

DIREITO DE MORRER

SERGIO FERRAZ

I — Introdução

A extrema rapidez do desenvolvimento científico, particularmente nos últimos sessenta anos, pôs por terra qualquer veleidade quanto a poderem as ciências sociais acompanhar, com a pretensão de conduzir, o impacto das descobertas da pesquisa, em nossas vidas e na sociedade.

Essa constatação, já por si grávida de ponderáveis conseqüências, assume, entretanto, dramático e terrível papel no campo da fenomenologia biológica, em todos os seus quadrantes. Já anotou destacado jurista que a revolução técnico-científica, na genética, é até mais radical do que foi a copernicana¹. Até por isso mesmo, o problema científico é, no particular, de tal monta e conseqüências que, parodiando Clausewitz, não pode ser deixado só nas mãos do cientista. Daí a importância, no tema, da presença do filósofo e do jurista.

Aqui, a mente mais fértil de escritor, o exercício futuroológico mais ousado do especulador, tudo isso foi amplamente batido pela realidade surgida nos laboratórios.

Tão intensa foi, no particular, a acelerada disparada da ciência que já nos habituamos a encarar como fenômenos do cotidiano revoluções que, há 30 (trinta) anos, não saíam dos livros de ficção: a inseminação artificial; a fecundação *in vitro*; as técnicas de reprodução assistida, a doação e utilização de embriões, fetos, células, tecidos, órgãos, etc. Tudo isso, se de um lado deslumbra, por outro deixa entrever ominosos pesadelos. Mais do que nunca, estamos no limiar de um desafio indeclinável: compatibilizar o controle da atuação científica (para evitar inaceitáveis abusos), com a necessidade da investigação biológica (da genética, em particular, com vistas ao término da esterilidade e de certas doenças, por exemplo).

É nítido, para nós juristas, que a concepção de família e a própria idéia da dignidade humana estão seriamente implicadas nessa tensão.

Neste ensaio, nossa tentativa é, exatamente, buscar amarras seguras que, sem obstaculizarem o progresso científico, assegurem a integridade de nossos valores impostergáveis. Daí a eleição dos princípios constitucionais, como balizas seguras de vincular o progresso da ciência ao respeito pelos valores fundamentais do indivíduo e da sociedade.

II — Princípios

O que antes poderia parecer simples exercício da imaginação acabou por tornar-se plausibilidade efetiva, realidade palpável. Frente a ela, o que faz o Direito? Seus cultores fecham os olhos, ou enfrentam o desafio?

Será possível continuar a tentar ignorar a natureza jurídica dos embriões? E os problemas de suas doações (em vida e *post mortem*)? Por certo não pode ser juridicamente irrelevante toda uma pletora de temas, tais como:

a — a fecundação artificial de mulheres solteiras;

b — a manipulação simples; a investigação, experimentação e a terapia genética, em células reprodutoras ou não;

c — o descompasso entre a família jurídica e a biológica; e até mesmo entre esta “natural” e a induzida.

É tão acachapante a magnitude de tais problemas que a reunião informal do Conselho de Ministros da Justiça dos Estados-Membros do Conselho da Europa, realizada em Edimburgo, em 1985, já concluía que, nesses pontos, só é cogitável uma legislação internacional de incidência interna assegurada, sob pena de se estar a fomentar o aparecimento de novas formas, extremamente mais cruéis, por certo, de espoliação das nações desenvolvidas sobre as que não o são, e, já agora, com o preço pago pela transformação de seus habitantes em cobaias para os experimentos daquelas.

Mesmo enquanto não se oferece o momento de maturidade, em que a legislação internacional se possa produzir, impõe-se o enfrentamento do desafio, no plano da normatividade interna. E há que fazê-lo incoercivelmente tentando a conciliação indispensável entre os dois vetores aqui identificáveis: de um lado, os imperativos do desenvolvimento científico, de claro relevo para o progresso do homem; do outro, o respeito à integridade do mesmo homem. Por sobre tudo isso, a indispensável superestrutura da disciplina jurídica. Na seqüência, então, iremos meditar sobre soluções aceitáveis, a nosso ver, no direito interno de cada país, reafirmando contudo nossa adesão às

conclusões alcançadas em Edimburgo, em 1985, quanto à imprescindibilidade de uma legislação internacional.

No simples sopesar dos vetores, acima assinalados, fica extremamente claro que o tema só pode ser juridicamente tratado à luz dos compromissos jurídicos fundamentais, ou seja, aqueles fixados na Lei das Leis, na Constituição.

Em outras palavras, seja agora, enquanto ainda não editada a pertinente normatividade, seja a partir de sua elaboração, e subsequente vigência, o tema da manipulação biológica tem de ser, a todo instante, calibrado à vista dos princípios constitucionais — única fórmula de assegurar a abertura das sendas do progresso, dentro dos marcos fundamentais livremente estabelecidos pela sociedade.

Ressalte-se, por oportuno, que a temática visada neste ensaio não é de todo intocada, no arcabouço jurídico brasileiro. Assim é que até mesmo os tribunais têm sido, há mais ou menos tempo, chamados à decisão em casos não só de aborto, eutanásia e suicídio (que são formas radicais de manipulação biológica), como também, de poucos anos para cá, em problemas de doação de órgãos ou tecidos, em vida ou *post mortem*. Litígios desse jaez têm sido encarados à luz do direito penal ou do direito civil.

O que há de novidade, agora, é a busca da superação das perplexidades que a temática provoca, enfocando-as à vista do exclusivo farol capaz de solvê-las univocamente, para todos os ramos da árvore jurídica: o contraste entre tais indagações e os princípios constitucionais da ordem jurídica. Com isso, a questão por certo não ganha em facilidade ou simplificação, quem sabe até mais difícil se torne. Mas ganha em certeza e segurança, pois somente princípios constitucionais podem ostentar a marca da irredutibilidade a outros, num pensamento jurídico coerentemente concatenado.

