

A SUTIL ARTE DE DIZER ADEUS OU SOBRE A DIFICULDADE DE SE VIVER E MORRER COM DIGNIDADE

GUILHERME WÜNSCH*
TAYSA SCHIOCCHET**

RESUMO

O processo de morrer já não ocorre mais como antes. A morte deixou de ser algo natural, fruto dos progressos da saúde pública e medicina, que transformaram o modo de morrer nas sociedades modernas. Hoje, os últimos momentos são entregues ao médico e por ele acompanhados. Analisar-se-á a dificuldade do processo de morrer como consequência de uma vida a que não é dada sentido. Com base em uma metodologia interdisciplinar, que não vislumbre o direito em uma perspectiva meramente dogmática, visa-se refletir sobre a necessidade de marcos temporais de vida e morte no Direito e a ausência de sentido da vida como justificativa para o medo da morte.

PALAVRAS-CHAVE: morte; vida digna; ortotanásia.

ABSTRACT

A SUBTLE ART OF SAYING GOODBYE OR ON THE DIFFICULTY OF LIVING AND DYING FOR WITH DIGNITY

The process of dying does not happen as much as before. Death is no longer a matter of course, the result of progress in public health and medicine, which transformed the way of death in modern societies. Today, the last moments are delivered to the doctor and he followed. It will analyze the difficulty of the process of dying as a consequence of a life that is not given direction. Based on an interdisciplinary

* Advogado, assessor jurídico da Procuradoria-Geral do Município de Canoas/RS e Mestrando em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS. Vencedor do Prêmio AJURIS Direitos Humanos – edição 2007. Áreas de interesse: bioética, direito civil-constitucional, direito de família, educação e estudos de gênero. E-mail: guilhermewunsch.adv@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2498253735871468>.

** Advogada e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS. Pesquisadora, atuando nos seguintes temas: direitos humanos, biotecnologia, bioética, direito civil-constitucional, direitos sexuais e reprodutivos, criança e adolescente, antropologia do direito, gênero e laicidade. E-mail: taysa_sc@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4551065746013148>.

methodology, which does not remove the right glimpse into a merely dogmatic, aims to reflect on the need for timeframes of life and death in the absence of law and the meaning of life as a justification for the fear of death.

KEYWORDS: Death; Dignified Life; Orthothanasia

SUMÁRIO

Introdução. 1. A (há?) necessidade de marcos temporais de vida e morte no ordenamento jurídico brasileiro; 2. Dignidade da pessoa humana e o sentido da vida digna para a morte; 3. O último ato – entre a eutanásia e a ortotanásia como um ideal. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Para que a pessoa tenha uma condição de vida normal, costuma-se afirmar que é preciso que ela tenha saúde. Dessa forma, para que possa estudar, trabalhar e viver deve cuidar da sua saúde tanto quanto seja possível. Ressalvadas algumas exceções, a linha comum da vida a que as pessoas estão submetidas envolve, basicamente, o nascimento, o desenvolvimento, o envelhecimento e, por fim, a morte.

Por mais que se cuide da saúde, o processo de envelhecimento é inevitável e exige um cuidado especial da família, da sociedade e dos médicos, para que este momento da vida se desenrole da melhor forma possível.

Mas ao mesmo tempo em que os cuidados são cada vez voltados para o pleno desenvolvimento da velhice com dignidade há um crescente aumento de pesquisas científicas no intuito de se prolongar mais e mais a vida humana. Tal desenvolvimento contraria aquela idéia de que o homem é um ser consciente de que caminha para a morte. A realidade da morte é um fato inegável da vida e o homem deve estar preparado para encará-la.

Neste contexto, alerta Roque Junges que os progressos na área da saúde pública e na medicina transformaram o modo de morrer nas sociedades modernas. Se antes o processo de morrer era vivido junto à família, a partir do momento em que o médico nada mais podia fazer, hoje, o quadro reverte-se e o médico para ser protagonista da morte junto ao paciente. Os momentos finais da vida são por ele acompanhados.¹

¹ JUNGES, Roque. *Bioética: hermenêutica e casuística*. Edições Loyola: São Paulo, 2006.

Destarte, a morte ritualizada significa, hodiernamente, a irresignação diante do fim da existência. Resulta deste sentimento um contínuo movimento de prolongamento da vida, de tratamentos inócuos, sempre com o intuito de se provar que é possível vencer a foice da morte, que retira o homem da existência sem chance de defesa.

