

REBECA FERNANDES DIAS

**EUTANÁSIA:
A AUTONOMIA DO SUJEITO NO CONTEXTO BIOPOLÍTICO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. José Antônio Peres Gediel

CURITIBA

2004

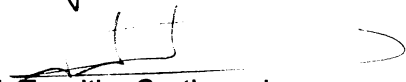
TERMO DE APROVAÇÃO

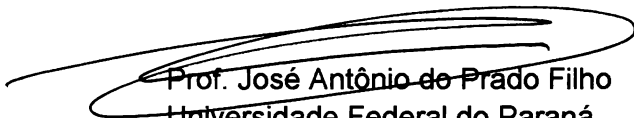
REBECA FERNANDES DIAS

EUTANÁSIA: A AUTONOMIA DO SUJEITO NO CONTEXTO BIOPOLÍTICO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no curso de direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: 
Prof. José Antônio Peres Gediel
Universidade Federal do Paraná


Prof. Eroulths Cortiano Jr.
Universidade Federal do Paraná


Prof. José Antônio de Prado Filho
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, de de 2004.

SUMÁRIO

RESUMO	iv
INTRODUÇÃO	1
1 MODERNIDADE, SUJEITO DE DIREITO MODERNO E AUTONOMIA	3
2 EUTANÁSIA: ELEMENTOS CONCEITUAIS E VALORAÇÃO JURÍDICA	9
2.1 BREVE HISTÓRICO E CONCEITOS	9
2.2 A VIDA COMO BEM JURÍDICO: DECISÃO SOBRE O VALOR DA VIDA	15
2.3 DIREITO COMPARADO	21
2.4 DIREITO BRASILEIRO	26
2.5 OS ESTADOS E A LEGALIZAÇÃO DA EUTANÁSIA	29
3 AUTONOMIA DO SUJEITO-PACIENTE	31
3.1 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE	32
3.2 CONSENTIMENTO INFORMADO	35
3.3 DA COMPETÊNCIA	39
3.4 FUNDAMENTOS AOS LIMITES DA AUTONOMIA	42
3.4.1 Fundamento nos Direitos da Personalidade	42
3.4.2 Fundamento na Vulnerabilidade	44
3.4.3 Fundamento na Incapacidade Jurídica	45
3.5 QUEM DECIDIRÁ PELOS INCOMPETENTES	47
3.6 DOS TESTAMENTOS DE VIDA	51
4 PERSPECTIVA FOUCAULTIANA: RELATIVIZAÇÃO DA AUTONOMIA DO SU- JEITO	53
4.1 RELAÇÕES DO ESTADO COM O BEM <i>VIDA</i>	53
4.2 PERSPECTIVA FOUCAULTIANA: DISCIPLINA E BIOPODER	56
4.3 BIOPOLÍTICA: A POLITIZAÇÃO DA <i>VIDA NUA</i>	61
4.4 NAZISMO: PROGRAMA ALEMÃO DE EUTANÁSIA E A VIDA INDIGNA DE SER VIVIDA	63
5 A REVALORIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	67
5.1 PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL: A VOLTA DOS DIREITOS HUMANOS E DA PERSONALIDADE	67
5.2 BIOTECNOLOGIA, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITO DE MORRER	71
5.3 DIREITO DE MORRER SERIA UM DIREITO SUBJETIVO?	77
6 A CRISE DA SUBJETIVIDADE E A (RE)-AFIRMAÇÃO DA AUTONOMIA	83
CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS	91

RESUMO

O que se pretende demonstrar no presente trabalho é a Eutanásia sob o ponto de vista do sujeito, ou seja, tendo em vista a sua autonomia (no caso do enfermo) e a sua capacidade de decisão sobre seu destino final. Partiu-se então do sujeito racional e autônomo (sujeito de direito) afirmado pela modernidade, trabalhou-se com os conceitos de eutanásia, a sua valoração jurídica, bem como a valoração do bem vida; analisou-se os elementos que envolvem a autonomia e a decisão do sujeito no momento de sua morte, tais como a relação médico-paciente, o consentimento informado e a competência e, partiu-se então para uma análise da relativização da autonomia, tomando como foco teórico a análise foucaultiana sobre as formas de normalização e controle das subjetividades e fazendo um pequeno curso sobre a estruturação da biopolítica como mecanismo de poder inserido na forma de relação Estado-direito-vida. Demonstrou-se o ressurgimento de valores voltados à pessoa humana no pós-guerra, com a reafirmação da dignidade humana como princípio basilar de um Estado Democrático de Direito. Defendeu-se um possível direito de morrer, a partir, justamente, da supremacia do princípio da dignidade e da defesa da personalidade e seus desdobramentos. Criou-se a hipótese de tal direito ser reconhecido como um direito subjetivo, na medida em que se afirma a partir de uma esfera de liberdade e auto-afirmação do sujeito. Por fim, tentou-se demonstrar que, apesar da crise de subjetividades, característica da realidade tecnocientífica e biotecnológica (e biopolítica por excelência) é possível afirmar a autonomia do sujeito, não mais nos moldes racionalistas modernos, mas uma autonomia que enfoque os diferentes aspectos do homem (individual e social), de sua humanidade e de sua dignidade e que possa ser consolidada em momentos tão particulares, como o momento de sua morte.

INTRODUÇÃO

O homem moderno, centro do universo, pleno de si está em crise. Parece que, ao mesmo tempo que tenta transcender todos os seus limites, orgânicos, intelectuais e de valores, toma consciência de sua insignificância individual.

O sujeito emancipado idealizado pela modernidade tornou-se um sujeito disciplinado e normalizado pelos mecanismos de poder inseridos pela lógica capitalista e hoje é integrante de uma sociedade de controle, na qual os avanços científicos e as novas tecnologias invadem e formatam não mais apenas as subjetividades, mas a própria configuração genética da espécie humana.

Tais tecnologias e conhecimentos, ou melhor, numa perspectiva foucaultiana, discursos de saberes, colocaram em cheque questões que a humanidade tinha como sagrado e inevitável: a vida e a morte.

Direito de vida e direito de morte ganharam nova configuração na pós-modernidade. A tecnociência está sendo capaz de criar novos conceitos destas categorias e, a partir destes novos conceitos, surgem polêmicos e conturbados questionamentos de ordem ética e moral, que fazem o Direito parecer obsoleto, na medida em que suas categorias e ficções jurídicas não mais dão conta da realidade.

Um tema específico, que retrata toda esta conturbada realidade do homem pós-moderno, que coloca em questão a sua autonomia e até que ponto esta autonomia não está se chocando com valores e direitos indisponíveis conquistados pelo homem, tanto no âmbito da política e do Estado, quanto no âmbito dos avanços da ciência, é a Eutanásia.

A eutanásia envolve, justamente, um aspecto de poder de decisão do sujeito.

A medicina unida à tecnologia tem atingido avanços e desenvolvido meios de aumentar a expectativa de vida e prolongar o processo de morte de um indivíduo. Não obstante, este fato levanta um questionamento a respeito da dignidade e qualidade da vida que a todo custo tenta se manter, ainda que em estado vegetativo.

O mesmo médico que outrora apenas constatava a morte, hoje, fixa-a conforme critérios em constante mutação.

Mas, a partir destas breves considerações, pergunta-se, até que ponto vale a pena manter a vida de uma pessoa em condições desumanas e degradantes? A

partir de quando a vida deixa de ser um direito e passa a ser um tormento para um paciente terminal? À medida que se pode manter uma vida por meios artificiais, devem tais vidas ser mantidas?

Seria o direito à própria morte um dos direitos integrantes do rol dos direitos fundamentais? Pode o estado fornecer um acervo ético-legal para se dar uma resposta positiva a alguém que deseja morrer? Na era dos direitos humanos e do Estado Democrático de Direito tais questionamentos perturbam e desolam.

É flagrante a insuficiência normativa-jurídica dos Estados em responderem aos novos anseios da sociedade afetada pelas novidades e técnicas biotecnológicas e tecnocientíficas. A dificuldade em legislar encontra-se tanto em relação a aspectos técnicos, demonstrados nas situações em que o direito tem de responder a casos em que estão envolvidos conceitos inacabados e em mutação, como a vida e a morte, por exemplo, quanto em relação a aspectos axiológicos e principiológicos: qual o valor da vida? Em que consiste a dignidade humana? Qual princípio deve prevalecer no caso concreto?

O presente trabalho não pretende fornecer respostas, muito menos soluções. Pretende-se, todavia, levantar questões e problematizá-las não apenas de forma retórica, mas sob um prisma crítico analítico e interdisciplinar, uma vez que a polêmica do tema transcende o universo jurídico.

1 MODERNIDADE, SUJEITO DE DIREITO MODERNO E AUTONOMIA

Por que se tornou tão vital compreender a modernidade para estudarmos a atual posição do sujeito frente ao direito (ou seja, o sujeito de direito), ou simplesmente do sujeito em si, seja sob seu aspecto individual, seja sob seu aspecto social? Para responder a este questionamento podem ser apresentadas inúmeras justificativas, mas uma fundamental seria aquela que demonstra o fato de sermos tão “contaminados” com a ideologia moderna – a concepção de mundo e valores que o processo de modernização nos trouxe – que não há como dela se furtar.

A modernidade foi palco da atuação do sujeito. A partir de seu fundamento – a subjetividade – o homem foi colocado no centro de todos os questionamentos e respostas, e como centro deste sujeito a razão, a sua consciência. A partir da perspectiva antropocêntrica, iniciada por Descartes, a razão passa a ser a explicação da realidade: “Penso, logo existo”.

Segundo Sérgio Paulo ROUANET a modernidade é o produto de processos globais de racionalização, que se deram na esfera econômica (introdução do modo de produção capitalista), política (Estado moderno e administração burocrática funcional) e cultural (dessacralização do mundo e descentralização de esferas de valores).¹

Este último ponto, a dessacralização do mundo, ou melhor, o processo de secularização, é fundamental para compreendermos como o sujeito é introduzido como centro de todo o pensamento e filosofia modernos. É a partir deste processo que a humanidade descobre seu potencial, admitindo para si o poder racional de interferir no mundo: “(...) a humanidade voltou a apropriar-se nesse período inicial da modernidade daquilo que a transcendência medieval tinha tirado dela”.²

Assim, Deus sai de cena e introduz-se o sujeito – racional, livre e autônomo. O fanatismo e as superstições são substituídos pela razão. Derrubam-se os altares e instala-se no mundo o reino da razão – um mundo desencantado³.

¹ ROUANET, Sergio Paulo. **Mal-estar na modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 120.

² HARDT, Michel; NEGRI, Antônio. **Império**. Tradução Berílio Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002. p.91.

³ ROUANET, op. cit., p. 132.

A moral desvinculou-se da religião e tornou-se uma esfera de valor autônoma. A moral, então, derivaria de uma lei captada pela própria razão. Dessa maneira, bem como secularizada, a moral era concebida como universal.

A Modernidade, ou melhor, a modernização emancipatória acreditava no homem autônomo, racional e livre. Sendo assim, o sujeito deve ter assegurado direitos e liberdades para que possa exercer suas potencialidades. Surge a noção de direito subjetivo⁴, ou seja, direitos ligados ao sujeito, a uma personalidade.

A teorização sobre direitos subjetivos⁵ teve fortes influências humanistas com fundo voluntarista e individualista. Estes direitos seriam, então, “estruturas da vontade humana ou a ela ligadas, face ao direito objetivo”⁶. Estariam estes direitos no âmbito da liberdade do sujeito: “Uma faculdade é chamada pelos juristas de direito ao seu: doravante vamos chamá-la de direito próprio ou estritamente falando. Nele se inclui o poder, já sobre si mesmo, que é chamado liberdade; já sobre outrem (...) propriedade, seja absoluta, seja menos absoluta (...); e direitos contratuais, aos quais correspondem, de outro lado, obrigações contratuais”⁷.

A autonomia do sujeito era buscada em diversas esferas: política, econômica, jurídica, artística, moral, intelectual, religiosa. O sujeito tornou-se responsável por suas próprias ações e idéias, livre e capaz de decidir de acordo com seus próprios interesses, sem condicionamentos religiosos ou sociais.⁸

O ser humano, a partir do século XVII passa a ser representado como categoria de pessoa universal e abstrata, que juridicamente se transforma no sujeito

⁴ O direito subjetivo nasceu eminentemente com a idéia de liberdade natural do homem, ou seja, estava ligado à concepção de que o homem nasce com direitos, os direitos humanos originários, derivados no direito natural e que cabe ao Estado o reconhecimento destes direitos no direito positivo (Escola do Direito Natural).

⁵ Há algumas teorias a respeito do direito subjetivo, entre elas as chamadas teorias afirmativas, ou da vontade, com destaque do teórico Savigniy; as teorias negativistas, de Kelsen, a teoria do interesse, de Von Ihering e as teorias mistas que tentam conciliar a vontade e o interesse.

⁶ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 61-62.

⁷ Definição elaborada por Hugo Grócio na obra *De Iure Belli ac Pacis*, apud LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 190.

⁸ A compreensão teórica do direito subjetivo é deslocada de sua matriz teológica e cristã e este passa a ser identificado não mais na relação sujeito e Deus, mas na relação sujeito e sociedade politicamente organizada. (GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p. 13).

de direito, responsável moral e juridicamente por seus atos e pensamentos, uma vez que é capaz de se autogovernar. Os direitos passam a ser ligados a uma personalidade e decorrem do uso da racionalidade inerente ao homem.

A idéia de lei moral kantiana fortalece a idéia de liberdade (autonomia) na medida em que esta lei é determinada pela razão do sujeito. Trata-se, pois, do imperativo categórico de Immanuel KANT – princípios universais e imutáveis que se impõem a todos os seres racionais – expresso pela máxima “age de tal forma que sua ação possa ser considerada como norma universal”. KANT afirma que a vontade é determinada pela razão, pela consciência. Sob a concepção de uma razão universal, os teóricos do direito natural afirmavam a norma como algo inscrito na razão e no coração de todos os homens (jusracionalismo moderno).

Todavia, com a formação do Estado de Direito, a liberdade como poder original do sujeito foi substituída pela idéia de liberdades públicas, ou seja, a liberdade limitada pela lei. O direito subjetivo passa a ser distanciado da idéia de liberdade. Esta fragmentação torna-se nítida com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789: “O título da referida Declaração denuncia a fragmentação entre liberdade e direito subjetivo, representada nas categorias homem e cidadão”.⁹

O poder, assim, é transferido para o Estado, na medida em que os homens detêm os direitos subjetivos desde que previstos pela ordem jurídica estatal.

Uma outra cisão característica da modernidade, a partir do desenvolvimento das teorias dos direitos subjetivos, corresponde à separação entre pessoa e coisa, de acordo com a qual o sujeito, enquanto pessoa, exerce poderes sobre as coisas, enquanto objetos.

Este dualismo proporciona a formulação da idéia de que o corpo se integra à categoria das coisas sobre as quais o indivíduo exerce seus poderes. Assim, muitos debates¹⁰ foram acesos em torno do direito da pessoa sobre si mesma, sobre o seu próprio corpo – o *ius in se ipsum*. A discussão principal girava em torno do questionamento se haveria ou não um direito subjetivo sobre os bens da personalidade (vida, integridade física, psíquica, moral, etc).

⁹ GEDIEL, **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**, p. 18.

¹⁰ Puchta e Savigny foram importantes teóricos empenhados nesta discussão.

A questão que se trava neste ponto é que, na realidade, os direitos subjetivos desenvolveram-se coerentes com a lógica patrimonial capitalista-burguesa do liberalismo econômico. A abstração do sujeito de direitos, dotado de poderes (direitos subjetivos), a igualdade formal perante a lei e a liberdade eram apenas inquestionáveis enquanto serviam de instrumentos para a circulação de riquezas e formulação de contratos.

O vácuo normativo ligado às relações extrapatrimoniais deu lugar ao surgimento de direitos subjetivos especiais – os direitos personalíssimos¹¹.

As questões existenciais, ou seja, as relações intersubjetivas extrapatrimoniais, sempre foram muito debatidas sem que houvesse consenso por parte dos teóricos quanto à natureza de direito subjetivo em relação aos direitos de personalidade.

A partir do século XX a noção de direitos personalíssimos passou a ser aceita, neles se reconhecendo o vínculo entre os indivíduos e os prolongamentos de sua personalidade (corpóreos ou incorpóreos), definidos juridicamente como bens da personalidade. A ordem jurídica poderá ou não qualificar de direito subjetivo as manifestações da personalidade, condicionando a existência desses direitos a uma concessão do ordenamento jurídico.¹²

O reconhecimento de tais direitos não aconteceu por acaso. Ao longo do século XX, o desenvolvimento científico, principalmente ligado à área da medicina e da biologia, demonstrou a importância da delimitação desses direitos da personalidade pelo direito. Na medida em que novas áreas de saberes como a biotecnologia e a tecnociência invadem, de maneira cada vez mais incisiva a subjetividade do homem, tornou-se inevitável voltar aos bens da personalidade para proteção do próprio sujeito contra o avanço científico.

¹¹ Os direitos da personalidade têm seu marco teórico a partir da discussão sobre os direitos autorais: "(...) vínculo indissolúvel entre a idéia criadora e o sujeito contribuiu para aprofundar a investigação a respeito de uma nova categoria de direitos, os direitos personalíssimos, que mais tarde iria servir para explicar os direitos subjetivos referentes às várias emanções da personalidade humana" (GEDIEL, *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*, p. 37).

¹² *Ibid.*, p. 42-45.

Na verdade, o que se pode observar no processo da modernidade é que este processo não foi homogêneo, nem linear. A afirmação do sujeito de direito autônomo e dono de si sofreu muitas pressões e golpes do sistema capitalista, como bem pode observar Foucault (e que será posteriormente discutido neste trabalho).

Conforme afirma Boaventura de Souza SANTOS¹³, a modernidade carregou em si a semente do próprio fracasso. Os dois pilares nos quais a Modernidade sustentava a sua base ideológica, a regulação e a emancipação, em vez de se harmonizarem, entraram em tensão, acarretando um processo histórico gradual e crescente de transformação de energias emancipatórias em energias regulatórias.

A modernização funcional e a racionalidade instrumental colocaram em cheque a busca pela autonomia do sujeito, que se viu cada vez mais preso pelas correntes do formalismo jurídico, pela eficácia do sistema capitalista e pelo tecnicismo científico.

O homem não se manteve como fim, mas tornou-se meio para o progresso da sua própria humanidade.

Todavia, após as atrocidades presenciadas no século XX – o século da vida e da morte – o homem despertou para o caráter humano da humanidade. A insuficiência normativa do direito vem sendo recuperada pela ética, a qual recoloca o sujeito na posição de fim e não de meio.

A autonomia, antes forjada pela lógica capitalista para fortalecer o desenvolvimento econômico e industrial, hoje está sendo *rebuscada* a partir de uma lógica voltada ao sujeito e à sua dignidade, valorizando-se princípios humanitários e não apenas técnicos.

Um tema específico, que retrata toda esta conturbada realidade do homem pós-moderno, que coloca em questão a sua autonomia, mas não mais aquela autonomia moderna abstrata, e sim aquela ligada às contingências e vicissitudes do próprio sujeito dentro de sua realidade material, é a Eutanásia.

¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. v. 1.

2 EUTANÁSIA: ELEMENTOS CONCEITUAIS E VALORAÇÃO JURÍDICA

2.1 BREVE HISTÓRICO E CONCEITOS

A palavra *eutanásia*, deriva dos vocábulos gregos *eu*, que significa *bem*, e *thanasia*, que equivale à *morte*, portanto, significando *boa morte*, *morte tranqüila*, *sem sofrimento*.

A eutanásia não é uma questão recente. Na Grécia Antiga, por exemplo, já se discutia a respeito. Platão e Aristóteles defendiam a sua prática. O primeiro, em sua obra, **República**, advoga que o médico deve centrar seus cuidados em pessoas saudáveis por natureza e que tivessem contraído alguma enfermidade, ao passo que não deveria empenhar-se para prolongar a vida de pessoas que sofressem de algum mal crônico e que não pudessem desempenhar suas funções, sendo inúteis para si e para a sociedade.¹⁴

Os estóicos, que formavam um sistema filosófico de destaque na Grécia Antiga, posicionavam-se contra uma existência excessivamente sofredora, e chegavam a considerar o suicídio como um ato heróico.

No entanto, a Escola Hipocrática, seguindo o famoso juramento de Hipócrates – “A ninguém darei, para agradar, remédio mortal, nem conselho que induza à perdição” –, condenava qualquer tipo de prática que se reportasse ao que futuramente seria denominado de Eutanásia.

Estas discussões não ficaram restritas à Grécia. No Egito, Cleópatra VII (69aC-30aC) criou uma “Academia” para estudar formas de morte menos dolorosas. Em Roma, após os combates nos circos romanos adiantava-se a morte dos feridos que tardavam, em forte agonia e dor, a morrer.¹⁵

Especulações sobre o tema prosseguiram ao longo da história da humanidade, ganhando destaque no Renascimento, com a participação de Thomas MORUS (1478-1535), um santo da Igreja Católica, que defendeu a Eutanásia em sua obra **Utopia**. De acordo com seu posicionamento:

¹⁴ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais de bioética**. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 282.

¹⁵ ASÚA, Luiz Jimenez. **Liberdad de amar y derecho de morir**. 6. ed. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 446.

(...) se a enfermidade não é somente incurável, mas significa um tormento e um martírio contínuo, os sacerdotes e as autoridades devem dizer a tal enfermo, dado que não é capaz de assumir as exigências da vida e é um peso para os outros – e insuportável para si próprio (...) – não se deve obstinar em alimentar a epidemia e o mal e não deve titubear em morrer, pois a vida para ele é um tormento(...).¹⁶

Ainda, no Renascimento, Francis BACON (1561-1626), filósofo inglês, em seu livro **Novum Organum**, retoma a questão, sendo a ele atribuído a criação do vocábulo *Eutanásia*. De acordo com este filósofo:

(...) o ofício do médico não é somente restaurar a saúde, mas também mitigar as dores e tormentos das enfermidades; e não somente quando tal mitigação da dor (...) ajuda e conduz à recuperação, serve somente para conseguir uma saída da vida mais fácil e equitativa (...). Em nossos tempos os médicos fazem questão de escrúpulo e religião o estar junto ao paciente quando ele está morrendo (...); devem adquirir habilidades e prestar atenção em como o moribundo pode deixar a vida mais fácil e silenciosamente. A isto eu chamo a pesquisa sobre 'eutanásia externa' ou morte fácil do corpo".¹⁷

No entanto, o termo *Eutanásia*, na medida em que se tornou objeto de estudo de inúmeros autores modernos, recebeu distintos conteúdos e, por esta razão, sua análise deve ser cautelosa para não prejudicar o seu entendimento.

A eutanásia, hoje, é entendida como a morte de doente incurável, submetido à forte sofrimento e dor, físico e/ou emocional, causada por pessoa movida por sentimento de compaixão e piedade em relação ao doente.

Todavia, de acordo com Roxana Cardoso Brasileiro BORGES, a eutanásia, na sua origem, referia-se a facilitar um processo de morte, sem que houvesse, de qualquer maneira, interferência neste. Assim, "a eutanásia não visava à morte, mas a deixar que esta ocorresse de forma menos dolorosa possível"¹⁸. O objetivo das medidas eutanásicas, portanto, não era a morte, mas sim a busca de maneiras para aliviar a dor e o sofrimento, como interrupção de tratamentos inúteis, cuidados paliativos do sofrimento, acompanhamento psicológico do doente.

¹⁶ PESSINI; BARCHIFONTAINE, op. cit., p. 282.

¹⁷ Ibid., p. 283.

¹⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 285.

Segundo esta mesma autora, o conceito atual foi alterado, sendo entendida a eutanásia hoje como uma “morte provocada por sentimento de piedade à pessoa que sofre”¹⁹.