À palavra princípio estão, de regra, atribuídos sentidos múltiplos.

O *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, dedica-lhe várias definições. Mais imediatamente pertinentes ao tipo de enfoque que este ensaio veicula, encontramos duas a serem destacadas:

I. “Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, inquestionável”.

II. “Proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado”.

Dando um passo aprofundado em nossa pesquisa, vejamos, agora, como o clássico *Dicionário de Filosofia*, de José Ferrater Mora, enfrenta a palavra:

“Entonces el principio no es el nombre de ninguna realidad, sino que describe el carácter de una cierta proposición: la proposición que da la razón de.

Ahora bien, aunque un principio es un punto de partida, no parece que todo punto de partida puede ser un principio. Por este motivo se ha tendido a reservar el nombre de principio a un punto de partida que no sea reducible a otros puntos de partida, cuando menos a otros puntos de partida de la misma especie e pertenecientes al mismo orden. Así, si una ciencia tiene uno o varios principios, éstos serán tales sólo en cuanto no haya otros a los cuales puedan reducirse. En cambio, puede admitirse que los principios de una determinada ciencia, aunque puntos de partida de tal ciencia, son a su vez dependientes de ciertos principios superiores y, en último término, de los llamados primeros principios, *prima principia*, es decir, axiomas o *dignitates*”.

Ao referirmos a existência de princípios, não estamos tendo em mira simples diretivas morais. Bem antes, o que estamos é sustentando uma visão sistemática do ordenamento jurídico, que por certo não se exaure na norma positiva, mas bem se completa com a apreensão das linhas de conexão, detectáveis das normas positivas e que, em fenómeno de causação circular, conformam a própria inteligência destas, envolvendo-as, ainda, com um manto de organicidade, essencial para a caracterização de um sistema jurídico. Dessa forma, o exame dos princípios jurídicos assume especial relevância, sempre que se deseja surpreender a intimidade e a razão de ser de determinado instituto.

Bem sabemos como, em doutrina, surge complexa a matéria. Já sublinhara Garcia Maynez que “determinar que debe entenderse por principios generales de derecho es una de las cuestiones más controvertidas de la literatura jurídica”. Mas afirmaremos que, por princípios gerais do Direito entendemos aquelas formulações que constituem verdadeira pressuposição de todo um ordenamento jurídico, informando-o na sua inteireza, ainda quando eventualmente não traduzidas em normas expressas.

Concluída a meditação sobre o significado da palavra princípios, cumpre agora identificar quais aqueles que, em nosso entendimento, se revestem de importância para a análise jurídica da temática da manipulação biológica. Apenas para não incidirmos no erro da extensão desmedida, adotamos, aqui, um critério restritivo. Partiremos de três textos constitucionais vigentes, neles situando os pontos centrais de nossas conclusões. Refletiremos, por isso, com base na Constituição do Brasil (país em que elaborado este trabalho), da Espanha (país em que apresentado este ensaio) e da Itália (país em que o

problema vem sendo intensamente discutido, em tempos bem recentes). Para facilidade, indicaremos tais textos, respectivamente, com CB, CE e CI.

Um dos fundamentos da base principiológica, sobre que assentadas as referências constitucionais aqui adotadas, é “a dignidade da pessoa humana”².

Não cremos ser necessária digressão sobre o entendimento do que seja dignidade, em geral, ou da pessoa humana, em particular. O que importa é a fixação do conteúdo da cláusula constitucional. E isso é nítido: base da própria existência do Estado e, ao mesmo tempo, fim permanente de todas as suas atividades, é a criação e manutenção das condições para que as pessoas sejam respeitadas, resguardadas e tuteladas, em sua integridade física e moral, assegurados o desenvolvimento e a possibilidade da plena concretização de suas potencialidades e aptidões³.

Dignidade e liberdade andam indissolúvelmente de mãos dadas. Um dos fins do Estado é propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas. É de lembrar-se que a dignidade humana pode ser ofendida de muitas maneiras. Tanto a qualidade de vida desumana quanto a prática de medidas como a tortura, sob todas as suas modalidades, podem impedir que o ser humano cumpra na Terra a sua missão, conferindo-lhe um sentido.

A afirmação e o reconhecimento da dignidade humana se operou por lentas e dolorosas conquistas na história da humanidade, com avanços ora contínuos, ora esporádicos, nas três dimensões: democracia, liberdade, igualdade. Erraria quem pensasse que se chegou perto da sua completa realização. A evolução apenas se iniciou para alguns povos: e aqueles mesmos que alcançaram, até hoje, os mais altos graus ainda se acham a meio caminho.

Pode-se, em suma, dizer que o princípio constitucional do respeito à dignidade de pessoa humana implica um compromisso do Estado e das pessoas para com a vida e a liberdade de cada um, integrado no contexto social: ele significa, pois, que a cada um é reconhecido o direito de viver livremente, em harmonia com o todo social, com a certeza de que suas virtualidades poderão expandir-se e concretizar-se, num concerto coletivo a todos benéfico.

Além do princípio da dignidade, as Constituições examinadas também referem o direito à vida. A inviolabilidade do direito à vida inequivocadamente apanha todo e qualquer projeto vital (inclusive células, tecidos, etc.), vocacionado à vida, ainda quando incapaz de manter, por si só, a existência.