Porém, qual o fundamento de todos esses tratamentos? Pode-se justificar que tudo ocorre em nome do progresso científico, ou, mais do que isso, será que não é possível questionar se o medo da finitude não está ligado justamente ao fato de que a vida vivida sem um sentido é a causa desse temor?

A consciência de não se saber por que motivo se está no mundo pode ser o significado de não se saber morrer. Portanto, para além disso, ainda há que se questionar: se não há um sentido da vida que implica em uma morte sem sentido, como legitimar ao Direito e a definição do que é ou não a própria vida e a própria morte e seus momentos, como se a resposta obrigatoriamente estivesse pronta.

Destarte, partindo de uma perspectiva interdisciplinar, a qual situe a problemática dentro de uma compreensão jurídica, biomédica e bioética, busca-se compreender o sentido da existencialidade humana como um fundamento para se aceitar a terminalidade da vida, para que o processo de morrer não seja reduzido apenas a um evento acidental ou meramente técnico, mas sim como um ato da própria vida a que o ser humano está submetido.

1. A (HÁ?) NECESSIDADE DE MARCOS TEMPORAIS DE VIDA E MORTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O estudo do tema da morte tem se desvelado de grande importância pela mudança cultural que se deu, de forma especial, no Ocidente desde o começo do século. Se antes as mortes eram causadas por epidemias, acidentes ou problemas de coração, atualmente os principais motivos que conduzem à terminalidade da vida enfermidades como câncer, problemas crônicos de coração e cérebro.² Ou seja, em um primeiro momento, o medo era da morte

² BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. PESSINI, Leo. *Problemas atuais de bioética*. 5ªed. Edições Loyola: São Paulo, 2000. Estes autores referem, ainda, que no caso do Brasil deve-se incluir a problemática social da fome como causadora da morte. p.251.

aguda: ou se morria, ou se sobrevivia, cenário este que foi substituído pelo processo hodierno de se morrer durante muito tempo. Não é apenas um morrer, fala-se, agora, no processo de morrer.

Em decorrência deste processo de morrer passa-se a tratar do direito de morrer. Ao se apresentar esta nova combinação, Hans Jonas afirma “que extraña combinacón de palabras! Que extraño hoy en día debemos hablar del derecho a morir cuando desde siempre todo discurso referente a derechos se retrotraía al más fundamental de todos los derechos: el derecho a vivir.”³

Para que se possa desenvolver esse processo, é preciso relembrar então que o modo de morrer modificou-se ao decorrer dos tempos. Durante séculos a morte era esperada em um leito, sendo que a morte temida era aquela ocorrida repentinamente, isso porque não dava à pessoa a oportunidade para arrepende-se, privando o homem de seu próprio fim.

A morte era então uma cerimônia pública, organizada, na maioria das vezes, pelo próprio enfermo, que conhecia todo o protocolo do seu momento terminal. Assim, o espaço em que jazia transformava-se em um lugar público, onde as pessoas entravam e saíam livremente. Eram ritos aceitos com simplicidade, inclusive com a presença de crianças, sem dramaticidade ou gestos excessivos.⁴ Percebe-se uma morte familiar e próxima, a idéia aquela de que a morte nada mais é do que a consequência natural da vida do homem.

Essa leitura, entretanto, modificou-se de forma assaz contundente: o olhar de aceitação mira-se, agora, ao tabu, ao medo, à negação do morrer. Em outras palavras, a consciência do fim é objeto de vergonha e interdição. Esforça-se em “não morrer”, negando ao paciente, ao doente, a sua condição inexorável de fim. Portanto, se antes a morte repentina retirava da pessoa o seu próprio protagonismo de morrer, agora se tem a idéia de que, de fato, não pode o homem saber que o fim se aproxima, morrendo na ignorância do fim da vida. Vive-se, para no momento de partir, não se poder vivê-lo.

Barchifontaine e Pessini referem que o importante é sentir que não se está morrendo. Observa-se, nesse sentido, um

³ JONAS, Hans. *Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad*. 1ª ed. Paidós: Barcelona, Espanha, 1997.p.159.