Para Antonio Fernandez RODRIGUEZ, no conceito atual, a eutanásia propriamente dita, chamada morte misericordiosa ou piedosa, é aquela dada a uma pessoa que sofre de uma enfermidade incurável ou muito penosa, para suprimir a agonia demasiado longa e dolorosa.²⁰

Maria Celeste Cordeiro Leite SANTOS determina que dois fatores compõem o conceito de eutanásia: a *intenção* – de quem produz ou omite prevenir a morte – e o *meio empregado* – que deve ser indolor. Além destes elementos, o ato eutanásico teria como pressuposto a *cessação do sofrimento*.²¹

Outros elementos da eutanásia ainda são apresentados por outros autores: 1) deve-se tratar de enfermo incurável; 2) sofrendo de dores cruéis; 3) que a morte ocorra a pedido do enfermo, dos seus familiares ou responsáveis, quando for impossível a ele manifestar sua vontade; 4) que o ato seja movido por sentimento de piedade; 5) e que a morte se faça sem mais sofrimentos para o doente.²²

SANTOS também define a *eutanásia lenitiva*, a qual corresponde ao emprego de meios eliminadores de sofrimento, com o objetivo de mitigar a dor, conferindo à eutanásia, dessa maneira, um sentido de deixar viver, com o mínimo de sofrimento possível, sem a eliminação da vida. Dentro deste panorama, a eutanásia lenitiva seria lícita e de acordo com o exercício legítimo da profissão médica.

Infelizmente, hoje se verificam muitas incongruências terminológicas em torno do assunto, o que torna sua discussão, além de polêmica (em razão de sua natureza), um tanto confusa e muitas vezes imprecisa. Não obstante, o que se deve ter em mente é o caráter humanístico que necessariamente deve estar presente para que se possa falar em eutanásia, ao menos no que se refere à concepção atual.

¹⁹ Maria Celeste SANTOS, **Biodireito**, p. 285.

²⁰ RODRIGUEZ, Antonio Fernandez. **Problemática médico-legal de la eutanásia**. Conferência publicada em Santiago de Compostela em 12 nov. 1976, apud SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Transplante de órgãos e eutanásia: liberdade e responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 209.

²¹ Maria Celeste SANTOS, *ibid.*, p. 213.

²² CORTIANO JR., Eroulths. **Direitos de personalidade: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver**. Curitiba, 1993. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, citando ASUÁ, *op. cit.*

Demercindo Brandão NETO, com o escopo de facilitar a compreensão do assunto, estabelece uma classificação da eutanásia segundo três aspectos: *clínico*, fundamentado na atividade cerebral; *instrumental*, tomando como base a participação nos fatos, e *social*, a qual justifica a abreviação da vida em benefício da sociedade.

De acordo com o primeiro, ter-se-ia a *eutanásia verdadeira* e *falsa*. Já no aspecto instrumental a eutanásia se classificaria em passiva; ativa e suicídio assistido. E, por fim, a partir de um enfoque social, a eutanásia se classificaria em econômica, eugênica, judicial, científica e religiosa.

A *eutanásia verdadeira* corresponde a qualquer ação ou omissão, em paciente com vida encefálica, destinada a antecipar o êxito letal com finalidade de reduzir sofrimento. A *falsa* seria, então, ação ou omissão diante de uma situação de morte encefálica. Nesta hipótese não há mais bem jurídico a ser tutelado, pois não há mais vida. Não se causa a morte de alguém, pois esta já ocorreu.

Seguindo a classificação instrumental, a *eutanásia ativa* seria aquela em que há uma interferência deliberada nas atividades vitais, com o fim de abreviar a vida. É o caso, por exemplo, de se administrar uma dose letal de morfina em paciente terminal de câncer. A *passiva* corresponderia ao fato de deixar de oferecer recursos à manutenção da vida, face à irreversibilidade clínica do paciente. Mantém-se apenas os procedimentos voltados a aliviar a dor, mas não mais se pretende o prolongamento da vida. O *suicídio assistido* ocorreria quando o próprio paciente, por ato seu e auxílio (orientação e logística) de outrem, causasse a sua morte.

A partir da classificação social, a *eutanásia econômica* teria o fim de eliminar indivíduos causadores de custos à sociedade (doentes incuráveis, velhos, deficientes físicos e mentais); a *eugênica* visaria expurgar da sociedade indivíduos com o escopo de purificação de raça; a *judicial* consistiria na exclusão da sociedade de pessoas indesejadas por práticas criminosas; a *científica*, segundo a qual se praticam mortes em nome do progresso da ciência; a *religiosa* praticada em certos cultos religiosos, como ato de louvação, por exemplo.²³

²³ BRANDÃO NETO, Demercindo. Eutanásia. In: PETROIANU, Andy (Org.). *Ética, moral e deontologia médicas*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003. p. 252.

SANTOS²⁴ ainda apresenta outras classificações: a *eutanásia criminal* (eliminação de pessoas socialmente perigosas), que teria um paralelo com a classificação *judicial*, acima citada; a *experimental* (ocisão indolor de indivíduos com fim experimental), *solidarística* (morte indolor de uns para salvar a vida de outros); a *terapêutica* (emprego ou omissão de meios terapêuticos para obtenção da morte do paciente), a partir da qual a autora classificará eutanásia *ativa* ou *comissiva* e *passiva* ou *omissiva*, podendo ambas ocorrer com ou sem o consentimento do paciente (*voluntária* e *involuntária*, respectivamente); teológica (morte em estado de *graça*); *legal* (consentida pela lei); *eutanásia-suicídio assistido*; *eutanásia-homicídio*.

Há ainda um autor, Miguel Angel Nunez PAZ²⁵, que divide a eutanásia ativa em *direta* e *indireta*, conforme a intencionalidade do sujeito. Na primeira, visa-se ao encurtamento da vida por meio de atos positivos. Na segunda, tem-se um efeito duplo: aliviar o sofrimento e o encurtamento da vida conseqüente.

Segundo Jorge Figueiredo DIAS, professor da Faculdade de Direito de Coimbra²⁶, a eutanásia envolveria, em sentido amplo, três hipóteses possíveis de serem distintas. A primeira seria a do aniquilamento das vidas tidas como indignas de serem vividas; a segunda, que seria a própria eutanásia, traduzida na morte dada pelo médico a um paciente incurável e em sofrimento; e a terceira, que seria a ajuda dada pelo médico ao processo natural da morte, ou seja, a ortotanásia.

Assim, verifica-se a existência de outros termos utilizados para definir práticas semelhantes à eutanásia, que podem dar margem à confusão, como o acima mencionado, a ortotanásia e, ainda, a chamada distanásia.

A ortotanásia significa morrer bem, humanamente e dignamente. De acordo com a ortotanásia, busca-se o curso natural da morte, sem que se invista em procedimentos artificiais e meios terapêuticos que buscam o mero prolongamento de um processo de morte sofrido e desnecessário. Assim deixa-se a natureza agir, resgatando-se a dignidade humana na última fase da vida. Aceita-se a morte como um processo inevitável que acompanha o ser humano e, portanto, se inevitável, que seja o menos doloroso possível. Dessa forma, “uma vez aceito este fato (a morte)

²⁴ Maria Celeste SANTOS, *Transplante de órgãos e eutanásia*, op. cit., p. 211.

²⁵ BORGES, op. cit., p. 289.

²⁶ SANTOS, *Transplante de órgãos e eutanásia*, p. 212.

que a cultura ocidental moderna tende a esconder e a negar, abre-se a possibilidade de trabalhar com as pessoas a distinção de curar e cuidar, entre manter a vida quando esse é o procedimento correto e permitir que a pessoa morra quando sua hora chegou²⁷. Alguns autores, como Maria de Fátima Freire de SÁ afirmam ter o mesmo sentido a ortotanásia e a eutanásia passiva.²⁸

Em contraste a este conceito coloca-se a *distanásia*. Esta corresponde à medicação persistente, muito embora ineficaz em razão do estado irreversível do paciente. Nesta, o objetivo é o maior prolongamento possível da vida. O foco da preocupação não está na qualidade de vida, mas sim na quantidade de vida. Tal posicionamento decorre de uma valoração absoluta da vida biológica, sem o devido questionamento dos demais valores e bens jurídicos envolvidos e afetados na sua essência, como a dignidade e integridade física e mental do paciente.

A análise destes temas tem se tornado cada vez mais emergentes, uma vez que envolvem questões e valores da essência da humanidade, como vida, morte, autonomia, dignidade, muitos destes tidos como sagrados e absolutos por muitas vertentes de pensamentos.

É em torno destas questões e conceitos que a medicina e a tecnologia, hoje cada vez mais interligadas, devem se preocupar, pois os benefícios decorrentes desta união só poderão ser usufruídos de maneira positiva pela humanidade, se a ética e o caráter humanístico estiverem presentes. A questão é: até que ponto a obstinação terapêutica possibilitada pela tecnociência pode atuar de maneira a não desumanizar o sujeito, retirando deste os seus direitos mais fundamentais e tornando a vida uma categoria vazia, destituída de valor e dignidade.

2.2 A VIDA COMO BEM JURÍDICO: DECISÃO SOBRE O VALOR DA VIDA

Quando se trata de um tema que envolve a morte, seja ela tida como um direito, como uma consequência, ou como um rito, é preciso analisar primeiramente a questão da *vida*, uma vez que a morte nada mais é que a sua etapa final.

²⁷ PESSINI; BARCHIFONTAINE, op. cit., p. 311.

²⁸ SÁ, Maria de Fátima Ferreira de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 67.

Conceituar vida é uma missão um tanto complexa, cuja tentativa pode acarretar em impropriedades e idéias limitadas de um bem basilar de qualquer ordenamento jurídico calcado numa perspectiva democrática e humanitária.

Segundo Antônio CHAVES, a vida seria “algo que oscila entre um interior e um exterior, entre uma alma e um corpo”.²⁹

Para José Afonso da SILVA, “sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.”. E ainda, “A vida humana (...) integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais”.³⁰

A vida é protegida e resguardada pelo ordenamento jurídico que a consagra como um bem (bem jurídico, portanto), um valor abstrato que integra o *homo juris*, compreendido entre os bens de personalidade, objeto dos direitos de personalidade.³¹

Como o próprio SILVA afirma, a vida é a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. Da proteção à vida (direito à vida) surge a necessidade de se resguardar outros bens como a dignidade humana, a integridade física e moral, a liberdade, a privacidade, entre outros tantos. Nesse sentido também afirma Alexandre de MORAES: “O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”.³²

SILVA, ainda, afirma que todo ser dotado de vida é um indivíduo, sendo o homem além de indivíduo, pessoa³³. E, sendo pessoa, por conseguinte dotada de personalidade jurídica, a vida é um dos bens que ao direito caberá proteger.

²⁹ CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 13.

³⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 196.

³¹ CORTIANO, op. cit., p. 7, citando MORAES, Walter. **Direito da personalidade: estado da matéria no Brasil**. In: CHAVES, Antônio. **Estudos de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 125.

³² MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 63.

³³ SILVA, op. cit., p. 196.

O direito à vida é assegurado em nossa Constituição Federal em seu artigo 5º. *caput*, juntamente com o direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. No artigo 1º do mesmo Codex, protege-se a dignidade da pessoa humana, devendo estes artigos manter uma relação conectada e inseparável.

Outros artigos e incisos da Carta Constitucional fazem referência ao direito à vida, protegendo-a direta e indiretamente, como é o caso dos artigos 196 (da saúde), 225 (meio-ambiente), 227 (da criança e do adolescente), entre outros.

O Código Penal ainda dedica o primeiro capítulo do primeiro título da sua Parte Especial – que trata dos Crimes Contra a Pessoa – à proteção da vida, ao determinar os crimes que contra ela atentam. Ressalta-se que todos os crimes que direta ou indiretamente atentem contra o bem jurídico da vida recebem uma resposta mais severa do legislador, o que demonstra a carga valorativa conferida a este bem pela sociedade.

Partindo desta linha de raciocínio, em que a vida é um bem fundamental, protegido pelo direito, sendo assim um bem jurídico que toda conduta social e norma de direito devem respeitar e ter a sua proteção como um fim, levantam-se questionamentos de ordem ética que buscam conciliar o progresso da ciência e das práticas médicas com este bem de valor inquestionável.

Estes questionamentos colocam-se em torno da busca de um critério de valoração da vida: teria a vida um valor intrínseco, ou seja, um valor em si mesma? Teria ela um valor instrumental? Ou ainda um valor subjetivo? Teria a vida um valor sagrado ou o seu valor existe na medida em que se reconhece a ela uma dignidade humana mínima?

As respostas para tais questionamentos variam muito e seguem a linha de valores dos diferentes grupos que os tentam responder, seja com base filosófica, científica ou religiosa.

Ronald DWORKIN expõe que, quando algo tem um valor instrumental, é porque sua importância é proporcional à utilidade que puder proporcionar. Já o valor subjetivo é atribuído em função do desejo do sujeito em relação ao bem valorado. O valor intrínseco, por sua vez, é aquele atribuído ao bem independentemente do desejo,

...idade ou gosto de qualquer pessoa – simplesmente tem valor e deve ser respeitado.³⁴

Este autor prossegue afirmando que, na verdade, tem-se uma visão da vida a partir destas três formas de valoração. Ele afirma, por exemplo, que quando se julga uma pessoa positivamente em razão do bem que ela proporcionou à sociedade, está se analisando a sua vida com uma carga instrumental. Ao passo que quando se analisa a vida de outrem na medida em que se percebe a vontade que esta pessoa tem de viver, está se valorando de uma maneira pessoal e subjetiva a vida deste terceiro. E, finalmente, quando se julga a vida, seja de um feto, seja de uma pessoa, como algo que acima de tudo e em qualquer circunstância deve ser respeitada, está se conferindo um valor intrínseco à vida.³⁵

Muitos, compartilhando desta visão, conferem à vida um caráter sagrado, sendo ela inviolável em virtude do que representa. Para alguns a vida humana representa o resultado de uma criação divina, ou seja, é uma obra de Deus, que a criou como sua própria imagem e dela ninguém, por razão alguma, pode dispor. Outros conferem sacralidade à vida humana por ser esta obra da natureza, o resultado de um processo natural seletivo que culminou na raça humana.

Este princípio da sacralidade da vida humana está implícito na tradição hipocrática que influenciou a prática médica desde a Antiguidade até os tempos atuais.

Seja qual for a razão do valor sacro da vida, partindo desta perspectiva, muitas pessoas resistem severamente à idéia de aborto ou eutanásia. Assim, para os que compartilham de uma visão religiosa da sacralidade da vida, qualquer forma de agressão à vida é um insulto a Deus. John LOCKE, filósofo inglês, afirmava que a vida é propriedade de Deus e não do ser vivente, não cabendo à pessoa dela dispor.³⁶

A Igreja Católica é uma forte oponente à eutanásia. Em 1956 o Papa Pio XII declarou:

³⁴ DWORKIN, Ronald. *Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. New York: Alfred A. Knopf, 1993. p. 71.

³⁵ *Ibid.*, p.72-73.

³⁶ DWORKIN, *op. cit.*, p. 195.

Toda forma de eutanásia direta, isto é, a subministração de narcóticos para provocarem ou causarem a morte, é ilícita porque se pretende dispor diretamente da vida (...) o homem não é senhor e proprietário, mas apenas usufrutuário de seu próprio corpo e da sua existência. Há a pretensão de um direito de disposição direta que visa à abreviação da vida como fim e como meio. Nas hipóteses que vou considerar, trata-se unicamente de evitar ao paciente dores insuportáveis, por exemplo, no caso de câncer inoperável ou doenças semelhantes. Se entre o narcótico e a abreviação da vida não existe nenhum nexos causal direto, e, se ao contrário, a administração de narcóticos ocasiona dois efeitos distintos: de um lado aliviando as dores e de outro abreviando a vida, serão lícitos. Precisamos, porém, verificar se entre os dois efeitos há uma proporção razoável, e se as vantagens de um compensam as desvantagens do outro. Precisamos, também, primeiramente, verificar se o estado atual da ciência não permite obter o mesmo resultado com o uso de outros meios, não podendo ultrapassar, no uso dos narcóticos, os limites do que for estritamente necessário.³⁷

O Vaticano divulgou, ainda, em 1980, declaração sobre eutanásia:

É necessário reafirmar com toda a firmeza que nada, nem pessoa alguma, pode autorizar a morte de um ser humano inocente, seja feto ou embrião, criança ou adulto, velho, enfermo, incurável ou agonizante. Ninguém, além disso, pode pedir este gesto homicida para si ou para os outros confiados a sua responsabilidade, nem pode consenti-lo implicitamente.

Nenhuma autoridade pode legitimamente impô-lo nem permiti-lo. Trata-se, com efeito, de uma violação da lei divina, de uma ofensa à dignidade da pessoa humana, de um crime contra a vida, de um atentado contra a humanidade.

Ante a iminência de uma morte inevitável, apesar dos meios empregados, é lícito em consciência tomar a decisão de renunciar alguns tratamentos que prolongariam precária e penosamente a existência, sem interromper, porém, os cuidados normais devidos ao enfermo em casos similares”.

Há também outros documentos, como o da Conferência Episcopal da Alemanha (20/11/1978), que afirmam o direito a uma morte humana e a necessidade de se aplicar neste momento esforços para aliviar o sofrimento, dando-se na última fase da vida a melhor assistência possível, em seu caráter médico e humano.

O judaísmo também confere à vida um valor sagrado, por pertencer a Deus, não podendo, portanto, o homem dela dispor. Assim, a tradição hebraica é contrária à eutanásia.³⁸

³⁷ PIO XII. *Discorsi ai medici*, p. 551 (discurso aos participantes do IX Congresso da Sociedade Italiana da Anestesiologia, em 24 fev.1952), apud Maria Celeste SANTOS, *Transplante de órgãos e eutanásia*, p. 242-243).

³⁸ A. WEISS, *A Jewish Viewpoint*, p. 36 e ss., citado por Maria Celeste SANTOS, *Transplante de órgãos e eutanásia*, p. 244.

Não valorando menos a vida, mas apenas dimensionando-a de maneira diversa, algumas visões mais liberais partem da premissa de que a vida não é apenas uma criação divina ou da natureza, mas uma criação do próprio sujeito, por meio de suas decisões, escolhas e investimentos. Neste sentido, não se busca proteger apenas a vida a partir de um sentido biológico ou orgânico, mas a partir de um sentido cultural.³⁹ Assim, o próprio indivíduo, de acordo com a maneira que segue sua vida, confere um valor a ela.

De acordo com esta visão, embora fundamental, o princípio da sacralidade da vida não deve ser tido como absoluto, pois em certas circunstâncias é legalmente e moralmente possível tirar a vida de uma pessoa, como nos casos de legítima defesa.

Ainda nesta linha de pensamento, muitos se mostram favoráveis à eutanásia, ou seja, não vêem ilícito algum, seja do ponto de vista legal, seja do ponto de vista moral, em se pôr fim à vida de um paciente terminal em profundo sofrimento e dor que assim solicita, desde que de acordo com certos requisitos médicos e legais. Tratar-se-ia, pois, de mais uma escolha do próprio paciente, decorrente da sua autonomia, que até então guiou sua vida e agora deverá guiar a sua morte.

Algumas correntes acreditam que a absolutização da vida pode acarretar em um fundamentalismo biológico perigoso, tendente a anular a especificidade do homem em relação ao animal.

Aristóteles já afirmava a impossibilidade de se fundar uma ética a partir de uma noção tão indeterminada quanto a vida, excluindo o simples fato de viver como critério suscetível de explicar a especificidade humana.

A biologista Henri ATLAN constata que sacralizar a vida pode significar o englobamento, na mesma glorificação, da vida de uma ameba, de uma mosca, de um peixe, de um passarinho, de um cachorro, de um homem, instaurando-se assim uma confusão de valores.⁴⁰

³⁹ DWORKIN, op. cit., p. 93.

⁴⁰ ATLAN, Henri. *Personne, espèces, humanité*. In: GROS, de F. ; HUBER, G. (Dir.) **Vers in anti-destin. Patrimoine genetique et droit de l'humanité**. Paris: Odile Jacob, 1992. p. 56, apud PALERMINI, Patricia. **Misère de la bioéthique**. Bruxelas: Labor, 2002. p. 25

Patrícia PALERMINI, neste mesmo sentido crítico à visão sacra da vida, afirma não haver prova de ser a melhor proteção ao ser humano contra tratamentos humanos ou degradantes reduzi-lo à condição de animal vivente.⁴¹

O questionamento a respeito da absolutização do valor do bem *vida* parte do ponto em que a sua manutenção ultrapassa os limites da dignidade humana e afronta, ainda, outros direitos como o da autonomia, da liberdade, da intimidade e honra. Além disso, esta absolutização pode deturpar a idéia de um direito (o direito à vida) garantido constitucionalmente, confundindo-o com um dever (dever à vida).

Neste sentido, deve-se entender o valor da vida conjugando-o com outros valores que constituem o homem e fazem dele mais que um mero ser vivente. É justamente esta conjugação de direitos invioláveis do homem que hoje a medicina, em função da tecnociência, deve buscar.

No momento em que a manutenção da vida torna-se questionável é fundamental que se analise o homem como um sujeito de direitos, um cidadão. No entanto, esta análise deve ir além das garantias individuais asseguradas pelo Estado. Deve-se, necessariamente, investigar os valores individuais do paciente em questão – qual é o seu “melhor interesse” como cidadão e como indivíduo.

Para muitos, o modo de morrer deve ser coerente com os valores cultivados em vida, sendo dotado, portanto, de um certo simbolismo. Em certos casos, por exemplo, a manutenção de uma vida, em nome de sua sacralidade, pode significar um insulto a todas as convicções da pessoa e a todo o investimento humano que esta dedicou à sua vida. Um respeito extremado em relação ao direito à vida pode significar um desrespeito ao sujeito que a vive.

Muitas vezes o respeito à vida pode não estar na sua manutenção indistintamente, mas na aceitação de um fim digno a ela. Assim, em face da questão da eutanásia, a autonomia do sujeito e o valor intrínseco da vida em diversas situações irão se chocar.

A dificuldade do Estado em resolver este choque é evidente, na medida em que instituir um julgamento coletivo e generalizado a respeito de uma situação em que questões individuais são tão fundamentais pode acarretar uma postura protetiva-totalitária de um lado, ou liberal-amoral de outro.

⁴¹ PALERMINI, op. cit., p. 25.

Dentro de uma sociedade plural e democrática, deve-se afastar qualquer espécie de dogmas maniqueístas. Deve-se, sim, buscar um meio eficaz que possibilite o respeito às diferenças de crenças e valores, conciliando liberdade e responsabilidade social.

A ética, mais precisamente a bioética, será uma das alternativas para se alcançar o equilíbrio e a harmonia diante destes conflitos de princípios e valores fundamentais eleitos pela humanidade como invioláveis.

2.3 DIREITO COMPARADO

Em razão de ser um tema que suscita conflitos das mais diversas ordens, a regulamentação da eutanásia não se restringe ao saber jurídico, mas necessita de uma discussão ampla e interdisciplinar, abordando a ética, o conhecimento médico e científico e os valores sociais.

Muito já se discutiu a respeito e não foram poucos os projetos que tentaram a legalização de práticas eutanásicas (ativa, passiva, suicídio assistido). No entanto, apenas dois países legalizaram a eutanásia: a Holanda, que aprovou a legislação em abril de 2001 (lei denominada Termination of Life on Request and Assisted Suicide Act) e a Bélgica, cuja lei foi aprovada em maio de 2002.

Até o ano de 2001 a eutanásia na Holanda, apesar de não ser legalizada, era tolerada, conforme decidiu a Suprema Corte Holandesa em 1984. Em 1991, o tema adquiriu ainda mais destaque com o caso Postma⁴².

Em 1993, com a aprovação da Lei Funeral (Burial Act) foram incorporados cinco critérios para eutanásia, definidos em 1981 pela Corte de Roterdã, e três elementos de notificação do procedimento, acordados entre o Ministério da Justiça e a Real Associação Médica da Holanda.⁴³ Dessa forma, estabeleceu-se um procedimento que tornava a eutanásia aceita, porém não legalizada.

⁴² Uma médica geral, Dra. Geertuida Postma, foi julgada por eutanásia, praticada em sua mãe, com uma dose letal de morfina. A mãe havia feito reiterados pedidos para morrer. A médica foi processada e condenada por homicídio e recebeu uma pena de prisão por uma semana e liberdade condicional por um ano. Neste julgamento foram estabelecidos os critérios para ação do médico.

⁴³ GOLDIM, José Roberto. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutabel.htm>>. Acesso em: 05 maio 2004. Os cinco critérios são: 1) a solicitação para morrer deve ser uma decisão

A nova lei holandesa que legalizou a eutanásia aborda questões como a possibilidade de realizar tal procedimento em menores, entre doze e dezesseis anos, devendo a solicitação ser acompanhada com a autorização dos pais. De acordo com a lei, apenas os médicos estão autorizados a ministrar medicação para a realização da eutanásia. O paciente deve fazer uma petição “voluntária e meditada” e exige-se que haja uma segunda opinião médica, além daquela do médico assistente⁴⁴.

