, 2004, p.459-60).

Conceitualmente, direito biomédico é, segundo Casabona (2004, p.16), uma disciplina jurídica autônoma que possui natureza interdisciplinar. Em se tratando de sua interdisciplinaridade, o autor afirma que não é possível a análise de um problema biomédico tendo como foco apenas uma parte do direito, sendo necessária uma visão horizontal, na qual, além de todo o ordenamento jurídico, os direitos humanos, os conceitos médicos e técnicos básicos e a bioética, sejam levadas em consideração.

A bioética é um campo de estudo multidisciplinar, para o qual várias ciências convergem. Em sentido amplo, bioética é um ramo da filosofia moral que estuda as dimensões sociais e morais resultantes dos avanços científicos. É um potente instrumento intelectual de reflexão, elaboração de critérios de orientação e o ponto de partida para a tomada de decisões oponíveis contra o Estado, em caso de excessos (BARRETO, 2006, p.104-06).

Segundo Casabona (2004, p.14-15), há uma tendência atual em confundir o direito biomédico e a bioética. O autor não concorda com tal confusão, uma vez que problemas éticos, filosóficos, sociológicos, etc., não são, em sua visão, problemas propriamente jurídicos.

Em que pese o brilhante argumento do autor, a presente pesquisa não concorda com tal separação, pois compreende que, ao ser analisada uma questão do ponto de vista jurídico, nenhuma das outras dimensões subjacentes deve deixar de ser contemplada. Um problema social, filosófico, sociológico, etc., pode vir a se tornar um problema jurídico. Do mesmo modo, um problema jurídico provavelmente também envolverá outros de ordem social, filosófica, sociológica, etc. Ainda que se queira separar o direito biomédico da bioética, não haveria possibilidade de uma análise sem que os dois ramos estivessem estreitamente ligados. Não resta dúvida sobre o acerto da compreensão de Casabona, quando afirma que o jurista envolvido com a bioética deve ter uma visão horizontal do direito, mas isso não pode prescindir de uma visão ampla das questões envolvendo a bioética.

Villas-Bôas (2005, p.110-13) afirma que a expressão biodireito surge de uma tentativa de unificar o tratamento jurídico de temas tradicionais da bioética, tomando como pressuposto de análise somente a dogmática. A bioética transcenderia a análise estritamente jurídica, enquanto o biodireito estaria diferenciado do termo bioética, tão-somente em razão da abordagem do problema apresentado, não do seu conteúdo. Contudo, a autora não concorda com este posicionamento, afirmando que uma visão unilateral (estritamente jurídica do problema) acabaria por empobrecer a discussão.

O direito positivo, os direitos humanos e a bioética devem caminhar lado a lado, pois qualquer intervenção sobre a pessoa deve, necessariamente, se subordinar aos preceitos éticos e jurídicos.

4.4.3.5. Princípio da Dignidade

Poucos são os consensos teóricos contemporâneos, mas, se é possível afirmar que exista um, ele se refere à noção de valor essencial do ser humano. Mesmo que, algumas vezes, restrito ao discurso e que existam várias concepções possíveis de serem abarcadas pelo conceito de dignidade (às vezes até mesmo contraditórias), é no reconhecimento de que o ser humano é um fim

em si mesmo que quase todos os ordenamentos jurídicos ocidentais estão assentados (BARCELLOS, 2002, p.103-04).

Recorrendo à história, é possível vislumbrar a idéia de ser humano dotado de valor inerente à sua condição de humano na Grécia, no período denominado *axial* (de VIII a II a.C.). Neste momento, há uma substituição das explicações míticas acerca do mundo, pelas conceituações racionais advindas da lógica. Para Comparato (2007, p.08-12), apesar das inúmeras formas de segregação social havidas na sociedade neste momento histórico, foi aqui que pela primeira vez o homem foi analisado em sua igualdade essencial e visto como um ser dotado de liberdade e razão.

Com o advento do cristianismo, foi inserida no mundo ocidental a idéia de amor fraterno e da igualdade no reino dos céus, diferentemente do judaísmo, que crê em uma *nação escolhida*, os cristãos passaram a pregar a igualdade essencial de todos os povos. Ainda que esta igualdade só valesse no mundo sobrenatural, uma vez que inúmeras desigualdades entre as pessoas eram até mesmo impostas por seus dogmas, não resta dúvida da validade do pensamento do cristianismo para a concepção de homens essencialmente idênticos - à *imagem e semelhança de Deus* (COMPARATO, 2007, p.17-19).

O desenvolvimento cultural do ser humano e, conseqüentemente, a elaboração de um novo conceito de pessoa,³¹ assentou a idéia do caráter único e insubstituível de cada ser humano. O ser humano passou a ser visto como dotado de valor próprio e, assim, possuidor de uma dignidade singularmente analisada. Dessa maneira, não somente a coletividade passou a ser compreendida como digna, mas, também, cada indivíduo teria uma dimensão de dignidade que lhe seria própria (COMPARATO, 2007, p.31).

Neste contexto, afirma Comparato (2007, p.31) que, por exemplo, *“nenhuma justificativa de utilidade pública ou reprovação social pode legitimar a pena de morte”*. Pois seria eticamente incorreto que o Estado usasse de seu aparelho a fim de condenar alguém à morte, conforme a Resolução nº. 2.857 da Assembléia Geral da ONU, de 1971, na qual consta que o uso da pena de morte deve ser restringido ao mínimo, e, se possível, abolido, uma vez que feriria, além da inviolabilidade do direito à vida, à dignidade da pessoa (MAIA NETO, 2003, p.935).

A dignidade, de acordo com Alexandre de Moraes (2007, p.46-47), é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta na

autodeterminação consciente e responsável da condução da própria vida e requer o respeito das demais pessoas,³² constituindo um mínimo invulnerável que todo ordenamento jurídico tem o dever de assegurar. Desse modo, a dignidade apresenta-se em sua dupla concepção: (a) como um dever individual projetivo, em relação ao Estado ou a terceiros; (b) e como dever de tratamento igualitário pelos próprios semelhantes, devendo todos os cidadãos respeitarem a dignidade de seu semelhante, tal como deseja que sua própria dignidade seja respeitada, que pode ser traduzido em três princípios básicos: viva honestamente, não prejudique seu próximo e dê a cada um o que lhe é devido.

Para Comparato, a compreensão da dignidade suprema da pessoa é, em grande medida, reflexo da dor física e do sofrimento moral experimentado pelo homem durante sua existência histórica.

A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; o remorso pelas torturas, pelas mutilações em massa, pelos massacres coletivos e pelas explorações aviltantes fazem nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos (COMPARATO, 2007, p.38).

A idéia de dignidade surge do sentimento de urgência frente aos problemas éticos apresentados pela existência, ora são mais correntes e essenciais em seus apelos, ora são menos, a depender do horror histórico que se apresenta.

A evolução da ciência médica, em que pese a quantidade de benefícios agregados, fez com que a modernidade passasse a enfrentar seus avanços também como um *surto de violência*, no sentido empregado por Comparato, uma vez que a possibilidade de aviltamento da parte simbólica do ser humano, em nome da cura *(im)possível* de sua própria finitude, passou a fazer parte do agir médico.

³¹ O desenvolvimento do conceito de pessoa será estudado em momento oportuno, quando a pesquisa tratar do direito a vida.

³² Neste sentido se manifestou o Tribunal Constitucional da Espanha: “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais”. (SARLET, Ingo W. Dignidade da Pessoa Humana. Parte I e II. In:___*Dicionário de Filosofia do Direito*, 2006, p.218).

4.4.3.5.1. A Idéia de Dignidade em Kant e Dworkin

a) *Kant*

No pensamento filosófico, são atribuídos a Kant o entendimento e a formulação de que o ser humano seria sujeito de direitos universais, anteriores e superiores ao ordenamento estatal. Para a compreensão do entendimento do autor acerca da dignidade da pessoa, antes é necessária uma breve incursão em sua teoria da moralidade.

Para Travessoni Gomes (2004, p.119 e 127), na teoria kantiana, a fundamentação da moralidade não deve ser buscada no exterior, mas sim alcançada *a priori*, em conceitos puramente racionais. As leis da natureza, bem como as inúmeras inclinações humanas, não permitiriam a criação do dever moral genuíno.

Para que uma ação seja considerada moralmente válida para Kant, afirma Travessoni Gomes (2004, p.127), não seria suficiente a *concordância com o dever*, mas, acima disso, deve haver um *agir por dever*. Neste sentido, a motivação para o agir do ser humano seria o próprio dever, que teria o condão de gerar nele um sentimento moral. Não obstante, prossegue o autor, “*esse sentimento moral não é externo, não vindo da sensibilidade (inclinações); é o próprio respeito pela lei moral, que é o motivo da ação*”.

Em Kant, toda ação que tiver influência externa à razão não terá o poder de conduzir a uma *ação por dever* (uma ação moral genuína), mas, ao contrário, seria patológica. Não obstante, de acordo com Travessoni Gomes (2007, p.58-59), se para Kant a sensibilidade não deve ser fonte do dever, a lei dada pela razão tem como destinatário “*um ser que pertence a dois mundos: numeral e fenomenal. Não fosse o homem um ser sensível, a lei moral teria forma descritiva e não prescritiva*” e, apesar de não querido, é possível que ela seja desobedecida.

A vontade de se conduzir conforme o dever é o que Kant denomina de *vontade absolutamente boa* ou *boa em si*. Diferente do simples desejar (em meio às infinitas possibilidades existentes) é um agir voltado para a ação essencialmente moral (boa), sem qualquer outra finalidade.

Mas, de acordo com Möller (2007, p.76), a razão por si só não consegue determinar toda a ação humana; portanto, as ações objetivamente boas estão, a todo tempo, em confronto com ações subjetivas (e contingentes). Assim, se, por

um lado, há uma vontade objetivamente boa, ao seu lado também pode haver uma ação não necessariamente boa, fruto da contingência. Para solucionar esta questão é que Kant formulou o seu imperativo categórico, a fim de representar uma ação objetivamente necessária *per se*, sem relação de finalidade ou propósito. Imperativo, por ser uma ordem, absolutamente insubornável e categórico, por valer para todas as situações.

O imperativo categórico kantiano prescreve: *“age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal”* (GOMES, 2004, p.122). Desse modo, um ato moral (que se conforma com a ação e com o dever, resultado de uma vontade pura) é o ato que pode ser compreendido como lei universal. O ato, fruto das inclinações, não poderia, segundo Kant, ser considerado como uma lei universal, estando, pois, fora da esfera de moralidade. Com esse tipo de agir, a pessoa não alcança outra coisa que não uma exceção para si própria, por meio de uma transgressão do seu dever moral.

Segundo Travessoni Gomes (2007, p.60), uma máxima só pode ser considerada uma lei universal, no sentido kantiano, quando não contradisser a si própria quando for universalizada. Em seu entendimento, uma máxima *“universalizada contradiz a si própria quando a eficácia da ação como método para alcançar seu objetivo seria destruída por sua prática universal”*. Assim, afirma o autor, se a mentira fosse usada como lei universal, ela não enganaria ninguém.³³

Em Kant, ao mesmo tempo em que a razão legisla para si própria, ela também se submete às leis que ela cria. Nesse sentido, é autora e destinatária da mesma. Seria nessa capacidade de ser um legislador universal que reside, segundo Möller (2007, p.77), a dignidade da natureza humana e racional. Segundo o Kant, *“a moralidade e a humanidade, enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas providas de dignidade”* (Apud, MÖLLER, 2007, p.77).

Para Comparato (2007, p.22), a dignidade do ser humano em Kant não consiste somente no fato de ele ser homem e não uma coisa, mas também no fato de que, por meio de sua vontade racional, só o ser humano vive em

³³ “O exemplo da falsa promessa para obter dinheiro rápido ajuda a visualizar melhor esse ponto. Se tomo a máxima que determina dever eu pedir dinheiro (sic) emprestado quando sei que não posso pagar, porque estou em apuros, percebo facilmente que ela não pode valer como lei universal sem contradição, pois se todos fizerem falsas promessas, ninguém continuará acreditando nas promessas, que deixam, portanto, de existir como meio válido para se obter dinheiro. Logo, a universalização da máxima é autodestrutiva daquilo que a própria máxima pressupõe: a validade das promessas”. (GOMES, Alexandre Travessoni; MERLE, Jean-Christophe. *A Moral e o Direito em Kant: ensaios analíticos*, 2007, p.60-61).

condições de ser autônomo e, assim, dar a si suas próprias leis. Daí porque, para Kant, o ser humano não teria um preço, mas sim dignidade. Cada um dos seres humanos tem um valor insubstituível que não pode ser valorado, senão como fim em si mesmo.

Os seres racionais dotados de dignidade (pessoas) são sempre fins em si mesmos, não podendo ser objetos de manipulação para a obtenção de qualquer resultado. É ao observar o ser humano como valor absoluto, como fim em si mesmo e objeto de respeito, que é possível, por meio da aplicação da fórmula da humanidade, reconhecer no ser humano a dignidade que lhe é inerente (MÖLLER, 2007, p.77).

A construção do pensamento kantiano parte da natureza racional do ser humano, na qual a autonomia da vontade,³⁴ compreendida como faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com esta representação, é o atributo característico dos seres humanos, e constitui o fundamento da dignidade da natureza humana (SARLET, 2006, p.213). Com base nesta premissa, Kant sustenta que *“o homem, e, de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”* (Apud, SARLET, 2006, p.213), devendo sempre ser considerado como fim, tanto em sua relação consigo mesmo quanto em suas relações com terceiro. Assim, a dignidade não é algo outorgado ao ser humano, mas inerente à existência deste.