Também tem implicações aqui o princípio da segurança, cumprindo esclarecer que por ele se entende o direito à integridade física e moral, à saúde e à assistência. Em suma: direito à absoluta integridade física ou moral; repulsa a experimentos científicos que rebaixem a dignidade do homem (degradando o ser humano, como ele é compreendido) ou a terapias que o submetam a

sofrimentos injustificáveis. Destinatário da norma: todo *ente*, vindo à luz ou não. Obrigados à sua observância: não só o Estado, mas toda e qualquer pessoa, física ou jurídica.

A saúde é um direito de todos e um dever do Estado. A saúde é a antítese à doença, do que decorre, mais, a garantia de acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Nesse contexto, saúde e integridade físico-moral assumem feição praticamente sinônima.

Está, assim, delineado o amplo pano de fundo principiológico, com o qual nos propomos a enfrentar as questões específicas da manipulação biológica.

O princípio da dignidade da pessoa, que também cá e acolá aparece indicado ora como princípio da personalidade, ora como princípio da individualidade, nos obriga a um compromisso inafastável: o do absoluto e irrestrito respeito à identidade e à integridade de todo ser humano. Isso porque o homem é sujeito de direitos: não é, jamais, objeto de direito e, muito menos, objeto mais ou menos livremente manipulável.

Cabe, por tudo isso, refutar um pretenso princípio filosófico em favor da liberdade total, nas manipulações biológicas. Veicula-o Francesco D'Agostino, catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de Catânia⁴, assim o formulando em linhas gerais: a manipulação, como linha geral de princípio, e no interesse da ciência, é lícita, pois não passa de uma iniciativa de tornar extrínsecas características constitutivas do ser do homem. É dizer, ela não violenta o ser; apenas coloca em evidência algumas de suas partes e funções componentes. A fonte dessa proclamação se radicaria na CI, art. 9º, que assegura o direito ao desenvolvimento da cultura e da pesquisa.

III — Direito à morte: uma abordagem retrospectiva

Não se vai, aqui, cuidar da eutanásia ortodoxa que, ao lado do suicídio, também ortodoxo, constitui modalidade extrema, porque totalmente ablativa, de manipulação biológica. Ocorre que suicídio e eutanásia, em suas formulações habituais, constituem tema já largamente estudado, inclusive no plano jurídico, não se divisando, apesar do tempo decorrido, pacificação de juízos. Porém voltaremos a atenção para alguns aspectos recentes desses dois temas, a torná-los ainda mais polêmicos, por certo. Isto é, em vez da eutanásia (em que, *pietatis causa* — daí também denominar-se “morte piedosa” —, se mata um doente irreversível), falaremos da interrupção terapêutica, que acaba por levar à morte.

Em 1990, o Legislativo de Nova York aprovou uma lei segundo a qual os habitantes daquela metrópole podem indicar um amigo ou parente, para decidirem (se o próprio paciente não estiver em condições de fazê-lo), no caso de estados terminais ou de vida meramente vegetativa, se o tratamento deve continuar ou se a morte deve ser facilitada. Aliás, também em 1990, em junho, a Corte Suprema, por 5 a 4, deliberou sobre o problema da sustação do tratamento, por maioria admitindo-a (o voto contrário reitor, do brilhante e católico Anthony Scalia), com base na 14ª Emenda, desde que o próprio interessado nesse sentido livre e conscientemente tivesse manifestado sua vontade inequívoca. Mas essa não era, realmente, a questão mais delicada: essa reside em saber se terceiro pode decidir sobre a manutenção de alguém, que não se pode expressar, em vida apenas vegetativa. O tema foi suscitado no caso de Nancy Beth Cruzan, em coma desde uma noite de inverno de 1983, após acidente automobilístico. Incapaz até mesmo de deglutir, Nancy foi mantida em vida, ligada a tubos que a nutriam, uma vez por dia. Em primeira instância, um juiz do Missouri, Charles Teel, concedeu a ordem para desligar os tubos que mantinham a vida, atendendo a pedido dos pais de Nancy e apoiado em testemunho de vários amigos da comatosa, que depuseram no sentido de que ela, por suas características pessoais, não desejaria “viver como um vegetal”. Mas a Corte do Missouri, por larga maioria, reformou a decisão do juiz Teel. Todavia, após a decisão mais acima referida da Corte Suprema, os pais e as irmãs de Nancy voltaram a solicitar autorização, ao juiz Teel, invocando, inclusive, o valor da dignidade humana, comprometido por uma vida sem consciência. O pedido foi deferido, a 15/12/1990, tendo o estado do Missouri declarado que não mais tentaria obstar a providência. Teel cuidou de ouvir mais três testemunhas, amigos de Nancy, que asseveraram que ela jamais desejaria ter uma vida simplesmente artificial. Foi também tomado o depoimento de seu médico, que evidenciou a existência de uma progressiva e irreversível deterioração física na paciente: membros contorcidos, incontinência, diarreia, náuseas, etc. Teel foi específico, indagando se seria o melhor para a paciente, que fosse ela mantida no estágio de vida suspensa, recebendo a resposta taxativa: “Não, Excelência, pessoalmente julgo que ela está passando por um inferno em vida”.