A lei cria comissões especiais (não judiciais) responsáveis por supervisionar os casos de eutanásia. As mortes por eutanásia devem ser notificadas às autoridades regionais. Cumpridos os requisitos da lei, os médicos que executam a eutanásia ficam isentos de qualquer tipo de punição. É importante salientar que a lei não confere o direito ao paciente de exigir a eutanásia, nem determina que o médico seja obrigado a atender à solicitação.

Na Bélgica, a aprovação da lei ocorreu num momento em que o debate sobre a eutanásia na Europa se acendia devido ao caso de Diane Pretty, uma britânica de 43 anos, paralisada por uma doença degenerativa incurável que requereu permissão ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos para cometer suicídio assistido. Seu pedido foi negado.

A lei belga⁴⁵ conceitua a eutanásia como “pôr fim à vida de uma pessoa, por sua solicitação”. Não inclui o suicídio assistido.

O médico se isenta de qualquer responsabilização se assegurar que o paciente é maior de idade e emancipado, legalmente competente, consciente; que o pedido tenha sido voluntário, livre de qualquer pressão externa e que o paciente se encontre em insuportável sofrimento físico e/ou mental que não possa ser aliviado.

voluntária feita por um paciente informado; 2) A solicitação deve ser bem considerada por uma pessoa que tenha uma compreensão clara e correta de sua condição e de outras possibilidades. A pessoa deve ser capaz de ponderar estas opções, e deve ter feito a ponderação; 3) o desejo de morrer deve ter alguma duração; 4) deve haver sofrimento físico e mental que seja inaceitável ou insuportável; 5) a consultoria com um colega é obrigatória.

Os elementos para notificação: 1) o médico que realizar a eutanásia ou suicídio assistido não deve dar um atestado de óbito por morte natural. Ele deve informar a autoridade médica local utilizando um extenso questionário; 2) A autoridade médica local relatará a morte ao promotor do distrito; 3) o promotor do distrito decidirá se haverá ou não acusação contra o médico.

⁴⁴ Disponível em <www.bioetica.ufrgs.br/eut2001.htm>. Acesso em: 02 maio 2004.

⁴⁵ Disponível em <www.bioetica.ufrgs.br/eut2001.htm>. Acesso em: 02 maio 2004.

O pedido deverá ser feito por escrito e, ao contrário da Holanda, apenas é possível para pacientes maiores de 18 anos. O procedimento deverá ser notificado a uma comissão federal, criada pela lei, responsável pelo controle e avaliação.

No Reino Unido a prática do suicídio assistido é ilegal. A eutanásia é considerada um ato criminoso, equiparado ao homicídio. No entanto, em alguns casos o tratamento médico pode ser suspenso quando sua continuação for considerada inútil e ineficaz. Ao doente é permitido recusar tratamento que prolongue sua vida. Portanto, a ortotanásia é considerada uma prática legal, uma vez que consiste justamente na supressão de meios artificiais que prolonguem inutilmente a vida, com o objetivo de deixar a morte ocorrer naturalmente.

De acordo com a lei nacional dinamarquesa sobre os direitos dos doentes (Lov om Patienters Retsstilling) de 1998, a eutanásia passiva, consistente na suspensão de tratamento de um doente terminal, é legal. Já a eutanásia ativa e o suicídio assistido são ilegais. Assim também ocorre na Finlândia, cuja lei dispõe sobre eutanásia, distinguindo entre suas formas ativas e passivas.

Na França a eutanásia é considerada incompatível com a lei e a ética médica, pois como estabelece o seu Código de Ética Médica, artigo 38: “ninguém tem o direito de causar deliberadamente a morte”. Assim, a eutanásia ativa é considerada crime. É tolerada, todavia, a “abstenção terapêutica”.

Nos Estados Unidos, a discussão permeou os debates parlamentares desde o início do século XX.

O famoso caso de Karen Ann Quinlan, em 1975, revolucionou o debate sobre a eutanásia nos Estados Unidos devido à comoção social que causou.⁴⁶

⁴⁶ Karen tinha 21 anos quando ingressou na UTI, do hospital St. Clare de Denville, Nova Jersey, na noite de 14 de abril de 1975, em estado de coma por ingestão de drogas e álcool. Diversos exames demonstravam seu estado de irreversibilidade. Seus pais adotivos, então, pretendendo que os aparelhos que a mantinham fossem desligados, após negativa do neurologista responsável, ingressaram com um pedido frente ao Tribunal de Morristown, Nova Jersey, a cargo do Juiz Robert Muir, designado advogado dos direitos civis de Karen. A petição dos Quinlan foi negada. Eles, então, apelaram à Suprema Corte do Estado de Nova Jersey, que, em 30 de março de 1976, revogou a decisão anterior, reconhecendo o direito constitucional pessoal de recusar tratamento. Joseph Quinlan, pai de Karen, foi designado seu tutor, e pôde em nome dela exercer o direito de escolha. Os aparelhos foram removidos em 17 de maio de 1976, e Karen viveu até 11 de junho de 1985.

Em 1991 houve uma proposta de alteração do Código Civil da Califórnia para que se permitisse a uma pessoa capaz, em estado terminal, solicitar ajuda médica para morrer dignamente. O plebiscito realizado afastou a proposta.⁴⁷

O Estado de Oregon aprovou em 1994 uma lei (Lei sobre a Morte Digna) que permite a prática do suicídio assistido, sendo o único estado americano a legalizar tal prática. Esta lei permite ao médico receitar uma dose letal de morfina para paciente, que assim solicite, cuja expectativa de vida não seja superior a seis meses. Porém, o médico não está autorizado a ministrar a droga no paciente.⁴⁸

Na Austrália esteve em vigor de 1996 a 1997 uma lei (Lei dos Direitos dos Pacientes Terminais) que autorizava a eutanásia, prevendo inúmeros critérios e condições para o seu procedimento. Tal lei foi derrubada, muito embora de acordo com a opinião pública.⁴⁹

O Código Penal Uruguaio de 1934 tipificou a eutanásia como homicídio piedoso, facultando ao juiz eximir a pena de quem o pratica. Trata-se de uma entre as causas de impunidade, estabelecidas no artigo 37: "Los jueces tienen la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables autor de un homicidio efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima"⁵⁰

Assim, na ótica do Código Uruguaio, o consentimento não elimina o delito, mas suprime a pena⁵¹.

O Peru prevê (Código Penal, artigo 112) uma pena de 03 anos para quem mata por piedade enfermo incurável que solicita de maneira expressa e consciente o fim de suas dores intoleráveis.⁵²

Na Alemanha a questão se apresentou oficialmente em 1903, com uma proposta frente ao Parlamento da Saxônia, que a repudiou. Depois desta, outros projetos se seguiram⁵³.

⁴⁷ GOLDIM, José Roberto. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutabel.htm>>. Acesso em: 05 maio 2004.

⁴⁸ ROBERTI, Maura. **Eutanásia e direito penal**. Disponível em: <www.direitopenal.adv.br>. Acesso em: 03 mar. 2002.

⁴⁹ Ibid., p. 28.

⁵⁰ CÓDIGO Penal uruguaio, apud ASÚA, op. cit., p. 461.

⁵¹ Ibid., op. cit., p. 461.

⁵² NIÑO, Luis Fernando. **Eutanasia: morir con dignidad, consecuencias jurídico-penales**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994. p. 246.

O mundo presenciou uma atrocidade sem precedentes, quando na década de quarenta, durante o nazismo, instituiu-se um programa de eutanásia (Euthanasie-Programm für unheilbaren Kranken)⁵⁴ voltado à purificação da raça alemã (higienização social), que chegou a eliminar cerca de sessenta mil pessoas.⁵⁵ Neste caso, estar-se-ia tratando da espécie de eutanásia eugênica, que na verdade, se adotarmos a concepção atual de eutanásia, não se tratava de eutanásia propriamente dita, uma vez que para sê-la faltam requisitos essenciais como o caráter humanitário e piedoso; ser o doente terminal, em situação de extremo sofrimento e dor; e a solicitação do paciente.

Em 1986 formulou-se um Projeto Alternativo (Alternativ-Entwurf Sterbehilfe) sobre o ato médico eutanásico e o auxílio ao suicídio. Apesar de não ter sido aprovado, exerceu grande influência na opinião pública alemã.⁵⁶

Hoje, na Alemanha, a eutanásia e o suicídio assistido são crimes.

2.4 DIREITO BRASILEIRO

Eutanásia

Nunca houve previsão legal a respeito da eutanásia no direito brasileiro. Hoje a eutanásia é crime no país. Tendo sido praticada por médico, familiar ou terceiro, é considerada homicídio, na forma privilegiada, por ter sido cometido por motivo de relevante valor social ou moral, com diminuição de pena de um sexto a um terço (artigo 121, parágrafo primeiro do Código Penal). É importante observar que o consentimento do enfermo é indiferente, não havendo qualquer distinção entre eutanásia voluntária (na qual há o consentimento do paciente) ou involuntária (na qual há um ato paternalístico, em que o terceiro, julgando ser o melhor para o doente, pratica o ato eutanásico sem o consentimento deste).

⁵³ Ibid. 32, p. 456.

⁵⁴ Programa de Eutanásia para doentes incuráveis (nota da autora).

⁵⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 146-147.

⁵⁶ DWORKIN, op. cit., p. 238.

Houve uma tentativa de disciplinar a eutanásia em 1984, com o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial. Este anteprojeto pretendia inserir no texto do Código Penal Brasileiro, artigo 121, parágrafo 3º, a seguinte previsão: "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 doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão"⁵⁷.

Todavia, a parte especial não chegou a ser reformada, atingindo a reforma apenas a parte geral do Código.

Tramita atualmente no Congresso Nacional o Projeto de reforma do Código Penal, que pretende disciplinar a eutanásia da seguinte forma⁵⁸:

DOS CRIMES CONTRA A VIDA

HOMICÍDIO

Art. 121: EUTANÁSIA

Parágrafo 3º. Se o autor do crime é cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima e, agiu por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticados:

Pena – reclusão, de dois a cinco anos.

Assim, a eutanásia passaria a integrar o rol das qualificadoras do crime de homicídio. O projeto faz ainda menção à ortotanásia, determinando a sua antijuridicidade (art. 121, § 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, em sua impossibilidade, de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão".

Luiz Flávio Borges D'URSO posiciona-se radicalmente contra qualquer tipo de legalização da eutanásia: "(...) sou radicalmente contra a legalização da eutanásia no Brasil e a Holanda que acaba de legalizar a eutanásia, mais uma vez nos dá exemplo do que não se deve legalizar. Na Holanda as drogas são legali-

⁵⁷ BORGES, op. cit., p 292.

⁵⁸ BRANDÃO NETO, op. cit., p. 253.

zadas, admite-se casamento entre pessoas do mesmo sexo, etc.”⁵⁹. Ele faz uma análise crítica de muitos pontos como a veracidade da motivação do agente, o critério de morte iminente e inevitável, a irreversibilidade do estado e a concepção utilitarista de vida, na qual se valoriza seu caráter produtivo.

O Código Brasileiro de Deontologia Médica, de 1984, coloca entre as infrações previstas realizadas por médicos: “Contribuir para apressar a morte do paciente, ou usar meios artificiais quando comprovada a morte cerebral” (art. 29).

Percebe-se neste artigo a preocupação com a responsabilidade do médico em relação a sua atividade e ao seu paciente, mas nele não se trata especificamente da prática eutanásica, uma vez que o artigo é genérico e não há previsão dos elementos necessários para a sua configuração.

O Código de Ética Médica brasileiro é também expressamente contra qualquer prática eutanásica. Em seu artigo 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”.

Suicídio assistido

O ordenamento jurídico brasileiro sempre se preocupou com a prática do suicídio, não tendo como foco a conduta do suicida, mas sim da pessoa que o induzisse, instigasse ou auxiliasse.

O Código Criminal do Império do Brasil (1830), em seu artigo 198, punia o auxílio ao suicídio com uma pena de dois a seis anos: “Ajudar alguém a se suicidar, ou fornecer-lhe meios para esse fim com conhecimento de causa”.

Todavia, não havia punição do ato do suicídio ou de sua tentativa.

O Código Penal de 1890, em seu artigo 299, previa pena de prisão de dois a seis anos, para a pessoa que induzisse ou ajudasse moral ou materialmente alguém a suicidar-se, devendo ocorrer a efetiva morte do suicida para que a conduta fosse considerada crime (como é atualmente).

⁵⁹ D'URSO, Luiz Flávio Borges. **A eutanásia no Brasil**. Disponível em: <<http://www.direito penal.adv.br>>. Acesso em: 10 abr. 2002.

O Código Penal em vigor, desde 1940, em seu artigo 122 estabelece a seguinte disposição:

Induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio

Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Se praticado por motivo egoístico, ou sendo a vítima menor ou ter, por qualquer causa, a sua capacidade de resistência diminuída, a pena será duplicada, conforme estabelece o parágrafo único.

Partindo desta ótica, o suicídio assistido no direito brasileiro é crime, e encaixa-se na hipótese deste artigo, em seu tipo objetivo “prestar-lhe auxílio para que o faça”, uma vez que no suicídio assistido a terceira pessoa apenas fornece os meios para que o próprio enfermo cometa o suicídio, tendo, portanto, uma conduta acessória, pois não participa da execução e consumação do ato.

Maura ROBERTI faz um interessante questionamento a respeito da tipificação desta conduta e da disponibilidade do direito à vida. Ela parte de dois pontos: ser a vida um direito indisponível (não sendo válido o consentimento de alguém para tirar-lhe a vida) e não ser considerado crime o suicídio e a tentativa. Sendo assim ela questiona:

Diante destas premissas, seria correto afirmarmos que, "contrario sensu", a vida é um bem disponível se suprimida espontânea e voluntariamente, por pessoa com capacidade de entender e discernir? Em sendo positiva a resposta, porquê então tipificarmos a conduta daquele que auxilia alguém que, não tendo mais condições físicas, em razão de sofrimento inestimável ou por estar desenganada, pretende de forma livre, consciente, voluntária e espontânea, suprimir a própria vida?⁶⁰

2.5 OS ESTADOS E A LEGALIZAÇÃO DA EUTANÁSIA

Percebe-se, assim, um intenso receio de os Estados legislarem a respeito da eutanásia, optando por mantê-la como crime em alguns casos. Assim como no

⁶⁰ ROBERTI, Maura. Disponível em: <www.ibap.org/direitopenal/mr-eutanasia.htm>. Acesso em: 03 mar. 2004.

direito brasileiro, a eutanásia pode ser enquadrada como uma espécie privilegiada de homicídio, com uma pena mais branda em razão da motivação piedosa da conduta.

Tal receio não é pouco justificável, uma vez que legislar sobre eutanásia envolve a análise e valoração de bens como a vida, dignidade humana, autonomia, liberdade, privacidade.

É indiscutível a valoração que o Estado confere à vida, inclusive por meio do direito. Por esta razão tornar lícita uma ação que coloque fim à vida é repudiada de maneira tão rígida, a ponto de ignorar a opção e consentimento da própria pessoa.

É compreensível, portanto, a aversão dos Estados em conciliar a eutanásia a uma legislação permissiva. No entanto, verificam-se algumas incongruências em relação a tal postura, principalmente de alguns países, por exemplo, os Estados Unidos.

Vários estados americanos adotam a pena de morte. O Estado, na função legítima de punir, torna também legítimo tirar a vida de um criminoso como forma de resposta penal.

Portanto, o resultado é o mesmo: o fim da vida de uma pessoa. Os motivos são igualmente valoráveis. Em um, trata-se do dever do Estado de proteger a sociedade, seu dever de segurança pública e paz social; em outro, tem-se a dignidade humana e o respeito à sua vontade de morrer em paz. Por que, então, é tão fácil legislar uma, enquanto a outra permanece em constante questionamento ético, moral e religioso?

Muitas das justificações para não se legislar sobre a eutanásia são aplicáveis à pena de morte. Então por que tamanha diferença de tratamento pelo direito?

Mesmo sem ter sido legalizada, nos países em que é crime, a eutanásia é eventualmente praticada. A penalização e aplicação de sanções são muito inferiores ao número de ocorrências. Além disso, a sua aceitação é cada vez mais crescente, tanto entre os médicos como entre a população em geral.

Duas enquetes realizadas no Reino Unido pelo **British Medical Journal**, em 1994, e pelo **The Saturday Times**, em 1998, demonstram este fato: na primeira, 60% dos médicos entrevistados afirmaram que já tinham sido solicitados para apressar a morte de pacientes, e 34% deles tinham acedido. Ainda nesta pesquisa,

46% dos médicos informaram que ajudariam seus pacientes a morrer se isso fosse legal. Na segunda enquete, 14% dos médicos entrevistados admitiram já ter ajudado pacientes que solicitaram morrer.⁶¹

Na Austrália, uma pesquisa publicada no final de 2001 mostrou que mais de um terço de uma amostra aleatória de cirurgiões australianos já tinha usado drogas para acelerar a morte de pacientes, mesmo sem o pedido destes.⁶²

Assim, os Estados terão que tomar uma postura mais adequada aos anseios sociais e, coerente com o que vem acontecendo na prática. Por meio do direito, cabe ao Estado declarar os valores e direitos que a sociedade elege como fundamentais. E, pelo que a atual conjuntura tem indicado, a sociedade está reivindicando um novo direito: o direito de morrer (dignamente).

⁶¹ WARD, B.J.; TATE, P.A. Attitudes among NHS doctors to request for euthanasia. **British Medical Journal**, Cambridge, n. 308, p. 1332-1334, 1994.

⁶² DOUGLAS, C. et al. **The intention to hasten death: a survey of attitudes and patients of surgeons in Austrália.** **Medical Journal of Australia**, Strawberry Hills, v. 175, p. 511-16, 2001.

3 AUTONOMIA DO SUJEITO (PACIENTE)

Um Estado de Direito Democrático tem como base de seu ordenamento jurídico os direitos e garantias fundamentais, dentre os quais estão a vida, a dignidade da pessoa humana, a integridade, a liberdade, a propriedade e a igualdade.

No Brasil, a Constituição Federal, o documento supremo de todo sistema jurídico, em seu artigo 5º, no Título II, estabelece a proteção destes direitos e garantias fundamentais.

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Em decorrência direta da liberdade do indivíduo reconhece-se a sua autonomia e a sua capacidade de se autogovernar. O princípio da autonomia traduz o respeito às pessoas e à sua capacidade de se autogovernarem, nas suas escolhas e atos.

A autonomia do indivíduo é um dos argumentos de maior peso para aqueles que defendem a eutanásia.

O atual debate acerca da eutanásia está focado na questão da autonomia, uma vez que hoje o enfermo é o protagonista da discussão. Com a evolução da relação médico-paciente a vontade do enfermo e sua capacidade de decisão ganharam uma nova perspectiva.

A autonomia do paciente é tida como o respeito à sua vontade, ao respeito de se autogovernar e à participação ativa no seu processo terapêutico. O médico deve agir, assim, de acordo com os valores e crenças do paciente.

O princípio da autonomia rege, então, justamente o direito de morrer, ou melhor, o direito de cada um à própria morte: “o protagonismo do homem sobre sua vida se estende agora ao momento de sua enfermidade e sua morte”.⁶³

Inseridos no entendimento do princípio da autonomia estão alguns elementos cujo estudo é de fundamental importância para que se possa compreender a partir de que ótica se concebe a autonomia dentro da questão da eutanásia.

⁶³ PESSINI; BARCHIFONTAINE, *op. cit.*, p. 285.

Tais elementos são: a relação médico-paciente; o consentimento informado e a competência.

3.1 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Desde a época de Hipócrates, a relação médico-paciente tem se baseado em um modelo paternalista. O juramento Hipocrático tornou-se o guia deste modelo, a partir de seus princípios e valores.

O exercício da medicina era comparado a um sacerdócio, sendo o médico um intermediador entre Deus e o homem. Assim, o médico era encarregado de decidir aquilo que, conforme seus critérios, era melhor para o paciente.

Os princípios que norteavam este paternalismo do médico em relação ao paciente são o da beneficência, da não-maleficência, da justiça e do sigilo. De acordo com o primeiro, toda a prática do médico é voltada ao bem-estar do paciente. Assim, este princípio conecta-se diretamente ao princípio da não-maleficência, o qual decorre da famosa frase hipocrática *Primum non nocere* (antes de tudo, não prejudicar). Conforme o princípio da justiça o médico deveria sempre utilizar o poder de sua técnica pautando-se na justiça – o médico deveria ser um homem justo. O sigilo seria o princípio a partir do qual o médico deveria suportar a carga de confiança depositada em sua pessoa pelo paciente.

O paciente, portanto, ocupava uma posição meramente passiva ante às decisões de seu médico.

À medida em que a sociedade conquistou seus direitos (entre eles o do respeito à dignidade humana), e os ideais modernos (liberdade, igualdade e fraternidade) foram se firmando nas leis e nas relações sociais, esta realidade pouco a pouco foi se alterando.

Alguns acontecimentos importantes como a Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 1776 e a Revolução Francesa, em 1789, com a declaração da Carta dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos, tiveram um papel fundamental para o reconhecimento desses direitos que os Estados aos poucos consagraram em suas constituições. A confirmação em âmbito internacional do reconhecimento destes direitos ocorreu com a Declaração dos Direitos Humanos em dez de dezembro de 1948, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas.

Toda esta transformação social repercutiu na medicina e, a autonomia, aos poucos, fez-se sentir também na relação médico-paciente,

Em 1803, Percival, em seu Tratado de Ética Médica, previa o dever de informação dos médicos para com os pacientes e a necessidade de veracidade de tal informação⁶⁴. No princípio do século XX, valorizou-se ainda mais a necessidade de informação do paciente e a exigibilidade de consentimento deste em qualquer tipo de intervenção em seu corpo. Ainda, após a Segunda Guerra, a promulgação do Código de Nuremberg (1947), em reação às atrocidades nazistas realizadas no campo da pesquisa médica, determinou a essencialidade do consentimento voluntário dos pacientes: 1. “O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial”.

Em 1973, surgiu nos Estados Unidos a primeira Carta de Direitos dos Pacientes, promulgada pela Associação de Consumidores que entraram em contato com a Associação Americana de Hospitais para que os centros que pertenciam a ele a reconhecessem. Este documento foi um marco da nova forma de compreender a relação médico-paciente.

Em 1978 é a vez do Informe de Belmont, no qual entrariam em questão os princípios da autonomia, justiça e beneficência.

Os Códigos de Ética Médica também passaram a se preocupar com a nova perspectiva da relação médico-paciente, a qual aos poucos perdia seu caráter paternalista, ao passo que a autonomia do paciente ganhava peso.

A exemplo, o Código de Ética do Hospital Brasileiro, assegura em seu artigo 2º: “O bom funcionamento do hospital envolve responsabilidades específicas, concernentes à dignidade do paciente, em todos os estágios de sua internação; ao seu direito de determinar o que deseja ou aceita, à defesa de sua vida e à promoção de sua saúde”. Em seu artigo 6º assegura o livre arbítrio do paciente e a importância de sua decisão. O artigo 8º determina ser lícita a decisão do paciente que pretende parar com o tratamento terapêutico, e o artigo 10º assegura o direito à informação.

O Código de Ética Médica também preconiza o consentimento do paciente em seu artigo 46, determinando ser vedado ao médico “efetuar qualquer procedi-

⁶⁴ ANDREU, Garcia Aznar. Sobre el respeto a la autonomia de los pacientes. In: CASADO, Maria (Comp.). *Estudios de bioética y derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 198.

mento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida”, e, no artigo 59, “é vedado ao médico deixar de informar ao paciente o diagnóstico e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal”. No artigo 48 consagra o direito de autonomia do paciente, sendo vedado ao médico: “exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem-estar”. No mesmo sentido o artigo 56: “é vedado ao médico desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida”.

Então, antigamente o médico atuava de maneira dominante porque se acreditava que seu conhecimento conferia status à sua decisão, que se sobrepuja à do paciente. Isso ocorria com base no princípio da beneficência, de acordo com o qual o médico sabe o que é melhor para o paciente e sempre deve agir em nome do seu interesse.

Hoje não se pensa mais assim. A autonomia do indivíduo se estendeu para o âmbito da relação médico-paciente e agora ele deve atuar no processo do seu tratamento juntamente com o médico, interagindo e opinando, tornando-se um sujeito ativo na relação e não mais mero espectador. A relação agora é simétrica, desenvolve-se no âmbito da liberdade e as responsabilidades são compartilhadas.