⁴ Referências efetuadas com base em BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. PESSINI, Leo. *Op. cit.* p.253.

deslocamento do local da morte: já não se morre mais no hospital, junto à família, mas no hospital, ocasionada pela parada de cuidados a partir da decisão de profissionais especializados.⁵

O momento final passa a ser vivido sozinho, ao mesmo tempo em que o progresso tecnológico busca curar, aliviar, adquirir um prazo adicional à vida, por mais curto ou longo que seja, o importante é retardar o momento final do processo de morrer, mesmo que essa vida já não queira mais ser vivida pelo paciente. É algo quase incoerente, porque à medida que a comunidade científica aprimora técnicas de prolongamento da vida, a família não queira aceitar e sofra junto a morte, do doente, que o momento final deve ser negado, tudo isso é para que a terminalidade seja vivida só. O que se faz, na verdade, é manter um organismo que não irá melhorar seu estado. O atraso da morte se dá mediante a prolongação de um estado de padecimento.

Em uma sociedade livre, parece não haver dúvidas de que qualquer pessoa pode ou não buscar um aconselhamento médico e um tratamento para a enfermidade, da mesma forma em que pode abandonar esse tratamento a partir do momento em que não possibilitará mais nenhum resultado. Essa liberdade de não se submeter mais a nenhum tratamento é defendida por Jonas⁶, quando afirma que

Es claramente algo distinto de obligar a um enfermo doliente y sin esperanza a seguir sometiéndose a una terapia de mantenimiento que Le consigue una vida que él no considera digna de ser vivida. Nadie tiene el derecho, y no digamos la obligación, de imponer esto a alguien en una prolongada negociación de su autodeterminación. (...) la vida puede tener sus defensores, incluso desde el egoísmo y sin duda desde el amor.

O progresso das técnicas científicas que implicaram a possibilidade de atraso do momento morte acabou por influenciar a própria noção da morte, mormente no que se refere ao tempo que esta ocorre. Se antes o critério para determinação da terminalidade estava concentrado na cessação da respiração e a parada cardíaca. Logo, o homem apenas assistia o fenômeno de morrer sem poder intervir, porque não era o ator desse momento.

⁵ *Ibidem.* p.254.

⁶ JONAS, Hans. *Op cit.* p.162.

Atualmente, porém, o regulador do momento da morte é o cérebro, ou melhor, a cessação da atividade cerebral. Consoante determina a Resolução 1.480, de 8 de agosto de 1997, editada pelo Conselho Federal de Medicina, em razão da disposição do artigo 3º da Lei Federal 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que determinara a competência do Conselho Federal de Medicina para definir os critérios de diagnóstico da morte encefálica.

De acordo com o artigo 1º da Resolução mencionada, a morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias. A morte encefálica, ainda de acordo com esta mesma norma, deve ser resultado de um processo irreversível e de causa conhecida.

O que se percebe, hoje, é que se morre preenchendo requisitos legais. Mais do que isso, morre-se em conceitos abertos, pois, como se pode afirmar que determinado processo é irreversível. Ou, se pode questionar ainda, o que é a causa conhecida que determina a morte. É a subsunção do ser humano à norma jurídica. Fruto dessas indagações, tem gênese o foco dessa primeira discussão: há a necessidade de se definir noções e critérios de vida e morte na norma jurídica? Qual o espaço de legitimidade do direito para tutelar todos os fatos possíveis, dentre os quais o nascer e o morrer.

Para se lançar o debate, é preciso averiguar então, o que é a vida e a morte, para se identificar, então, o que há atualmente no ordenamento jurídico que as regule. Sobre o início da vida humana Engelhardt aduz que para compreender a condição moral do início da vida humana biológica humana, é necessário que se examine como essa vida humana é importante para as pessoas, enquanto agentes morais.⁷

Entretanto, pode-se ir além: o artigo 2º do Código Civil estipula que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do

⁷ ENGELHARDT, Tristram H. *Fundamentos da bioética*. 2ª ed. Edições Loyola, 2008.p.310. O autor posiciona-se no sentido de que se um feto humano tem mais do que a condição moral de um animal com nível semelhante de desenvolvimento, em termos seculares gerais será por causa do significado dessa vida para a mulher que o concebeu, para outros ao redor dela que possam estar interessados e para a futura pessoa que poderá se tornar. Assim, aqueles que produziram um feto, pelo menos nos parâmetros da moralidade secular geral, têm o direito primordial de determinar efetivamente seu uso. Isso, em geral, compete ao pai e especialmente à mãe, posto que foi ela quem concebeu o feto.

nascituro. Os problemas já aparecem logo no início do Código Civil. Claro, não se pode negar que esta previsão legal fundamenta-se na quebra paradigmática do direito civil clássico, assentado no viés patrimonial, em detrimento do viés existencial. Mas, mesmo assim, o legislador deixou espaços em branco que não conseguem ser preenchidos com uma única resposta.