Korsgaard, citada por Travessoni Gomes (2007, p.61), afirma que, se aplicada a fórmula da humanidade (*“age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa, como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como meio”*) em qualquer ação *“que dependa, para a sua natureza ou eficácia, da ignorância ou da fraqueza do outro”*, haverá uma falha no teste e, dessa forma, não poderá ser considerada uma máxima universalizável.

Em que pesem as críticas feitas à teoria kantiana,³⁵ de acordo com Möller (2007, p.77)³⁶, é inegável a sua contribuição para o pensamento moral e jurídico moderno, assim como, em muito, auxilia os debates bioéticos atuais em função da (a) concepção de uma moralidade pautada na reciprocidade, (b) na igual

³⁴ Este tema será objeto de análise em seguida.

³⁵ De acordo com Travessoni Gomes, as críticas mais comuns formuladas à ética kantiana seriam: (a) rigorosismo moral que pode acabar gerando extrema injustiça, o que retiraria a legitimidade de todo o sistema; (b) a confusão entre princípios *prima facie* e normas absolutas e universais; (c) idealismo ingênuo. (GOMES, 2007, op. cit., p.57-63).

³⁶ No mesmo sentido, COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 2007, p.23-27.

consideração entre os indivíduos, (c) na noção de dever para com os outros, que pode ser compreendida como a máxima que diz que uma ação moralmente valorosa deve ser passível de se tornar uma máxima universal, em que os indivíduos são vistos como fins em si mesmos e não como meios.

Para Sarlet (2006, P.214), é no pensamento kantiano que a maioria da doutrina – nacional e estrangeira – identifica as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma possível conceituação de dignidade da pessoa.

b) Dworkin

Para Dworkin (2003, p.334) a expressão *direito à dignidade* pode ser usada de várias formas e em muitos sentidos pela filosofia moral e política, mas, entende o autor, que, no que se refere à terminalidade, *direito a dignidade* deve estar relacionado ao direito de não ser vítima de *indignidade*.

De acordo com o filósofo americano, há dois tipos de teorias sobre a dignidade: uma que toma como parâmetro os interesses experienciais e outra que toma como medida os interesses críticos.³⁷ No primeiro caso, a indignidade provocaria em suas vítimas grande sofrimento mental, pois veriam em suas vidas nada mais que um aglomerado de tormentos, uma vez que foram privadas de sua capacidade de experimentar aquilo que lhes era caro.

O autor não corrobora esta teoria, uma vez que ela não se aplicaria ao demensiado, pois, a partir de um momento de evolução do quadro clínico, o enfermo perde a consciência de sua individualidade e, conseqüentemente, de suas preferências. Dworkin (2003, p.337) entende que os valores que podem ou não refletir a dignidade são os abarcados pelos interesses críticos. “*O direito de uma pessoa a ser tratada com dignidade é o direito a que os outros reconheçam seus verdadeiros interesses críticos*”.

Assim, assevera o autor, o que parece mesmo ser importante na análise da dignidade são os interesses críticos, nascidos do juízo crítico de cada sujeito. Para Dworkin, se aplicada à idéia de *reino dos fins*, em que o indivíduo é tratado como fim em si mesmo e não como meio, a conclusão a que se chegará é a de que:

Assim compreendido esse princípio não exige que as pessoas nunca sejam colocadas em desvantagens a outras, mas sim que nunca sejam

³⁷ Já explicado em momento oportuno.

tratadas de maneira que se negue a evidente importância de suas próprias vidas (DWORKIN, 2003, p.339).

Assim, se de certo modo, a dignidade pode ser compreendida como uma questão convencional, em outro sentido, ela é o reconhecimento de que a sociedade admite a importância de cada vida, individualmente considerada e isso, segundo o autor, não é uma questão de convenção (DWORKIN, 2003, p.339).

4.4.3.5.2.

A Dignidade Humana no Pensamento Jurídico Atual

Direitos fundamentais, como salienta José Afonso da Silva (1998, p.183), são “*situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana*”. Os direitos fundamentais, depois de positivados pela Constituição, fazem com que esta última deixe de se restringir à definição das normas de competência e organização do Estado, para se tornar uma *Constituição Principiológica*, que traduz os autênticos valores que antes pertenciam somente à esfera moral (MÖLLER, 2007, p.80).

Princípio, no sentido aqui empregado, significa *mandamento nuclear de um sistema* que, quando positivados, se constituem em normas fundamentais, que direcionam toda a orientação interpretativa do ordenamento jurídico.

A dignidade é um dos fundamentos do estado brasileiro, todavia, afirma José Afonso da Silva (1998, p.109), ela não pode ser compreendida se não se levar em conta sua amplitude valorativa, ou seja, seu amplo sentido normativo-constitucional. Dignidade não deve ser reduzida à mera defesa de direitos pessoais ou ser invocada para se construir uma teoria individualista, ignorando-a quando se referir às bases da existência humana.

Por não possuir um conceito fixo, válido indistintamente para todas as pessoas e em todos os lugares, a dignidade pode ser compreendida como uma categoria axiológica aberta, em um processo contínuo de construção e desenvolvimento (MÖLLER, 2007, p.81).

Conforme já dito anteriormente por Dworkin (2003, p.336), dignidade não é uma mera questão de convenção, mas, se ela tem um conteúdo em constante mutação, também é possível afirmar que é viável haver uma convenção sobre o que pode ou não ser considerado como digno em um determinado momento histórico e em uma dada sociedade.

A dignidade tem uma dimensão ontológica, mas, não necessariamente, biológica, no sentido de que dignidade não deve ser compreendida como uma qualidade biológica inata da natureza humana, geneticamente programada como a cor dos cabelos ou dos olhos. A dignidade seria, em uma sociedade com valores diversos, uma construção permanente, tendo em vista que ela não deve somente representar um apelo ético, mas sim uma imposição a ser observada pelos órgãos estatais e por indivíduo isoladamente considerado (SARLET, 2006, p.219), pois ela é base da própria constituição do Estado.

Prevalece hodiernamente a noção kantiana de que cada ser humano deve ser considerado digno, tendo em vista sua natureza racional de se conduzir em seus projetos existenciais e de felicidade e, de acordo com Sarlet (2007, p.221), mesmo que esta autonomia lhe falte ou, por qualquer razão, não possa ser considerada em toda sua amplitude, não significa que o ser humano não deve ser respeitado como um ser digno. Note-se, todavia, que uma ação moral, no sentido kantiano, não é aquela que toma os desejos individuais como parâmetro, mas sim aquela que pode se tornar uma lei universal. A dignidade em Kant faz referência à possibilidade de o ser humano criar suas próprias leis (autodeterminação), mas desde que comprometidas com uma idéia de legislador universal, ou seja, criadas a partir de uma vontade pura.

A dignidade não deve ser analisada somente no âmbito individual. Retomando a noção kantiana, Pérez Luño (*Apud* SARLET, 2006, p.221) sustenta que há uma dimensão de intersubjetividade da dignidade, pois o ser humano está em relação com os demais. Isso, segundo o autor, não importa em sacrifícios da dignidade pessoal em prol da comunitária, mas sim na constatação de uma noção de dignidade que vai além da noção puramente ontológica.

Importa em considerar uma visão de caráter instrumental, na qual existe uma noção de dignidade de todas as pessoas, fundada em uma participação ativa de todos na *magistratura moral* coletiva e não somente restrita a uma idéia de autonomia individual. A perspectiva intersubjetiva da noção de dignidade implica em uma obrigação geral de respeito pelo indivíduo, traduzidas por um conjunto de bens indispensáveis para o florescimento humano como um todo e não somente de uma parte da sociedade.

A lição de Habermas é de suma importância neste contexto, pois a dignidade da pessoa, em uma acepção moral e jurídica, encontra-se vinculada à simetria das relações humanas interpessoais, marcadas pela recíproca consideração e respeito, de modo que apenas no espaço público da comunidade da linguagem o ser natural se torna um indivíduo dotado de racionalidade. A

dignidade deve ser, pois, compreendida sob a perspectiva relacional e comunicativa, que permite a comunicação moral entre todos os seres humanos (SARLET, 2006, p.222).

Salientando que a dignidade é um conceito aberto, mas que necessita ser minimamente objetivado, a fim de trazer certo grau de segurança e estabilidade jurídica, Sarlet (2006, p.223), propõe um conceito de dignidade no qual ela é (a) vista como uma característica do ser humano, (b) que o faz merecedor do respeito e da consideração de todos os outros seres humanos e do Estado, (c) implicando em um complexo de direitos e deveres fundamentais que (d) assegure a pessoa contra qualquer ato degradante e desumano, (e) a fim de proporcionar condições mínimas de existência para garantir uma vida saudável, (f) além de promover a participação ativa e responsável nos destinos da existência e da vida em comunhão com os demais.

Assim compreendido, o conceito de dignidade não é, como desejam alguns, algo puramente retórico, no qual caberiam quaisquer interpretações, pois, ainda que se pautar na melhor resposta possível ou na única resposta correta, sempre haverá o repúdio ao arbítrio hermenêutico. A dignidade é uma idéia vinculada a uma comunidade constitucional, contrária a qualquer tipo de reducionismo em sua compreensão.

4.4.3.6. Liberdade, Autonomia e Direitos Humanos

O conceito de liberdade não é unívoco, podendo assumir inúmeros significados, tais como autodomínio, ausência de coação externa, possibilidade de participação na vida pública, vontade livre, livre-arbítrio e capacidade de autodeterminação (MENDES, 2006, p.534).

Desde que foram feitos os primeiros relatos históricos do ser humano em sociedade, a idéia de liberdade sempre o acompanhou. Em seu nome mataram-se reis, mudaram-se sistemas de governo, nações foram dizimadas e inocentes foram para o cadafalso. Mas, o que é mesmo liberdade? O quê em seu conteúdo faz com que ela seja tão fascinante? E, melhor, o homem seria mesmo capaz de viver completamente livre, exercendo com plena autonomia sua vida? Ou Kierkegaard tinha razão quando afirmava que a grande angústia do ser humano é ser livre?

Responder a estas questões não é o objetivo deste trabalho, eis que somente um estudo apartado daria cabo de tentar fornecer algum indício de

resposta, mas, ainda assim, muito provavelmente, precário. Desse modo, o tópico será explorado na medida ideal para o tema aqui proposto, sem adentrar demasiado às questões de ordem conceitual e filosófica que envolvem o tema da liberdade.

Para o pensamento clássico, o núcleo axiológico da liberdade é a idéia de autonomia, ou seja, a possibilidade de obediência somente às regras pelo sujeito editadas. Desse modo, uma sociedade seria livre na medida em que ela obedecesse às leis por ela concebidas e que estas leis também fossem válidas para os governantes.

A partir do final do século XVIII, após as declarações de direitos humanos, foi estabelecida uma diferenciação entre liberdade pública e as liberdades privadas, como instrumentos de defesa do cidadão contra os arbítrios estatais. Em virtude de um excessivo individualismo, a idéia de que a liberdade era composta por duas dimensões foi sendo alterada, permanecendo no ser humano a noção de que, em nome de suas liberdades individuais, pouco importava sua liberdade pública (COMPARATO, 2007, p.65).

[...] a hegemonia da racionalidade técnica já não permite que o pensamento acerca da vida prática, que os antigos denominavam *discernimento*, realize-se numa instância autônoma, gerando parâmetros de conduta tais que resultassem numa manutenção da densidade do espaço público, isto é, o plano das relações sociais e da ação política. A esfera da vida prática esvaziou-se na medida em que a liberdade, nas sociedades capitalistas modernas, passou a ser considerada simples possibilidade de se decidir individualmente sobre assuntos privados (SILVA, F. L., 1998, p.33)

Em decorrência da miopia trazida pelo entendimento desvirtuado do sentido de liberdade, e a fim de oferecer uma saída para o excessivo individualismo, o movimento socialista trouxe a noção de *solidariedade* para complementar as faltas. A *solidariedade* prende-se à idéia de responsabilidade social de *todos* perante *todos*, que tem fundamento ético na chamada *justiça distributiva*, no sentido de compensação de bens e vantagens entre as diversas classes sociais, com a socialização dos riscos normais da existência humana (COMPARATO, 2007, p.65).

No que se refere aos direitos humanos, solidariedade se vincula aos direitos de terceira geração (paz, autodeterminação dos povos, desenvolvimento, meio ambiente equilibrado, qualidade de vida, conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e direito de comunicação). Eles se diferenciam dos demais direitos fundamentais por se desvincularem da noção de titularidade individual, destinando-se à proteção de grupos humanos, tais como a família, a

nação, o povo, etc. São chamados de direitos de solidariedade por possuírem uma implicação universal e exigirem esforços e responsabilidades coletivas para sua efetivação (SARLET, 2007, p.58).

4.4.3.6.1. Conceito de Autonomia

Autonomia é derivado do grego *auto* (próprio) e *nomos* (lei). Portanto, significa de autogoverno, autodeterminação, ou seja, é a capacidade que cada indivíduo tem de tomar em conta suas próprias *orientações*, a fim de gerir sua existência da maneira que melhor lhe convier. O sujeito seria autônomo para decidir o que pode ser considerado bom ou ruim, mal estar ou bem-estar e, de acordo com tal entendimento, se direcionar em suas escolhas sem a interferência externa. Diretamente relacionado ao conceito de autonomia está o de responsabilidade (FORTES & MUNHÔZ, 1998, p.57; MÖLLER, 2007, p.82).