A perspectiva atual tende a se voltar ao respeito aos indivíduos como entes autônomos e racionais, capazes de viverem e guiarem suas próprias vidas segundo suas próprias decisões e crenças.

Mas uma questão se levanta, no tocante à decisão do enfermo, e se refere aos critérios necessários para reconhecer tal decisão como autônoma de fato, tomada a partir de um entendimento livre de qualquer pressão externa e das angústias que a doença pode causar. Pode um indivíduo, em estado de sofrimento insuportável, sentindo-se um peso para a família e para a instituição, tomar uma decisão livre e consciente?

Assim, ingressa-se no estudo de um elemento essencial, dentro da nova perspectiva da relação médico-paciente: o consentimento informado.

3.2 CONSENTIMENTO INFORMADO

O consentimento informado é uma extensão da autonomia do sujeito. O direito de recusar ou consentir está baseado no respeito à autonomia, é essencial para que ela possa se realizar. Corresponde a uma das faces do direito à privacidade e individualidade do sujeito.

A doutrina do consentimento informado baseia-se, então, na proteção do direito pessoal de integridade do próprio corpo. De acordo com tal doutrina, nenhum procedimento deve ser realizado sem o consentimento do paciente, obtido a partir de uma explicação dos riscos do tratamento e das alternativas terapêuticas.

O documento que marcou historicamente sua importância foi o Código de Nuremberg, de 1947. Este Código foi formulado como uma resposta da humanidade às atrocidades cometidas pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial no tocante à experimentação em seres humanos.

O Código de Helsinki, de 1964, também merece destaque. Este documento, cujo objetivo é de aplicabilidade universal, colocou o consentimento como requisito fundamental para qualquer pesquisa ética. Exigiu-se que o indivíduo fosse informado sobre toda e qualquer prática a que fosse submetido, prática esta que só poderia se realizar com o consentimento de pessoa capaz, ou, se incapaz, de seu representante legal.

A partir destes documentos, muitos outros de aplicabilidade tanto internacional como local (alguns já citados) priorizaram o consentimento em qualquer prática que envolvesse o ser humano.⁶⁵

O consentimento informado tem status jurídico, porque ora é elevado à condição de norma, ora é norma jurídica *lato sensu* (por exemplo, no Código de Ética Médica, artigo 46), ora é encontrado na Teoria Geral dos Contratos em decisões jurisprudenciais e em outras tantas situações jurídicas.⁶⁶

⁶⁵ Mais um exemplo a merecer destaque: Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde e Diretrizes Éticas Internacionais – CIOMS/OMS: Diretriz 1: Consentimento pós-informação dos participantes.

⁶⁶ FABBRO, Leonardo. Limitações jurídicas à autonomia do paciente. **Simpósio**: revista publicada pelo Conselho Federal de Medicina, v. 7, n. 1, p. 9, 1999.

O livro **A Theory of Informed Consent** traz duas concepções interessantes da noção de consentimento informado. De acordo com a primeira, o consentimento informado seria um tipo particular de ação individual de pacientes. Corresponderia, portanto, a uma autorização autônoma. No segundo sentido apontado pela obra, o consentimento informado não estaria ligado necessariamente a uma autorização *autônoma*, mas a uma autorização legalmente eficaz e institucionalizada. Neste sentido, não há preocupação com o sentido autônomo do consentimento, mas sim com o cumprimento dos seus procedimentos e regras. Este tipo de concepção se justificaria pela necessidade do sistema legal de um mecanismo capaz de objetivamente identificar danos e eventuais responsabilidades⁶⁷.

A obra expõe a necessidade de se combinar ambas as formas de consentimentos, na medida em que o primeiro (calcado na autonomia) seja o fundamento moral do segundo e este, por sua maior objetividade, possibilite que as condições de realização de uma ação (decisão) autônoma sejam satisfeitas.

Para que um consentimento informado tenha validade e seja considerado como o resultado de uma decisão autônoma, alguns requisitos são essenciais. O fato de a pessoa ser reconhecida como autônoma e ter capacidade jurídica tanto de fato quanto de direito não implicará necessariamente que sua decisão seja autônoma. A capacidade de ser autônomo é diversa de agir autonomamente.⁶⁸

Para a grande maioria da doutrina, no que se refere ao consentimento informado, três são os requisitos principais: 1) o paciente deve ter capacidade para tomar decisão e fazer julgamentos; 2) a decisão deve ser voluntária, livre de qualquer coerção; 3) o paciente deve ter um claro entendimento em relação aos riscos e benefícios do tratamento e alternativas terapêuticas, bem como um entendimento do estágio da sua doença e os prognósticos.⁶⁹

Tom L. BEAUCHAMP e Ruth R. FADEN discorrem três condições para que uma ação seja considerada autônoma, desenvolvidas pelos escritores Benn e Gerald Dworkin (tradição existencialista): 1) que haja intenção; 2) entendimento; e,

⁶⁷ FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A theory of informed consent**. New York: Oxford University, 1986. p. 274-284.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 237.

⁶⁹ KENNEDY, Ian; GRUBB, Andrew. **Medical law: text with materials**. 2. ed. London: Butterworths, 1994. p. 1180.

3) que ocorra sem qualquer tipo de influências de controle. Se qualquer destas condições faltar, a decisão não será autônoma.⁷⁰

Para Andreu Garcia AZNAR, “una decisión autónoma es aquella que es tomada por una persona que tiene información sobre la cuestión que se le plantea y sobre la cual ha de decidir, que comprende esa información, elabora un razonamiento crítico sobre la misma y las consecuencias de su elección y manifiesta opinión, todo ello dentro de un margen de incertidumbre razonablemente acceptable”⁷¹.

A informação dada pelo médico é imprescindível para que o paciente possa decidir sobre as opções de tratamento, sua continuação ou seu término. Trata-se de uma obrigação legal e deontológica.

Além da obrigação de prestar informações, o médico deve prestá-la de maneira suficiente e compreensível, para que o paciente possa fazer uma decisão coerente com seus valores e crenças. Nesse sentido a quantidade e a qualidade da informação são essenciais, embora dependam de elementos um tanto subjetivos, tanto do médico quanto do paciente.

É importante ressaltar que o consentimento não se trata de mera adesão do paciente à proposta do médico, mas sim de uma permissão, licença para a realização sobre seu corpo de método terapêutico ou experimental.

A autonomia, princípio do qual emerge a necessidade do consentimento informado, no entanto, não dá uma liberdade absoluta, uma vez condicionado à observância de outros dois princípios que são os da justiça e o da beneficência (princípios consagrados pela bioética).

Dessa forma, em algumas situações, muitos daqueles que defendem os direitos da autonomia em Bioética médica não negam a possibilidade de uma intervenção justificada (como por exemplo, casos em que se colocam em risco a saúde pública, ou que produzem danos potenciais a fetos e ainda no caso dos incapazes).

⁷⁰ FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., p. 238.

⁷¹ ANDREU, op. cit., p. 202-203.

Assim, muitas vezes a autonomia e o paternalismo, na perspectiva do consentimento, entrarão em conflito tendo como preocupação principal o interesse individual do paciente.

Existem três posições em relação às ações paternalistas:⁷²

- 1) as ações paternalistas são sempre justificadas: baseia-se na crença de que as ações médicas sempre são voltadas para o bem do paciente;
- 2) as ações paternalistas nunca são justificadas: toda e qualquer decisão do paciente deve ser respeitada, sob pena de violar uma regra moral;
- 3) as ações paternalistas justificam-se algumas vezes: a partir desta perspectiva, deve-se cumprir alguns requisitos para que se permita uma ação paternalista: a) o tratamento ou procedimento deverá evitar ou minorar algo que é valorizado como um prejuízo muito grande; b) os prejuízos impostos pelo tratamento devem ser menores em comparação com a sua não atuação; c) o desejo do paciente não se tratar deve ser tido como irracional; d) e, outros colegas diante desta situação deveriam tomar a mesma atitude.

Dessa maneira, paternalismo e autonomia estarão sempre interagindo, e a prevalência de um em relação ao outro dependerá muito das circunstâncias do caso concreto. Respeitar a autonomia e o direito de autodeterminação de alguém competente é comportar-se tanto de acordo com o princípio da beneficência quanto da autonomia e justiça. No entanto, respeitar a decisão de alguém que se sabe ser incompetente, corresponderia a um verdadeiro descaso e contra-senso.

Existem limitações jurídicas em relação ao consentimento informado, uma vez que no contexto médico se discutem intervenções na pessoa do paciente, debatendo-se, portanto, direitos personalíssimos.

O consentimento, nos casos que envolvem eutanásia, não justifica a sua prática (conforme demonstrado pelas legislações dos países nos quais a eutanásia voluntária ou involuntária é crime). Verifica-se, assim, uma forte tendência paterna-

⁷² COHEN, Cláudio; MARCOLINO, José Álvaro Marques. Relação médico-paciente. In: SERGE, Marco; COHEN, Cláudio. *Bioética* (Orgs.). São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1995. p. 61-62.

lista no que se refere às situações de pacientes terminais. A proteção do bem jurídico *vida* supera o respeito à autodeterminação do indivíduo e a respeito deste conflito que diferentes posições se formam contra ou a favor da eutanásia.

Muitos que negam a prática eutanásica afirmam que o enfermo em fase terminal fica destituído de sua autodeterminação, pois se encontra em uma situação limítrofe de dor e sofrimento, sentindo-se um fardo para a sociedade e para a família. Assim, não teria possibilidade de tomar uma decisão consciente e voluntária, pois estaria vulnerável demais para tanto.

Em contrapartida, aqueles que apóiam a eutanásia diriam que tal autonomia seria possível na medida em que a decisão estivesse de acordo com os valores que o enfermo construiu ao longo de sua vida. Assim, se um enfermo que sempre valorizou o bem-estar, a felicidade e a saúde e, de acordo com tais padrões, considera pior que a morte as condições humilhantes e insuportáveis em que se encontra, escolhesse morrer, tal decisão seria considerada autônoma, havendo assim consentimento válido, pois de acordo com o melhor interesse do paciente.

No entanto, partindo desta premissa, apenas se estaria defendendo a eutanásia voluntária (aquela em que há consentimento), uma vez que apenas nesta está presente o princípio da autonomia.

A dificuldade de se apontar uma postura favorável à eutanásia aumenta ainda mais quando se trata de enfermos terminais impossibilitados de manifestar sua vontade, do ponto de vista fático e/ou de direito. Será, portanto o caso dos inconscientes (em coma, por exemplo); dos menores; dos dementes e daqueles que, ainda que capazes juridicamente, encontram-se em situação cujo entendimento está comprometido.

Mas ainda que o consentimento exista, para que seja válido é necessário que o enfermo seja competente (como já visto, trata-se de um dos requisitos). Quais são os critérios, então, utilizados para definir sua competência?

3.3 DA COMPETÊNCIA

A competência é um conceito de difícil delimitação. Não há acordo universal a respeito de sua definição.

Competência, em linha geral, corresponde a uma capacidade de realizar uma determinada ação, associada à idéia de conhecimento e habilidade. No entanto, a competência, quando trazida para o campo da ética médica, não se limita à capacidade jurídica preconizada no direito civil.

Muito embora tal equivalência não ocorra, os relativamente capazes e os absolutamente incapazes sempre serão incompetentes, uma vez que sua capacidade de autodeterminação foi restrita pela lei em nome de seus próprios interesses.

A dificuldade de se conceituar competência parte da análise das decisões dos plenamente capazes (de direito e de fato) e dos representantes dos incapazes.

A competência na verdade é elástica, devendo ser ponderada conforme a ação que a pessoa desenvolve.

A concepção mais difundida de competência é aquela cuja delimitação se estabelece a partir das capacidades cognitivas do paciente: compreender e valorizar a informação que o influenciará em sua decisão.⁷³

Nesta hipótese a competência do paciente é a ele atribuída antes de sua decisão, uma vez que seus defensores entendem a competência como um pressuposto para a tomada de decisão (puramente cognitiva).

Esta concepção, no entanto, apresenta algumas falhas, porque pode acabar conduzindo a resultados eticamente inaceitáveis. Tal conclusão fica mais facilmente demonstrada com um exemplo: uma senhora, maior de idade, viúva, está deprimida e todos os tratamentos farmacológicos falharam em aliviar sua depressão. Ela está hospitalizada, débil e em estado de inanição devido a pouca comida ingerida. Seus médicos querem dar-lhe terapia eletroconvulsiva (ECT), um tratamento que rapidamente a retirara de sua depressão quando estivera em situação semelhante. Ela, entretanto, tem medo de receber ECT e não assinará a autorização para se submeter à terapia. Ela entende, avalia e de fato concorda com tudo aquilo que os médicos lhe dizem. Os riscos existentes são muito pequenos se comparados com o risco de morte, caso não receba a ECT. Ela quer viver e sabe que a ECT tem possibilidade de curá-la. No entanto, seu medo do tratamento faz com que continue recusando. Até reconhece a tolice de seu medo, mas não consegue superá-lo.

⁷³ COHEN; MARCOLINO, op. cit., p. 66.

De acordo com a competência fundada na capacidade cognitiva, esta mulher teria de ser considerada plenamente competente e sua decisão deveria ser levada em conta – o que poderia levar a sua morte. Seria esta a opção eticamente mais correta?

Assim, esta concepção de competência mostra-se insuficiente.

Charles M. CULVER propõe então a inclusão do elemento da racionalidade. A partir deste novo elemento uma decisão irracional seria aquela que resultaria em danos ao paciente e ausência de benefícios compensatórios.

Citando autores como DRANE e BUCHANAN e BROCK, CULVER propôs que a competência fosse definida diferentemente de acordo com cada situação clínica concreta. Assim, deve-se estabelecer uma definição de competência mais rígida para os casos mais perigosos, e menos rigorosa quando a vida do paciente for menos afetada.

Estabeleceu-se, pois, um modelo de escala com três níveis de competência, determinando-se maior nível de compreensão quanto maior o risco do tratamento.

Esta escala associa tanto a compreensão do paciente quanto a racionalidade de sua decisão para definir a competência.

No entanto, tal escala também não se mostra satisfatória, na medida em que depende da subjetividade médica a “classificação” do paciente no nível 1, 2, ou 3 de competência.

Apesar dessa impossibilidade de se estabelecer um modelo conceitual, pode-se afirmar que a competência só poderá ser determinada dentro de um contexto, analisando-se o caso concreto. Dessa maneira, a “incompetência específica” tem sido invocada para evitar que um conceito geral baseado em critérios vagos possa considerar incompetente, em determinada situação, uma pessoa que, na verdade, seria competente.⁷⁴

Há na verdade um constante dilema entre o direito de escolha e a capacidade para essa escolha, ou seja, a competência. Este dilema, na verdade traduz o conflito entre os princípios da autonomia e da beneficência. Este conflito,

⁷⁴ FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., p. 287.

muitas vezes, remete os autores ao princípio da justiça: na dúvida, age-se conforme se imagina ser o mais justo.

A competência indispensável para um consentimento válido dependerá, então, de fatores como a capacidade legal (de direito e de fato), o estado físico, emocional e psicológico do paciente (que interferirão em sua capacidade cognitiva), a proporcionalidade e racionalidade da decisão, tendo-se em conta os riscos e benefícios conseqüentes de sua decisão.

Além disso, deve-se analisar o nível de estresse e vulnerabilidade em que está o paciente, pois sentimentos de ansiedade e medo podem ter efeitos negativos na capacidade cognitiva do paciente e até mesmo em suas concepções valorativas sobre a vida.

3.4 FUNDAMENTOS AOS LIMITES DA AUTONOMIA

3.4.1 Fundamento nos Direitos da Personalidade

Os limites à autonomia, invalidando um consentimento dado por uma pessoa ainda que tida como plenamente capaz pelo ordenamento jurídico, justificam-se na medida em que esta autonomia exercida no âmbito dos cuidados médicos, dentro da relação médico-paciente, interfere diretamente nos direitos da personalidade.

Conforme delimita Carlos Alberto BITTAR, “Considera-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos”.⁷⁵

São direitos que exercem função especial em relação à personalidade, correspondendo ao mínimo necessário ao seu conteúdo.⁷⁶

⁷⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 1.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 6.

Conforme aponta Pontes de MIRANDA e tantos outros autores, seriam estes direitos de personalidade o direito à vida, à integridade física, à integridade psíquica, à liberdade, à verdade, à igualdade formal (isonomia), à igualdade material, à honra, direito ao nome e o direito autoral.⁷⁷

Orlando GOMES estabelece uma classificação entre direitos à integridade física, nestes compreendidos os direitos à vida e sobre o próprio corpo, e os direitos à integridade moral – entre esses os direitos à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome e direito moral do autor.⁷⁸

Por sua relevância primordial, tais direitos são dotados de certas características peculiares. Dessa maneira, estes direitos são inatos, absolutos, extra-patrimoniais, intransmissíveis, indispensáveis, indisponíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*. Por dotar-se destas características, o ordenamento jurídico não consente que seu titular se despoje de qualquer destes direitos.

É justamente neste aspecto que tais direitos se confrontam com a autonomia, ou seja, na medida da disponibilidade de tais direitos. Teria o paciente disponibilidade de seu próprio corpo, por exemplo? Neste sentido resume Caio Mário PEREIRA a posição que prevalece no direito brasileiro: “O direito ao próprio corpo é um complemento do poder sobre si mesmo, mas só pode ser exercido no limite da manutenção de sua integridade. Todo ato que implique atentado contra esta integridade é repellido por injurídico”.⁷⁹

Está limitada qualquer atitude do paciente que atente a estes direitos de personalidade, como à vida e à integridade física. Nesta sorte são bens elevados à tutela do Estado, mesmo contra seu titular. Assim, “a vontade nada pode quanto a diminuir ou a aumentar a personalidade”.⁸⁰ O consentimento do que sofre o ato contra a vida não exclui a contrariedade ao direito, pois o direito à vida é irrenunciável.

⁷⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro :Borsoi. Parte Especial, t. VII, p. 8.

⁷⁸ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999. p. 153-154.

⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Forense, 1995. p.27-29.

⁸⁰ Pontes de MIRANDA, op. cit., p. 14.

3.4.2 Fundamento na Vulnerabilidade

A autonomia de muitos sujeitos pode estar limitada não por razões de incapacidade jurídica, mas sim por razões sociais. São pessoas que por condições culturais, econômicas, étnicas, educacionais e políticas têm dificuldade em manifestar livremente suas vontades.

A vulnerabilidade decorre de uma relação de desigualdade social, política, cultural e econômica manifestada entre indivíduos ou entre grupos.

A Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde define vulnerabilidade na seção II, 15: “estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido”.

Um ser vulnerável é aquele que possui uma cidadania frágil, pois não tem consciência dos seus direitos como indivíduo e como ente social.

Quando não se tem condições materiais para se suprir as necessidades mais básicas como alimentação, moradia, educação e saúde, não há como se cogitar em plena autonomia da vontade.

Um indivíduo vulnerável não é livre para escolher, na medida em que “a necessidade cotidiana de sobreviver supera as possibilidades da liberdade, do usufruto, das conquistas democráticas e dos processos de decisão que não estejam imediatamente ligados à sobrevivência”.⁸¹

Por serem sujeitos frágeis materialmente, o direito deve protegê-los, visando a assegurar que todos os direitos humanos destes sujeitos sejam observados.

O pesquisador ou médico, então, verificando tratar-se de indivíduo vulnerável, deverá agir para tentar superar tanto quanto possível tal vulnerabilidade, em respeito à ética nas relações humanas.

A Resolução supra citada determina que a observância dos princípios éticos em pesquisa implica a “proteção aos grupos vulneráveis (...) a pesquisa

⁸¹ GUIMARÃES, Maria Carolina S.; NOVAES, Sylvia Caiuby. Autonomia reduzida e vulnerabilidade: liberdade de decisão, diferença e desigualdade. **Simpósio**: revista publicada pelo Conselho Federal de Medicina, v. 7, n. 1, p. 23, 1999.

deverá sempre tratá-los em sua dignidade, respeitá-los em sua autonomia e defendê-los em sua autonomia e defendê-los em sua vulnerabilidade.” (III.1).

Um argumento contrário à eutanásia residiria neste fundamento da vulnerabilidade, pois a sua legalização poderia conduzir a mortes sem o real consentimento em seguimento ao vício moderno de buscar rápidas soluções para as ambigüidades morais de nossa vulnerabilidade humana⁸².

3.4.3 Fundamento na Incapacidade Jurídica

O direito prevê hipóteses em que a autonomia será restringida em razão de determinadas incapacidades legalmente expressas, relacionadas ao estado individual da pessoa, principalmente ligados aos critérios de idade e saúde (psíquicos, mentais e/ou físicos).

Assim, é cabível definir as situações jurídicas em que a autonomia é limitada, abrangendo, no âmbito da teoria geral de direito civil, a definição de capacidade de direito e de fato, bem como as hipóteses de incapacidade.

Capacidade jurídica

“A personalidade tem sua medida na *capacidade*”.⁸³ É a aptidão para adquirir e exercer direitos, praticar atos da vida civil.

A *personalidade* resulta dos poderes e faculdades que se exprimem na *capacidade*.

O direito prevê duas espécies de capacidades: a capacidade de gozo ou de direito e a de exercício ou de fato.

A primeira espécie (de direito) é intrínseca a todo ser humano – toda pessoa tem esta capacidade, pois é sujeito de direito. Ninguém dela pode ser privado.

⁸² CAMPBELL, Alastair. Eutanásia e o princípio de justiça. **Simpósio**: revista publicada pelo Conselho Federal de Medicina, v. 7, n. 1, p. 49-57, 1999.

⁸³ GOMES, op. cit., p. 165.

Já a capacidade de fato corresponde à possibilidade de exercício dos direitos, ou seja, a aptidão para exercitar tais direitos, a faculdade de fazer valer estes direitos.

A capacidade de direito, como se viu, não pode ser limitada. No entanto, a capacidade de fato sofre limitações de diferentes extensões, produzindo, então, a incapacidade absoluta e a relativa.

Tais institutos foram criados pelo direito com o escopo de proteger os interesses de certas pessoas que eventualmente ou permanentemente têm sua capacidade de discernimento e autodeterminação limitada, uma vez que o exercício dos direitos pressupõe a consciência e a vontade. Assim, a capacidade de fato subordina-se à existência no homem dessas duas faculdades.⁸⁴

Os absolutamente incapazes, conforme o Código Civil, artigo 3º são:

I - menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Comenta Washington de Barros MONTEIRO que no inciso II incluem-se qualquer perturbação psíquica, congênita ou adquirida, desde que impeça o entendimento e a formação de vontade da pessoa, devendo ser situação permanente, normalmente incurável que conduza à interdição do paciente e nomeação de curador que represente seus atos na vida civil.⁸⁵

O inciso III prevê hipótese em que a vontade existe; todavia não há meio de manifestá-la. A pessoa quer, mas não sabe ou não pode exprimir sua vontade. O motivo que impede tal manifestação de vontade deve ser contemporâneo ou simultâneo ao exercício do direito visado.

Os relativamente incapazes, conforme o artigo 4º do Código Civil são:

⁸⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 39 ed. ver. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1: Parte geral. p. 67.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 68.

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tenham o desenvolvimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Visto que as incapacidades referem-se a fraquezas dos indivíduos, em nome do princípio da isonomia, o direito prevê medidas tutelares em defesa dos interesses dos incapazes. Dentre estas medidas estão os institutos da assistência e da representação, curatela e tutela.

Dessa maneira, os incapazes exercerão seus direitos por meio dos seus representantes legais, conforme expõe o Código Civil, artigos 115-120.

3.5 QUEM DECIDIRÁ PELOS INCOMPETENTES:

Como se pode verificar, há muita polêmica quando se questiona a autonomia do paciente em face de uma decisão que eventualmente venha afetar um dos direitos de personalidade, como no caso dos pacientes terminais, o direito à vida.

Todavia as discussões tornam-se ainda mais complexas e polêmicas quando se trata de pacientes incompetentes para decidir. Deste modo, a pergunta que se levanta é: quem, afinal, decidirá por eles?

Não estão aptos para decidir, como já demonstrado anteriormente, os menores, os doentes mentais, os doentes em estado de inconsciência (em coma, em estado vegetativo, por exemplo), os idosos afetados por doença que acarrete em demência, enfim, aqueles que não podem exprimir livremente e conscientemente sua vontade, ou que não podem, de maneira alguma, expressá-la (por impossibilidade física, psíquica ou legal).