Veja-se que ao menos três perguntas podem ser elaboradas: o que é nascer com vida? O que é vida? A partir de que momento alguém pode ser considerado nascituro? Em outras palavras, o Código Civil de 2002 trouxe uma definição jurídica sobre o início da personalidade civil, embora haja divergências em se determinar qual é o marco inicial em que se considera alguém com vida, justamente pela própria impossibilidade de se determinar com certeza o que é a vida.

Christian Paul de Barchifontaine, de forma sintética, apresenta cinco respostas da ciência acerca de quando começa a vida.⁸ Inicialmente, a visão genética, segundo a qual a vida humana começa na fertilização, ou seja, a combinação de genes que forma um novo indivíduo com conjunto genético próprio. É criado um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro.

Pela visão embriológica tem-se que a vida começa na terceira semana da gestação, quando é estabelecida a individualidade humana. A visão neurológica trabalha com uma mesma idéia para vida e morte, de modo que se a vida termina quando cessa a atividade cerebral, ela começa a partir do momento em que o feto apresenta atividade cerebral igual a de uma pessoa.

Ainda, a visão ecológica considera que a capacidade de sobreviver fora do útero materno é que faz do feto um ser independente e determina o início da vida; e, por fim, a visão metabólica afirma que a discussão sobre o começo da vida humana é irrelevante, pois não existe um momento único no qual a vida tem início. O desenvolvimento de uma criança é um processo contínuo e não deve ter um marco inaugural.

Então, da leitura até aqui já realizada tem-se que o direito já decidiu quando se começa a viver e quando se termina a existência, alheio a qualquer discussão sobre a cientificidade dessas conclusões e da existência de diferentes correntes. Ao se definir o

⁸ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. Bioética e início da vida. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa *et al* (coordenadores). *Dignidade da vida humana*. São Paulo: LTR, 2010.p.14.

início da proteção à personalidade civil a partir do nascimento com vida, mas colocando a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, mais parece que o legislador vinculou-se a um discurso melhor compatível com a Igreja Católica do que com qualquer outra corrente da ciência.

Isso porque para o catolicismo tem na concepção o início da vida humana, razão pela qual não se pode negar o dom da vida, tampouco suprimir ou manipular a vida que nasce.⁹ Logo, há uma aparente legitimidade que é dada ao direito pela religião de se definir qual o critério de definição da vida humana, mesmo que se diga ser o Brasil um Estado laico. Ponto para se pensar.

Mas isso tudo ainda não responde a indagação desse capítulo: se a norma jurídica está definindo o marco temporal da morte como a cessação da atividade cerebral, e a morte é a consequência de um contínuo processo de viver, quando é que essa vida começa e quem é o sujeito dessa vida. Ou, de outra forma, quando começa a pessoa.

De forma bem peculiar, Jeff McMahan apresenta três possíveis respostas. Para este autor, as hipóteses constituem-se em que somos almas que são distintas de organismos; que somos entidades que consistem em duas partes – uma alma e um organismo; que cada um de nós é uma união essencial ou fusão de uma alma e um organismo.¹⁰ Dessa forma, supondo que se considere a pessoa como uma separação entre alma e organismo, para que a pessoa comece a existir, é necessário que o organismo também assim inicie. Se a pessoa for uma alma não física, ou seja, uma alma sem organismo, ou se o organismo para existir necessite de uma alma, então, na verdade, a pessoa só poderá começar a existir somente após a existência do organismo.

Insista-se, mesmo com todas as divagações e questionamentos, o ordenamento jurídico brasileiro define critérios para se determinar a vida e a morte e seus respectivos marcos

⁹ *Ibidem*.p.15.