O sujeito autônomo não está desvinculado das escolhas que vai fazendo ao longo de sua existência. Assim, a noção de responsabilidade acompanha cada atitude autônoma, não sendo possível falar em exercício de autonomia sem que a ele esteja também vinculada a idéia de responsabilidade pelas decisões.

4.4.3.6.2. Liberdade em Kant

Em Kant, a liberdade só é possível por meio da autonomia da vontade. A liberdade da vontade seria a expressão máxima da autonomia, no sentido de que é propriedade da vontade fazer lei para si mesma. O agir humano só decorre da idéia de liberdade. A ligação entre a vontade pura e as advindas das inclinações só é possível por meio da liberdade (GOMES, 2004, p.123), que deverá ter como parâmetro o imperativo categórico.

As escolhas (subjetivas) feitas pelos indivíduos devem sempre corresponder ao dever moral (necessidade objetiva), a fim de que a ação possa ser identificada como lei universal, de modo que todos os seres sejam tratados como fins em si mesmos e nunca como meios. O que conduz a tal escolha é uma vontade pura, conforme a razão, sem qualquer interferência da finalidade da conduta (sem interesses ou impulsos estranhos a vontade boa em si) (MÖLLER, 2007, p.83).

A idéia de que só é possível o conhecimento humano a partir da experiência continua sendo válida aqui. Todavia, Kant afirma que já que não é

possível fazer uma experiência prática da liberdade; é preciso pressupô-la. Neste sentido, os imperativos categóricos só são viáveis porque o homem consegue pressupor-se livre.

Desse modo, a idéia de liberdade tem que ser pressuposta como sendo uma propriedade da vontade de todos os seres racionais, não podendo ser demonstrada como algo real, uma vez que não é dado ao ser humano o conhecimento da coisa em si. Mas, de acordo com o filósofo, se não é possível conceber a liberdade em si, é perfeitamente cabível pensar acerca da liberdade. A consciência da liberdade nasce da necessidade objetiva de obediência ao dever, em oposição às inclinações individuais (MÖLLER, 2007, p.84).

De acordo com Kant, o fundamento da moral não estaria no prazer ou na felicidade (elementos externos à razão e que, portanto, não poderiam criar deveres), mas sim na idéia de liberdade, que fundamenta a existência de leis interiores (Moral) e exteriores (Direito), que tornam possível a convivência entre os diversos arbítrios (GOMES, 2004, p.123 e 144-45). No agir moral kantiano, está a constante busca entre *certo* e *errado*, mas esta distinção só é possível quando o ser humano ultrapassa suas inclinações.

Em Kant, há um único direito natural, a liberdade, que impele que o homem saia do *estado de natureza* e funde o Estado Civil. A coação não seria, assim, fundamento de validade do Direito (nem da Moral, uma vez que esta não é dotada de poder coercitivo), senão “*uma nota essencial das normas jurídicas, justamente para garantir o convívio dos arbítrios (usos da liberdade) mediante uma lei universal de liberdade*” (GOMES, 2004, p.142).

Para Kant, aquilo que *vale*, sempre decorre da lei moral, que tem como pressuposto a liberdade. Ela seria um valor transcendental, do qual a moral e o direito retiram seu fundamento de validade. A liberdade é autêntico valor, pois, *a priori*, independe das inclinações, sendo objetiva e universal, transcendendo toda a experiência (GOMES, 2004, p.149).

Isto só é possível por meio da idéia de que o ser humano possui um valor em si mesmo. É a partir desta compreensão que todas as decisões morais devem ser tomadas. A idéia de pessoa como fim em si mesma não implica somente o dever de não prejudicar, mas também o dever de favorecer a felicidade alheia que, segundo Comparato (2007, p.25), é a melhor justificativa para o reconhecimento dos direitos humanos, não só como liberdades individuais, mas também como diretivas políticas destinadas à plena realização do ser humano.

Na perspectiva kantiana, o dever de respeito à pessoa, que obriga com que ela seja tratada como fim em si mesma, advindo de sua autonomia (que lhe oferta dignidade), não permitiria, de acordo com Junges (2003, p.37), decisões que, embora aparentemente autônomas, reduzissem o sujeito a *coisa*, destituindo-o, em última instância, de uma personalidade e de sua dignidade.

A idéia de liberdade em Kant deve sempre vir acompanhada da noção de responsabilidade, pois o sujeito não é legislador só para si, mas para a humanidade. Como um ser autônomo, e responsável por dar a si suas próprias leis, ele deve guiar-se por uma vontade *pura* (livre das inclinações), caso contrário, não estaria agindo como um legislador universal, mas sim como alguém que cria exceções para si próprio.

4.4.3.6.3. Autonomia em Dworkin

Para o filósofo americano, direito à autonomia é comumente concebido como o direito a tomar decisões importantes para a definição da própria vida. Mesmo que as opções se apresentem como más escolhas, os sujeitos estariam agindo de modo autônomo somente quando pudessem atuar livremente na condução de sua existência. No caso de pacientes em terminalidade conscientes, segundo Dworkin (2003, p.316-17), o critério acima não apresentaria maiores problemas, todavia, ele se mostraria problemático para o tratamento dos demenciados.

Haveria, para Dworkin, dois modos de compreender autonomia: (a) ou se adota o critério comprobatório; (b) ou o da integridade. No caso do critério comprobatório, as decisões dos enfermos deveriam ser respeitadas, mesmo que imprudentes, pois, via de regra, a pessoa sabe melhor do que nenhuma outra o melhor para si. Este critério é bom, contudo, afirma Dworkin (2003, p.317), não salvaguarda a autonomia dos demenciados graves, que podem agir de modo diverso do que poderia ser considerado como sendo seu interesse fundamental.

Então, tendo em vista que os demenciados graves, ao perderem a *identidade*, podem acabar exercendo sua autonomia de modo diverso do esperado (de acordo com a vida que viveu), Dworkin propõe que o direito a autonomia nestes deve representar a expressão de seu caráter (valores, compromissos, convicções, interesses experienciais), o que é possível por meio da análise do sentido de *integridade* em sua existência.

A concepção de autonomia centrada na integridade não pressupõe que as pessoas competentes tenham valores coerentes, ou que sempre façam as melhores escolhas, ou que sempre levem vidas estruturadas e reflexivas. Reconhece que as pessoas frequentemente fazem escolhas que refletem fraqueza, indecisão, capricho ou simples irracionalidade (DWORKIN, 2003, p.319).

Conforme exposto pelo autor, não são as boas ou as más escolhas que vão direcionar o que pode ser compreendido como integridade, mas tão-somente a análise da vida do enfermo, tanto em relação às boas quanto em relação às más escolhas que foi fazendo no decorrer de sua existência. Nesse sentido, quando as decisões de um enfermo razoavelmente demensiado, refletir o sentido de integridade de sua vida que, grosso modo, teve uma existência permeada de contradições e escolhas autodestrutivas, de acordo com o entendimento de Dworkin, estas deveriam ser levadas em consideração, eis que refletiria o senso de integridade *daquela* vida.

A possibilidade de se opor a uma decisão de alguém incompetente só aconteceria quando sua escolha atual não refletisse de modo algum o sentido de integridade de sua vida. Caso contrário, ainda que o desejo do paciente seja o de se destruir, ninguém poderia impedi-lo de levar adiante seu intento.

4.4.3.6.3.1. Possível Crítica

Em que pese a profundidade da obra do filósofo norte-americano e a coragem ao enfrentar o tema da finitude humana e, além disso, as grandes contribuições para o pensamento bioético atual, sua obra leva em consideração somente o conceito de liberdade individual e olvida-se quase que completamente do de liberdade pública.

São as filosofias morais niilistas que concebem uma liberdade sem qualquer limitação. Se não há bem ou mal objetivamente considerados, de acordo com os niilistas, então, toda e qualquer escolha seria viável e, como consequência, liberdade não significaria mais do que o direito de somente fazer ou deixar de fazer aquilo que, de alguma forma, seja vantajoso para si.

Vista dessa forma, a liberdade seria uma absoluta e inesgotável fonte de direitos, impedindo até mesmo a existência do ordenamento jurídico, da sociedade ou do Estado, pois a decisão sobre o bom e o ruim, o justo e o injusto seria, em última instância, decorreria da perspectiva individual de cada ser humano. Qualquer lei ou decisão judicial que, de alguma forma, viesse a

restringir a liberdade, não poderia ser considerada como válida, pois contrariaria sua liberdade.

A democracia só é viável graças ao sentimento de identificação e solidariedade entre os membros da sociedade e é isto que faz com que seja possível o respeito às normas e às instituições sociais, ainda que cada um obtenha benefícios diversos ao cumpri-las. As instituições sociais cultivam tradições, costumes, valores e ideais compartilhados que, quando não respeitados, conduzem ao modo natural de governo para os desgovernados: a tirania (DEVLIN, *Apud* MALEM, 1996, p.12).

A liberdade, como valor superior reconhecido pela lei, se faz efetiva nos direitos que a garantem concretamente e ela não deve ser usada como argumento para a negação de direitos ou para a violação do restante das leis. Assim considerada, segundo Larrea, a liberdade absoluta, e a autonomia sem regras, como sua expressão, escondem uma falácia, pois consideram a liberdade como um bem desligado de toda e qualquer referência de verdade e bem comum (LARREA, 1996, p.179).

Se confrontada com a teoria kantiana, a idéia de liberdade que tem como parâmetro somente a integridade da vida individualmente considerada não poderia ser compreendida como um exercício de autonomia. Em Kant, o que faz com que o ser humano seja digno é a sua liberdade, que possibilita que ele dê a si suas próprias leis. Todavia, não se trata de uma liberdade niilista, pois ela tem como instrumento o imperativo categórico, que obriga que uma ação, para ser considerada um autêntico exercício de autonomia, deve ser livre das inclinações e dirigida por uma vontade *pura*, na qual as vicissitudes do mundo circundante, bem como os tormentos pessoais, não sejam consideradas. Se quiser tratar de uma autêntica lei universal, fruto de um autêntico exercício de autonomia, que faz com que o ser humano seja considerado digno, essa lei não pode ser *contaminada* pelas percepções pessoais, mas sim, direcionada a todos, universalmente.

A liberdade absoluta, segundo Carnevalli (2003, p.18), renega a si mesmo e se autodestrói, fazendo com que desapareça qualquer valor comum e, de alguma forma, vinculante para todos. As declarações de direitos humanos não seriam mais que postulados teóricos, especialmente para aquelas pessoas que se encontram a tal ponto fragilizadas que não tenham como fazer valê-los.

4.4.3.7. Direito à Vida

O ser humano necessita significar sua vida e, para tanto, usa seus objetos pessoais, seus animais de estimação, seus filhos, seus amores, seus amigos, sua pátria, uma crença, etc. Sua história pessoal é única e irrepetível e sua vida pode ser analisada de modo singular, de acordo com a forma que significou sua própria existência. Não obstante, também é possível que o ser humano analise sua própria história por meio de seus antepassados, igualmente humanos.

Olhar para a história da humanidade faz com que seja possível aprender os limites éticos, técnicos e moralmente aceitáveis para conduzir a própria existência. Ao mirar figuras como Sócrates, Galileu, Napoleão, Gandhi, Hitler e Stálin, dentre outros inúmeros exemplos possíveis, o ser humano consegue, por meio destas vidas, olhar para sua e apreciar o que deve ser repetido e o que precisa ser evitado, a fim de que possa continuar sendo chamado de “humano”.

Por mais que o individualismo impere nas sociedades modernas, é preciso sempre levar em consideração que o indivíduo não vive só. Ele é parte de uma sociedade e isto lhe impõe determinadas obrigações (e não apenas direitos), a fim de possibilitar uma convivência mais harmônica. Há condutas que, ainda que queridas ou desejadas, do ponto de vista individual, se analisadas no âmbito coletivo, não serão merecedoras de acolhida, uma vez que entram em confronto com valores amplamente aceitos como fundamentais.

O direito à vida, constante na Constituição Brasileira, segundo José Afonso da Silva (1998, p.200), não deve ser avaliado somente em seu caráter biológico, mas também em sua acepção biográfica. Para o autor, vida é “*um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou gemação vegetal), transforma-se, progride, mantendo a identidade, até que muda de qualidade, deixando, então de ser vida para ser morte*”. Assim compreendida, segundo o constitucionalista, qualquer coisa que viesse a interferir neste processo contraria a vida.

A vida, protegida pelo art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988, se entendida somente como capacidade biológica de sobrevivência, não alcançaria outra coisa que não o completo aviltamento da existência. O perfeito entendimento do mandamento constitucional só é possível por meio da compreensão de que a vida não é um bem absoluto, que deve ser mantida a despeito da completa fragmentação do indivíduo globalmente considerado.

Mas, da mesma forma, de acordo com Hireche (2007, [não numerada]), o bem jurídico mais importante é a vida, podendo ser considerado um *direito-mor*, que viabiliza a realização de todos os demais. Sem ela, salienta o autor, não haveria necessidade de ordenamento jurídico. Não é outro o entendimento de Moraes (2007, p.76), para quem a vida constitui-se como um pré-requisito para o exercício de todos os demais direitos.