Em relação ao menor cabe aos pais decidirem, em virtude do pátrio poder – expresso como poder familiar nos termos do artigo 1630 do Código Civil – que só poderá ser substituído em situações específicas previstas na lei, como a morte dos pais; emancipação; maioridade; adoção; decisão judicial (artigo 1635, Código Civil).

Conforme o artigo 1634 do mesmo Codex, compete aos pais quanto à pessoa dos filhos menores “V - representá-los, até aos 16 (dezesseis) anos, nos

atos da vida civil e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprimindo-lhes o consentimento; (...).”

Um importante caso na jurisprudência norte-americana chamou atenção justamente por explicitar esta questão dos direitos dos pais de representar seus filhos quanto a decisões relacionadas à morte.

Karen Quinlan tinha 21 anos quando ingressou na UTI do hospital St. Clare de Denville, em Nova Jersey, em 14 de abril de 1975, em estado de coma por ingestão de drogas e álcool. Diversos exames demonstravam seu estado de irreversibilidade. Seus pais adotivos, então, pretendendo que os aparelhos que a mantinham viva fossem desligados, após negativa do neurologista responsável, ingressaram com um pedido frente ao Tribunal de Morristown, Nova Jersey, a cargo do Juiz Robert Muir, designado advogado dos direitos civis de Karen. A petição lhes foi negada e, então, apelaram à Suprema Corte do Estado de Nova Jersey, que, em 30 de março de 1976, revogou a decisão anterior, reconhecendo o direito constitucional pessoal de recusar tratamento. Joseph Quinlan, pai de Karen, foi designado seu tutor, e pôde em nome dela exercer o direito de escolha. Os aparelhos foram removidos em 17 de maio de 1976, e ainda assim Karen viveu até junho de 1985.

Em relação aos pacientes em estado de inconsciência ou de demência, como os doentes de Alzheimer, por exemplo (ou seja, pacientes que eram competentes, mas que por alguma razão deixaram de ser), tem se dado ênfase, principalmente por parte dos familiares, na busca das intenções e valores que a pessoa manifestou quando ainda tinha condições, manifestações estas que podem derivar de meios formais – como o “living will”⁸⁶, presente na realidade norte americana, por exemplo – ou até mesmo de palavras e atitudes. Esta busca seria, na verdade, uma tentativa de manter a autonomia do indivíduo, procurando decidir como ele decidiria se pudesse.

No entanto, este mecanismo não fornece certeza alguma, pois deve se considerar a possibilidade de a pessoa ter mudado de idéia em relação às suas declarações anteriores (sejam estas formais ou informais). Ainda, existe a

⁸⁶ Living Will corresponde ao testamento de vida, objeto de análise no próximo capítulo.

possibilidade de o paciente nunca ter manifestado sua opinião sobre o fato, por jamais ter se imaginado em dada situação.

Ainda existe a perspectiva a partir da qual as pessoas responsáveis por estes pacientes em estado de incompetência, pensando agir de acordo com o melhor interesse do paciente, agem de uma maneira mais paternalista, não considerando a personalidade deste e suas vontades, mas sim outros valores.

Esta tendência paternalista ocorre principalmente em relação aos representantes dos interesses de pacientes absolutamente incapazes, que nunca tiveram competência para qualquer ato de vontade e, portanto, sua vontade em qualquer época da vida não pôde ser considerada. Também assim ocorrerá nas decisões dos pais em relação aos seus filhos menores.

A questão mais pertinente nesta hipótese seria então “o que uma pessoa média e razoável decidiria diante de dada situação” e não “o que *aquela* paciente, em particular, faria, se pudesse”.

Geralmente os parentes de um paciente em estado vegetativo continuam tratando-o como se estivesse vivo, visitando-o, às vezes conversando com ele. No entanto, quando é certa a impossibilidade de recuperação, surge o questionamento se os meios artificiais que estão mantendo a vida daquele indivíduo devem ou não ser sustados e, ainda, a quem cabe uma decisão de tamanha importância e repercussão moral.

Um importante caso, ocorrido nos Estados Unidos levantou esta questão e acendeu o debate naquele país.

Ainda que nos Estados Unidos exista a possibilidade de testamento de vida, Nancy Cruzan não havia feito um. No entanto, seus parentes expuseram ao juiz do Estado de Missoure que ela havia, em vida, reiteradas vezes, expressado seu desejo de não ser mantida viva em estado vegetativo. Assim, o juiz aceitou tal manifestação de vontade e consentiu a remoção dos tubos que mantinham, artificialmente, sua vida. Todavia, o advogado que havia sido apontado pela corte para representar Cruzan apelou desta decisão e a Suprema Corte sustentou que a lei de Missoure não permitia que o suporte de vida fosse sustado, a menos que houvesse uma clara e convincente evidência de que a paciente assim desejava. A Corte sustentou que se Nancy tivesse feito um testamento de vida (living will), tal medida

poderia ser tomada, na medida em que este serviria como prova. No entanto, declarações informais e casuais não eram suficientes para demonstrar sua vontade.

Os parentes de Nancy mais uma vez apelaram à Suprema Corte dos Estados Unidos que, todavia, manteve a decisão da Corte de Missouri.

Neste caso, a Suprema Corte norte-americana agiu paternalisticamente, pois julgou que a manutenção do suporte de vida estaria de acordo com o melhor interesse de Nancy. Por outro lado, seus familiares buscaram agir de acordo com o princípio da autonomia, levando em conta o que Nancy decidiria – o que não quer dizer que não agiram de acordo com o que julgavam ser o melhor para Nancy.

A decisão da corte poderia ainda ser justificada, não em função da defesa do melhor interesse de Nancy, mas sim pelo fato de que, por meio dela, o Estado cumpriu o seu dever de preservar a vida humana, independentemente do melhor interesse do paciente em particular (sacralidade da vida).

Este caso serviu de base para os demais estados americanos que reviram suas leis, procurando conferir maior relevância aos “living wills”. Em 1990, o Congresso aprovou uma lei determinando que todos os hospitais mantidos com recursos federais deveriam orientar todos os pacientes que neles ingressassem sobre as formalidades necessárias para lhes assegurar que não seriam mantidos em caso de permanecerem em estado vegetativo⁸⁷.

O poder de uma decisão de tal ordem, como a suspensão de suporte de vida ou até a opção por uma medida terapêutica, envolve direitos personalíssimos, como o direito à integridade física, psíquica, moral, à identidade, à honra, à intimidade e à autonomia. A incompetência ou o estado de incompetência não retira da esfera da personalidade do paciente estes direitos – a titularidade mantém-se intacta. No entanto, a capacidade de exercício destes direitos é afetada, sendo transferida aos representantes legais, que serão os responsáveis pela sua proteção. Devem, portanto, agir com a máxima precaução, consciência e solidariedade possíveis.

A condição do paciente, opções de tratamento, o prognóstico e se possível o conhecimento dos desejos do paciente são requisitos essenciais para o responsável decidir. O médico deve fornecer o máximo de informação possível,

⁸⁷ DWORKIN, op. cit., p.188.

assim como deve ser feito na hipótese de consentimento informado do paciente competente.

3.5 DOS TESTAMENTOS DE VIDA

Em 1º de Dezembro de 1991 o Congresso dos Estados Unidos aprovou o texto normativo The Patient Self-Determination Act (Ato de Auto-Determinação do Paciente).

De acordo com esta lei os pacientes admitidos nos centros de saúde poderiam registrar suas opções e rejeições de tratamentos em caso de incapacidade superveniente. Isto seria feito por meio das *advanced directives*, consubstanciadas em três formas: o *living will* (testamento de vida); *durable power of attorney for health care* (poder duradouro do representante para cuidados com a saúde); *advanced care medical directive* (diretiva do centro médico avançado)⁸⁸.

Nos Estados Unidos ainda existe uma procuração, chamada *health-care proxies* (procuração de auxílio saúde), pelo qual alguém é apontado para decidir sobre a vida e a morte do signatário.⁸⁹

O testamento de vida consiste, basicamente, em declarações em que o paciente estabelece os tratamentos médicos indesejados, caso incorra em estado terminal e/ou de inconsciência, como, por exemplo, recusa de entubação e ressuscitação. Assim, trata-se de um meio pelo qual se busca prevenir conseqüências indesejadas de atuação médica.

A segunda forma citada corresponde a um mandado duradouro, a partir do qual estabelece-se um representante para decidir e tomar as providências cabíveis pelo paciente.⁹⁰

⁸⁸ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada**. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 118-119.

⁸⁹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Transplante de órgãos e eutanásia: liberdade e responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 242-243, citando Pio XII, *Discorsi ai medici*, cit., p. 551, *Discuso aos participantes do IX Congresso da Sociedade Italiana da Anestesiologia*, de 24.02.1952, AAS, 49:146).

A terceira modalidade diz respeito ao estado terminal. Trata-se de um documento mais completo, por meio do qual o paciente determina os procedimentos aos quais não irá se submeter e nomeia um representante.

Esta lei reflete a tendência de cada vez mais se levar em conta a vontade do paciente, tendo em vista que aborda situações em que esta não pode ser mais manifestada.

No entanto, muitos autores vêem a possibilidade de um testamento de vida com uma certa cautela. João Vaz RODRIGUES afirma que as declarações conscientes manifestadas devem ser levadas em conta, muito embora pondere a dificuldade de regulamentar tal realidade.⁹¹

O autor alerta para a atenção que deve ser dada à época de tal declaração, o tempo decorrido até o momento em que será utilizada, e para as possibilidades de que aquela vontade tenha se mantido. Defende que a prudência manda aderir à doutrina que defende o valor deste documento como mero indicativo, devendo-se indagar junto às pessoas próximas do paciente sobre a evolução em sua maneira de pensar. Indica, ainda, outra solução, qual seja a de atribuir relevância ao instituto da representação, pela qual se confere competência para decidir perante a impossibilidade do declarante.⁹²

⁹⁰ O Código de Quebec, Canadá, em seu artigo 1.701 e seguintes investe o Ministério Público de poder de investigar os atos do mandatário para que haja fiel execução da vontade de fim de vida. (DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 356.)

⁹¹ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português**: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 368.

⁹² *Ibid.*, p. 369-370.

4 PERSPECTIVA FOUCAULTIANA: RELATIVIZAÇÃO DA AUTONOMIA DO SUJEITO

4.1 RELAÇÕES DO ESTADO COM O BEM VIDA

Tendo em vista que tanto no Brasil como em grande parte do mundo a eutanásia é crime, sendo concebida como um ato contra a vida, bem jurídico tutelado pelo Estado, o consentimento para sua prática é indiferente, não sendo tido como causa de exclusão de antijuridicidade, nem como exclusão de punibilidade.

Portanto, o consentimento do lesado não elide o crime, pois se assim fosse estaria em contraste com o caráter público do Direito Penal.

Para que o consentimento seja válido, deve ocorrer em relação a um direito disponível, o que não ocorre com o direito à vida (assim como todos os demais direitos personalíssimos). Esta limitação ao consentimento ocorre em nome da ordem pública e dos bons costumes, os quais correspondem aos valores inerentes à coletividade, expressos no ordenamento jurídico.

Percebe-se, então, que o Estado, por meio do direito, ao mesmo tempo em que assegura tais direitos da personalidade, como o direito à vida, apropria-se de uma esfera desses direitos, uma vez que proíbe sua disponibilidade por parte do titular, protegendo-o contra os atos deste e de terceiros.

Vincula-se esta proteção de tais direitos à idéia de interesse público. Assim afirma Aníbal Bruno, quando defende ser a vida um bem jurídico que não importa proteger apenas sob o ponto de vista individual. O desinteresse do indivíduo pela própria vida não exclui esta da tutela penal. Deve o Estado continuar a protegê-la como valor social. Assim, há um interesse superior (da sociedade, e conseqüentemente do Estado) que supera o interesse individual, tornando inválido o consentimento de particular que tente se privar da vida.⁹³

Sob esta ótica o consentimento no que se refere à eutanásia extrapola o âmbito privado da relação médico-paciente e invade o espaço público do direito penal, uma vez que a vida extrapola a esfera do indivíduo, invadindo o espaço

⁹³ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense. 1967. t. 2, p. 19.

social, adquirindo um valor público fundamental que supera o interesse individual. A vida é um interesse comum estatal.⁹⁴

Mas será que foi sempre assim? Não é a intenção deste trabalho percorrer todos os períodos e suas diferentes concepções do bem vida, mas é certo que a criação do Estado moderno e os processos da modernidade que o seguiram influenciaram de maneira significativa a relação Vida-Estado que se apresenta atualmente.

Michel FOUCAULT, em seu livro **Em defesa da sociedade**, faz uma interessante abordagem neste sentido:

(...) quando se contrata, no plano do contrato social, ou seja, quando os indivíduos se reúnem para constituir um soberano, para delegar a um soberano um poder absoluto sobre eles, por que o fazem? Eles o fazem porque estão premidos pelo perigo ou pela necessidade. Eles o fazem por conseguinte para proteger a vida (...) E, nesta medida, a vida pode efetivamente entrar nos direitos do soberano? Não é a vida que é fundadora do direito do soberano? E não pode o soberano reclamar efetivamente de seus súditos o direito de exercer sobre eles o poder de vida e de morte, ou seja, pura e simplesmente, o poder de matá-los? Não deve a vida ficar de fora do contrato, na medida em que ela é que foi o motivo primordial, inicial e fundamental do contrato?⁹⁵

A partir da teoria clássica de soberania e do contrato social, muitas teorias desenvolveram-se em torno do direito do monarca sobre a vida de seus súditos. *Neste sentido, por exemplo, manifesta-se Jean-Jaques ROUSSEAU que, em seu livro Contrato Social, defende a alienação de todos os direitos ao Estado, inclusive o direito à vida. Assim expõe:*

(...) o cidadão não é mais juiz do perigo ao qual a lei quer que se exponha e, quando o príncipe lhe diz: 'É útil ao Estado que morras', deve morrer, pois foi exatamente por essa condição que até então viveu em segurança e que sua vida não é mais mera dádiva da natureza, porém um dom condicional do Estado. A pena de morte infligida aos criminosos pode ser considerada, aproximadamente, do mesmo ponto de vista (...).⁹⁶

⁹⁴Por certo que hoje a divisão Direito Público e Privado tornou-se relativizada face à força do constitucionalismo. Certo é que esta fusão também se reflete nas relações sociais. No entanto, quando direitos da personalidade são trazidos à tona por debates que o progresso científico vem tornando cada vez mais reais e freqüentes, esta divisão volta a ter sentido na medida em que interesses eminentemente individuais se chocam com valores tidos como fundamentais para a ordem pública (sociedade e estado).

⁹⁵ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 287-288.

⁹⁶ ROUSSEAU, Jean-Jaques . **O contrato social**. São Paulo: Victor Civita, 1983. cap. 5, livro segundo, p. 52. (Os Pensadores).

A pena de morte, então, era defendida em nome da manutenção do Estado Soberano. No entanto, o direito de vida e de morte do soberano em relação ao seu súdito não era mais absoluto como em tempos anteriores. No contexto da modernidade era um direito relativo e limitado, pois condicionado à defesa do soberano e à sua sobrevivência enquanto tal.⁹⁷

O direito de vida e de morte do soberano – que se expressava por meio de um dos instrumentos do direito penal que era a pena de morte – como afirma Foucault era o direito de causar a morte: a soberania fazia morrer e deixava viver.

Mas, durante o processo da modernidade, esta relação vida e Estado que, na lógica da teoria clássica da soberania e do contrato social, se baseava fundamentalmente no direito de fazer morrer, por meio do direito penal e de seu instrumento repressivo da pena de morte, adquiriu um novo contexto, que não excluiu o mecanismo anterior, mas que a ele se acrescentou. Certos mecanismos novos de poderes, não mais apenas ligados ao poder soberano, acarretaram uma diferente abordagem desta relação vida e Estado, voltados agora na valorização desta vida, não apenas no sentido do humanismo que a Revolução Francesa vislumbrou, mas também com um sentido voltado ao controle⁹⁸.

É certo que a vida sempre foi tida como um valor, mas não necessariamente como um bem jurídico.

Ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX a vida foi reconhecida pelo Estado, por meio do direito, como um direito indisponível – a vida aos poucos foi “tomada” do indivíduo e protegida pelo Estado, tornando-se conteúdo de direito e não apenas de poder Soberano. O próprio direito penal é um dos mecanismos de proteção do bem vida. Como, então, justificar a pena de morte, institucionalizada e viabilizada pelo próprio direito penal? Por certo que hoje grande parte dos Estados aboliram de suas legislações a pena capital, mas muitos como os Estados Unidos, um dos precursores do humanismo e da afirmação dos direitos do homem, possuem estados que a aplicam. É no mínimo suspeita a forma com que o Estado, muitas vezes,

⁹⁷ FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade**. 15. ed. Tradução de Maria Theresa da Costa Albulquerque e J. A. Guilhon Albulquerque. Rio de Janeiro: Graal, 2003. I: A vontade de saber, p. 127.

⁹⁸ Tais mecanismos de poder correspondem às disciplinas e ao biopoder, questões que serão desenvolvidas no próximo capítulo.

relaciona-se com o bem vida, pois na medida em que é indisponível pelo próprio sujeito, porque poderia ser disponível pelo Estado? A mesma lei que afirma a vida, legitima a morte, mas desde que causada pelo consentimento do Estado e não do sujeito.

A obra do filósofo FOUCAULT contribuiu de maneira inigualável para a compreensão desta relação ambígua e paradoxal Estado-Vida. É partindo de sua análise sobre o sujeito e sua subjetividade que se tentará mostrar como o Estado moldurou a vida como um direito de interesse público, tomando-a não pela guilhotina, mas pela norma.

4.2 PERSPECTIVA FOUCAULTIANA: DISCIPLINA E BIOPODER

No início do trabalho procurou-se trabalhar com o sujeito construído pela modernidade, ou seja, o sujeito autônomo, racional, livre de qualquer determinação externa, que se autodetermina, autoconstitui, plenamente capaz de fazer escolhas e tomar decisões. Enfim, um sujeito emancipado.

FOUCAULT, no entanto, observando este sujeito moderno, inserido na lógica burguesa capitalista e no progresso científico, constatou um sujeito diferente, construído não apenas pela idéia de emancipação (cujo instrumento era a razão), mas por mecanismos a ele externos, que não deixavam de carregar uma certa racionalidade.

É importante ressaltar que Foucault rompe com a concepção transcendental e universal do sujeito, partindo da idéia de que o sujeito é constituído pela história a todo momento.

FOUCAULT toma o sujeito em três dimensões: saber, poder e "si".

A relação saber-poder é fundamental para entender o sujeito na ótica foucaultiana. Para este autor o saber depende do poder e vice-versa; eles formam uma relação complexa e indissociável, pois não há poder sem um discurso de verdade e não há verdade sem um poder que a sustente. Nesta lógica, são construídos os discursos que, por sua vez, constroem as epistemes, que correspondem aos saberes de cada época da história.

O sujeito surge para FOUCAULT como produto de discursos, sendo resultado de uma dada configuração de saberes, configurações discursivas criadas por mecanismos de poder.⁹⁹

Para FOUCAULT o discurso opera efeitos na realidade, causando exclusões, definindo regiões e criando subjetividades. Na sociedade moderna os saberes no discurso procuram definir a fronteira da normalidade. O saber, transferido pelo discurso, detém esta função normalizadora¹⁰⁰.

O discurso é externo ao sujeito, dele não se origina, nem depende, pois o sujeito é por ele construído.

FOUCAULT não acredita no poder libertador da razão, uma vez que o sujeito está condicionado aos jogos de verdade¹⁰¹ (proporcionados pelo discurso) e poder.

A noção de poder em FOUCAULT é dotada de grande peculiaridade. O autor concebe o poder soberano, mas deste tira o foco de seu estudo. Para ele, além do poder soberano operando sobre os sujeitos, existem outras formas de poderes. Trata-se de micropoderes, que se exercem em rede, não mais apenas de cima para baixo como o poder soberano, mas em todas as direções. São poderes normalizadores, que FOUCAULT classificará como o poder disciplinar (disciplina) e o biopoder.

O poder disciplinar, que surgiu a partir do século XVII e XVIII ficará bem explicitado na obra **Vigiar e Punir**, na qual o autor expõe as práticas de disciplina que, com seu saber-poder normalizador, constituem e sujeitam o sujeito.¹⁰²

⁹⁹ Para Foucault discurso corresponde a um conjunto de enunciados. Resumidamente: "(...) os enunciados formam práticas discursivas que por sua vez formam epistemes, que caracterizam a configuração dos saberes de uma época" (apud FONSECA, Ricardo Marcelo. **Do sujeito de direito à sujeição jurídica: uma leitura arqueogenealógica do contrato de trabalho**. Curitiba, 2001, p. 111. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

¹⁰⁰ "O sujeito não é uma substância e sim uma forma que não é sempre idêntica a si mesma. Ele se constitui nesta ou naquela forma, como louco, como delinqüente ou não, por meio de práticas tais como os jogos de verdade e práticas de poder" (ARAÚJO, Inês Lacerda. **Foucault e a crítica do sujeito**. Curitiba: Editora da UFPR, 2000. p. 211).

¹⁰¹ "O discurso verdadeiro, que a necessidade de sua forma liberta do desejo e liberta do poder, não pode reconhecer a vontade de verdade que o atravessa; e a vontade de verdade, essa que se impõe a nós há bastante tempo, é tal que a verdade que ela quer não pode deixar de mascarar-la" (FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 1996. p.20).

Este poder disciplinar será direcionado ao corpo do sujeito. São criados mecanismos de controle sobre o corpo, que lhe impõem uma relação de docilidade-utilidade, ou seja, "(...) a coerção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada".¹⁰³

A disciplina toma os sujeitos como objetos, adestrando-os e fabricando-os. Ela opera basicamente por três mecanismos: a vigilância; a sanção normalizadora e o exame.

A vigilância é o componente fundamental para o funcionamento das instituições modernas (escolas, hospitais, fábricas, quartéis, prisões), locais onde o poder disciplinar se materializa. O modelo desta vigilância disciplinar será a figura do panóptico, configurando, assim, uma sociedade de disciplina e controle.¹⁰⁴

A segunda dimensão da disciplina, a sanção normalizadora, direciona-se para o estabelecimento de uma ordem, artificialmente construída, por meio de castigos e punições, similares ao modelo jurídico. A punição disciplinar oscilará entre o castigo e o prêmio, fixando-se assim padrões e modelos de comportamento.

Por fim há o exame, o mais ritualizado dos dispositivos da disciplina. Nele se combina a formação de um saber e um exercício de poder. Por este instrumento os indivíduos são documentados, registrados, são passíveis de análise e descrição, tornando-se objetos – objetos do exame. Os indivíduos são caracterizados de acordo com determinados fenômenos, estando ligados pela norma aos traços, padrões e medidas que determinam a normalidade e o desvio. O exame corresponde, então, ao mecanismo que possibilita um sistema de descrição do comportamento dos sujeitos.

O exame será a forma de saber-poder que dará lugar às ciências humanas, como a Psicologia e a Sociologia.

¹⁰² "Houve, durante a época clássica, uma descoberta do corpo como objeto e alvo de poder (...) corpo que se manipula, se modela, se treina, que obedece, se torna hábil ou cujas forças se multiplicam." (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 117.)

¹⁰³ FOUCAULT, **Vigiar e punir**, p.119.

¹⁰⁴ Panóptico corresponde a uma figura criada por Jeremy Bentham, que pela peculiar forma de construção permite que todos os locais sejam passíveis de vigilância e controle: "(...) este panoptismo existe, ao nível mais simples e no funcionamento quotidiano de instituições que enquadram as vidas e os corpos dos indivíduos; o panoptismo, ao nível, portanto, da existência individual." (FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 1996. p. 107).

Além deste poder disciplinar que atua sobre o corpo do sujeito classificando-o, examinando-o, de modo a aumentar sua força útil pelo exercício e treinamento, há um outro poder normalizador (não menos voltado ao controle) que terá como campo de incidência as populações, a espécie humana, a vida do homem: é o biopoder.

Esta forma de poder aparece a partir da segunda metade do século XVIII. O biopoder não anulará ou substituirá a disciplina, mas a ela se integrará, utilizando-a e modificando-a parcialmente. Ele se aplicará “(...) não ao homem corpo, mas ao homem vivo, ao homem ser vivo (...) ao homem espécie”.¹⁰⁵

O biopoder se dirige a questões ligadas à espécie como natalidade, mortalidade, fecundidade, longevidade, saúde pública – enfim, os problemas econômicos e políticos das “massas” tornam-se objetos de controle.