¹⁰ McMAHAN, Jeff. *A ética no ato de matar: problemas às margens da vida*. Porto Alegre: Artmed, 2011.p.16. Segundo McMahan, para compreender quando se começa a existir, bem como o que está envolvido no cessar de existir, deve-se determinar o que é necessariamente envolvido na continuidade da existência ao longo do tempo. Isso é o que se conhece como problema da identidade pessoal ou o problema da identidade pessoal ao longo do tempo. Opta-se, nesse momento, por questões metodológicas, não adentrar em aspectos mais profundos dessa leitura efetuada pelo autor, até em função de não se fugir do cerne do trabalho. Todavia, recomenda-se a leitura da obra indicada.

temporais, seja de maneira sutil, quando define no Código Civil o início da vida, seja na Resolução 1.480 do Conselho Federal de Medicina.

A verdade é que o Direito dá aos nascituros proteção idêntica conferida à vida humana. Ocorre que isso decorre mais de um posicionamento político, por exemplo, quando o Supremo Tribunal Federal julga a questão do aborto de fetos anencéfalos, ou a utilização de células embrionárias em pesquisas, ou ainda, quando se edita a lei de biossegurança. Entretanto, esta posição não pode e nem deve estar fundamentada em decisões tomadas sem uma motivação que determine que a norma jurídica está sendo produzida para atender aos anseios da sociedade, a verdadeira detentora da legitimidade a ser conferida ao legislador e, por conseqüencial ao ordenamento jurídico para que se busque uma noção do que seja vida e morte.

A crítica é à falsa tutela que o Direito imagina conceder às pessoas nas questões do viver e morrer, porque traz apenas uma resposta como a correta, sem se importar que, mais do que definir quando se começa ou cessa a vida, é necessário resgatar qual o princípio que fundamenta uma noção para vida e para morte, a garantir uma existência com sentido e uma morte digna.

Se o direito à vida está constitucionalmente protegido, também se faz interessante pensar que a morte, por conseqüência, poderia ser igualmente um direito constitucional. E um novo ponto de interrogação já é permitido: se viver e morrer constituir-se-iam em direitos constitucionalmente protegidos, como conciliar os avanços científicos de prolongamento da vida com o direito de não se querer viver ou ainda quando se estivesse em casos de uma possível não vida, a exemplo do caso elucidado por McMahan sobre o transplante de cérebro.¹¹

Destarte, há que se considerar que hodiernamente a capacidade da medicina em prolongar a vida por métodos artificiais torna incipiente uma nova leitura sobre a morte encefálica. Ao médico e não ao legislador, portanto, caberá a tarefa de avaliar se

¹¹ Por exemplo, supondo-se que o conceito de morte seja a ausência de atividade cerebral, um sujeito que passe por um transplante de cérebro, passaria por um momento de não vida, ou seja, o instante em que seu cérebro fosse retirado até a implantação do novo órgão. Ou seja, por algum tempo, aquele sujeito teria morrido, porque não se tinha registro de atividade cerebral, mas, posteriormente, estaria vivo, porque transplantado com um novo órgão. Para melhor leitura, vide a obra do autor já indicada, p. 42 *et seq.*

aquele paciente apresenta ou não a cessação irreversível das suas atividades cerebrais, tal qual o determinado na Resolução do Conselho Federal de Medicina.¹²

Infere-se, desta forma, que tanto o Código Civil, ao dispor o início da vida no Código Civil, quanto a Resolução 1.480, de 1997, do Conselho Federal de Medicina não oferecem um marco temporal para determinação do começo e fim da vida humana, quiçá, porque juridicamente não há a necessidade de se disciplinar tais momentos da forma como hoje ocorre. Deve haver uma reflexão no sentido de que se legitime o ordenamento para disciplinar a vida e a morte digna, garantindo-se a existência nos moldes propostos pelo princípio da dignidade da pessoa humana¹³, considerando o sentido que aquela vida e morte têm para determinado sujeito, especialmente o que vivencia o processo de dizer adeus à vida.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O SENTIDO DA VIDA DIGNA PARA A MORTE

Propõe-se neste capítulo abordar as questões envolvendo o princípio da dignidade da pessoa humana, a vida digna e o medo da morte, para se refletir sobre qual o sentido que a morte representa para quem se encontra no processo de terminalidade da existência, em busca de uma idéia de defesa do fim digno.