Segundo Silva (J.A., 1998, p.201), a vida constituiria a fonte primária de todos os demais bens jurídicos, pois, assevera, “*de nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos*”.

O direito a vida humana é uma das maiores idéias da nossa civilização e sobre ele se assenta toda a moral médica (ROBERT, *Apud* SILVA, J. A., 1998, p.201). E é com base no respeito à vida, no direito inalienável de estar vivo, que a legislação penal pune quase todas as formas de interrupção comissiva ou omissiva do processo vital.

Afirma José Afonso da Silva que, quando da elaboração da Constituição de 1988, tentou-se incluir ali um “*direito a uma vida digna*”, que teve o objetivo primário de possibilitar o desligamento de suporte vital de enfermos em estado vegetativo persistente.³⁸ Entretanto, a idéia não foi levada adiante pelo temor de que situações diversas desta pudessem ser inseridas em um conceito tão aberto quanto o de “*vida digna*”.

A vida, além de ser de interesse do indivíduo, que pode decidir de modo autônomo a maneira pela qual deseja conduzi-la, é também de interesse estatal, pois ela é importante para a comunidade. O desinteresse pela vida, por parte do indivíduo, não faz com que o Estado também se desinteresse por sua proteção. De acordo com Silva (J. A., 1998, p.205-06), “*o Estado continua a protegê-la como um valor social e este interesse superior torna inválido o consentimento ao particular para que dela o privem*”.³⁹

³⁸ O Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, dispôs, no art. 6º: “*Todos têm direito à existência digna*”. O relatório da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher também considerava a hipótese de um direito a uma vida digna, com providências materiais, como o mínimo necessário para o seu exercício, o qual não figurou sequer no Projeto submetido ao Plenário da Assembléia Nacional Constituinte. (SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 1998, p.201-02).

³⁹ No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional Espanhol afirmou que a vida é um valor positivo, que não precisa contar com a vontade dos titulares, o que, por si só, impediria de aceitar a morte como um exercício de autonomia. Outra sentença do mesmo tribunal, afirmou que cada pessoa poderia dispor da vida como bem quisesse e procurar sua morte, e esta disposição é só um ato que a lei não proíbe, mas não é um direito subjetivo que o Estado deve garantir. (CALERA, Nicolas López. *La Vida y la Muerte Ante la Ética y el Derecho*, 1994, p.722-23).

A jurisprudência brasileira não tem outro entendimento senão o de que a vida é um bem indisponível (e não absoluto), e que é dever do Estado sua proteção.⁴⁰ O direito à vida não deve ser argüido somente quando se pretende uma prestação positiva, tal como o fornecimento gratuito de medicamento, mas sim, também compreendido como um direito que também impõe limitações ao exercício e gozo de outros direitos.

4.4.3.7.1.

O Conceito de Pessoa para os Direitos Humanos

A idéia de que os seres humanos podem ser reduzidos a um conceito ou a uma categoria geral é algo recente na história e surgiu pela primeira vez com os postulados cristãos, que afirmavam haver, entre os seres humanos, uma igualdade essencial, a despeito das inúmeras diferenças (COMPARATO, 2007, p.19). Esta é a primeira fase histórica do conceito de pessoa.

A segunda fase ocorreu no século VI, quando *pessoa* era considerada a substância individual da natureza racional. A elaboração deste conceito parte de uma perspectiva mais substancial, na qual a pessoa é composta pelas substâncias espiritual e corporal (COMPARATO, 2007, p.19-20).

Na terceira fase ocorreu uma elaboração mais teórica acerca do conceito de pessoa, que foi concebida como portadora de direitos universais, anteriores e superiores a toda ordenação estatal. O maior referencial teórico deste momento é a obra kantiana, já oportunamente trabalhada na pesquisa.

A quarta fase aconteceu com a constatação de que o homem é o único ser vivo que dirige sua vida em função de opções valorativas. Único que pode, ao mesmo tempo, ser legislador universal e sujeito que se submete a estas mesmas normas. Neste momento, houve uma verdadeira reviravolta no pensamento jurídico, com a compreensão de que os direitos humanos refletiam os valores

⁴⁰ MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*, 2007, p. 78-79. (Poder Judiciário e Efetividade de Proteção ao Direito à Vida e à Saúde: STF – “Pacientes com esquizofrenia paranóide e doença maniaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio. Pessoas destituídas de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial. Fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas carentes. Dever constitucional do Estado (CF, art. 5º, *caput*, e 196)”. (STF – 1ª T. – Rextr. Nº. 393175/RS – rel. Min. Celso de Mello, decisão: 1-2-2005) Direito à Vida e Fornecimento Gratuito de Medicamentos: STF – “Paciente com neoplasia maligna cerebral – Glioblastoma multiforme. Pessoa destituída de recursos financeiros. Direito à vida e a saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos para uso necessário, em favor de pessoa carente. Dever constitucional do Estado (CF, art. 5º, *caput*, e 196)”. (STF – 2ª T. – AgR 626.570-2/RS – rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 15 fev.2007, p.53); No mesmo sentido (STJ – 1ª T. – Resp 932330/RS – rel. Min. Teori Albino Zavascki, Diário da Justiça, 24 set. 2007, p.265); (STJ – 1ª T. – Resp 885416/RS – rel. Min. Teori Albino Zavascki, Diário da justiça, 08 out., 2007, p.222).

mais importantes para a convivência humana, sem os quais a sociedade não seria possível (COMPARATO, 2007, p.26-27).

A quinta e última etapa de elaboração do conceito de pessoa foi trazida pelo pensamento existencialista do século XX que, analisando as excessivas mecanização e burocratização da sociedade, acentuou o caráter único e inigualável da personalidade individual. O personagem social (com suas qualificações) não se confunde com a essência da personalidade humana e cada qual possui uma identidade única e inconfundível (COMPARATO, 2007, p.28-29).

Apesar de esse último ser o conceito mais recente de pessoa, isso não significa, de modo algum, que ele seja completo, pois a pessoa não é algo imutável e perene, sendo, por isso mesmo, um contínuo *de vir*. Tanto porque a personalidade humana é moldada pelo peso do passado (individual e coletivo), quanto porque a essência humana é evolutiva. Não é por outra razão que Heidegger diz que, enquanto viver, o ser humano é algo inacabado, vivendo em um constante processo de *vir-a-ser*. Assim, não poderia haver uma conceituação “*fechada*” para caracterizar um ser que tem como marca exatamente a incompletude.

4.4.3.7.2. Direito de Morrer e Direito a Uma Morte Digna

A Constituição Brasileira garante o direito à vida, e não o dever de viver qualquer tipo de vida em nome de uma pretensa sacralidade desta. Em uma sociedade secularizada o argumento da sacralidade da vida soa como imposição descabida. Afirma Junges (2006, p.305) que “*a argumentação que parte de uma visão sacral da realidade é logo desconsiderada no contexto sociocultural, e, por outro lado, a preocupação pela qualidade é algo que hoje faz parte culturalmente da nossa compreensão da vida*”.

Deixando de lado a idéia de que a vida é um dom de Deus e que, por tal razão, não deve ser violada, e concentrando apenas na vida como um valor jurídico, é possível perceber que é a própria noção de direitos humanos que impõe limites à sua disposição.

Há certas necessidades básicas que, a despeito das diferenças havidas nas sociedades, são idênticas para todos os seres humanos e é a partir da satisfação destas necessidades que se torna viável o florescimento pessoal e social. Os direitos humanos surgem exatamente a partir da noção de que, por

mais diferentes que sejam as perspectivas individuais ou de uma sociedade específica, sempre haverá valores que são por todos compartilhados. Entre estes valores, se encontra a proteção do direito à vida.

Há violações que atacam não só um indivíduo específico, mas a sociedade como um todo. A coesão social depende da garantia de que valores humanos básicos sejam respeitados; é só a partir disso que é possível afirmar que um indivíduo é parte integrante de uma sociedade (MALEM, 1996, p.13).

As duas grandes guerras mundiais e os horrores produzidos pelos campos de concentração demonstraram que a vida não deve ser apreciada como um bem absolutamente relativo. E, se a História é um palco para a aprendizagem do ser humano, suas lições não devem passar despercebidas, sob pena de a humanidade viver um *eterno retorno*. A idéia de inviolabilidade do direito à vida é um argumento uno que, se relativizado em demasia, acaba por justificar qualquer tipo de barbárie. Esta inviolabilidade não traz consigo a noção de sacralidade, mas a idéia de que se trata de um bem sem o qual nenhum outro se perfaz. Ao ser confrontado com outros bens jurídicos é recomendável que o direito à vida seja ponderado, mas não deixado de lado em nome de uma concretização absoluta de outro direito fundamental. A completa relativização do direito à vida pode abrir caminho para a repetição dos horrores históricos já vivenciados pela humanidade.

Como bem lembra Dallari (1998, p.238), não seria razoável que alguém se posicionasse contra seus próprios direitos, todavia, prossegue o autor, não são poucos os que, impelidos por sua própria miopia, buscam suas necessidades pessoais acima de quaisquer valores humanos, eliminando, dessa forma, qualquer barreira ética, o que acaba gerando violência e insegurança.

As fendas abertas pelas duas grandes guerras, advindas do egoísmo, dos excessos materialistas e da arrogância de alguns governantes, criaram terreno fecundo para a concepção de um novo tipo de sociedade, na qual os valores éticos e a proteção da pessoa humana se tornassem os principais objetivos, fundando, assim, uma convivência humana vinculada pela solidariedade (DALLARI, 1998, p.239).

4.4.3.7.2.1.

Princípio da Tolerância na Terminalidade

O direito de um paciente não se submeter a tratamento médico é decorrente da garantia constitucional de liberdade, liberdade de consciência,

inviolabilidade de sua intimidade e honra, além da dignidade da pessoa, que é fundamento da República (BORGES, 2007, p.232). A diversidade cultural deve ser enfrentada por meio da tolerância, em que as disparidades de valores devem se orientar pelo discurso da autonomia. Não é o caso do Estado deixar de se importar com a vida daquele que solicita a interrupção de tratamento médico ordinário, mas apenas o de admitir que o excesso de invasão na vida privada não é uma posição democrática. Afirmar que o sujeito tem autonomia para suspensão de tratamento de saúde, não é, de modo algum, dar-lhe o direito de morte.

O enfermo é tratado com dignidade quando suas decisões são ouvidas e respeitadas pela equipe que o acompanha. Cabe a ele decidir sobre os últimos momentos de sua vida. Informado sobre seu diagnóstico e prognóstico, o doente tem condição de optar entre ser ou não ser submetido a tratamento médico extraordinário. O respeito pela dignidade exige o reconhecimento de que algumas medidas são fúteis e não fazem mais que prolongar uma vida biológica, sem qualquer resultado positivo para o sujeito considerado enquanto tal (BORGES, 2007, p.233).

A não intervenção curativa na terminalidade não é uma forma de eutanásia, como bem salienta Borges (2007, p.233), uma vez que não provoca ou acelera a morte; ela é apenas o reconhecimento desta como parte da vida, a constatação da efemeridade humana. Hellegers, um dos fundadores do Instituto Kennedy de Bioética, afirma que *“perto do fim da vida, uma pretensa cura significa simplesmente a troca de uma maneira de morrer por outra”*, sendo tarefa dos médicos acrescentarem vida aos anos e não o contrário (Apud PESSINI, 1990, p.106).

A tolerância é um princípio que não pode ser olvidado por aqueles que trabalham com a terminalidade, pois não são os valores ou crenças destes que conduzirão o moribundo em seus derradeiros momentos, mas sim a idéia de que o próprio doente tem o direito de ser dignamente tratado, de ter sua autonomia respeitada e sua vida preservada.

Tolerância tanto pode significar uma atitude de respeito em relação ao pensamento diverso quanto pode afirmar que as práticas e opiniões são possuidoras de igual valoração. Mas, se levada ao extremo, a tolerância conduz ao relativismo moral e, com isso, à completa desintegração social.

O fundamento da tolerância é o de que, às vezes, é preciso admitir transgressões morais menores, a fim de evitar as maiores e, como diria Aquino (Apud LARREA, 1996, p.196), os que governam em um regime humano toleram

alguns males para que outros bens não sejam impedidos, ou para evitar males maiores. Não obstante, como bem observado por Larrea Ortega (1996, p.197), a tolerância nada tem a ver com o maquiavelismo de fazer um mal para se obter um bem. Não impedir um erro não seria o mesmo que cometê-lo. Em todo caso, a tolerância não deve se basear (a) no *relativismo* de tolerar por acreditar que não há nada inequivocamente bom ou mal, (b) nem no *ceticismo* de tolerar por não vislumbrar critérios firmes que permitam distinguir o bem do mal ou o verdadeiro do falso, (c) nem tampouco no *individualismo ou indiferença pessoal ou social* que toleram por acreditar que não se pode legitimamente intervir na vida dos demais.

A autoridade pública pode deixar de reprimir um injusto, a fim de evitar que um mal maior aconteça, como é o caso da tentativa de suicídio, que não é punida por nenhum ordenamento ocidental, não por ser uma prática recomendável, mas sim, para evitar que o suicida tenha sua personalidade ainda mais fragmentada do que já se encontra. Todavia, ainda que a maioria dos membros de uma sociedade opte por legitimar como direito uma ofensa a um direito fundamental, isso não pode ser tomado em consideração, não por meio do princípio da tolerância. Pois é objetivo da autoridade pública proteger os abusos que possam surgir em nome de um conceito equivocado de liberdade.