Forma-se, então, ao final do século XVIII, o que FOUCAULT chamou de “biopolítica”.¹⁰⁶

A biopolítica ocorre como uma espécie de estatização do biológico. Na verdade, o biopoder causará uma mudança nas concepções a respeito dos direitos de vida e de morte característicos da teoria clássica da soberania. Como afirma FOUCAULT, em certo sentido, dizer que o soberano tem direito de vida e de morte significa, no fundo, que ele pode fazer morrer e deixar viver. Assim, a vida e a morte não seriam meros fenômenos naturais, fora do campo político. Nas palavras de FOUCAULT “(...) em relação ao poder, o súdito não é, de pleno direito, nem vivo, nem morto. Em todo caso, a vida e a morte dos súditos só se tornam direitos pelo efeito da vontade do soberano”.¹⁰⁷

FOUCAULT prossegue afirmando que o direito de vida e de morte se exerce de forma desequilibrada, sempre do lado da morte, sendo o efeito do poder soberano sobre a vida exercido a partir do momento em que o soberano pode matar: “(...) o direito de matar é que detém efetivamente em si a própria essência desse

¹⁰⁵ FOUCAULT, **Em defesa da sociedade**, p. 289.

¹⁰⁶ “Depois da anátomo-política do corpo humano, instaurada no decorrer do século XVIII, vemos aparecer, no fim do mesmo século, algo (...) que eu chamaria de uma “biopolítica” da espécie humana”. (Ibid., p. 289.)

¹⁰⁷ Ibid., p. 286.

direito de vida e de morte: é porque o soberano pode matar que ele exerce seu direito sobre a vida. É o direito de fazer morrer ou de deixar viver”.¹⁰⁸

Segundo FOUCAULT, então, este “direito” da soberania, com as transformações políticas do século XIX, será complementado por um outro direito, que irá perpassá-lo e modificá-lo: o direito de fazer viver e deixar morrer. Este novo direito se instalará em função das técnicas de poder da disciplina, mas, principalmente, do biopoder e da biopolítica.

Na biopolítica a doença é vista como um fenômeno de população, não mais como epidemia, mas como morte permanente que se introduz na vida e a corrói, a diminui e a enfraquece.

A medicina passa a ter função de higiene pública. Ocorre um processo de medicalização da população, concomitante a um processo de exclusão de determinados indivíduos – são criados campos de incapacidades e neutralização: a velhice, a enfermidade e a anomalia. Surgem, então, mecanismos de assistência, como a seguridade, a poupança individual e coletiva, etc.

Trata-se de mecanismos que viabilizem previsões, estimativas, medições globais. Mecanismos reguladores da população global, buscando equilíbrio no seu campo aleatório. Trata-se “(...) em resumo, de levar em conta a vida, os processos biológicos do homem-espécie e de assegurar sobre eles não uma disciplina, mas uma regulamentação”.¹⁰⁹

Como esta técnica de poder, por ser um poder de “fazer viver”, que se aplica sobre o homem enquanto ser vivo, intervindo para aumentar a vida e controlar suas eventualidades, a morte corresponderá ao limite deste poder.

Ocorre, assim, uma progressiva desqualificação da morte. Ela deixa de ser um ritual público, perdendo seu brilho cerimonial, tornando-se, ao contrário, em algo privado e vergonhoso: “Enquanto, no direito de soberania, a morte era o ponto em que mais brilhava, da forma mais manifesta, o absoluto poder do soberano, agora a morte vai ser, ao contrário, o momento em que o indivíduo escapa a qualquer poder,

¹⁰⁸ FOUCAULT, **Em defesa da sociedade**, p. 286-287.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 293, 294.

volta a si mesmo e se ensimesma, de certo modo, em sua parte mais privada (...) o poder deixa a morte de lado.”¹¹⁰

A manutenção da vida a qualquer preço, e a utilização de todos os esforços disponíveis, não é característica do progresso científico por si só, mas é consequência direta de um exercício de poder: “E, mediante um poder que não é simplesmente proeza científica, mas efetivamente exercício desse biopoder político que introduzido no século XIX, faz-se tão bem as pessoas viverem que se consegue fazê-las viver no mesmo momento em que elas deveriam, biologicamente, estar mortas há muito tempo”.¹¹¹

4.3 BIOPOLÍTICA: A POLITIZAÇÃO DA VIDA NUA

FOUCAULT, então, mostrou como os mecanismos de poder que afloraram a partir dos séculos XVII e XVIII acarretaram uma nítida simbiose entre a política e a vida nua.¹¹²

Segundo Giorgio AGAMBEN, na medida em que os indivíduos têm suas liberdades e direitos reconhecidos e assegurados pelo poder central, simultânea e tacitamente preparam uma crescente inscrição de suas vidas na ordem estatal.¹¹³

O autor descreverá como alguns eventos na história política da modernidade representam a intrusão de princípios biológico-científicos na ordem política, como foi com a criação do *Habeas Corpus* e a declaração dos direitos.

O *Habeas Corpus* é um instrumento diretamente ligado ao corpo do homem (*habeas corpus ad subjiciendum* – deverá ter um corpo para apresentar) e voltado para a proteção das liberdades individuais. Nas palavras de Agamben:

¹¹⁰ FOUCAULT, **Em defesa da sociedade**, p. 296.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 296.

¹¹² AGAMBEN, *op. cit.*, p.126. Este autor para construir a sua tese trabalha com o conceito de homo sacer e vida nua. Não obstante à complexidade de toda a sua obra e da riqueza de sua construção teórica, que foge à pretensão deste trabalho, sinteticamente, para poder trabalhar com sua idéia entender-se-á por *homo sacer* o homem que não é reconhecido pelo direito, ou pelo Estado, ou seja, excluído da ordem política, sendo meramente *vida nua*. Para a compreensão desta última o autor trabalha com as palavras *bíos* e *zoé*, correspondendo a primeira à vida qualificada do cidadão e esta última à vida em seu anonimato, apolitizada, pura, em seu estado meramente biológico e orgânico.

¹¹³ *Ibid.*, p.127.

“Corpus é um ser bifronte, portador tanto da sujeição ao poder soberano quanto das liberdades individuais.”

A declaração dos direitos será a figura original da inscrição da vida natural na ordem jurídico-política do Estado-Nação. A vida nua entra na estrutura do Estado tornando-se sua legitimidade. Isto se mostra quando, pela análise do texto da declaração de 1789 (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), verifica-se que o simples nascimento já é fonte de direitos que serão conservados na figura do cidadão.

Para o autor este processo corresponde à passagem da soberania régia para a soberania nacional (fim do Antigo Regime), a transformação do súdito em cidadão: “A ficção aqui implícita é a de que o nascimento torne-se imediatamente nação, de modo que entre os dois termos não possa haver resíduo algum. Os direitos são atribuídos ao homem (ou brotam dele), somente na medida em que ele é o fundamento (...) do cidadão”.¹¹⁴

Dessa maneira, verifica-se que as declarações dos direitos politizaram a zoé, ou seja, a vida nua. A continuidade nascimento-nacionalidade moldou o sujeito (ou melhor, o corpo do sujeito) com uma carapaça de direitos reconhecidos pelo Estado – vestiram-no com a máscara do cidadão.

No entanto, o Estado-nação, em face da conturbada conjuntura que se formou no pós Primeira Guerra Mundial, entra em crise. Os refugiados rompem a continuidade entre homem e cidadão, fazendo emergir o resíduo entre nascimento e nacionalidade.

O refugiado torna-se um elemento inquietante de difícil definição política, pois simboliza, novamente, a vida nua. Ele é o homem dos direitos fora da máscara do cidadão.¹¹⁵ Assim aponta Hannah ARENDT: “A concepção dos direitos do homem, baseada na suposta existência de um ser humano como tal, caiu em ruínas tão logo aqueles que a professavam encontraram-se pela primeira vez diante de

¹¹⁴ AGAMBEN, op. cit., p. 135.

¹¹⁵ Ibid., p. 138.

homens que haviam perdido toda e qualquer qualidade e relação específica – exceto o puro fato de serem humanos.”¹¹⁶

A definição da cidadania tornou-se um problema político e foi a tentativa de resolvê-lo que propiciou a formação de movimentos biopolíticos por natureza que fizeram a vida natural o local por excelência da decisão soberana: o fascismo e o nazismo¹¹⁷.

4.4 NAZISMO: O PROGRAMA ALEMÃO DE EUTANÁSIA E A VIDA INDIGNA DE SER VIVIDA

O problema da definição da cidadania acarretou a criação de normas de desnaturalização e desnacionalização em massa dos próprios cidadãos. Iniciado pela França em 1915, com relação aos cidadãos naturalizados de origem inimiga, outros países seguiram o exemplo, como a Itália e a Alemanha. As leis de Nuremberg sobre a “cidadania do Reich e sobre a proteção do sangue alemão” chegaram ao ponto de dividir cidadãos a título pleno e cidadãos de segundo escalão, com base no princípio de que cidadania é algo que se deve mostrar digno para tê-la, podendo ser questionada a qualquer tempo.

Por meio deste princípio os judeus foram levados aos campos de extermínio, ou seja, antes sofriam um processo de desnacionalização completa (despolitização). Assim, os campos de concentração foram organizações da vida humana baseada unicamente na vida nua.

O nexa nascimento-nação fundado na declaração de 1789 perdeu sua lógica para um maciço reinvestimento na vida natural em que o Estado-nação discrimina em seu interior uma vida autêntica e uma vida nua privada de valor político¹¹⁸.

¹¹⁶ ARENDT, Hannah. *Essays in understanding 1930-1954*. New York, 1994, p. 299., apud AGAMBEN, op. cit., p. 133.

¹¹⁷ Para Michel Foucault no nazismo “os dois mecanismos, o clássico, o arcaico, que dava ao Estado direito de vida e de morte sobre seus cidadãos, e o novo mecanismo organizado em torno da disciplina, da regulamentação, em suma, o novo mecanismo de biopoder, vêm, exatamente, a coincidir” (*Em defesa da sociedade*, p. 311).

¹¹⁸ AGAMBEN, op. cit., p. 139.

“Vida indigna de ser vivida”

Em 1920 foi publicada uma *Planquette*, intitulada “Die Freigabe der Vernichtung Lebensunwerten Lebens” (A autorização do aniquilamento da vida indigna de ser vivida). Este texto, escrito por Karl BINDING e Alfred HOCHÉ, que apresenta um posicionamento favorável à eutanásia, segundo AGAMBEN, corresponde a uma primeira articulação jurídica da estrutura biopolítica moderna.¹¹⁹

BINDING trabalhará com o conceito de “vida indigna de ser vivida” que servirá como fundamento para se limitar a imputabilidade do aniquilamento da vida.

Para ele existem vidas que perderam absolutamente a qualidade de bem jurídico, sendo que sua continuidade já não tem mais valor tanto para o próprio portador quanto para a sociedade. Para ele, sem valor seriam as vidas daqueles incuravelmente perdidos, em razão de uma doença ou ferimento, os idiotas incuráveis, os doentes de paralisia progressiva. BINDING não vê razão alguma (jurídica, social ou religiosa) para não autorizar a morte destes homens, que são “a espantosa imagem ao avesso da autêntica humanidade”¹²⁰. Quanto à decisão sobre a autorização do aniquilamento, BINDING defende que deve ser tomada pelo próprio doente (se possível), ou por um médico ou parente próximo, cabendo a decisão final a uma comissão estatal composta de um médico, um psiquiatra e um jurista.

BINDING concebe o homem como soberano de sua própria vida e esta idéia, como afirma AGAMBEN, corresponde de forma direta a uma fixação de um limiar além do qual a vida cessa de ter valor jurídico (cessa de ser politicamente relevante), podendo ser morta sem que se cometa homicídio. Tem-se, então, uma nova categoria jurídica – “a vida indigna de ser vivida”¹²¹, a qual corresponde à vida nua do *homo sacer*, vida nua que habita o corpo biológico de cada ser vivente.

Com base nesta idéia de BINDING foi elaborado por Hitler, logo após a tomada do poder, um programa de eutanásia que autorizava a eliminação da vida indigna de ser vivida: era o Euthanasie-Programm für Unheilbaren Kranken. O

¹¹⁹ Ibid., p. 144.

¹²⁰ BINDING, K.; HOCHÉ, A. Die Freigabe der Vernichtung lebensunwertn Lebens. Leipzig, 1920, p. 31-32, apud AGAMBEN, op. cit., p. 145.

¹²¹ AGAMBEN, op. cit., p. 146.

programa foi instalado em 1940, mas por sua impopularidade, não teve grande atuação e após 15 meses foi finalizado.

É importante ressaltar que a idéia de eutanásia, embora ligada à morte, carrega uma forte carga moral e humanitária em seu conceito e conteúdo, portanto, jamais tal programa pode ser considerado com natureza de eutanásia, como esta é entendida hoje. No entanto, Hitler atribuía ao programa um caráter eminentemente humanitário.

O programa estava voltado a eliminar doentes mentais incuráveis entre 06 e 93 anos de idade. Calcula-se que cerca de sessenta mil pessoas foram eliminadas.¹²²

AGAMBEN observa que as razões que motivaram a prática do programa não foram apenas eugênicas, uma vez que a eutanásia não seria sob este ponto de vista necessária, pois as leis de prevenção de doenças hereditárias e de proteção da saúde do povo alemão já eram tutelas suficientes. Além disso, as pessoas que eram submetidas ao programa não tinham condições de se reproduzir. Ainda, sob o ponto de vista econômico o programa não era vantajoso, pelo contrário, despendia enormes gastos. Então, porque a realização deste programa?

O autor, de maneira brilhante, conclui que o programa expressava o poder soberano de decidir sobre a vida nua, sob uma nova vocação biopolítica. Prossegue afirmando que “a vida indigna de ser vivida” não é um conceito ético, ligado aos desejos do indivíduo, mas sim político, no qual está em questão a vida matável do *homo sacer*, sobre o qual o poder soberano se baseia. Com a eutanásia, isola-se do homem a vida nua, a vida matável:

(...) na perspectiva da biopolítica moderna, ela se coloca sobretudo na intersecção entre a decisão soberana sobre a vida matável e a tarefa assumida de zelar pelo corpo biológico da nação, e assinala o ponto em que a biopolítica converte-se necessariamente em tanatopolítica.”¹²³

O soberano, na perspectiva biopolítica moderna é aquele que decide o valor e o desvalor da vida, vida esta que se tornou local de decisão soberana.

¹²² As pessoas eram submetidas a uma consulta sumária e eram mortas em vinte e quatro horas. Era ministrada um dose de 2 (dois) cm de Mophium-Escopolamina e depois eram introduzidos em uma câmara de gás. (AGAMBEN, op. cit., p. 148).

¹²³ AGAMBEN, op. cit., p. 149.

É interessante assinalar que o nazismo, como movimento biopolítico, irá integrar a medicina e a política. Dentro desta lógica os indivíduos são valorados como patrimônio vivente. O rendimento econômico é relacionado de maneira imediata com a saúde do povo, o que propiciará e justificará a realização de práticas eugênicas, de modo a evitar qualquer prejuízo ao desenvolvimento biológico da nação (daí o extermínio de judeus e de doentes mentais e incuráveis).

O paradoxo do biopoder fica exposto justamente com o nazismo, por este ter sido um movimento biopolítico puro, que levou a extremos todo o controle e o cuidado com a vida. Este paradoxo mostrou-se justamente no fato de este poder, cujo objetivo é o de fazer viver, ter-se tornado um poder de matar, de fazer a morte.

E é neste paradoxo que a tentativa de conciliar forças tão opostas será veiculada pelo racismo, na perspectiva de Foucault¹²⁴, ou pela vida nua, na compreensão de AGAMBEN.

Esta imbricação – política e medicina – é fundamental para se entender as mudanças de alguns paradigmas que entraram em profunda crise com o desenvolvimento científico: a vida e a morte.

¹²⁴ “A função assassina do Estado só pode ser assegurada, desde que o Estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo” (FOUCAULT, *Em defesa da sociedade*, p. 306).

5 A REVALORIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

5.1 PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL: A VOLTA DOS DIREITOS HUMANOS E DA PERSONALIDADE

Após a Segunda Guerra Mundial foi possível constatar uma enorme insuficiência da tutela jurídica oferecida pela modernidade ao sujeito de direito, com base no direito subjetivo e nas liberdades públicas.¹²⁵

A visão abstrata e formalista de sujeito de direito, dotado de personalidade jurídica supriu apenas o sujeito proprietário no âmbito patrimonial, enquanto o ser humano constituinte deste sujeito de direito(s) tornou-se fragilizado em seu aspecto existencial e material.

Como se vislumbrou no capítulo anterior, os Estados Liberais de Direito, após a Primeira Guerra Mundial, foram tomando forma de Estados Totalitários (como a Alemanha Nazista), pois o Estado Social não conseguiu manter-se por muito tempo.

Os traumas deixados pela Segunda Guerra pressionaram uma *rebusca* dos valores fundamentais do homem. Isto ocorrerá por meio de uma revitalização ética do direito, pelo redimensionamento dos direitos de personalidade e pelo estabelecimento de um núcleo fundamental: a dignidade da pessoa humana.

Todo este processo tem início com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas, em 1.948, que enuncia em seu artigo 1º: "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos". O Código de Nuremberg, 1947, e a Declaração de Heslinque, 1964, configuram também importantes instrumentos relativos à valorização do humano, proibindo qualquer tipo de instrumentalização do sujeito.

A partir desta lógica de valorização da pessoa humana, várias constituições na Europa tomaram corpo.

A reação do próprio Estado alemão foi a afirmação, a partir da Lei Fundamental de Bonn, do direito geral de personalidade¹²⁶. A citada lei, em seu artigo 1º,

¹²⁵ GEDIEL, **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**, p. 45.

¹²⁶ Neste período do pós-guerra, na verdade, houve uma retomada, a partir de novos moldes, da idéia de um direito geral de personalidade, idéia esta que já no século XIX, ascendia

declara a intangibilidade da dignidade do homem e, em seu artigo 2º, reconhece o livre desdobramento da personalidade.

A proteção do indivíduo contra o Estado é ampliada também contra atos de particulares, encerrando-se a dicotomia entre Direito Público e Privado: "(...) os direitos fundamentais são direitos da personalidade no Direito Público, os direitos de personalidade os direitos fundamentais no Direito Privado".¹²⁷ Os direitos da personalidade, quando constitucionalizados, tornam-se direitos fundamentais.

Nesta fase, a personalidade será abordada não apenas como elemento subjetivo das relações jurídicas que a habilita ser sujeito de direito, mas será enfocada como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção pelo ordenamento jurídico.¹²⁸

Ocorrerá uma aproximação dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais, na medida em que ambos têm como fundamento o princípio da dignidade humana e como finalidade a tutela integral da pessoa. Na verdade, os direitos da personalidade integram os direitos fundamentais na medida em que estes se inserem na dimensão subjetiva: "Os direitos da personalidade, nessa perspectiva, integram os direitos fundamentais, ao se liberarem de sua origem puramente individualista e se apresentam comprometidos com a solidariedade social".¹²⁹

Hoje, a maioria das legislações civis contemplam de maneira bastante ampla a proteção aos direitos da personalidade, seja com base na teoria do direito geral de personalidade, seja prevendo um catálogo básico que enumera tais direitos, não obstante estarem sempre abertos a recepcionar novos direitos desta natureza.¹³⁰

fervorosos debates entre G. F. Puchta, seu defensor e, Savigny, seu ferrenho opositor: "(...) Savigny e a maior parte da escola histórica, contestando a pretensão de eficácia universal da razão individual na formulação jurídica e antepondo-lhe o espírito de cada povo enquanto reflexo das respectivas necessidades, recusam a idéia de um genérico *ius in se ipsum*, argumentando fundamentalmente que nesse caso se legitimaria o suicídio. Nisso se opõe Puchta, que defendeu com sucessivos retoques a existência de um genérico direito de personalidade adentro da categoria mais ampla de direito sobre a própria pessoa (...)" (SOUSA, op. cit., p. 81.)

¹²⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1988. v. 4: Direitos Fundamentais, p. 35.

¹²⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 27.

¹²⁹ GEDIEL, **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**, p.48.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 56.

A dignidade da pessoa humana¹³¹ será o princípio constitucional buscado como foco de toda a tutela voltada ao sujeito – trata-se de cláusula geral de tutela da pessoa humana. Corresponderá ao princípio norteador dos conflitos entre princípios. Ele é a medida de ponderação na análise do caso concreto.

Na verdade, a retomada do conceito de dignidade humana a partir da segunda metade do século XX, buscou recuperar concepções iluministas, principalmente dentro da lógica kantiana da autonomia da vontade racional e da não instrumentalização do ser humano.

No entanto, a noção de dignidade consagrada nas constituições do pós-guerra ultrapassa a autonomia kantiana (abstrata e individualista) vinculando-se a uma dimensão social da pessoa. Dessa forma, dignidade não se restringiria a uma qualidade intrínseca ao ser humano, mas se fundamentaria, também, no respeito mútuo das pessoas em suas relações sociais e intersubjetivas: “Uma das interpretações mais avançadas é aquela que define a noção de igual dignidade social como instrumento que confere a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes.”¹³²

¹³¹ A Constituição Federal brasileira consagra o princípio da dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil, no artigo 1º, inciso III. A partir deste princípio decorrerá a proteção dos direitos fundamentais, artigo 5º, e todo o restante do ordenamento jurídico. Segundo Eroulths Cortiano Junior, o Brasil fez opção pelo direito geral de personalidade, ao lado da tipificação de direitos da personalidade. (CORTIANO, Eroulths Junior. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 47). É importante salientar que, em reação a todo este processo de revalorização da pessoa humana, da constitucionalização do direito privado, da superação direito público e direito privado, bem como da influência de uma perspectiva eminentemente existencialista em detrimento do fundo patrimonialista em que se firmara o Código Civil de 1916, o novo Código Civil brasileiro sistematizou um capítulo especial voltado à proteção da pessoa humana. Trata-se do capítulo II, artigos 11-21, especificamente referentes aos Direitos da Personalidade. Esta recente sistemática corresponde a uma novidade do legislador que demonstra a tentativa de adaptar o direito aos novos tempos e novos anseios da sociedade, que giram em torno da proteção da pessoa e da sua dignidade.

¹³² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 37.

Assim a dignidade da pessoa foi reconstruída buscando-se a noção de homem em sua concretude e em suas diferentes dimensões, física, psíquica, moral, cultural e social.

Apesar desta contextualização histórica, de KANT até a atualidade, do princípio da dignidade humana, verifica-se uma nítida *rebusca* à autonomia do indivíduo, na medida em que a autonomia pessoal decorre do princípio da dignidade humana:

A noção de dignidade repousa – ainda que não de forma exclusiva (tal como parece sugerir o pensamento de inspiração kantiana) – na autonomia pessoal, isto é, na liberdade (no sentido de capacidade para liberdade) – que o ser humano possui de, ao menos potencialmente, formatar a sua própria existência e ser, portanto, sujeito de direitos, já não mais se questiona que a liberdade e os direitos fundamentais inerentes à sua proteção constituem simultaneamente pressuposto e concretização direta da dignidade da pessoa.¹³³

A diferença atual é que a dignidade não se restringirá à liberdade individual, mas abrangerá toda a comunidade humana, ultrapassando o indivíduo.

Não obstante seu caráter de supremacia no ordenamento jurídico, por dotar-se de natureza principiológica, a dignidade humana não detém um conceito delimitado e acabado, até porque o pluralismo de valores, inerentes de uma sociedade democrática, permite que seu conceito esteja sempre aberto às contingências sociais.

É fundamental, todavia, que se fixe um conteúdo mínimo de seu conceito, na medida em que servirá como parâmetro para todo o ordenamento e para as decisões jurisdicionais. Este conteúdo mínimo deverá conferir ao princípio da dignidade humana uma eficácia normativa.

A questão da falta de densidade normativa do princípio da dignidade da pessoa humana torna-se ainda mais problemática face aos avanços científicos e a realidade biotecnológica e tecnocientífica. O desenvolvimento da biomedicina está fazendo emergir novos direitos fundamentais e por isso reclamam por uma ordem norteadora de suas práticas.

É como resposta a este reclame que, a partir da década de setenta, a bioética tomará força e auxiliará o direito, fornecendo-lhe respaldo para as decisões

¹³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 88.

em face dos novos fatos antes imaginados apenas na ficção. A base principiológica¹³⁴ da bioética, também fundada a partir da dignidade da pessoa humana, encaminhará, portanto, as soluções jurídicas em face das novidades da biotecnologia e da tecnociência.