Não obstante tudo isso, e apesar do consenso silencioso que se acredita existir sobre a matéria (basta dizer que, segundo a Associação Hospitalar Norte-Americana, 70% das 6.000 mortes que ocorrem, em média, por ano, nos hospitais americanos são, de alguma forma, “negociadas” entre os interessados, que se acertam na suspensão de terapias apenas de prolongamento da vida, ou, até mesmo, na sua não-aplicação inicial), há dúvidas sobre se o caso

Cruzan lançou precedente efetivo. É claro, que ele fez recrudescer o número de solicitações sobre o direito de morrer. Mas, em muitos pontos, ele não preenche as cláusulas de cautela do julgamento de junho de 1990 da Corte Suprema (aliás, estima-se que no mínimo 90% dos americanos jamais pensaram em deixar registrada sua vontade, no caso de ingressarem em coma profundo). Se por um lado é possível imaginar ter sido provavelmente atendida a exigência da *clear and convincing evidence*, outras dúvidas persistem: o valor da *privacy* de Nancy terá sido resguardado, na emissão de vontade, em seu nome, por seus pais e irmã? Pode-se falar em *due processo of law*? Parece-nos inevitável que esses inquietantes questionamentos só obterão resposta adequada quando (e se) o direito positivo resolver enfrentar o problema. De toda sorte, o caso Cruzan, aliado ao precedente de 1975, de Karen Ann Quinlan (retirada de sua comatose, a pedido de seus pais, pelo desligamento do tubo respiratório que a mantinha artificialmente viva), parece apontar uma tendência, cuja viabilidade de se transformar em regra legal soa consistente.

Três horas após a nova sentença de Teel, o médico de Nancy removeu o tubo alimentador, dando origem a um processo de morte por desnutrição, concluído nos primeiros dias de 1991. Por todo esse tempo, Nancy recebeu medicação e sedativos, de sorte a morrer em paz. Paz? Uma de suas enfermeiras, Sharon Orr, irritada com a insistência dos que sustentavam a inaceitabilidade da manutenção da vida vegetativa de Nancy, replicou: “As cenouras choram? Nancy tem lágrimas!”

Não vemos como admissível uma decisão como a do juiz Teel, à vista do taxativo direito à vida, consagrado nas Constituições que examinamos!

A Sociedade em Defesa do Direito de Morrer, entidade civil sediada em Nova York, afirma que, após o desfecho do caso Nancy Cruzan, subiram de 20.000 (vinte mil) mensais para 200.00 (duzentos mil) mensais as declarações, que tem recebido, de cidadãos norte-americanos, pré-autorizando o desligamento de tubos e aparelhos, caso venham a passar por experiência idêntica ou semelhante.

Anote-se que em julho de 1990 a Comissão de Ética Médica da França suspendeu por um ano a licença médica do ex-Ministro da Saúde Léon Schwarzenberg, à vista de sua declaração de que ajudou um doente incurável a morrer. Léon gozava de grande popularidade em seu país e afirmou que recorreria contra a decisão. Desconhecemos o desfecho do caso.

Logo após a morte de Nancy Cruzan, outro caso, análogo (mas com algumas variantes) veio à tona, também em Missouri, no mesmo hospital. Trata-se da história de Christine Busalacchi que, em 02/05/1987, com 17 anos de idade, sofreu acidente automobilístico, ingressando num estado vegetativo

sem fim. Mas enquanto Nancy, segundo testemunhos de seus colegas de trabalho, havia afirmado, antes de seu acidente, que jamais gostaria de “viver como vegetal”, Christine, talvez até pela idade que tinha, nunca abordou, com qualquer de seus amigos, o tema da morte ou da vida vegetativa.

De toda sorte, o pai de Christine, Pete Busalacchi, iniciou luta judicial, para remover o tubo que mantinha sua filha viva. Com um dado trágico a mais: em 1972, Pete aprovou o conselho médico para que o respirador, que mantinha viva sua mulher, mãe de Christine, em fase terminal de câncer, fosse desligado, com sua conseqüente morte.

Na tentativa de facilitar a solução, Pete buscou remover sua filha para um hospital no vizinho estado de Minnesota, tendo em vista que aí se admite, com mais liberdade, que a família decida em nome de um paciente incompetente para manifestar-se. Mas o administrador do hospital de Missouri obteve uma ordem judicial impeditiva da remoção e sua nomeação como guardião da moça, sob o fundamento de que o quadro médico de Christine não estava completamente avaliado, sendo possível que ela ainda mantivesse algumas “significativas funções mentais”.

A Corte do Missouri teve de cotejar duas posições, ambas esteadas em opinamentos médicos: uma, que, após evidenciar que Christine é incapaz de falar, deglutir, ou atender a qualquer comando, sustenta a irreversibilidade de seu coma. Outra, que, partindo de alguns sorrisos que esporadicamente Christine dava (ou da circunstância de, às vezes, ela abrir a boca a uma colher de alimento, externando as reações térmicas pertinentes), acreditava tinha ela, ainda, certas funções capitais operantes. Desconhecemos o desfecho do problema.

Na vertente oposta se encontra o caso do Centro Médico do Condado de Hennepin, Minneapolis, que pediu permissão, judicialmente, para desligar, contra a vontade dos familiares, os aparelhos que mantinham a vida vegetativa de Helga Wanglie, de 87 anos. O hospital, salientando que o problema não é pecuniário (pois há integral cobertura securitária para o tratamento de Helga), sustentava que mantê-la viva seria apenas prolongar seus sofrimentos. O marido e os filhos da paciente, luteranos praticantes, afirmavam que, meses antes do início de seu coma, ela havia dito que só Deus, que dá a vida, pode tirá-la (conquanto não tenha deixado qualquer escrito nesse sentido). A pretensão judicial foi posta em parâmetros de ética médica, com a indagação sobre se a ela reverente o procedimento de prolongamento de uma vida sem qualquer esperança de recuperação. O caso todavia se viu superado, com a superveniente morte de Helga.

Um outro aspecto peculiar do direito à morte reside na chamada “máquina do suicídio”, do Dr. Jack Kevorkian. O tema foi amplamente debatido, mas se encontra presentemente esvaziado, porque o Dr. Kevorkian se comprometeu a não mais praticar a assistência ao suicídio.