No primeiro capítulo foram apresentadas acepções diferentes sobre o início da vida humana, demonstrando-se que o ordenamento jurídico brasileiro é insuficiente ao determinar os conceitos de vida e morte. Assim sendo, a própria noção de sujeito se torna imprecisa. Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser analisado como um elemento concretizador daquela noção, para que, a partir da garantia de uma vida digna, ou seja, com um sentido, a morte seja decorrência

¹² Um exemplo da insuficiência da noção de morte cerebral é referido por Giorgio Agamben, para quem a morte cerebral nos casos de coma reside em uma zona sombria. Para tanto, elucida o caso de Karen Quinlan, uma garota americana que entrou em coma profundo e mantida viva com a ajuda de aparelhos de respiração e alimentação artificiais. Quando o Tribunal concedeu aos pais o direito de retirar os aparelhos, a menina começou a respirar sozinha, mantendo-se apenas alimentada de forma artificial até sua morte no ano de 1985. Agamben postula então que naquele momento o corpo de Karen havia entrado em uma zona de indeterminação, onde as palavras vida e morte perdiam seu significado. AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. 2ªed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.p.159 e 160.

¹³ As considerações sobre este princípio, incluindo os debates sobre a sua difícil conceituação, serão abordadas no segundo tópico deste artigo.

natural do ato de viver.

Essa mudança de paradigma, que passa a considerar a dignidade da pessoa humana como centro do ordenamento jurídico, é operada pelas transformações dos institutos jurídicos clássicos do direito civil: o contrato, a família e a posse, que passam a ser denominados contemporaneamente de trânsito jurídico, projeto parental e titularidades, que desencadearam os fenômenos da constitucionalização e repersonalização do direito.

Luiz Edson Fachin, alude que compreender a constitucionalização do direito civil é imprescindível. Essa virada de Copérnico operada na dicotomia Código Civil e Constituição é o marco espaço-temporal dessas reflexões.¹⁴ Assim sendo, o advento da Constituição de 1988 houve um rompimento com o standard privado clássico, e, novamente o autor abrir-se para esse horizonte é uma opção de sentido que se afasta das concepções didáticas meramente ilustrativas: é um caminho de sacrifícios e eleição de finalidade que não convive com a inércia e com a repetição.¹⁵

O sujeito do direito civil clássico é aquele indivíduo que se insere com o nascimento em uma órbita de direitos subjetivos pessoais e inalienáveis. Entre nascer e viver há uma sensível distância. Por outro lado, a modernidade é a época do sujeito devido à crescente individualidade. Inaugura-se, nesse momento, a dualidade sujeito e objeto, pois o sujeito, portador de racionalidade, observa a ordem das coisas.¹⁶ É o ser humano sendo erigido como o personagem principal do ordenamento jurídico pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. O direito civil contemporâneo tem, portanto, neste princípio o estabelecimento do homem enquanto pessoa.

Mesmo a importância que essa ruptura paradigmática significou para as bases em que se assenta o direito civil-constitucional, Vicente Barreto lembra que a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, como pedra angular valorativa do texto constitucional, não tem sido acompanhada por uma concomitante reflexão sobre seus fundamentos ético-

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. Direito civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo. In: FILHO, Agassiz Almeida. MELGARÉ, Plínio (organizadores). *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. Malheiros, 2010.p.101.

¹⁵ *Ibidem*. p.103.

¹⁶ *Ibidem*.p.105.

filosóficos.¹⁷

Neste sentido se pode afirmar que a dignidade se coloca no centro da luta contra a desumanização ocasionada pelo desenvolvimento sem precedentes da tecnociência e do mercado. O próprio produto do conhecimento humano torna-se um inimigo. Afirma-se, destarte, que a dignidade humana não é apenas uma questão do indivíduo, mas da humanidade, ou seja, a representação simbólica de todos os homens enquanto seres humanos. Como ensina Barreto, é o reconhecimento de que a pessoa pertence a um mesmo gênero, o gênero humano.¹⁸

Em razão desse reconhecimento é que se tem a importância jurídica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, justamente por ser o primeiro princípio, norte axiológico do ordenamento jurídico e deve ser utilizado quando nenhum outro princípio ou conceito possam ser utilizados, até para preservá-lo de um uso não discriminado.