5.2 BIOTECNOLOGIA, PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E DIREITO DE MORRER

A atual realidade tecnocientífica e biotecnológica pretende transcender a condição humana. O corpo humano, em sua configuração biológica, estaria se tornando obsoleto e com ele os conceitos de vida e de morte.¹³⁵

A medicina unida à tecnologia tem atingido avanços e desenvolvido meios de aumentar a expectativa de vida e prolongar o processo de morte¹³⁶ de um indivíduo: “O espaço de tempo entre o adoecer e o morrer era de cinco dias. Hoje este espaço de tempo entre o momento da descoberta da doença até a morte aumentou de cinco dias para cinco anos, e mais do que se falar em morte fala-se do processo do morrer”.¹³⁷

A morte tornou-se sinônimo de fracasso. Um limite humano inaceitável dentro do processo fáustico¹³⁸ de desenvolvimento da ciência e da (pós) humanidade.

¹³⁴ Os princípios da bioética são: a autonomia; a justiça; a beneficência; não-maleficência.

¹³⁵ SIBÍLIA, Paula. **O homem pós-orgânico: corpo, subjetividade e tecnologias digitais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003. p. 13.

¹³⁶ Hoje a tendência é de se aceitar a morte encefálica que corresponde àquela que compromete irreversivelmente a vida de relação e a coordenação da vida vegetativa. Este critério é internacionalmente aceito e foi adotado pela Lei 9434/97, de doação de órgãos, em seu artigo 3º. O decreto 2.268/97 dispõe sobre o processo de verificação e determinação da morte encefálica.

¹³⁷ PESSINI; BARCHIFONTAINE, op. cit., p.243-244.

¹³⁸ Esta expressão “processo fáustico” é utilizado por Paula Sibília em sua obra “O Homem pós-orgânico: corpo, subjetividade e tecnologias digitais”. Ela cita o autor Hermínio Martins que utiliza as figuras míticas, Prometeu e Fausto, para analisar as bases da tecnociência moderna e contemporânea. Esta expressão faz uma referência ao personagem mítico Fausto, que animado por uma vontade de crescimento infinito e pelo desejo de superar as suas próprias possibilidades, faz um pacto com o Diabo assumindo o risco com as potências infernais. A analogia é extremamente pertinente, na medida em que o progresso tecnocientífico e biotecnológico almeja um crescimento sem limites, buscando solucionar todos os problemas e realizar todos os desejos do homem.

A tecnologia inseriu uma lógica tecnicista em detrimento do caráter humanista da medicina. A medicina hoje está mais comprometida em prolongar a vida em si mesma do que com o paciente a quem esta vida pertence. Assim, muitas vezes o critério da quantidade entrará em conflito com o critério da qualidade de vida.

E é a partir da análise de todos estes aspectos dessa nova realidade e deste conflito de ordem valorativo que a eutanásia e o direito de morrer nela inserido são tão questionados.

A discussão central que se coloca quanto à eutanásia está centrada justamente na contraposição: direito à vida e direito à morte. Mas, seriam mesmo tais direitos incompatíveis?

As visões dos valores de vida, em face das possibilidades dadas pelas novas tecnologias na prática da medicina, permitiram um crescente posicionamento tendente a conceber a vida não como mero fenômeno biológico, mas englobando outras dimensões como a qualidade desta vida e a dignidade humana. Neste sentido posiciona-se a jurista Maria de Fátima Freire de SÁ:

Não se pode privilegiar apenas a dimensão biológica da vida humana, negligenciando a qualidade de vida do indivíduo. A obstinação em prolongar o mais possível o funcionamento do organismo de pacientes terminais não deve mais encontrar guarida no Estado Democrático de Direito, simplesmente porque o preço desta obstinação é uma gama indivisível de sofrimentos gratuitos, seja para o enfermo, seja para os familiares deste. O ser humano tem outras dimensões que não apenas a biológica, de forma que aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também da pessoa. O prolongamento da vida somente pode ser justificado se oferecer às pessoas algum benefício, ainda assim, se esse benefício não ferir a dignidade do viver e do morrer.¹³⁹

SÁ prossegue afirmando que a vida não deve ser tida como um bem absoluto e supremo, não sendo, portanto, superior a princípios como a liberdade e a dignidade. Segundo ela, a dignidade da pessoa humana é o princípio supremo.

A luta a todo custo contra a morte torna-se idolatria à vida e muitas vezes fere a dignidade do ser humano e a sua possibilidade de escolha.

¹³⁹ SÁ, Maria Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves. **Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada**. In: _____ (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.110.

Para esta jurista a autodeterminação é componente da dignidade.¹⁴⁰

Neste sentido também se posiciona Afonso Garcia RUBIO: “Liberdade e responsabilidade: a pessoa é capaz de escolher determinados valores em si mesma, a partir de si mesma (...) Conseqüência: repugna à dignidade da pessoa todo tipo de manipulação”.¹⁴¹

O direito de morrer, portanto, estaria assentado justamente nesta linha de pensamento que concebe a vida a partir do princípio da dignidade e que valoriza a autodeterminação do sujeito na escolha pelo processo natural de sua morte, abdicando assim, de meios extraordinários que acarretem o seu prolongamento meramente orgânico-biológico.

A visão de eutanásia como direito ético do sujeito de dispor sobre a própria vida, com base na liberdade e dignidade, também é defendida por Domenico CORRADI:

Em primeiro lugar: o direito pela vida (right to life) no sentido de que ninguém pode me matar ou ainda ferir, ou ainda ofender e humilhar a minha própria dignidade. Em segundo lugar: o direito sobre a vida, right on life, on my life, o direito sobre a minha própria vida, jus in se ipsum, no sentido de que cada um de nós, pelo menos quando a situação existencial é trágica e cheia de dor insuportável, cheia de sofrimento, intolerável, tem um direito ético de dispor de sua vida. Claro, agora estou falando de eutanásia. Quando eu estou muito doente, quando estou moribundo terminal e sem esperança, então posso exercitar eticamente (talvez não sempre juridicamente) o meu próprio direito de escolher a hora da minha morte, o direito de escolher a morte agora.¹⁴²

Segundo a teoria que concebe um direito geral de personalidade¹⁴³ – o qual funcionaria como cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana – o direito de morrer poderia enquadrar-se como um dos direitos que envolveriam a pessoa

¹⁴⁰ SÁ; NAVES, op. cit., p. 111.

¹⁴¹ RUBIO, Afonso García. **Unidade na pluralidade**. 2. ed. São Paulo: Paulinas, 1989. p. 249-250.

¹⁴² BROUSSARD, Domenico Corradini. **Vem vagante, vem lentamente**: o direito de morrer. IBEJ, Curitiba, 08 mar. 1997, p. 10-11, apud GEDIEL, **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**, p. 67.

¹⁴³ “(...) direito geral de personalidade como direito de cada homem ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões da sua personalidade humana bem como da unidade psico-físico-sócio-ambiental dessa mesma personalidade humana (v.g. da sua dignidade humana, da sua individualidade concreta e do seu poder de autodeterminação)” (SOUSA, op. cit., p.93).

humana tendo em vista a proteção de sua personalidade, com fundamento na dignidade, até mesmo acima do bem *vida*.

Muitas vezes, as circunstâncias que envolvem um paciente terminal¹⁴⁴ são tão degradantes – a ponto de verificar-se a ausência de qualquer outro bem da personalidade exceto a vida em seu estado puramente biológico – que a defesa da vida acima de todos os outros bens integrantes da personalidade corresponderia a uma afronta à pessoa e à sua dignidade.

O direito de morrer – que na prática corresponderia a permitir a abdicação de um determinado tratamento, ou até o desligamento de aparelhos que mantêm a pessoa em estado vegetativo, sem expectativa de retorno – em face desta realidade estaria mais coerente com o respeito à personalidade, na medida em que estaria de acordo com a autodeterminação do sujeito, sua integridade psíquica e moral, e principalmente a sua dignidade, permeada pela ordem de valores e preferências pessoais do doente terminal.

A vida, um dos bens protegidos no âmbito do direito geral de personalidade, não estaria sendo afrontada pelo direito de morrer. Na verdade, o direito de morrer com dignidade seria decorrência lógica do direito de viver com dignidade, na medida em que a morte é uma etapa da própria vida. O direito de morrer impede que o direito à vida torne-se um dever de viver em permanente agonia e sofrimento. Neste sentido manifesta-se a jurista SÁ quando afirma que “A indisponibilidade da vida precisa ceder à autonomia daquela pessoa que se encontra na fase terminal da vida, em meio à agonia, sofrimento e limitações”.¹⁴⁵

Segundo a tanóloga americana Elizabeth KUBLER-ROSS, morrer com dignidade “significa ter permissão para morrer com seu caráter, com sua personalidade e com seu estilo”.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Paciente terminal é aquele que apresenta duas características fundamentais: a da incurabilidade e a do fracasso terapêutico dos recursos médicos (HOLLAND J.C. **Psychological issues in the care of the terminal**. Nova York: Hatherleigh, 1982. III. Directions on psychiatry, apud FRANÇA, Genival Veloso. Eutanásia: um enfoque ético-político. **Simpósio**: revista publicada pelo Conselho Federal de Medicina, v. 7, n. 1, p. 77, 1999).

¹⁴⁵ SÁ, **Direito de morrer**, p. 96.

¹⁴⁶ ROSS-KUBLER. **Sobre a morte e o morrer**. São Paulo: Martins Fontes, 1991, apud DINIZ, op. cit., p. 340.

O direito de morrer (dignamente) não estaria permitindo uma ação ou omissão de natureza homicida, mas simplesmente, ao menos no presente trabalho, corresponderia a um *deixar morrer*, no sentido de aceitar as limitações humanas e permitir o processo natural da morte daqueles pacientes em que esta é iminente e que qualquer medida apenas a prorrogaria, prorrogando juntamente um processo de dor e sofrimento. Assim, o direito de morrer se afirma na medida em que se nega o encarniçamento terapêutico.

Por certo que os cuidados médicos ordinários devem ser mantidos, tratando-se a doença e sanando-se as dores e os sofrimentos na medida do possível. Não obstante, medidas extraordinárias¹⁴⁷, que acarretem extremo sofrimento, desproporcional a eventuais benefícios, devem ser evitadas.

O direito de morrer, então, consistiria na possibilidade de não prolongar a vida de um paciente considerado incurável e em doloroso sofrimento, todavia condicionando este direito ao consentimento do paciente capaz de manifestar sua decisão consciente e livre, ou, no caso de impossibilidade deste decidir, ao consentimento de seus familiares informados pelos médicos e orientados pelos valores e crenças que o paciente alimentou durante toda a sua vida.

Dessa forma, o direito de morrer estaria correlacionado à ortotanásia ou eutanásia passiva, segundo autores que os consideram sinônimos como a jurista SÁ.

A expectativa de cura, em função do progresso da ciência, não pode ser determinante em afastar o direito de morrer. O ser humano não pode ser usado

¹⁴⁷ "The most natural understanding of ordinary/extraordinary distinction is as the difference between common and unusual care, with those terms understood as applying to a patient in a particular condition. This interprets the distinction in a literal, statistical sense and, no doubt, is what some of its users intend. Related, though different, is the idea that ordinary care is simple and that extraordinary care is complex, elaborate, or artificial, or that it employs elaborate technology and/or great efforts or expense (...). Since both common/unusual and simple/complex exist on continuums with no precise dividing line, on either interpretation there will be borderline cases engendering disagreement about whether a particular treatment is ordinary or extraordinary (...). A different understanding of the distinction, one that has its origins in moral theology, inquires into the usefulness and burdensomeness of a treatment (...) the Commission notes that any interpretation of the ordinary/extraordinary distinction in terms of usefulness and burdensomeness to an individual patient has an important advantage over the common/unusual or simple/complex interpretations in that judgments about usefulness and burdensomeness rest on morally important differences." (KENNEDY; GRUBB, op. cit., p. 1200.)

como instrumento do interesse público ou do interesse da ciência. Esperar pela cura, aceitar ou não um determinado tratamento, devem partir da vontade do paciente, ou seja, de seu consentimento. Este consentimento deve ser pautado na autonomia do sujeito e não deve restringir-se a uma ratificação do prescrito pela medicina.

A nova ética na profissão médica deve tentar equilibrar a relação médico-paciente para que esta seja isonômica, no sentido de possibilitar que o conhecimento médico sirva como instrumento de informação do paciente, para que este possa decidir de acordo com suas convicções, e não pressionado por um discurso de verdade(s).

A indisponibilidade da vida, com base no pensamento de que a vida humana é um bem jurídico de titularidade social e não individual, tem sido questionada em face dos avanços tecnológicos. Estes avanços fizeram com que a cidadania moderna deparasse com duas exigências igualmente legítimas, mas logicamente em conflito: o particularismo das liberdades, preferências e interesses pessoais, pertencentes ao campo dos direitos de cada indivíduo, e o universalismo das necessidades e interesses coletivos, pertencentes ao campo de todos os indivíduos.¹⁴⁸

O desafio hoje é poder conciliar tais interesses particulares com os interesses da coletividade. Infelizmente, não há uma fórmula para se atingir tal equilíbrio. Todavia, o importante é manter a máxima kantiana de que jamais o homem pode ser usado como meio, como instrumento para um determinado fim, ainda que seu sacrifício signifique a salvação de outros tantos sujeitos, pois cada ser humano carrega em si o valor de toda a humanidade e por isso deve ser valorizado como tal. Assim reconhecer e respeitar o direito de um paciente terminal, em extremo sofrimento e dor, de morrer com dignidade, sem submeter-se a medidas que apenas iriam prolongar este sofrimento, não significa sacrificar o bem *vida*, colocando em risco sua proteção perante o interesse social. Trata-se de respeitar o desejo, o interesse e a autonomia de um sujeito, cuja decisão afetará apenas a si próprio.

¹⁴⁸ SÁ, Maria de Fátima de. **Biodireito e direito ao próprio corpo**: doação de órgãos incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 93.

Como bem afirma Luis Fernando NIÑO¹⁴⁹ é um avanço em favor do realismo jurídico desmistificar o panorama em que nos movemos e fazer mais respeitável e autêntico o lugar em que ocupa a vida no panorama jurídico concreto.

Assim, de acordo com este mesmo autor: "(...) es concebible que un orden jurídico social y democrático reconozca – en teoría – el derecho a morir como correlativo al derecho a la vida, pero condicionado a que se ejerza de propia mano, en virtud de la ‘presunción’ de la voluntad de conservación de dicho bien; y que – a raíz de la misma presunción – el deber reflejo de respetar y salvar subsista en los demás, genéricamente, y en el Estado."¹⁵⁰

Todavia o direito de morrer defendido no presente trabalho não se estende à questão da eutanásia ativa. Esta prática envolve questões muito mais delicadas uma vez que não depende apenas de deixar o processo natural de morte atuar, mas por tratar-se de uma ação que interrompe diretamente a vida. A questão da eutanásia ativa, principalmente no âmbito dos países em desenvolvimento como os da América Latina ainda deve ser muito debatida e com muito mais atenção, pois como afirma Léo PESSINI: “se não se tem condição de vida digna, no fim do processo garantiríamos uma morte digna? (...) é chocante e até irônico constatar situações em que a mesma sociedade que negou o pão para o pobre viver lhe oferece a mais alta tecnologia para ‘bem morrer’”.¹⁵¹

5.3 O DIREITO DE MORRER SERIA UM DIREITO SUBJETIVO?

No presente capítulo pretende-se problematizar a questão proposta em seu título, partindo-se da compreensão do direito subjetivo e se este, de alguma forma, sustentaria a hipótese de um suposto direito de morrer.

Inúmeras teorias tentam conceituar e delimitar um conteúdo ao direito subjetivo.

Os direitos subjetivos tiveram um grande impulso com os movimentos do Renascimento e do Humanismo e com a disseminação dos ideais do Iluminismo. No

¹⁴⁹ NIÑO, op. cit., p.128.

¹⁵⁰ Ibid., p. 130.

¹⁵¹ PESSINI; BARCHIFONTAINE, op. cit., p. 295-296.

período da história correspondente a estes movimentos houve uma progressiva subjetivação do direito: “Assiste-se, com efeito, no início do século XVIII ao triunfo dos ideais individual-contratualistas de Locke e do sistema antropocêntrico da escola do Direito Natural (...) no qual tinha primazia o direito natural sobre o direito positivo (...) e, no qual a liberdade individual e o seu subjetivismo prevaleciam sobre a ordem objetivamente estabelecida.”¹⁵²

As idéias de direito subjetivo afirmadas nesta fase da história partiam da concepção de liberdade individual como valor absoluto. Portanto, o direito subjetivo correspondia ao reconhecimento pelo direito, por meio do Estado, da esfera de liberdade e autonomia do sujeito. Portanto, seu fundamento axiológico seria a liberdade do homem¹⁵³.

No entanto, com o desenvolvimento do positivismo jurídico bem como com a formação do Estado de Direito a relação direito subjetivo e liberdade tornou-se cada vez mais dependente da lei. Hans KELSEN, por exemplo, chega a negar a dualidade direito objetivo e direito subjetivo, sendo para ele este último o resultado da aplicação pelos indivíduos do direito objetivo. Assim, o âmbito da liberdade e da autonomia do sujeito passou a ser delimitado pelo ordenamento jurídico.

Verifica-se, então, que, para alguns teóricos, o direito subjetivo existe antes mesmo da norma, enquanto para outros só se afirma na medida em que o direito objetivo é a sua fonte.¹⁵⁴

Quanto à essência do direito subjetivo três teorias se dividiram ao longo da história: a teoria da vontade, a teoria do interesse e a teoria mista.

A primeira, da qual um dos principais defensores foi SAVIGNY, afirma que o direito subjetivo corresponde a um poder de vontade reconhecido pela ordem

¹⁵² SOUSA, op. cit., p. 65.

¹⁵³ “Os Estados da época, cuja essência e natureza são entendidas como derivadas do contrato social, passam a assumir, como seu fim primordial declarado a proteção dos direitos humanos originários, derivados do direito natural mas que, pelo seu reconhecimento no direito positivo, se vão transformando em direitos subjetivos. São porém, mais propriamente direitos subjetivos públicos, do que privados.” (SOUSA, op. cit., p. 66.)

¹⁵⁴ Assim pensa San Tiago Dantas: “(...) *prius* na ordem jurídica é a norma e que o direito subjetivo é um *posterius*, uma emanção dela”. (DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 3. ed ver. e atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 125.

jurídica, tendo conseqüência imediata dessa teoria o princípio da autonomia da vontade.¹⁵⁵

De outra parte, aparece a teoria do interesse, cujo expoente foi Von IHERING. De acordo com esta teoria o direito subjetivo teria dois elementos principais: um substancial, situado na finalidade ou no interesse e outro formal, que corresponderia ao meio para se alcançar este fim, que seria a proteção jurídica, a ação.

Por fim a teoria mista, que tenta conciliar a vontade ao interesse, afirmando, assim, o direito subjetivo como um interesse tutelado por lei mediante o reconhecimento da vontade individual.¹⁵⁶

Segundo Francisco AMARAL todas estas teorias são passíveis de crítica. Segundo este autor:

Sendo o direito subjetivo conferido a alguém pelo ordenamento jurídico, ele existe e é eficaz independentemente de o titular ter a vontade ou interesse em algo. Fossem os direitos subjetivos manifestação de vontade do titular deles estariam privados todos os que não a podem manifestar juridicamente, como os absolutamente incapazes (...) Quanto à teoria do interesse (...) concepção também passível de crítica, pois confunde o direito subjetivo com o seu conteúdo ou com um de seus fins.¹⁵⁷

Prossegue afirmando que a teoria mista, por reunir ambos os elementos (vontade e interesse) concentra as mesmas críticas. Conclui então que o melhor seria considerar o direito subjetivo como o poder de agir para a realização de um interesse, e ainda, que independentemente do entendimento da matéria, o direito subjetivo representa uma esfera de liberdade, um domínio reservado ao titular respectivo, um poder legítimo de atuação individual.¹⁵⁸

Nesta linha de raciocínio, poder-se-ia afirmar que o direito de morrer corresponde a um direito subjetivo, pois dentro de sua esfera de autonomia e atuação individual do sujeito corresponderia a um poder de agir conforme um

¹⁵⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.193.

¹⁵⁶ AMARAL, op. cit., p. 194.

¹⁵⁷ Ibid., p. 194.

¹⁵⁸ Ibid., p. 195.

interesse seu, qual seja, a defesa de sua dignidade, dentro dos seus parâmetros pessoais.

Sendo, ainda, um direito decorrente do direito geral de personalidade como no capítulo anterior se defendeu e que existiria, portanto, em nome da proteção da dignidade humana, princípio afirmado como norma na maioria das legislações (inclusive, a brasileira), poder-se-ia afirmar o direito de morrer como um direito subjetivo, tanto com fundamento na tese de que tal direito existe antes do reconhecimento pelo direito positivo, pois decorre da sua condição de pessoa e de sua dignidade, quanto com base no fundamento de que o direito subjetivo decorre de sua afirmação pelo direito objetivo, pois este afirma normativamente a dignidade humana e seu direito geral de personalidade.

No entanto, tal tese é passível de muitas contestações. Nem todas as legislações prevêm o direito geral de personalidade, optando pela previsão de direitos especiais de personalidade, delimitando as fronteiras de seu objeto. Assim sendo, nos ordenamentos que prevêm especificamente os direitos de personalidade, e, partindo da ótica de que o direito subjetivo decorre da sua afirmação pelo direito objetivo, não haveria um direito subjetivo de morrer.

Ademais, não é passível a concepção de serem os direitos da personalidade direitos subjetivos. Neste sentido se posiciona Maria Celina Bodin de MORAES

(...) tampouco há que se falar exclusivamente em 'direitos (subjetivos) da personalidade'. Mesmo se atípicos, porque a personalidade humana não se realiza apenas através de direitos subjetivos, mas sim através de uma complexidade de situações jurídicas subjetivas, que podem se apresentar, como já referido, sob as mais diversas configurações: como poder jurídico, como direito potestativo, como interesse legítimo, pretensão, autoridade parental, faculdade, ônus, estado – enfim, como qualquer circunstância juridicamente relevante.¹⁵⁹

Já outros autores, como Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de SOUSA, além de defender o direito geral de personalidade, afirma que tal direito consiste,

¹⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional** (1975). Trad. De M. C. De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 155, apud MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 142.

sim, em um direito subjetivo, correspondendo, portanto, a um autêntico poder de exigir de outras pessoas um comportamento positivo ou negativo, normativamente determinado, com possibilidade de recurso aos tribunais para instauração de providências coativas, caso tal comportamento não se verifique.¹⁶⁰

Todavia, este mesmo autor, quando discorre sobre o direito à vida, afirma seu caráter transpessoal e supremo, não reconhecendo, portanto, ao próprio titular qualquer direito dirigido à eliminação da sua vida: “Daí que seja inválido o consentimento autorizante ou tolerante e mesmo o pedido instante da vítima para outrem lhe causar a morte bem como qualquer renúncia à própria vida e que não seja lícito o suicídio.”

Sendo o direito à vida, um direito tido e protegido constitucionalmente não apenas em conformidade com a vontade do titular – uma vez que se protege contra atos do próprio titular – mas em nome do interesse social, verifica-se incompatível conceber o direito à vida como um direito subjetivo, sendo este visto a partir da ótica da liberdade e autonomia absolutas, conforme os ideais do iluminismo.

Sabe-se que tal concepção bastou apenas para a afirmação de direitos subjetivos na esfera patrimonial e contratual, sendo questionável para a defesa da esfera existencial do indivíduo.

A preocupação do aspecto coletivo, além do individual e o fim da dicotomia direito público e privado ocorridas no século XX, passou a interferir na extensão de situações subjetivas, passando esta a receber tutela do ordenamento jurídico quando em conformidade não apenas com a vontade do titular, mas também quando em sintonia com o interesse social. Assim, o direito à vida, por exemplo, seria sim um direito subjetivo, mas não gozaria da liberdade absoluta, visto que guarda em si limitações, como ocorre com a questão da proibição da sua disponibilidade pelo sujeito.

A defesa e proteção do direito à vida mesmo em face de seu titular se justifica pela noção de ordem pública, invocada como limite à livre atuação do sujeito. Em decorrência desta proteção, que ultrapassa até mesmo a vontade do indivíduo, que os Estados, atualmente, negam-se em legalizar a eutanásia como um suposto direito de morrer.