No exame dessas questões alusivas ao “direito” de interromper, com conseqüências fatais certas, o tratamento médico, se invoca, com freqüência, a alocação do Papa Pio XII, de 24/11/1957, segundo a qual ninguém é moralmente obrigado a curar-se com terapias arriscadas, excepcionais, onerosas, repulsivas, temíveis ou dolorosas, seja tudo isso no plano objetivo ou subjetivo. Argumenta-se, também, com o artigo 32 do Código Civil italiano: “ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento de saúde, se não por disposição legal. A lei não pode, em caso algum, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana”. Em contrapartida, brande-se o famoso artigo 5º, também do Código Civil italiano: “os atos de disposição do próprio corpo são vedados, quando ocasionam uma redução permanente da integridade física, ou quando são, de qualquer forma, contrários à lei, à ordem pública ou aos bons costumes”.

Se bem é verdade que de todo esse instrumental seria possível cogitar, talvez, nos raros casos em que o comatoso deixou expressa manifestação de vontade para a hipótese de entrar em vida vegetativa, a verdade é que, para a esmagadora maioria dos casos ele se revela inútil: à falta da declaração formal, como apurar o essencial requisito do consentimento (mesmo pondo-se de parte o efeito que esse possa ter, na matéria específica sob exame)?

Em contrapartida: uma vida esmagada pelo sofrimento, pela dor lancinante, não põe em xeque os próprios valores da dignidade e da integridade humanas, de maneira tão intensa que, a certo momento, o próprio direito à vida deixa de ser o principal valor constitucionalmente tutelado? Em verdade, num contexto dessa ordem, que diferença efetiva pode ser juridicamente traçada, indaga-se, entre a dose única e fatal de narcótico e as doses gradativamente mais elevadas, que à morte inevitavelmente conduzem (mas que são essenciais, para a minoração do sofrimento)?

É em razão de toda essa palpitante messe de profundas e perturbadoras indagações que, no cotidiano da medicina norte-americana, o momentoso problema da *malpractice*, e seus efeitos, vem cedendo passo ao da necessidade da definição de uma nova especialidade médica: a do médico eticista, ou bioeticista, a quem necessariamente se deve recorrer como orientador (do paciente e seus familiares, mas também do terapeuta), nesses problemas em que o direito de viver se confronta, com aparência de igual valor, com o direito de morrer.

Mas, à guisa de palavra definitiva de nosso opinamento, à vista dos princípios constitucionais referidos, mesmo com expressa manifestação de vontade, prévia ou contemporânea, do paciente terminal ou comatoso, o médico, uma vez a ele levado o doente, tem o dever indeclinável de manter sua vida, com o mínimo de sofrimento possível. A liberdade de não se tratar só cabe no estreito patamar de não procurar o doente, que tem o comando de suas faculdades, o socorro médico possível. Adite-se que, não sendo ele um ser que viva solitariamente, uma vez perdida, parcial ou totalmente, sua capacidade (psíquica) de autodeterminação, impõe-se, a quem possa dele cuidar, o dever de socorro.

IV — Direito à morte: considerações atuais

A questão do direito a morrer, com auxílio ou intervenção de terceiros (por ação ou omissão), constitui ponto de vivas controvérsias, atualmente, em todo o Direito do mundo ocidental. Acentue-se, contudo: qualquer que seja o local, em que a matéria se discuta, o núcleo do problema se situa na tensão dialética entre o direito à autodeterminação, de um lado; direito à dignidade humana (aí implicadas a vida e a integridade física), do outro. E reitere-se ponderação que antes fizemos: por *dignidade humana* há de se entender o direito de cada um a organizar sua vida e seu desenvolvimento, conscientemente, jamais podendo ser tratado como simples objeto ou instrumento. O ser humano é, em si mesmo, um fim, uma entidade insubstituível. Trata-se de uma visão, a um só tempo, filosófica, kantiana⁵, além de jurídico-constitucional⁶.

Sabe-se que na Alemanha, até mesmo em razão de dolorosas experiências desenvolvidas sob o regime nazista, não se emprega, no campo do Direito, a palavra *eutanásia* (Euthanasie). Usa-se a palavra *Sterbehilfe*, que poderíamos traduzir por *assistência* (ou auxílio) à morte.

Os marcos normativos, aqui invocáveis, se encontram, principalmente, na Lei Fundamental alemã de 1949, particularmente:

_____ no artigo 1º, § 1º, que proclama que “a dignidade do homem é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais”;

_____ no artigo 2º, § 1º, que, após determinar o direito à autodeterminação, relativiza-o, de sorte a não admitir seu irrestrito exercício: “Cada um tem o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não viole direito alheio e não infrinja o ordenamento constitucional ou a lei moral”;

_____ no artigo 2º, § 2º, que afirma o direito à vida e à integridade física, somente se permitindo a intervenção, em tais direitos, se houver expressa previsão legal.

É a partir desses marcos que se instala a controvérsia.

Parcela respeitável, de acatados juristas alemães, pretende que, como titular da garantia da dignidade, seja permitido a cada um, que repute inaceitável seu sofrimento ou irreversível sua doença, pedir auxílio para morrer: tanto o auxílio *passivo* (interrupção, por iniciativa do médico, dos tratamentos que prolonguem a vida), como o *indireto* (aplicação de tratamentos que apenas aliviam o sofrimento e até podem, eventualmente, acelerar o advento da morte). Num e noutro caso seriam exigíveis a manifestação formal de vontade do paciente e um claro diagnóstico científico de irrecuperabilidade da saúde. Especificamente com relação à manifestação de vontade do paciente, importante lembrar que a criação de legislação, sobre a matéria, vem sendo discutida, desde 2003, nos Estados e no Parlamento Alemão, não sendo do nosso conhecimento que se tenha chegado a uma conclusão.