Há alguns direitos que não estão condicionados ao desejo da maioria, sendo eles a própria razão de existir da sociedade; caso contrário, a lei a imperar seria sempre a *do mais forte*. Não convém nunca esquecer que Hitler chegou democraticamente ao poder e, durante seu governo, alcançou bons níveis de aprovação popular, o que não implica que suas condutas frente ao *III Reich* possam ser consideradas legítimas ou dignas de repetição.

A tolerância a ser seguida na terminalidade não se refere à possibilidade de cada um decidir sobre qual o momento que considera mais digno morrer, mas tão-somente uma imposição de que a autonomia do paciente seja preservada e que nenhuma terapêutica lhe seja imposta sem sua concordância. Para Möller (2007, p.152), não há uma imposição de um modo de morrer considerado digno, eis que não há como se chegar a um consenso universal sobre o tema, tanto havendo aqueles que desejam se submeter a tratamentos extraordinários, como aqueles que não desejam tratamento algum.

O direito de morrer com dignidade é uma reivindicação de respeito ao paciente em processo de terminalidade, no qual a pessoa é vislumbrada como tal e não como mero objeto de manipulação (PESSINI, 1990, p.106). O conteúdo do que pode ou não ser considerado uma morte digna é determinado pelo

moribundo, dotado de crenças e valores que lhe são próprios. Isso é uma atitude tolerante.

4.4.3.7.2.2. O Direito de Morrer Dignamente

Não são poucos os documentos de direitos humanos que reconhecem ao indivíduo a possibilidade de agir autonomamente e de ter sua dignidade respeitada.⁴¹ Em âmbito nacional, a Constituição de 1988 garante o respeito à autonomia e à dignidade, inclusive no final da vida, e, em seu artigo 5º, inciso II, dispõe que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante.

Em face dos direitos humanos, tanto seria complicado aceitar a possibilidade de abreviação da vida, quanto seria a de um prolongamento desmedido do processo de morte. E a ortotanásia se mostra como uma via na qual o ser humano é visto como detentor de direitos inalienáveis e inegociáveis. A decisão sobre o que pode ser considerado digno no processo de morte é fruto de uma decisão autônoma, em que a vida não é apresentada como um bem disponível, mas também não é imposto um processo de morte prolongado (devido aos avanços tecnológicos) à custa da dignidade do moribundo.

A primeira grande confusão que se faz é pensar que *morte* e *processo de morte* sejam a mesma coisa. Se entendido no contexto da filosofia de Heidegger, o *processo de morte* se iniciaria com o nascimento, pois é deste filósofo o entendimento segundo o qual o ser humano é um *ser-para-a-morte*.

Compreendido nos termos da discussão ora apresentada, o *processo de morte* se iniciaria quando não mais fosse possível dar tratamento terapêutico ao moribundo ou a) por ser inócuo, tendo em vista o estágio da enfermidade ou b) quando este tratamento se mostrasse mais maléfico que benéfico. Nos dois casos, o paciente encontra-se em *estado de terminalidade*, mas não houve termo da vida ainda.

⁴¹ Dentre eles, Declaração Universal de Direitos Humanos (1948); Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966); Declaração de Helsinque da Associação Médica Mundial (1964); Declaração de Nuremberg (1964); Declaração de Sidney (1968); Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente (1981); Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos (1982); Declaração de Veneza sobre o Paciente Terminal (1983); Declaração de Madrid (I) sobre Eutanásia (1987); Recomendação de Hong Kong sobre o Estado Vegetativo Persistente (1989); Recomendação de Rancho Mirage sobre Cuidados a Pacientes com Dor Crônica Severa em Enfermidade Terminal (1990); Declaração do Genoma Humano e dos Direitos Humanos (1997); Convenção sobre os Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa (1999); Declaração Bioética de Gijón (2000) e, Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, da UNESCO (2005).

Os adeptos de um pretense direito à morte desejam, então, um *processo de morte* (e não uma *morte*) digno. O que fazem os defensores do direito à morte é chocar o direito à vida com o da dignidade da pessoa, bem como o de liberdade, concluindo que a vida é um direito e não um dever e que o sujeito teria o direito de escolher autonomamente sobre sua própria extinção, tendo como base a dignidade da pessoa, preconizada como direito fundamental na Constituição Brasileira, bem como seriamente defendida nos direitos humanos.

Conforme lembra Ariès (2003, p.239), um dos problemas trazidos pela negação extremada da morte é a concepção de um estilo de morte em que a discricção aparece como a forma moderna de dignidade. A hora certa de morrer só é vista como digna para a sociedade moderna se ela for “*rápida*”, que não faça com que o moribundo seja um *objeto perturbador*, lembrando aos que o assistem que a efemeridade é condição do *Ente*.⁴²

Se for verdade que a vida não é um dever, também não poderia se falar em dignidade ou liberdade sem ela, o que significa que, a despeito de não ser um dever, ela é condição sem a qual nenhum outro direito pode ser respeitado. Decidir, em vida, sobre sua própria extinção, equivaleria a abrir mão do tão aclamado direito à dignidade dos enfermos em fase de terminalidade. A dignidade a ser respeitada se refere ao processo de terminalidade, não à decisão autônoma do indivíduo de decidir o momento de sua morte.

Antes de pertencer ao ordenamento jurídico, a *vida* é parte da sociedade e, nesse sentido, é, precisamente, um conceito moral. Conceber a vida como um bem disponível a qualquer momento, bastando para tanto o desejo do enfermo, é, no mínimo, desprezar que o cidadão, detentor de direitos e deveres, só é assim concebido enquanto pertencente a uma sociedade.

Uma máxima que não pode ser universalizada é, segundo Kant, contraditória. Ou seja, uma prática universal da ação, como método para alcançar determinado objetivo, seria a fonte de sua destruição. Assim, pressupondo como possível pensar na possibilidade do auto-extermínio (suicídio, suicídio assistido e eutanásia) valer como prática universal a fim de se garantir a dignidade do paciente moribundo, haveria a completa destruição da dignidade do enfermo no exato instante em que o óbito fosse constatado.

Por tal raciocínio, não há outra conclusão a não ser a de que a dignidade clamada é para o processo de morte. O intuito é de que ele ocorra com o mínimo sofrimento possível para o paciente em estado de terminalidade, mas não

⁴² No sentido dado por Heidegger.

abarca o direito de decidir sobre o momento em que ela deve acontecer, tendo em vista que a universalização da máxima é autodestrutiva daquilo que ela mesma pressupõe: a dignidade do sujeito.

A vida garantida constitucionalmente é a vida abstratamente considerada e não a conteúdo do que cada um considera como tal. O legislador não visou tornar indisponível somente a vida digna, conforme já salientado por José Afonso da Silva.

Por tudo o que foi analisado desde a primeira página desta pesquisa, é possível afirmar que o direito a uma morte digna é completamente diverso do simples direito de morrer e é dever do Estado proporcionar ao indivíduo, sem abreviações ou prolongamento da agonia por meio da obrigatoriedade de um tratamento fútil, uma morte digna.

Os critérios para garantia do direito à vida, à dignidade e à autonomia são estabelecidos no artigo 5º, da Constituição Brasileira, nos seguintes incisos: II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; III – ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; IV – é livre a manifestação do pensamento; VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença; VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas; XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BORGES, 2005, p.03) e no artigo 196, também da Constituição, que prescreve que a saúde (globalmente considerada) é direito de todos e dever do Estado.

Desse modo, não é possível admitir que o enfermo esteja obrigado a se submeter a tratamento extraordinário de saúde, podendo o paciente, inclusive, recorrer ao Judiciário para impedir qualquer intervenção terapêutica sem o seu consentimento. Mas, ao mesmo tempo, admitir que o paciente possa não aceitar tratamentos fúteis, mas obrigar que o médico os ministre, soaria um tanto quanto contraditório. Para haver possibilidade de ortotanásia, não basta que o paciente opte por ela; é preciso que os profissionais de saúde tenham segurança para se orientarem conforme o desejo do paciente.

4.4.4. Diferenciações Possíveis Entre Eutanásia Passiva e Ortotanásia

A confusão que se estabeleceu em torno do conceito de ortotanásia é, em parte, responsável pela sua não aceitação em alguns setores da sociedade, não faltando defensores de que a ortotanásia e a eutanásia passiva digam respeito à mesma coisa.⁴³

A distinção, longe de ser mera questão terminológica, ou como diriam alguns, *filigrana jurídica*, envolve a própria compreensão dos institutos. Enquanto permanece a confusão, vozes se levantam contra a ortotanásia, por considerá-la idêntica à eutanásia passiva e, assim, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.⁴⁴

Em momento oportuno já foi demonstrado que uma conduta constitui crime quando nela se fizerem presentes todos os elementos do tipo penal. Crime é um fato típico, antijurídico (ou ilícito) e culpável, e só depois de verificado todo o conteúdo de cada uma destas esferas é que se pode afirmar, com certeza, se houve ou não a ocorrência do crime.

Os elementos que compõem a tipicidade são: (a) conduta (dolosa ou culposa; omissiva ou comissiva), (b) resultado (naturalístico ou normativo), (c) nexos de causalidade entre a conduta e o resultado e (e) tipicidade formal + tipicidade conglobante (tipicidade material + antinormatividade).

Tanto na eutanásia passiva quanto na ortotanásia há uma conduta omissiva, seja suspendendo o tratamento já proposto, seja não administrando. Nos dois casos, há a intenção de interrupção ou de suspensão terapêutica, todavia, a finalidade da conduta nos dois procedimentos é completamente diversa.

Na eutanásia passiva, se busca *abreviar* a vida do enfermo com a omissão ou a suspensão do tratamento ordinário. Na ortotanásia, a suspensão ou a omissão não têm outra finalidade que não a palição da dor e do sofrimento, evitando que terapias inúteis prolonguem de modo desmedido a agonia dos momentos finais. A morte é decorrente da patologia previamente existente e não de conduta médica omissiva ou comissiva.

⁴³ Neste sentido, CALSAMIGLIA, Alberto. Sobre la Eutanásia. In: *Bioética y Derecho: fundamentos e problemas actuales*, 1999, p.159; MÖLLER, op. cit., p.38; SÁ, op. cit., p.39.

⁴⁴ FOLHA DE SÃO PAULO, de 05 janeiro de 2007, afirma que a justiça argentina está discutindo a ortotanásia para desligar o suporte vital do garoto Brian Andrade, de cinco anos, em coma desde abril de 2005, após ter sido atropelado. Grifou-se; Para Márcio Palis Horta, a idéia de que eutanásia passiva e ortotanásia são a mesma coisa trouxe uma formidável confusão aos debates (HORTA, M. P. Eutanásia: problemas éticos da morte e do morrer. In: *Revista de Bioética*, v.7, n. 1, 1999, p.31.)

Segundo Greco, dolo é “a vontade livre e consciente de praticar uma conduta prevista no tipo penal incriminador” (2003, p.200). Assim, faltando consciência ou vontade à ação não é possível falar em ocorrência de crime.

O médico que, a pedido de seu paciente, deixa de aplicar ou suspende terapêutica extraordinária que só teria por finalidade o prolongamento do processo de morte - eis que o mesmo já se encontrava instalado -, não age com dolo de matar. Antes pelo contrário, age com extrema consciência humanitária e com o desejo de significar a vida do moribundo nos últimos momentos que lhe restam (VILLAS-BÔAS, 2005, p.189). Em suma, dá-lhe vida, não uma vida qualquer, mas sim uma vida qualitativa.

Na ortotanásia, também não há assunção do risco do óbito do enfermo por parte do médico, uma vez que sua ocorrência já se mostrava iminente e as terapias possíveis seriam todas extraordinárias, e não teriam outro efeito que não o de prolongar o processo de morte.

Do mesmo modo, não é o caso de se pensar em ocorrência de crime culposos. Age com culpa o agente que deixa de observar um dever objetivo de cuidado. A culpa pode acontecer em razão de três formas de conduta: negligência, imprudência ou imperícia.

Não é negligente um médico que consegue compreender que saúde é um conceito global, estando aí inserido também o bem-estar psíquico, social, espiritual e emocional. Na conduta ortotanásica, o médico não deixa de fazer algo que lhe era imperioso; pelo contrário, compreendendo as variantes havidas no conceito de saúde, sabe sobrepesá-las e decide, de acordo com a vontade do enfermo, aquilo que lhe é mais caro. Não há também imprudência, pois seria imprudente se o médico quisesse, a todo custo, ministrar terapias que visassem apenas ao prolongamento desmedido do processo de morte, a despeito da vontade do doente se dirigir para o lado oposto. Quanto à imperícia, esta também não pode ser aventada, pois o reconhecimento de que a medicina tem limites é parte da arte médica. Desse modo, quando o médico deixa de administrar ao paciente medicamento que tem como finalidade apenas o prolongamento do processo de morte, na verdade, está demonstrando ser grande conhecedor da técnica e da arte da profissão que abraçou para si.

Por todo o exposto, não há que se falar em ocorrência de crime, pois não há tipicidade penal. Usando o conceito estratificado de crime, ter-se-ia que não haveria como chegar à análise da antijuridicidade nem da culpabilidade, uma vez que a ação do agente não conseguiu passar pelo primeiro teste (o da tipicidade), em função da inexistência de dolo ou culpa.