¹⁶⁰ SOUSA, op. cit., p. 93.

Mas, como já se afirmou anteriormente, a realidade biotecnológica e o desenvolvimento científico provocam os Estados a questionarem a vida além dos aspectos biológicos, para que a sua proteção não se choque com um outro valor tão importante quanto a vida, que é o da dignidade. O reconhecimento de um suposto direito de morrer estaria de acordo com essa nova realidade contemporânea tecnocientífica, na qual os conceitos de vida e morte se perderam e, portanto, a definição jurídica de direitos deles decorrentes tornaram-se confusos e indeterminados. Este direito de morrer, que abrange, neste trabalho, a eutanásia passiva (porém não a ativa), seria afirmado, assim como o direito à vida (e a este não se contrapondo): como um direito de personalidade, uma vez que decorre da pessoa humana e de sua liberdade, que deve observar os parâmetros impostos pelo princípio da dignidade humana. Dessa forma, se parte do sujeito e decorre de uma liberdade deste, poder-se-ia afirmá-lo como um direito subjetivo, na medida em que este é visto como um poder de exigir de outrem um comportamento, qual seja, neste caso, o de deixar o processo natural da morte agir, sempre tendo em vista a proteção da pessoa humana e sua dignidade, protegendo-a, por meio de medidas ordinárias, das dores decorrentes da enfermidade e respeitando sua escolha em não mais se submeter a eventuais tratamentos extraordinários.

O Estado não pode fechar os olhos a esta nova realidade que coloca dúvida aos limites da vida e da morte. A proteção incondicional da vida, acima de tudo, pode parecer o caminho mais fácil para não se incorrer em erros, mas isto não é verdade, pois esta posição, analisada de um prisma mais realista, simboliza uma omissão por parte do Estado em enfrentar as novas questões do sujeito, cuja humanidade e dignidade estão sendo, constantemente, questionadas pela nova realidade tecnocientífica e biotecnológica.

6 CRISE DA SUBJETIVIDADE E (RE)-AFIRMAÇÃO DA AUTONOMIA

A crise moderna poderia ser suscintamente e simplificada resumida a uma crise das subjetividades. A necessidade de se reafirmar a pessoa humana no pós-guerra ressuscitou a questão da autonomia sob uma nova perspectiva que se projeta para além da individualista moderna e contorna os parâmetros da dignidade humana:

A autonomia do sujeito, ao ser juridicamente reafirmada e estendida ao aspecto corporal da pessoa, compôs um conjunto de exigências das sociedades européias, no pós-guerra, destinado a promover a correção de rumos das concepções e dos modelos de Estado de Direito até então vigentes (...) na formulação do Estado Democrático de Direito, o postulado do pensamento político liberal clássico, que qualifica o homem como um fim em si mesmo e o Estado como um instrumento, cujos fins devem se conformar e se adequar aos interesses individuais, agrega novos valores e ganha novos contornos (...)¹⁶¹

Os processos de controle e de formatação de subjetividades que se iniciaram com a formação do Estado Moderno Soberano e com o desenvolvimento do sistema capitalista, hoje prosseguem, com contornos mais sutis e mais incisivos. As sociedades disciplinares visualizadas por FOUCAULT passaram por mudanças configurando o que, hoje, Gilles DELEUZE chama de sociedade de controle, na qual homem e tecnologia estão cada vez mais imbricados e as tendências disciplinares são ainda mais intensificadas. Nesta sociedade, as relações de poder, flexíveis e flutuantes, são reforçadas pelas inovações tecnocientíficas, não ficando nada fora do controle. O biopoder extrapola as paredes das tradicionais instituições disciplinares e se dissemina por meio de uma instituição mais sutil e onipresente: o mercado.

Conforme afirma Paula SIBÍLIA:

A época atual parece estar efetuando um significativo upgrade – globalizado e privatizado – das antigas biopolíticas da sociedade industrial, através das quais as sociedades eram administradas por meio de políticas públicas que visavam ao seu engajamento produtivo, à captura da vida e à reprodução planejada de acordo com os parâmetros bem definidos (...) Alguns pensadores sublinham a extrema atualidade da produção biopolítica (...) nas pesquisas genéticas e biotecnológicas é possível localizar toda uma gama de ferramentas

¹⁶¹ GEDIEL, José Antônio Peres. Autonomia do sujeito e biopoder. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al.. **Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea**. (organizadora). Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 328-329.

destinadas à sujeição da vida, com a sua capacidade de identificar índices de riscos e aplicar terapêuticas preventivas.¹⁶²

A tecnociência e a biotecnologia são instrumentos que intensificam o biopoder. FOUCAULT assim já intuía quando, em 1976 afirmou:

Esse excesso de biopoder aparece quando a possibilidade é técnica e politicamente dada ao homem, não só de organizar a vida, mas de fazer a vida proliferar, de fabricar algo vivo, de fabricar algo monstruoso, de fabricar – no limite – vírus incontroláveis e universalmente destruidores. Extensão formidável do biopoder que (...) vai ultrapassar toda a soberania humana.¹⁶³

Soma-se a este fortalecimento das ações biotecnológicas unidas às forças do mercado, o enfraquecimento normativo-jurídico dos Estados: “O declínio da soberania do Estado-Nação, em concomitância ao fortalecimento de uma nova forma de soberania complexa, composta de uma série de organismos nacionais e supranacionais que, agregados, funcionam orientados por uma mesma racionalidade, fornecem os elementos para a definição do Império”.¹⁶⁴

Dessa maneira, assim como a modernidade apresentou dois processos antagônicos – a emancipação e a instrumentalização – a contemporaneidade, que alguns chamam de pós-modernidade (mas que ainda guarda muito da crise moderna e, portanto, outros preferem chamá-la de Modernidade Tardia), presencia dois pólos de afirmação paradoxais: a afirmação do homem e sua dignidade e a busca do pós-humano, que objetiva a superação de todos os limites e com isso infringe parâmetros morais e éticos.

¹⁶² SIBÍLIA, op. cit., p. 17.

¹⁶³ FOUCAULT, Michel. **Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

¹⁶⁴ Império corresponde a um conceito utilizado por Michel Hardt e Antônio Negri para identificar a nova forma de poder que se impõe: “O conceito de Império postula um regime que efetivamente abrange a totalidade do espaço, ou que de fato governa todo o mundo ‘civilizado’” (HARDT; NEGRI, op. cit., p. 14)., ainda “(...) é a forma política do mercado mundial, ou seja, o conjunto das armas e dos meios de coerção que o defendem, instrumentos de regulação monetária, financeira e comercial, e, enfim, no interior de uma sociedade mundial ‘biopolítica’, o conjunto dos instrumentos de circulação, de comunicação de linguagem” (NEGRI, Antônio. **Exílio, seguido de valor e afeto**. São Paulo: Iluminuras, 2001. p. 41, apud GEDIEL, *Autonomia do sujeito e biopoder*, p. 337).

A bioética e o biodireito são respostas a este segundo processo “Terminador”¹⁶⁵ viabilizado pelas técnicas da tecnociência. E estes dois discursos normativos encontram na afirmação da autonomia do sujeito a resposta para a proteção do homem, do seu corpo e de sua subjetividade, cada vez mais afetado pela nova realidade.

Interessante notar que o discurso da tecnociência também se fundamenta na autonomia do sujeito, pois ela tenta afirmar um sujeito “gestor de si” capaz de superar suas “limitações humanas” e escolher, dentre as opções presentes no mercado como modelar seu corpo e alma.

Todavia tal subjetividade é nociva ao homem, pois prescinde de questionamentos éticos e morais e está “limitada apenas pelos modelos de bem-estar e perfeição biológica e corporal ofertados pela Ciência”.¹⁶⁶ Tal subjetividade leva o homem a uma pós-humanidade sem limites e sem dignidade.

A afirmação da autonomia é, sim, necessária, mas não esta autonomia absoluta, tendo em vista que esta trabalha para os fins do capital e do mercado. A autonomia do sujeito deve ser buscada dentro do parâmetro estabelecido pelo princípio da dignidade humana. O direito deve assegurá-la por meio da afirmação dos direitos subjetivos, mas não direitos subjetivos sem contornos, direitos subjetivos circundados na lógica da proteção da pessoa humana em sua humanidade e dignidade.

Apesar de todas as tecnologias de controle que tentam moldar subjetividades e normalizar os indivíduos, é indispensável que se acredite na energia de reação que existe em cada sujeito. Esta energia decorre do aspecto do homem mais característico de sua humanidade – a sua consciência. Esta consciência, por certo, não vive plena, pelo contrário, é pressionada por forças internas, como o inconsciente e por forças externas como as disciplinas, as normas, as tecnologias (...): “A vontade de potência, vontade viva do sujeito corporizado, se configura, portanto, como intersecção e articulação entre forças de fora e forças de dentro, entre excitação e assimilação, entre passividade e atividade, entre memória como autofor-

¹⁶⁵ Terminador é um termo utilizado por Michel Hardt e Antônio Negri para designar o contra-movimento da modernidade, uma contra-revolução aos ideais modernos (HARDT; NEGRI, op. cit., p.93).

¹⁶⁶ GEDIEL, Autonomia do sujeito e biopoder, p. 341-342.

mação e a memória como resistência, entre passado e futuro, entre auto-regulação e abertura para o outro.¹⁶⁷

Todavia é esta consciência que confere ao homem sua singularidade, sua possibilidade de se auto-afirmar. Negar esta autonomia é negar o próprio homem.

Como afirma José Antônio Peres GEDIEL:

(...) os sinais de triunfo do mercado e da tecnociência sobre o sujeito não afastaram, por inteiro, a resistência ou a reação desses corpos biológicos e sociais disciplinados e controlados. Foucault já iniciara uma reflexão sobre a possibilidade de a subjetividade se reinscrever na liberdade e na ética, para produzir, por meio de ações críticas, novas relações sociais. Nesse novo processo de renovação, a subjetividade se apresentaria a serviço da totalidade social, mas liberta do Estado, da segurança que as instituições prometem e da individualização que a demarca na modernidade. Essas novas subjetividades se engajariam em lutas transversais, contra todas as manifestações de poder, a começar pelas mais próximas e visíveis, questionando o *status* individual que as isola.¹⁶⁸

Não obstante todas as formas de relativização de autonomia apresentadas neste trabalho, pretendeu-se mostrar que apesar de o sujeito encontrar-se limitado e restrito em vários âmbitos de sua realização pessoal, este sujeito ainda é capaz de buscar uma autonomia. Ainda que não totalmente, o sujeito é parcialmente livre, e esta liberdade deve ser respeitada e buscada principalmente quando estão envolvidas as questões mais íntimas e particulares do sujeito, como o momento de sua morte.

É justamente aceitando a parcialidade desta autonomia, abdicando de uma visão idealista e transcendental do sujeito moderno autônomo e racional, que se pode observá-la e buscar esta autonomia em um sujeito individual, social, que sofre e é vulnerável. Há necessidade de se retornar ao sujeito e aos seus aspectos humano e material, para que este seja capaz de decidir sobre suas próprias ações, sempre tendo como princípio maior a dignidade da pessoa humana.

¹⁶⁷ SANTOS, Laymert Garcia. **Politizar as novas tecnologias**: o impacto sócio-técnico da informação digital e genética. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 310.

¹⁶⁸ GEDIEL, Autonomia do sujeito e biopoder, p. 344.

CONCLUSÃO

O paradigma da autonomia moderna não é mais compatível com uma análise realista da posição do sujeito em face de decisões de diferentes ordens. Todavia, mesmo que sua afirmação tenha sido mais utilizada para a afirmação da lógica capitalista, também serviu como substrato para o reconhecimento de direitos dos indivíduos pelo Estado.

O reconhecimento de tais direitos pelo Estado, entre eles o direito à vida, como se pode observar no presente trabalho, não se deu apenas como consequência da valorização do homem e sua dignidade, difundida pelo humanismo e defendida pelas declarações dos direitos do homem e do cidadão características do século XVIII.

Por certo que a vida é um bem inestimável e sua proteção pelos Estados corresponde a uma evolução e uma conquista na defesa dos direitos humanos. Todavia esta proteção não é calcada apenas em um sentimento humanitário e pleno de boas intenções. A afirmação da vida como bem jurídico deu-se também por um processo de dominação do Estado em relação ao sujeito, pois, na medida em que o indivíduo era incluído na ordem jurídica do Estado, o controle sobre ele tornava-se mais efetivo. Mas, o poder político sobre a vida do indivíduo, vestido com a máscara de cidadão, não se deu apenas na lógica do poder soberano. Outros poderes, como a disciplina e o biopoder – não ligados diretamente ao Estado – desvendados por FOUCAULT, inseriram-se na esfera do sujeito de maneira sutil, imperceptível, mas muito eficaz.

A proteção da vida pelo Estado como bem jurídico de titularidade social expressa muito da lógica biopolítica que se tornou evidente com o nazismo na Segunda Guerra Mundial, pela integração das ações políticas com as práticas médicas. A decisão de vida e de morte dos cidadãos era uma decisão soberana do Estado.

O despertar, após a segunda guerra, possibilitou que o debate sobre a defesa da pessoa humana e sua personalidade se reascendesse por meio de uma perspectiva voltada à dignidade e o tema da autonomia ressurgiu com o Código de Nuremberg, de 1947, que definiu o consentimento informado.

Todavia, esta mesma dignidade está sendo colocada em cheque pela racionalidade técnica da biotecnologia e da tecnociência, saberes cujo avanço se deu de maneira avassaladora após a segunda metade do século XX.

É indubitável que o progresso científico tem proporcionado ao homem inúmeros benefícios. Mas, junto a estes benefícios, a racionalidade econômica do mercado unida à racionalidade técnica da biotecnologia tem colocado o sujeito frente a situações prejudiciais à sua dignidade, situações estas que levantam questões éticas e morais emergentes e inquietantes, causando no homem a oscilação de sentimentos de medo e esperança. A aceleração da tecnologia não está sendo acompanhada com o devido cuidado.

A vida não está mais sujeita aos desígnios divinos ou à evolução natural das espécies. A ciência hoje decifra a vida em códigos e informação – a vida vegetal animal e humana. Esta manipulação da vida pelas técnicas biotecnológicas referem-se justamente a uma das faces da biopolítica – trata-se do excesso de biopoder característico do século XXI.

O homem pós-moderno inserido nesta lógica biotecnológica está sendo influenciado a abdicar de seus contornos humanos, entre estes a sua mortalidade.

A morte tornou-se um conceito de difícil enfrentamento pela medicina que a concebe como verdadeiro fracasso. Como questiona SIBÍLIA: “A própria morte estaria então ameaçada de morte?”¹⁶⁹

Talvez por ser um dos momentos mais “humanos” da vida do homem que a ciência, de natureza fáustica, dela tenta se furtar.

Todavia, é justamente o momento da morte que traz à tona todas estas questões acima suscitadas, desde a autonomia do sujeito até a relação biopolítica que o estado mantém com a vida.

Os pacientes terminais são o exemplo da resistência contemporânea em aceitar a morte. Tendo suas vidas sustentadas mais por máquinas do que por seu próprio corpo, percebem sua autonomia e dignidade chocarem-se com o bem mais valorizado na lógica biopolítica e biotecnológica: a vida.

¹⁶⁹ SIBÍLIA, op. cit., p.50.

É por este fato que a eutanásia mostra-se um tema tão atual, pois nela se chocam questões da esfera mais íntima do indivíduo com os valores mais comuns da sociedade.

A eutanásia, também, escancara e torna evidente a relação biopolítica que os estados adotam em face do direito à vida. Destacam-se aqui principalmente os Estados que permitem a pena de morte. Sendo o direito à vida um direito indisponível do sujeito, porque poderia o Estado dele dispor? Sendo um valor absoluto, não teria o criminoso o mesmo direito à proteção que qualquer outro sujeito? Parece que nesta realidade o criminoso faz as vezes do refugiado apontado por ARENDT. O Estado afirma a sua vida por reconhecê-lo como cidadão, mas reserva a si o direito de tirá-la por não mais considerá-lo digno de sua cidadania.

É para que a proteção do direito à vida desvie desta lógica biopolítica que a autonomia do sujeito deve ser *rebuscada*. A ética e o direito devem cumprir esta função, ou seja, de resgatar a humanidade do sujeito e a sua peculiaridade que é a sua capacidade de autodeterminação.

A vida retirada do âmbito da autonomia do sujeito na realidade biopolítica deve ser devolvida agora na realidade biotecnológica. Esta devolução não significa a abstenção do Estado em relação à sua proteção. Um Estado Democrático de Direito deve garantir todas as vias possíveis de sua proteção em todos os aspectos. Um destes aspectos é justamente permitir ao sujeito um fim digno e humano desta vida – o direito de morrer dignamente.

O direito de morrer neste trabalho defendido não pretende afirmar que o caminho mais correto é a legalização da eutanásia, seja ativa ou passiva, como o fizeram a Holanda e a Bélgica. Por certo que cada Estado tem sua realidade. Em países desenvolvidos, como estes, a realidade do sistema de saúde, o poder aquisitivo das pessoas, o grau de informação da sociedade e o seu sistema democrático de discussão de situações polêmicas permitiram a legalização da eutanásia, tendo em vista a proteção dos direitos humanos do paciente terminal.

Todavia, em países como o Brasil, em que a eutanásia é feita nos corredores dos hospitais, nos quais os médicos optam pelo paciente com maior chance de viver, por não haver estrutura suficiente para o atendimento de todos, onde o sistema de saúde é falho, a democracia enfraquecida pela falta de informação e educação da sociedade e o debate de questões polêmicas é quase

inexistente, não há condições de se legalizar a eutanásia. Dentro de uma conjuntura como esta, a eutanásia, defendida no campo teórico em nome da proteção da dignidade do sujeito-paciente, pode ser utilizada, na prática, contra os direitos humanos deste.

Nos países pobres, os questionamentos sobre a eutanásia ainda limitam-se ao âmbito da elite, que podem arcar com as despesas dos remédios e aparelhos que sustentam uma sobrevida. A maioria das pessoas destes países convivem com o processo de morte não em leitos de hospitais, mas no processo do seu (sobre)-viver.

Não obstante esta constatação triste, mas verdadeira, deve-se construir aos poucos, a partir do plano teórico, a proteção do sujeito na sua esfera de autonomia – uma autonomia *rebuscada* em nome da dignidade humana e consciente de suas inúmeras limitações – para que, partindo da teoria, esta autonomia possa se realizar na prática.

Assim, o direito de morrer, no presente trabalho afirmado, que consiste na possibilidade de o paciente abdicar de formas de tratamento que apenas prolongam o seu sofrimento e na possibilidade de o paciente agir conforme suas convicções pessoais e valores, e não conforme a racionalidade fáustica biotecnológica, decorre da afirmação da autonomia do sujeito, autonomia que para existir deve se buscar na análise do caso concreto os elementos do consentimento informado, da competência (na qual se inclui sua capacidade de discernimento e nível de vulnerabilidade psicológica e emocional) e da proteção da dignidade humana.

Afirmar uma autonomia plena é trabalhar na lógica biotecnológica e pós-humana. Porém, afirmá-la havendo consciência de suas limitações e, buscando diminuir tais limitações, tendo como parâmetro a dignidade da pessoa humana é trabalhar em defesa do homem e de sua humanidade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDREU, Garcia Aznar. Sobre el respeto a la autonomía de los pacientes. In: CASADO, Maria (Comp.). **Estudios de bioética y derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. 197-212.

ARAÚJO, Inês Lacerda. **Foucault e a crítica do sujeito**. Curitiba: Editora da UFPR, 2000.

ASÚA, Luiz Jimenez. **Libertad de amar y derecho de morir**. 6. ed. Buenos Aires: Losada, 1946.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 283-305.

BRANDÃO NETO, Demercindo. Eutanásia. In: PETROIANU, Andy (Org.). **Ética, moral e deontologia médicas**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003. p. 251-253.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense. 1967. t. 2.

CAMPBELL, Alastair. Eutanásia e o princípio de justiça. **Bioética: revista publicada pelo Conselho Federal de Medicina**, v. 7, n. 1, p. 49-57, 1999.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

COHEN, Cláudio; MARCOLINO, José Álvaro Marques. Relação médico-paciente. In: SERGE, Marco; COHEN, Cláudio. **Bioética (Orgs.)**. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1995. p. 51-62.

CORTIANO JR., Eroulths. **Direitos de personalidade: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver**. Curitiba, 1993. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

_____. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 3. ed ver. e atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOUGLAS, C. et al. **The intention to hasten death: a survey of attitudes and patients of surgeons in Austrália.** *Medical Journal of Australia, Strawberry Hills*, v. 175, p. 511-16, 2001.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **A eutanásia no Brasil.** Disponível em: <<http://www.direitopenal.adv.br>>. Acesso em: 10 abr. 2002.

DWORKIN, Ronald. **Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom.** New York: Alfred A. Knopf, 1993.

FABBRO, Leonardo. Limitações jurídicas à autonomia do paciente. *Bioética: revista publicada pelo Conselho Federal de Medicina*, v. 7, n. 1, p. 7-12, 1999.

FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A theory of informed consent.** New York: Oxford University, 1986.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Do sujeito de direito à sujeição jurídica: uma leitura arqueogenealógica do contrato de trabalho.** Curitiba, 2001. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade.** 15. ed. Tradução de Maria Theresa da Costa Albulquerque e J. A. Guilhon Albulquerque. Rio de Janeiro: Graal, 2003. I: A vontade de saber.

_____. **A ordem do discurso.** São Paulo: Loyola, 1996.

_____. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro: Nau, 1996.

_____. **Em defesa da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982).** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** 27. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

FRANÇA, Genival Veloso. **Eutanásia: enfoque ético-político.** *Bioética: revista publicada pelo Conselho Federal de Medicina*, v. 7, n. 1, p. 71-82, 1999.

GEDIEL, José Antônio Peres. Autonomia do sujeito e biopoder. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al.. **Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea.** (organizadora). Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 327-345.

_____. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo.** Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GOLDIM, José Roberto. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutabel.htm>>. Acesso em: 05 maio 2004.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** 13. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

GUIMARÃES, Maria Carolina S.; NOVAES, Sylvia Caiuby. Autonomia reduzida e vulnerabilidade: liberdade de decisão, diferença e desigualdade. **Bioética**: revista publicada pelo Conselho Federal de Medicina, v. 7, n. 1, p. 21-24, 1999.

HARDT, Michel; NEGRI, Antônio. **Império**. Tradução Berílio Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

KENNEDY, Ian; GRUBB, Andrew. **Medical law: text with materials**. 2. ed. London: Butterworths, 1994.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1988. v. 4: Direitos Fundamentais.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro :Borsoi. Parte Especial, t. 7.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 39 ed. ver. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1: Parte geral.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 105-147.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada**. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 101-128.

NIÑO, Luis Fernando. **Eutanásia: morir con dignidad, consecuencias jurídico-penales**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.

PALERMINI, Patricia. **Misère de la bioéthique**. Bruxelas: Labor, 2002.

PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Forense, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais de bioética**. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

ROBERTI, Maura. **Eutanásia e direito penal**. Disponível em: <www.direitopenal.adv.br>. Acesso em: 03 mar. 2004.

ROBERTI, Maura. Disponível em: <www.ibap.org/direitopenal/mr-eutanasia.htm>. Acesso em: 03 mar. 2004

RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português**: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente. Coimbra: Coimbra, 2001.

ROUANET, Sergio Paulo. **Mal-estar na modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **O contrato social**. São Paulo: Victor Civita, 1983. cap. 5, livro segundo. (Os Pensadores).

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

SÁ, Maria de Fátima de. **Biodireito e direito ao próprio corpo**: doação de órgãos incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SÁ, Maria Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves. **Da relação jurídica médico-paciente**: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: _____ (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 101-128.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. v. 1.

SANTOS, Laymert Garcia. **Politizar as novas tecnologias**: o impacto sócio-técnico da informação digital e genética. São Paulo: Ed. 34, 2003.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Transplante de órgãos e eutanásia**: liberdade e responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____ (Org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SIBÍLIA, Paula. **O homem pós-orgânico**: corpo, subjetividade e tecnologias digitais. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

KENNEDY, Ian; GRUBB, Andrew. **Medical law**: text with material. 2. ed. London: Butterworths, 1994.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WARD, B.J.; TATE, P. A. Attitudes among NHS doctors to request for euthanasia. **British Medical Journal**, Cambridge, n. 308, p. 1332-1334, 1994.