Discordamos da primeira corrente, acima destacada, por duas razões, todas elas decorrentes dos preceitos da Lei Fundamental de 1949, anteriormente citados. Assim:

___ o direito à autodeterminação tem seu exercício vedado quando se contraponha à própria Constituição e à moral. Não nos parece que haja maior violação à Constituição e à moral que atentar contra o direito à vida, à integridade e à dignidade;

___ o sofrimento, por mais severo que seja, não retira a dignidade do ser humano. Aliás, cumpre não esquecer que a ideologia da vida indigna de viver (*lebensunwerten Lebur*) era o “fundamento” do programa de eutanásia que matou ou esterilizou, no regime nazista, mais de 100.000 deficientes físicos e mentais.

Fora do plano constitucional, é relevante considerar que continua vigente o §216 (1) do Código Penal alemão, que considera crime a “morte por demanda” (*Tötung auf Verlangen*), ou seja, o “auxílio à morte”. E não divisamos, em tal preceito, regra alguma que limite a tipificação penal à assistência *ativa*, dela excluindo, como pretendem alguns, a assistência passiva (por iniciativa do próprio médico) e a assistência indireta (conceitos antes abordados).

Ao que seja de nosso conhecimento, inexistente, até hoje, na Alemanha, decisão sobre a admissibilidade constitucional da assistência à morte, em qualquer de suas três modalidades teoricamente definidas. Anote-se, contudo, que há precedentes, raros embora, do Tribunal Federal para Causas Penais, em favor do auxílio indireto ou do auxílio passivo à morte.

Na Itália, nos tempos recentes, assumiu intensa repercussão a questão da suspensão dos tratamentos, nos casos de estado vegetativo persistente.

As matrizes constitucionais e legais são, aqui, de conteúdo análogo às que antes examinamos, da Alemanha.

Em 2008, a Corte de Apelação de Milão, em face do caso E.E., rejeitou o pedido do tutor da jovem de pouco mais de trinta anos (vítima de gravíssimo acidente automobilístico, do qual resultou trauma encefálico e estado vegetativo irreversível), para interrupção do tratamento. O Tribunal considerou inexistir certeza científica e jurídica, sobre poderem ser consideradas a alimentação e a hidratação artificiais efetivamente um tratamento médico. E aditou que, de toda maneira, sendo o paciente incapaz de manifestar sua vontade, há de prevalecer a garantia constitucional do direito à vida⁷. Nem assim, contudo, se pacificou a controvérsia.

Tampouco é possível afirmar a existência de uma linha definida, de abordagem da questão, no ordenamento europeu.

É verdade que a Convenção de Oviedo, aprovada pelos Ministros do Conselho da Europa, em 19/11/1996, em seus artigos 3, 4, 5, 6 e 9, recomenda que não se aplique tratamento, contra a vontade livre e consciente, manifestada pelo doente. E mesmo quando esse é incapaz de manifestação expressa, o tratamento só deverá ser utilizado se dele deriva um “benefício direto” (salvo se um representante do paciente insiste, mesmo assim, no tratamento).

Também é verdade que o artigo 39, da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, enfatiza o consentimento livre e informado do paciente, como condição de qualquer intervenção médica ou biológica.

No entanto a Corte Européia de Direitos Humanos, em abril de 2002⁸, no caso *Pretty Diane* — que requerera fosse seu marido autorizado a prestar-lhe assistência no suicídio, em razão de sua esclerose lateral amiotrófica irreversível —, rejeitou admissão ao auxílio para morrer, fundamentando-se na cláusula do direito à vida, estabelecido no artigo 2 da Convenção Européia dos Direitos do Homem. Na oportunidade, a Corte ainda esclareceu que:

- a garantia do direito à vida digna não assegura o direito à morte;
- a regra geral de proibição ao suicídio assistido, do direito inglês, não é desproporcional ou desarrazoada;
- não é arbitrária ou contrária à razão a decisão do Ministério Público inglês, de se negar a garantir imunidade penal ao marido da requerente, se auxiliasse na morte desta.

Registre-se porém que a Justiça inglesa, no caso “Tony Bland” (um jovem de 17 anos, vítima de lesão cerebral gravíssima, após um conflito num estádio de futebol), autorizou a suspensão de tratamentos médicos, aí incluídas a alimentação e a hidratação artificiais, de tudo isso resultando a morte do

jovem (na oportunidade, a Corte lembrou a decisão que seria semelhante de um Tribunal da Flórida, em 2005, da qual resultou a morte da jovem, Terry Schiavo — só que, nesse caso, a Justiça americana, ao aceitar o pedido do marido de Terry, rejeitando então a oposição dos pais da jovem, apoiou-se em declaração escrita daquela, no sentido de não ser mantida viva se acaso fosse vítima de um estado vegetativo).

V — Conclusão

Neste trabalho, jamais partimos de pressupostos religiosos ou de considerações sobrenaturais. Nossa fundamentação repousou em parâmetros extraídos das Constituições que examinamos, tendo-as por equivalentes entre si e, de forma geral, tradutoras de valores generalizadamente aceitos no mundo ocidental.