Não é outro o entendimento de Roxana Cardoso Borges, para quem o médico não é obrigado a prolongar o processo de morte por meio de tratamentos extraordinários, a menos que o paciente assim o tenha orientado. Em suas palavras:

A ortotanásia é conduta atípica perante o Código Penal. [...] A ortotanásia serviria, então, para evitar a distanásia. Em vez de prolongar artificialmente o processo de morte (distanásia), deixa-se que este se desenvolva naturalmente (ortotanásia). Maria Celeste Cordeiro dos Santos entende que o auxílio à morte 'é lícito sempre que ocorra sem encurtamento da vida', a autora chama a ortotanásia também de 'auxílio médico à morte', entendendo que 'o médico (só ele) não é obrigado a intervir no prolongamento da vida do paciente além do seu período natural, salvo se al lhe for expressamente requerido pelo doente (BORGES, 2007, p.236-37).

O auxílio que o médico dá ao moribundo na terminalidade é no sentido de que a ele seja dada uma morte menos agônica. A obrigação da medicina para com o doente, fora de possibilidade terapêutica, não é o prolongamento desmedido de uma vida que já dá sinais claros de extinção, mas sim a de cuidar do enfermo, a fim de que a dor e o sofrimento da terminalidade possam ser mitigados.

Conforme já explicado em momento oportuno, obviamente que não se está a falar em suspensão de procedimentos ordinários, ou na suspensão de qualquer meio artificial de sobrevivência, mas tão-somente em relação aos tratamentos extraordinários. Se houver a omissão ou a suspensão de terapias consideradas essenciais ou ordinárias, ou quando o processo de morte ainda não tiver se instalado, aí sim, poder-se-ia aventar a possibilidade de ocorrência de eutanásia.

Religiosos de todo o país já demonstraram apoio à ortotanásia (nos termos aqui propostos), dentre eles, D. Rafael Llano, presidente da Comissão para a Vida e a Família, da Congregação Nacional dos Bispos do Brasil e o delegado e secretário para a Promoção da Juventude da Confederação Espírita Pan-Americana, Marcelo Henrique Pereira, ambos partilhando o entendimento de que para uma pessoa cuja doença já se encontra em fase de terminalidade, seria moral, ético e religiosamente aceitável a suspensão do tratamento curativo e a inserção de cuidados paliativos para alívio da dor e do sofrimento.⁴⁵

Raciocínio idêntico ao feito quando da explanação da *terapia de duplo efeito* pode ser aplicável aqui: a abreviação do tempo de vida não é a finalidade da omissão ou da suspensão de tratamento extraordinário, mas, se esta ocorrer,

será em prol de um oferecimento de qualidade de vida ao enfermo em fase de terminalidade (VILLAS-BÔAS, 2005, p.80).

Nunca convém deixar de mencionar que, para que se possa falar em suspensão e omissão de tratamento considerado fútil, é imprescindível que ao moribundo se dê tratamento paliativo. Pois, se o que se busca com a ortotanásia é exatamente a preservação da dignidade do paciente; de nada adiantaria a suspensão do tratamento em que o moribundo seja entregue a sua própria sorte. Uma das características éticas mais notáveis da ortotanásia é exatamente a administração deste tipo de cuidado, pois é por meio dele que a dignidade na terminalidade é satisfeita.

Mas, ainda que seja entendida que a ortotanásia é uma conduta típica (o que esta pesquisa não corrobora), ela teria sempre uma causa justificadora para exclusão da antijuridicidade, seja pelo estado de necessidade, o estrito cumprimento de dever legal, etc. Esta pesquisa opta por, preferencialmente, admitir a causa de exclusão da antijuridicidade advinda do exercício regular de um direito. A regulamentação da prática médica é feita pelo Código de Ética Médica e o próprio ordenamento jurídico brasileiro admite que ao médico seja dado o direito de agir profissionalmente. A omissão de tratamento extraordinário, após apresentado este desejo por parte do paciente, é parte do agir médico (VILLAS-BÔAS, 2005, p.190).

Além das causas legais de justificação, é possível, ainda, falar em ortotanásia, devido à inexigibilidade de conduta diversa, que é uma causa supralegal de exclusão da antijuridicidade. De acordo com Dotti (*Apud* VILLAS-BÔAS, 2005, p.191), haveria um choque de deveres (de conservar a vida e evitar o sofrimento), resultando na escolha do que ele chama de *mal menor*. Esta idéia é fortemente criticada na Alemanha, tendo em vista que foi utilizada como argumento, durante o regime nazista, para justificar a eugenia.

Princípios como os da adequação social e da intervenção mínima também justificam a omissão terapêutica extraordinária, uma vez que o ordenamento jurídico deve admitir que as inovações tecnológicas para o tratamento da saúde acabaram trazendo consigo um processo de morte que pode se apresentar injustificadamente penoso e sofrido. Além disso, se a ortotanásia não fornece ao paciente ou aos seus familiares o direito de optar pelo momento de ocorrência da morte, não se está falando em eutanásia, o que elidiria a possibilidade de intervenção estatal que, principalmente em se tratando de direito penal, deve ser

⁴⁵ ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA. "Religiosos apóiam resolução sobre a terminalidade da

mínima. Pela perfeita adequação ética e jurídica, à luz dos valores sociais e dos princípios constitucionais, se pronunciou o constitucionalista Luiz Roberto Barroso ao jornal Folha de São Paulo em dezembro de 2006 (*Apud* SIQUEIRA, 2007, p.04).

Assim entendida, na ortotanásia, a vida estaria sendo preservada, a dignidade garantida e a autonomia do enfermo seria a responsável pela condução de todos os procedimentos a serem ou não adotados em sua terminalidade, a fim de que a excessiva medicalização da morte não seja acrescida ao processo.

4.4.5.

Ortotanásia: direito ao exercício de autonomia, com preservação da dignidade e da vida

À guisa de conclusão é possível fazer coro com I. Kant e M. Heidegger e afirmar, juntamente com Pauperio (1977, p.89), que *“o valor acha seu fundamento último no ilimitado poder de uma liberdade que só se expande e se afirma plenamente no ato de estabelecer fins”*. As ciências biológicas interpelam a ética e o direito continuamente, cabendo a estes, por meio dos dados colhidos naquelas, fornecer parâmetros para as práticas científicas, uma vez que nenhuma ciência se opera em um vazio axiológico. Se a morte se tornou estranha à modernidade e as crenças nas possibilidades terapêuticas se agigantaram sobremaneira, o ser para o qual todo o conhecimento é dirigido não deve ser esquecido e é com vistas nele (concebido enquanto fim em si mesmo) que deve partir toda a tentativa de resposta.

Conforme exposto em momento oportuno, a liberdade total não conduz à outra coisa que não a desagregação social e a impossibilidade do convívio entre as pluralidades. Ademais, a liberdade, quando possibilita ao ser humano o exercício de autonomia, não quer, com isso, garantir que qualquer conteúdo seja válido para a norma que o indivíduo dita pra si.

Do mesmo modo, conceber a dignidade (que é um conceito em constante construção) como capaz de elidir a obrigatoriedade de proteção ao direito à vida é interpretar os direitos humanos de modo míope, partindo da não compreensão de que o ser humano é livre (e age autonomamente) apenas na medida em que seu agir pode se tornar uma lei universal.

A vida também não deve ser absolutizada, sob pena de se condenar o sujeito simbólico a uma infinidade de torturas, sob o argumento de que ela deve ser mantida a qualquer custo.

Durante quase todo o tempo se tem afirmado que a ortotanásia seria a ponderação diante do choque dos direitos de autonomia e dignidade frente ao direito a vida.

De acordo com Ana Paula Barcellos (2003, p.55), ponderar é uma técnica de raciocínio usada para apresentar solução em casos considerados *difíceis*. São considerados *casos difíceis* aqueles em que premissas maiores hierarquicamente idênticas e, não raro, contraditórias, indicam solução diversa, a depender da premissa que for considerada na análise.

Quando analisados os princípios constitucionais, não é recomendável que um seja escolhido em detrimento de outro, pois o *princípio da unidade*, segundo o qual as disposições constitucionais possuem hierarquia idêntica e devem ser harmonicamente interpretados, não indica este tipo de solução (BARCELLOS, 2003, p.55).

O choque entre o direito de inviolabilidade da vida e os da dignidade e da autonomia demonstra com clareza um *caso* que pode ser considerado *difícil*. Isso porque tratam-se de princípios igualmente importantes, hierarquicamente idênticos, e que, a depender da premissa adotada, o resultado será completamente diverso.

Se prevalecente a inviolabilidade do direito à vida, no qual ela se apresenta como um bem jurídico absoluto, analisado puramente em seu caráter biológico, não se chegaria à outra conclusão, senão a de que o procedimento distanásico é o mais indicado para o tratamento da terminalidade. Com isso, faz-se com que a autonomia, caso o paciente tenha solicitado a interrupção de tratamento inócuo e não tenha sido atendido, seja desconsiderada e a dignidade no processo de morte, completamente extinta.

Tomadas, ao contrário, a dignidade e a autonomia como prevalentes em relação ao direito à vida, a conclusão de que a eutanásia é possível seria imperiosa. Todavia, esta solução aniquila a vida, bem como sem a qual nenhum outro direito pode ser alcançado.

Tanto é possível que a ponderação aconteça em um caso concreto quanto ela seja feita de modo abstrato, em um caso hipoteticamente considerado. Barcellos afirma que as ponderações em abstrato são subsídios oferecidos pela doutrina que servem de parâmetro ao aplicador, transformando, não raras vezes,

casos *difíceis* em casos *fáceis*. Além disso, proporcionam uma maior segurança e uniformidade na interpretação constitucional (BARCELLOS, 2002, p.59).

Por meio do entendimento de que (a) saúde é o bem-estar global do enfermo, que inclui as dimensões biológica, psíquica, social, espiritual, etc.; (b) que a tecnologia pode prolongar de modo descabido um processo de morte, por si só, já agônico e que (c) que o papel da medicina nem sempre é o de curar o enfermo, uma vez que a efemeridade é marca da condição humana, seria perfeitamente possível dar à ortotanásia o papel de integradora dos direitos fundamentais que estavam em tensão. A autonomia deve ser garantida por meio do respeito aos desejos do paciente e de seus familiares, obviamente, desde que estes não se colidam com o ordenamento jurídico. A dignidade trazida ao processo de morte, não por meio de uma abreviação da vida, mas sim por cuidados genuínos e efetivos, no sentido de mitigar a dor e aliviar o sofrimento da terminalidade. Por fim, o completo respeito à vida, deixando que a morte aconteça no tempo correto, sem abreviações ou prolongamentos inúteis.

À summa dos pontos anteriores, a ortotanásia se apresenta como uma saída viável, humanizada e constitucional para se tratar o problema da terminalidade e os conflitos éticos trazidos pela inserção tecnológica na medicina, bem como pela desmedida negação da morte.

Na ortotanásia a vida é considerada não como um bem absoluto, sobre o qual não haveria como transigir. Não há uma imposição de vida ao sujeito moribundo, mas sim a oferta de auxílio, por meio dos cuidados paliativos, para que o processo de morte aconteça de forma natural e o menos agônico possível, tanto no âmbito corpóreo como no psíquico.

Ao optar pelos cuidados paliativos, o médico responsável pelo paciente já deve ter esgotado todos os meios ordinários de tratamento indicados para o caso. Não se trata de um simples *deixar morrer*, mas sim da constatação de que há um momento em que nada mais pode ser feito pelo enfermo, a não ser trazer um mínimo de qualidade de vida para uma existência que já está se extinguindo. O tratamento só é interrompido após não haver mais meios para a cura ou para o prolongamento qualitativo e relacional da vida, quando os procedimentos implicassem somente em um prolongamento do processo de morte.

O que se busca na ortotanásia é pensar no sujeito como portador de vida, autonomia e dignidade. Mas não dignidade e autonomia voltadas para a decisão do momento da morte; elas são retrocedidas para o processo de morte, fazendo com que a vida, que também é um direito fundamental, não seja violada.

O reconhecimento da possibilidade jurídica da ortotanásia, tanto frente aos direitos humanos, quanto ao ordenamento jurídico pátrio, é fruto de um exercício no qual o futuro da humanidade não é deixado ao puro acaso, ou às forças cegas da natureza, mas sim resultado de uma prognose que tem como medida o intelecto, a vontade, a sensibilidade valorativa e o juízo ético. Isso pressupondo que cada ser humano carrega em si a possibilidade de conhecer seu *Ser* e que a sociedade deve estar sempre apta a responder de modo satisfatório quando as escolhas pessoais colocarem em risco a solidariedade e a continuidade da comunidade.

Como bem lembrado por Carneiro (1959, p.12), a solução para os problemas éticos não deve ser sentimental, pois nem mesmo os bons sentimentos devem ser senhores absolutos da conduta humana. A saída é normativa, correspondente a uma verdade objetiva das coisas. As normas dos direitos humanos não são frutos do romantismo, mas sim resultado da evolução histórica e do reconhecimento de que alguns direitos encontram-se na própria base do pacto constitucional. Ainda que, às vezes, os direitos humanos possam vir a impedir que o sujeito atue da forma como melhor *lhe* convier, eles são preferíveis (e podem se mostrar menos cruéis) que os sentimentos deixados à sua própria dialética.

Por esta razão, os direitos humanos não devem ser interpretados puramente como direitos individuais oponíveis a qualquer custo. Aqui é de grande valia o ensinamento clássico de Aristóteles, que ensinava que o ser humano deve cultivar a virtude pragmática da *phrônesis*, que os romanos traduziram por *prudencia*. Que pode ser concebida como uma virtude prática para as ações humanas guiadas pelo juízo ético. Para Comparato (2007, p.536), a humanidade tem dois caminhos: ou bem escolhe a dilaceração definitiva, na linha direta do apogeu capitalista, ou ruma para a justiça e para a dignidade, seguindo os caminhos traçados pelo ensinamento clássico de Aristóteles. Não havendo terceira via.

Nesse sentido, ou bem se admite que os direitos humanos são legítimos e representam um mínimo ético a ser preservado, pois representam, em última instância, a busca por uma aspiração de justiça; ou se assume uma completa relativização da vida social, em que eles não representariam nada além de *mais* uma visão de *bem*, dentre as várias possíveis.

Admitir e fomentar a ortotanásia é compreender que existam bens humanos básicos a serem preservados e que, tanto a absolutização interpretativa quanto a relatividade absoluta, não conduzirão a humanidade ao

florescimento. A crise contemporânea na compreensão da morte não deve conduzir a uma interpretação neurótica, niilista, hedonista, cética ou relativista dos direitos humanos que, acima de tudo, são um mínimo ético a que todo ser humano tem direito.

É de Heidegger a idéia de que um texto só é verdadeiramente apreendido quando o intérprete consegue alcançar aquilo que não foi escrito: por trás de palavras como *vida*, *dignidade* e *liberdade*, é possível apreender a história de uma civilização que, portanto, necessariamente, tem que ser considerada quando da interpretação.

4.4.6.

Legislação Brasileira sobre o Tema: projetada e em vigor

Neste momento a pesquisa sobre a viabilidade jurídica da ortotanásia já se encontra concluída, todavia, é recomendável a análise normativa que o tema já mereceu no Brasil. O presente trabalho não corrobora a tese de que a ortotanásia, nos termos apresentados no trabalho, careça de disciplina jurídica específica. Tendo em vista os direitos fundamentais, é perfeitamente possível que o paciente interrompa seu tratamento de saúde, bem como é, ética e juridicamente recomendável, que o médico os suspenda depois de demonstrado o desejo do enfermo ou de seus familiares. Ao paciente é dado o direito de não se submeter a qualquer procedimento de saúde, exemplo disso é que o médico não tem como obrigar um enfermo a permanecer internado sem sua aquiescência ou a de seus familiares (BORGES, 2007, p.232; SEBASTIÃO, 2003, p.245).

Cada uma das disciplinas normativas será analisada, a fim de demonstrar que o conceito de ortotanásia encontra-se equivocadamente concebido em todos os projetos legislativos já existentes no país.

4.4.6.1.

Anteprojeto de Reforma do Código Penal

Em 1984, quando da reforma da Parte Geral do Código Penal, havia também um anteprojeto de reforma para a Parte Especial que, conforme já frisado, não foi levada adiante. No artigo 121, haveria a inserção de dois parágrafos, assim redigidos:

Eutanásia

§ 3º Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave:

Pena – reclusão de três a seis anos.

Exclusão da Ilícitude

§ 4º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão (BORGES, 2007, p.238).

Da maneira como foi colocada no anteprojeto, o parágrafo 4º seria uma causa de exclusão de ilicitude ou da antijuridicidade. Greco leciona (2003, p.344) que, para poder se falar em ilicitude, é necessário que primeiro o agente tenha agido de modo contrário ao prescrito por uma norma (penal, civil, tributária, etc.).

De acordo com o princípio da intervenção mínima, não é qualquer bem jurídico que deve ser protegido penalmente, mas apenas os mais relevantes, a fim de que o direito penal não se preste ao papel de conter demandas sociais (NUCCI, 2003, p.19-25).

Quando uma norma penal protege um bem jurídico, sob ameaça de sanção, o faz por considerar que determinada conduta lesiona ou expõe a perigo este mesmo bem; se o sujeito insiste em praticar a conduta penalmente vedada, ele sempre comete um ilícito, desde que não amparado em alguma causa de justificação (excludente de ilicitude).

O que faz com que o direito se interesse pelo procedimento eutanásico é justamente a possibilidade de esta conduta colidir com um bem juridicamente protegido (a vida). Para se concluir que uma ação ou uma omissão é um fato típico, antijurídico e culpável, é preciso proceder a uma análise dentro do conceito analítico de crime.

Segundo afirma Zaffaroni (1991, p.37), o melhor instrumento para análise de uma ação ou de uma omissão é confrontá-las com cada um dos elementos que compõem a estrutura do crime. Neste sentido, para que seja possível a análise da antijuridicidade e da culpabilidade, antes seria preciso que a conduta ultrapassasse a análise da tipicidade.

O próprio anteprojeto já demonstra (*in abstracto*) que a eutanásia é considerada crime, quando descreve a conduta e lhe impõe uma pena. Assim, aquele que tiver como finalidade abreviar a vida de alguém, de acordo com o anteprojeto, cometeria um crime. Quando o parágrafo 4º é colocado como uma causa de exclusão de ilicitude, o que o anteprojeto faz é criar uma figura penal

diversa da ortotanásia, não resta dúvida que assemelhada, mas substancialmente diversa, conforme será demonstrado.

No anteprojeto, a conduta do parágrafo 4º seria típica, pois presentes (a) a ação ou a omissão; (b) dirigida à finalidade de abreviar a vida do enfermo; (c) apresentando o resultado naturalístico morte e (d) havendo um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

Perfeitamente compreensível o preenchimento completo dos elementos da tipicidade, uma vez que, quando o anteprojeto fala em “*deixar de manter a vida por qualquer meio artificial*”, obviamente que é imperiosa a conclusão de que o paciente em estado vegetativo persistente também estaria ali inserido. Isso porque o que o mantém vivo é um meio artificial, sem o qual sua vida já teria se esvaído.

Tendo em vista que o enfermo em estado vegetativo persistente é considerado pelo ordenamento jurídico pátrio um ser humano vivo, a ação de retirada de suporte vital, ou a omissão em lhe submeter a este, com a finalidade de abreviação da vida e, uma vez obtido o resultado morte, preencheria todos os elementos do tipo. Não sendo punida a conduta nestes casos, em razão excepcionalidade que o anteprojeto emprestou ao caso, colocando-o como uma causa de justificação, ao lado do estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de um direito.

A ortotanásia, conforme já explicitado, não abarca a possibilidade de desligamento de “*qualquer meio artificial*”, como é o suporte vital, mas tão-somente a suspensão de terapias consideradas extraordinárias para o caso e que visem apenas prolongar um processo de morte já iniciado. O conceito envolvido no parágrafo 4º do anteprojeto (que ali não é chamado de ortotanásia) e o de ortotanásia não devem ser tomados como idênticos, sob pena de, novamente, ofertar aos problemas interpretativos o poder de matar em vida o sujeito simbólico.

4.4.6.2. Projeto de Lei do Senado Federal (n.116/2000)

O parágrafo 6º do Projeto de Lei de autoria do senador Gerson Camata, proposto no ano de 2000 e ainda em tramitação, tem conteúdo idêntico⁴⁶ ao

⁴⁶ Art. 1º Acrescentam-se os §§ 6º e 7º ao art. 121 do Código Penal (Decreto-lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940), com a seguinte redação: “*Exclusão da ilicitude*. § 6º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável, e desde que haja o consentimento do paciente ou, em sua

proposto no parágrafo 4º do anteprojeto da Parte Especial do Código Penal. De acordo com o previsto para o parágrafo 6º, seriam requisitos para a configuração da ortotanásia os seguintes:

. *morte como iminente e inevitável*: conforme já exposto em momento oportuno, é preciso que o paciente ingresse no processo de terminalidade, que não tem prazo fixado, mas que pode ser verificado, tendo em vista a ocorrência de alguns pressupostos, tais como a falta de resposta à terapêutica curativa, a progressividade da doença e um prognóstico de morte breve;

. *iminência e inevitabilidade da morte, atestadas por dois médicos*: com a observação de que estes médicos não devem fazer parte da equipe que cuida do paciente, nem tampouco serem membros da equipe médica responsável pelo transplante de órgãos.⁴⁷ Apesar de a lei não ser clara no tocante a quem pode proceder a ortotanásia, é perfeitamente compreensível que somente ao médico é possível indicá-la, uma vez que a manutenção artificial da vida ou a indicação de terapias extraordinárias são responsabilidades médicas;

. *o meio para a manutenção da vida deve ser artificial*: ou seja, o médico não teria a obrigatoriedade de manter a vida do paciente por meio artificial. É preciso notar que a disciplina da ortotanásia, no projeto do senado, também vai além do entendimento atual do que seria ortotanásia. Aqui se fala em *meio artificial* e, neste sentido, estariam abrigados os pacientes em estado vegetativo persistente, mantidos artificialmente por meio de suporte vital. Não é outra a conclusão que se chega ao ler a *indexação* do Projeto de Lei:

ALTERAÇÃO, NORMAS, CÓDIGO PENAL, FIXAÇÃO CRITÉRIOS, **AUTORIZAÇÃO**, DISCIPLINAMENTO, **EXECUÇÃO, MORTE, ORTOTANÁSIA, DESLIGAMENTO, APARELHO**, HIPÓTESE, PROGNÓSTICO, EVOLUÇÃO, DOENÇA, INDÍCIO, PRESENÇA, INUTILIDADE, VIDA, FASE TERMINAL, MANIFESTAÇÃO, VONTADE, PACIENTE, CONSENTIMENTO, AUTORIZAÇÃO, PARENTE, FAMÍLIA, CÔNJUGE, DESCENDENTE, ASCENDENTE, OBRIGATORIEDADE, COMPROVAÇÃO, ATESTADO MÉDICO.⁴⁸ (Grifou-se).

Neste momento, as mesmas considerações feitas quanto ao parágrafo 4º do anteprojeto são cabíveis. Todavia, o Projeto de Lei não se limitou à cópia do anteprojeto de reforma da Parte Especial, fazendo inserir um parágrafo 7º no artigo 121, assim redigido.

impossibilidade, de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão" (Diário do Senado Federal, 26 de abril de 2000.

⁴⁷ BRASIL. Lei nº. 9.434/97.

§ 7º A exclusão da ilicitude a que se refere o parágrafo anterior faz referência à renúncia ao excesso terapêutico, e não se aplica se houver omissão de meios terapêuticos ordinários ou dos cuidados normais devidos a um doente, com o fim de causar-lhe a morte.⁴⁹

O Projeto de Lei, tanto quando apresenta o objetivo do mesmo quanto em sua justificação, chama o procedimento a que deseja disciplinar de ortotanásia. Conforme dito, o desligamento de suporte vital (que é um meio artificial de manutenção da vida) não se encaixa no conceito de ortotanásia, uma vez que a finalidade da conduta de quem desliga o meio artificial é a de abreviar a vida do enfermo.

No entanto, quando o projeto, em seu parágrafo 7º, faz menção à “*obstinação terapêutica*” bem como à “*omissão de meios terapêuticos ordinários*” leva a crer que está, neste momento, tratando da ortotanásia. O problema é que este parágrafo não é uma conclusão lógica do anterior, pois a possibilidade de desligamento de suporte vital não se encontra abrigado no conceito.

Deixar de manter a vida de alguém por “*qualquer meio artificial*” (como está no parágrafo 6º) não é deixar de administrar “*tratamento extraordinário*”, que são atitudes terapêuticas completamente diversas.

O que pode ou não ser considerado tratamento extraordinário já foi estudado em momento oportuno, para onde o leitor é remetido. Mas uma conclusão é certa, “*meio extraordinário*” não é a mesma coisa que “*meio artificial*”, que é muito mais abrangente, pois inclui também qualquer meio de intervenção médica que use aparelhos mecânicos artificiais para sustentar, reativar ou substituir uma função vital natural. Ao desligar este tipo de equipamento, não se estaria tratando de ortotanásia, mas sim de eutanásia ativa, onde é compreensível a exclusão da antijuridicidade, eis que preenchidos todos os elementos da conduta típica.

4.4.6.3.

Lei Estadual n.10.241/99 do Estado de São Paulo

Em 1998, o então governador de São Paulo, Mário Covas, foi operado após diagnóstico um câncer de bexiga. Em janeiro de 2001, seu médico particular, David Uip, fez o anúncio de que o governador tinha câncer na

⁴⁸ SENADO FEDERAL DA REPÚBLICA. Disponível em <www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=43807>.

⁴⁹ Enviado por e-mail pelo Senado Federal em resposta a mensagem eletrônica encaminhada solicitando os dados. Diário do Senado Federal, 26 de abril de 2000.

meninge. Em 25 de fevereiro de 2001, Covas foi internado e seu médico afirmou que não o levaria para uma unidade de terapia intensiva a pedido do próprio enfermo. Após o anúncio, o médico desabafou, dizendo que aquele era o momento de maior risco de sua vida profissional, eis que conduzir o paciente para terapia intensiva seria o esperado em uma cultura voltada para o prolongamento avaliado do processo de morte.

Após nove dias de internação, por volta das 05h30min do dia 06 de março de 2001, natural e dignamente morria Mário Covas, aos 70 anos de idade, fazendo uso de uma lei que ele mesmo havia promulgado em 17 de março de 1999. O Projeto de Lei n. 546/97, de autoria do deputado estadual Roberto Gouveia, foi transformado na Lei Estadual 10.241, que dispõe sobre os direitos de usuários dos serviços de saúde do estado de São Paulo. Pelo fato de o ex-governador ter feito uso da citada Lei em sua terminalidade, ela é mais conhecida como *Lei Covas*. No artigo 2º, inciso XXIII, entre os *direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo*, dentre outros, estão os de: *recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida e o de optar pelo local de sua morte*.