Os valores, aqui referidos, podem ser resumidos numa formulação, que antes já apontamos: o homem é um fim em si (princípio personalístico), jamais um objeto ou instrumento, nunca uma simples entidade biossocioeconômica. As pilastras fundamentais, dessa concepção, estão consagradas nos princípios e direitos à intangibilidade da vida, à integridade física, aos cuidados da saúde e à dignidade. Não negamos que se integre, nesse contexto axiológico-jurídico, o princípio da autodeterminação, do qual decorre o princípio do consentimento real, específico, informado. Neste reconhecimento inscreve-se a liberdade de recusa clara e formal, pelo paciente, à terapia que lhe é proposta. Todavia, em nossa opinião, daí não se deriva um direito a pedir ao médico que pratique qualquer ato que possa provocar a aceleração da morte. E também não se pode admitir que o médico, *pietatis causa*, decida omitir-se, por sua própria vontade, no tratamento devido, assim colaborando num mais rápido fim para a vida; nesse plano, inexistente diferença entre eutanásia ativa e eutanásia passiva: toda vez em que se omitir um tratamento, se está tomando uma decisão que significa atuar positivamente.

É conveniente lembrar que o Tribunal Constitucional alemão, julgando, no início dos anos setenta, a tormentosa questão das escutas telefônicas sem prévia autorização estatal (“Abhör-Uteil”, BVerfG 30, I), afirmou que não se pode violar a dignidade humana sob pretexto de “boa intenção”. Na mesma linha pronunciou-se o Tribunal Federal Administrativo — BverwG —, em caso referente à imposição, pelo Exército alemão, de consumo de minhocas pelos soldados, a pretexto de treinamento de sobrevivência⁹.

De todas as considerações, até aqui expendidas, concluímos que:

a) jamais se deve admitir, mesmo que exista autorização ou solicitação expressa do paciente, a prática de atos médicos que abreviem a vida (tanto o auxílio ativo quanto o indireto);

b) não é permitido ao médico abster-se de aplicar os tratamentos adequados, para acelerar a morte do paciente, por considerar excessivo seu sofrimento ou irreversível seu estado;

c) deve ser admitida a recusa formal expressada pelo paciente (ou, quando incapaz de fazê-lo, por seu representante), a submeter-se ao tratamento médico ou biológico recomendável. Mas a recusa deve ser apreciada pelo órgão ético competente (que a aceitará ou não) e, por fim, aprovada pela autoridade judiciária. Com tais cuidados, não só se evita o eventual aumento da falta de empenho dos corpos médicos, nos casos de demorada ou difícil recuperação, como também a pressão de responsáveis, familiares, hospitais e o próprio Estado (nestes dois últimos casos, em razão dos custos das longas internações e dos demorados tratamentos), para que se ponha fim à vida.

Por último: as diretrizes, acima sugeridas, deveriam ser objeto de pactuações internacionais coercitivas (tratados, convenções), assim evitando o constrangimento, hoje existente, da procura de autorizações oficiais para morrer, em países nos quais sejam elas mais facilmente obtidas (por exemplo, Holanda e Canadá), o que sempre se produz (a exemplo do que verificável, quanto ao transplante de órgãos) em prejuízo dos indivíduos mais pobres e das nações menos desenvolvidas.

BIBLIOGRAFIA

- BASSO, Domingo — *Nacer y morir con dignidad*, Depalma, Buenos Aires, 1991.
- BLANCO, Luis G. — *Homicidio piadoso, eutanasia y dignidad humana*, Buenos Aires, 1997.
- *Muerte digna. Consideraciones bioético-jurídicas*, Buenos Aires, 1997.
- BRODY, Baruch — (ed.), *Suicide and eutanasia*, Dordrecht, Kluwer Academic Press, 1989.
- BRODY, Howard — *El jefe de clínica médica y el uso del poder médico*, “Perspectivas Bioéticas en las Américas”, año 1, nº 2, 1996, p. 35.
- BROECKAERT, B. NÚÑEZ OLARTE, J.M. — *Sedation in palliative care. Facts and concepts*, Open University Press.
- CENTER OF BIOETHICS CLINICAL RESEARCH INSTITUTE OF MONTREAL. — Dignity at the end of life, *Journal of Palliative Care*, 20/03/04, número especial.

- CIFUENTES, Santos — *Derechos personalísimos*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1995.
- *Los derechos personalísimos*, Bs. As. — Córdoba, Lerner, 1974.
- CORTINA, Adela — *Ética sin moral*, Madrid, Tecnos, 1995.
- COUNCIL ON ETHICAL AND JUDICIAL AFFAIRS AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION. — Decisions near the end of life — *JAMA*, 1992, 267.
- CUNEO, Darío L. — *Los testamentos de vida o living will y la voluntad de vivir dignamente* — *JA*, 1991, IV.
- DE STOUZA, N. D.; BRUERA, E.; SUÁREZ ALMAZOR, M. — Opioid rotation for toxicity reduction in terminal cancer patients — *Pain and Symptom Manage*, 10, 1995, p. 378.
- DICKENS, B. M. — Commentary on “slow euthanasia” — *Journal of Palliative Care*, 1996, 12(4), p. 42.
- DOMENECH, Ernesto; BERTOMEU, María J. — Comentario acerca de los proyectos de ley sobre muerte digna, derechos de los pacientes terminales y prolongación artificial de la vida — *Perspectivas Bioéticas en las Américas*, n° 4, 1997.
- DOUCET, Hubert — *Les promesses de crépuscule. Réflexions sur l'euthanasie et l'aide médicale au suicide* — Canadá, Fides, 1998.
- DOWNIE, Locelyn — Unilateral withholding and withdrawal of potentially life-sustaining treatment: a violation of dignity under the law in Canada — *Journal of Palliative Care*, 20/03/2004, p. 143.
- DRANE, J. F. — *El cuidado del enfermo terminal* — Washington, Organización Panamericana de la salud, 1999.
- DRESSER, Rebecca — Death with dignity: contested boundaries — *Journal of Palliative Care*, 2004, p. 201.
- DWORKIN, Ronald — *El dominio de la vida* — Barcelona, Ariel, 1994.
- ERNK, R. E. — Drug-induced terminal sedation for symptom control — *American Journal Hospital Palliative Care*, 1994, 8(5), p. 3.
- FALCÓN, Jorge; ÁLVAREZ, M. G. — Encuesta entre médicos argentinos sobre decisiones concernientes al final de la vida de los pacientes. Eutanasia activa y pasiva y alivio de síntomas — *Medicina*, 56, 1996, p. 369.
- FARIAS, Gisela — *Muerte voluntaria* — Astrea, Buenos Aires, 2007.
- FARREL, Martín D. — *Ética del aborto y la eutanasia*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1994.
- FEINBERG, Joel — Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life — *Philosophy and Public Affairs* 7, Winter, 1978, n° 2, p. 112.