Inquestionável o caráter ortotânico da *Lei Covas*, principalmente quando associado a outros dispositivos ali constantes: (a) que prevêem que o paciente tem direito a ter um atendimento digno; (b) a receber informações claras, objetivas e compreensíveis sobre seu estado de saúde; (c) a consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, procedimentos a serem realizados e (d) receber ou recusar assistência moral, psicológica, social ou religiosa. A Lei é direcionada ao paciente consciente, uma vez que não faz referência à possibilidade de substituição no exercício de autonomia.

Em um fórum realizado pelo Conselho Federal de Medicina, em parceria com o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, o desembargador do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Langaro Dipp, afirmou que as questões em torno da *Lei Covas* eram puramente médicas e que ninguém melhor que os médicos para se manifestarem sobre o assunto⁵⁰.

O promotor público de defesa dos usuários da saúde do estado de São Paulo se manifestou no sentido de que, entre os seus pares promotores, não havia qualquer restrição à *Lei Covas*, eis que esta permitia ao doente escolher

⁵⁰ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Resultado do Fórum: Desafios Éticos na Terminalidade da Vida*, julho de 2006.

seu local de morte e recusar tratamentos e procedimentos que visassem o prolongamento desmedido da vida⁵¹ e não abreviação desta.

4.4.6.4.

Resolução n.1.805/06 do Conselho Federal de Medicina

O Conselho Federal de Medicina, após consultas públicas e debates, disciplinou a ortotanásia, a fim de que aos médicos fosse eticamente possível a suspensão de tratamentos extraordinários, quando isso lhes fosse solicitado pelo paciente. Surgiu, então a Resolução 1.805, publicada em 28 de janeiro de 2006, composta de três artigos:

Art.1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas em cada situação.

§ 2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar segunda opinião médica.

Art.2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito de alta hospitalar.

Na exposição de motivos da Resolução 1.805/06, o Conselho Federal de Medicina elencou como causas motivadoras para disciplina do assunto:

- a) o excesso de paternalismo médico;
- b) o impacto dos avanços tecnológicos sobre a qualidade de vida dos enfermos;
- c) o despreparo do médico que, instruído para curar, não consegue aceitar a morte como algo inerente à vida e, dessa forma, obstina-se no tratamento;
- d) a necessidade de priorizar o doente e não a doença, dando ênfase mais humanista ao processo de terminalidade, com vistas à dignidade do paciente.

Em suas considerações iniciais, a Resolução ampara-se na dignidade da pessoa (art.1º, inciso III, CRFB) e no art.5º, inciso III, da Constituição de 1988, que estabelece que *“ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”*.

⁵¹ *Idem.*

Conforme salientou o vice-presidente do Conselho Federal de Medicina, Clóvis Francisco Constantino (*Apud* ATHENIENSE, 2007, p.13), quando da edição da Resolução, houve um consenso que ela teria somente um efeito interno, pois *“existe um momento em que não é possível fazer mais nada em benefício do paciente”*.

O objetivo primário da Resolução seria o de informar ao médico que ele deveria respeitar a decisão do paciente de não mais se submeter a tratamento extraordinário. Se, antes, o paternalismo médico impedia que o médico ouvisse a voz do enfermo, a Resolução caminhou no sentido de informar ao profissional que o desejo do moribundo deve ser atendido, não havendo qualquer desvio ético nesta conduta. O Conselho Federal de Medicina editou a Resolução para que o agir médico se coadunasse com a possibilidade de exercício de autonomia dada a todo enfermo.

A suspensão do tratamento fútil, com a introdução de cuidados paliativos, quando já não é possível a cura da doença, é recomendada pela Associação Médica Mundial, pelo Conselho da Europa, pela Corte Européia de Direitos Humanos e por supremas cortes de diversos países, tais como Canadá, EUA e Reino Unido (SIQUEIRA, 2007, p.14).

4.4.6.4.1. Situação atual

Após a Resolução ter sido editada pelo Conselho Federal de Medicina, a Procuradoria da República do Distrito Federal encaminhou à autarquia uma recomendação, fixando o prazo de quatro dias, a contar do dia 20 de novembro de 2006, para que a mesma fosse revogada.

Tendo em vista a não obediência da autarquia, em 09 de maio de 2007 foi distribuída Ação Civil Pública (2007.34.00.014809-3), em que o Ministério Público Federal requereu a revogação e a anulação da Resolução 1.805/06, com pedido de tutela antecipada para a suspensão de seus efeitos.

Em apertada síntese das alegações do representante de Ministério Público Federal, afirmava-se que (a) a ortotanásia seria uma espécie de eutanásia e, neste sentido, faltaria à autarquia competência para a disciplina da matéria; (b) por esta razão, pedia a revogação da Resolução nº. 1.805/06, **OU** o estabelecimento, pelo Conselho Federal de Medicina, de critérios objetivos e subjetivos para permitir que o médico acate o desejo do paciente de suspender

tratamentos extraordinários, desde que, com a prévia consulta ao Ministério Público, antes de qualquer suspensão.

No dia 23 de outubro de 2007, o pedido de tutela antecipada para a suspensão dos efeitos da Resolução foi deferido e a mesma encontra-se suspensa até os dias atuais.⁵²

A Ação Civil Pública ainda não foi julgada, todavia, demonstra que o entendimento do magistrado que julgou o pedido antecipatório de tutela é no sentido da impossibilidade do médico de acatar a decisão autônoma do paciente ou de seus familiares, ainda que à custa de um processo de morte injustificadamente prolongado. No entendimento do magistrado, ao que parece, não precisa haver um questionamento ético sobre a interferência dos avanços da tecnologia no agir médico e o paciente teria o dever de se submeter a qualquer tratamento médico proposto, ainda que não se coadunasse com a sua vontade.

Saliente-se que o próprio Ministério Público Federal não concorda com a obrigatoriedade do tratamento extraordinário, uma vez que propõe o estabelecimento de critérios objetivos e subjetivos para que aquele órgão consinta ou não com a suspensão do tratamento.

Do mesmo modo, também não considera que a ortotanásia se assemelhe à eutanásia, ainda que o diga, pois uma inconstitucionalidade advinda de incompetência legislativa (principalmente quando, em tese, viola direito fundamental) não poderia ser vencida pelo estabelecimento de critérios de análise, como proposto pelo Ministério Público Federal.

A dúvida existente no caso, provavelmente, vem da comparação entre a Resolução com o anteprojeto da Parte Especial do Código Penal e do Projeto de Lei n. 116/00, que claramente confundem *meio artificial de manutenção da vida* com *tratamento extraordinário*, fazendo parecer, conforme já sobejamente demonstrado, que a eutanásia e a ortotanásia digam respeito a mesma coisa.

Nunca é demais lembrar o magistral ensinamento de Calamandrei, citado por Cappelletti (1989, p.93), de que “*sob a ponte da Justiça passam todas as dores, todas as misérias, todas as aberrações, todas as opiniões políticas, todos os interesses sociais*” e compete ao juiz tomá-los em conjunto para poder adaptar os interesses divergentes, a fim de que seja possível pensar em um mínimo de Justiça.

⁵² Fevereiro, 2008.

4.4.6.5. Comparativo das Legislações

O objetivo da Resolução n. 1.805/06 foi o de humildemente compreender que os avanços tecnológicos não devem fazer com que o processo de morte se apresente como verdadeiro suplício ao moribundo, pois o morrer é parte do viver e nem sempre o papel da medicina é o de prolongar a vida. A tecnologia deve auxiliar o ser humano e não representar um progresso *técno-ilógico*, como bem escreveu Adélia Prado (1991, p.43).

Ortotanásia não é eutanásia – ativa ou passiva – mas sim do reconhecimento da incapacidade da ciência de garantir a imortalidade desejada pelo Dr. Frankenstein. É uma tentativa de conciliar a tecnologia disponível e a crítica em relação a seu uso. Se, nos últimos 50 anos, a medicina experimentou um avanço extraordinário, o mesmo não pode ser dito em relação aos questionamentos éticos acerca do prolongamento desmedido e inumano no processo de morrer.

São os males da distanásia (e também da eutanásia) que a ortotanásia busca impedir, trazendo novamente ao médico a idéia de que é homem e não *deus* e, portanto, não precisa esperar que a medicina o alivie do tormento da mortalidade. Foi com o objetivo de desmascarar as mil mentiras do real, trazidas pelo pensamento excessivamente crédulo nas possibilidades da ciência, aliada à noção de que o ser humano é portador de direitos fundamentais inalienáveis, que a idéia de ortotanásia é concebida. Dito isso, agora será feita uma análise comparativa entre as disciplinas positivadas e projetadas que o tema já mereceu.

Tanto a *Lei Covas* quanto a Resolução tratam o tema como uma conduta atípica, pois, conforme já demonstrado, de acordo com o conceito de ortotanásia por elas adotado, ela realmente não é típica, uma vez que possibilitam a não utilização de meios extraordinários de tratamento. No confuso conceito adotado pelo Projeto de Lei do Senado, a ortotanásia seria uma causa de exclusão da antijuridicidade, uma vez que prevê a *não manutenção de meio artificial*, abrindo, assim, a possibilidade de desligamento de suporte vital para pacientes em estado vegetativo persistente que ingressassem na terminalidade, o que não se enquadra no conceito de ortotanásia, mas sim no de eutanásia ativa.

O consentimento é necessário nas três disciplinas, entretanto, diferenciam-se no tocante a quem poderia substituí-lo em caso de incapacidade do enfermo. A *Lei Covas* se dirige somente ao enfermo, a Resolução faz menção ao

representante legal e o Projeto de Lei traz como substitutos o cônjuge, o companheiro, o ascendente, o descendente ou o irmão.

O Projeto de Lei não faz menção ao dever de informar prognóstico, diagnóstico, possibilidades terapêuticas, etc., que o médico teria antes de receber o consentimento do paciente ou seu substituto. Na *Lei Covas*, é dever do médico esclarecer, de modo compreensível, todas as nuances do caso. A Resolução, apesar de falar desta necessidade, não tece maiores considerações sobre como ele se daria.

A anotação, no prontuário do paciente, sobre a decisão de suspensão do tratamento, é necessária tanto para a Resolução quanto para a *Lei Covas*. Já o Projeto de Lei não traz qualquer disciplina sobre o assunto. No mesmo sentido, há a possibilidade de o paciente de ter uma segunda opinião médica, admitida pela Resolução e pela *Lei Covas* e o Projeto de Lei sendo omissos.

No Projeto de Lei há a necessidade de que dois médicos atestem a morte como iminente e inevitável, a fim de oferecer mais garantia ao enfermo. A Resolução e a *Lei Covas* são omissas quanto a esse procedimento, uma vez que não o consideram essencial, tendo em vista que a ortotanásia, conforme o conceito por ambas adotado, é um exercício de autonomia do paciente que opta por não receber tratamento extraordinário, ao que o médico tem o dever de acatar, ainda que não concorde.

Na Resolução e na *Lei Covas*, é dado ao paciente o direito de escolher o local em que deseja que sua morte aconteça, sendo o Projeto de Lei omissos neste ponto. Tanto para a Resolução quanto para o Projeto de Lei é imperioso que o processo de morte já tenha sido instalado. A *Lei Covas* não faz menção a este requisito.

A inserção de cuidados paliativos é necessária em todas as três possibilidades. Os tratamentos que podem ser omitidos, de acordo com a *Lei Covas*, são aqueles considerados dolorosos ou extraordinários. A Resolução permite a suspensão de tratamentos extraordinários que visem o prolongamento do processo de morte. Já o Projeto de Lei, como dito em momento oportuno, acaba por confundir tratamentos extraordinários com tratamentos que mantenham artificialmente a vida, abrindo possibilidade, inclusive, para o desligamento de suporte vital em pacientes em estado vegetativo persistente.

Quanto ao direcionamento de cada uma das disciplinas, enquanto a *Lei Covas* tem como alvo os pacientes, a Resolução tem os médicos e o Projeto de Lei, sendo uma causa de exclusão da ilicitude, é direcionado a todos os cidadãos.

A Resolução se dirige aos médicos, no sentido de respeitar a autonomia do moribundo; não cria, modifica ou extingue qualquer direito vigente. Não exclui a antijuridicidade do crime de homicídio. Não afirma que o médico pode abreviar a vida do moribundo, mas somente obriga que ele respeite o desejo do sujeito de não se submeter a tratamento inócuo, que não fará mais que prolongar um processo de morte já iniciado.

A decisão pela ortotanásia não é do médico, mas sim do enfermo ou de seus familiares. A única função do profissional aqui é a de esclarecer o diagnóstico e o prognóstico, bem como indicar ou não determinada intervenção, sempre respeitando o desejo do paciente ou de seus familiares.⁵³ Ele não age ou deixa de agir para apressar a morte, tão-somente informa que, daquele ponto em diante, a medicina não oferece possibilidades terapêuticas curativas para o moribundo e que qualquer intervenção viria somente a prolongar o processo de morte já iniciado. Ainda que o médico não concorde com a suspensão do tratamento, ele pode, no máximo, anotar sua discordância no prontuário do paciente, mas não pode obrigá-lo a recebê-lo (SEBASTIÃO, 2003, p.246).

⁵³ Sobre a autoridade epistêmica do médico, ver CALERA, op. cit., p.718.