- FERRAZ, Sergio — *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais* — Sergio Fabris Ed., 1991.
- GANC, Diana C. — *Síntesis comparativa entre las leyes de eutanasia de Holanda y Bélgica*, JA, 2003-III-1318.
- GHERARDI, Carlos — Encarnizamiento terapéutico y muerte digna. Mitos y realidades, *Medicina*, vol. 58, n° 6, 1998, p. 755.
- Reflexiones sobre la futilidad médica, *Perspectivas Bioéticas en las Américas*, año 3, n° 6, 1998.
- GHERSI, Carlos A. — *Valor de la vida humana*, 3ª ed., Bs. As., Astrea, 2002
- GIUSTI, G. — *Diritto di vivere, diritto di morire* — Cedam, Padova, 1982.
- GÓMEZ BATISTE, X.; PLANAS DOMINGO, J.; ROCA CASAS, J.; VILADIU QUEMADA, P. — *Cuidados paliativos en oncología*, Barcelona, Jims, 1996.
- GOWLAND, Alberto J. — *Eutanasia: una decisión personalísima* — ED. 212-590.
- HEALTH DEPARTMENT — *Dying with dignity: interim guidelines on management* — Australia, 1993.
- HIRUELA, Omar F.; HIRUELA DE FERNÁNDEZ; MARÍA DEL PILAR — *El denominado "testamento vital" y el derecho a morir dignamente* — JA, 2004-IV-1111.
- HOOFT, José; MANZINI, Jorge L. — *El caso Cruzan: ¿eutanasia, ortotanasia o encarnizamiento terapéutico? (el estado vegetativo persistente y los tratamientos de soporte vital: interrogantes éticos y jurídicos)* — ED, 149-947.
- KANT, Immanuel — *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* — 2ª ed., Riga, 1786.
- KENNEDY, I — The legal effect of request by the terminally ill and aged not to receive further treatment from doctors — *Criminal Law Review*, 1976.
- LUNA, Florencia; Salles, Arleen — *Decisiones de vida y muerte* — Sudamericana, Buenos Aires, 1995.
- MAUNZ, Theodor; Dürig, Günter — *Grundgesetz Kommentar* — München, C.H. Beck, V-I, 2003.
- MEDINA, Graciela; VINOGRAD, Carlina — *El valor de la autonomía de la voluntad ante la decisión de la muerte*, JA, 2002.
- MIRANDA, Pontes de — *Tratado de Direito Privado*, Tomo III.
- MORA, José Ferrater — *Dicionário de Filosofia*.
- MORELLO, Augusto M.; MORELLO, Guillermo C. — *La decisión de "dejar morir" a enfermos terminales* — JA, 2005-IV-458.

- MORITA, T. — et al., Definition of sedation form symptom relief: a systematic literature review and a proposal of operational criteria — *Journal of Pain and Symptom Management*, vol. 24, 4, 2002.
- NIÑO, Luis F. — *Eutanasia, Morir con dignidad* — Bs. As. Universitaria, 1994
- *Significación jurídica de la ayuda al suicidio: el caso Sampedro* — JA, 1998-IV-713.
- OCCHIAPINTI, Andreina — *Tutela della vita e dignità umana* — UTET, 2008.
- SERAPHIN, Ingrid — *Eutanasia: estado actual de la cuestión a través del análisis de la jurisprudencia* — LL, 2005-F-794.
- TAIANA DE BRANDI, Nelly A.; LLORENS, Luis R. — *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad* — Bs. As., Astrea, 1996.
- El consentimiento informado y la declaración previa del paciente — IV Jornadas de Reingeniería en Salud Mental — II Jornadas de Salud Mental y Derecho, “Haciendo realidad la salud del Tercer Milenio”, de la Federación Argentina de Cámaras y Asociaciones Psiquiátricas, Bs. As., nov. 2000.
- Proveer la propia incapacidad, *El derecho de autoprotección* — LLAct, 14/06/2001.
- THÉVOZ, Michel; JACCARD, Roland — *Manifiesto para una muerte digna* — Barcelona, Kairós, 1992.
- VAN DER MAAS, P. J.; VAN DER WAL, G.; HAVERKATE, J. — et al, Euthanasia, physician-assisted suicide, and other medical practices involving the end of life in the Netherlands — *News England Journal of Medicine*, vol. 335, 1996.

NOTAS

1. Alberto Trabucchi, in *Atti del Convegno di Verona*, p. 03.
2. CB 1º; III; CE 10.
3. CE 15; CI 9º.
4. in *Atti del Convegno di Verona*, p. 159 e siguientes.
5. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, p. 64 e 65.
6. Gunter Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, 2003, v. I, p. 15.
7. Artigos 13 e 32.
8. Sentença 2346/2002.
9. BverwG 93.