Leciona Ingo Sarlet que consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático (e social) de Direito, o Constituinte de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana e não o contrário, pois o ser humano constitui a finalidade precípua e não meio da atividade estatal.¹⁹

¹⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.57 *et seq.*. Afirma o autor que essa pouca elaboração teórica tem a ver com fato de que a palavra não é um conceito propriamente jurídico. Essa construção conceitual poderá ser realizada na medida em que atentarmos para uma constatação básica, a de que a dignidade humana encontra-se fora da esfera conceitual onde se encontram definidos os direitos humano. Assim, poderemos concluir como a dignidade humana, a na sua acepção jurídica, não pode ficar restrita a campos definidos pelo direito positivo, mas pressupõe para sua materialização jurídica perspectivas mais amplas do que permite o espaço jurídico positivado.

¹⁸ *Ibidem*. p.61.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p.67 e 68. Importa referir que, para Sarlet, se em outras ordens constitucionais onde igualmente a dignidade da pessoa humana foi objeto de expressa previsão, nem sempre houve clareza quanto ao seu correto enquadramento, tal não ocorre, aparentemente, no Brasil. O Constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guindando-a, pela primeira vez, à condição de princípio e valor fundamental.

Pois, quando se considera a dignidade da pessoa humana como um valor fundamental há a certeza de que a Constituição de 1988 não representa meramente uma declaração ética e moral de conteúdo. Pelo contrário, se constitui em uma norma jurídico-positiva dotada de status constitucional, alcançando a condição de valor jurídico fundamental da comunidade.²⁰

Eis assim que a busca do conteúdo da dignidade da pessoa humana é a referência a um conteúdo propriamente filosófico. Novamente mencionando Barreto tem-se que o princípio da dignidade humana pressupõe também o acesso aos bens espirituais como a educação, a cultura e o respeito aos próprios sentimentos humanos. Sob outro aspecto, o princípio da dignidade da pessoa humana protege também a pessoa na sua integridade física e mental.²¹

Pode-se dizer que a dignidade humana é um direito do homem haja vista a necessidade de reconhecimento de outros direitos das pessoas, ultrapassando a mera categoria de direitos individuais. São as categorias de direitos fundamentais que se colocam no mesmo passo de idéias como humanidade e espécie humana, razão pela qual este princípio constitui a fonte legitimadora de todos os demais direitos fundamentais.²²

O princípio da dignidade da pessoa humana poderá auxiliar nessa tarefa de se descobrir se o medo da morte não está ligado também à questão do que vem a ser a vida digna, no aspecto de que a vida deve ter um sentido para ser vivida, pois o homem nasce com a certeza da finitude e ao longo de sua existência adquire a consciência de que em algum momento a vida não existirá mais.

Dar um sentido à vida é torná-la digna de ser vivida, o que implicará a aceitação do momento da morte de forma natural, alheia aos avanços da medicina que buscam prolongar um quadro biológico de vida, que, ou não é mais digna de ser vivida ou não deseja mais ser vivida por quem está na iminência da morte.

Foge-se da morte porque se sabe que a condição de mortalidade ainda não foi substituída por uma existência sem fim, razão pela qual, mais do que se debater em que momento os fenômenos de viver e morrer ocorrem, deve-se pautar como garantir uma terminalidade digna de ser vivida, por mais contraditório que

²⁰ *Ibidem*. p.72.

²¹ BARRETO, Vicente de Paulo. *Op. cit.* p.71.

²² *Ibidem*. p.72.

isso possa parecer, corolário lógico da proteção à dignidade da pessoa humana.

A salvaguarda da dignidade é que irá contemplar os indivíduos distintos, que possuem diferenças e características próprias, os quais encaram o viver e morrer com suas particularidades e valores que lhes são intrínsecos. Sobre isso, Bernard Baertschi ensina:

Podemos assim concluir com segurança e serenidade que o valor ontológico dos indivíduos e das espécies varia em função de suas propriedades intrínsecas específicas, e que isto possui um impacto moral (...) Resta saber quais são essas propriedades intrínsecas essenciais e que tipo de escala de seres ele engendra (...). Por isso, é mais fácil partir do ser humano, examinar os fins que se persegue e as capacidades que os fins exigem, hierarquizá-los e aplicar os resultados a outros seres naturais, examinando se possuem poderes comparáveis e em que medida.²³

Portanto, a dignidade humana, como já referido, não é apenas um fundamento, mas igualmente uma fonte e princípio, a razão de existência do ordenamento jurídico brasileiro, com vistas a assegurar a efetiva proteção aos direitos fundamentais. Nesse sentido, a ligeira evolução da medicina gera conseqüências no Direito, até porque o progresso vem no sentido de se buscar melhores condições de vida e a cura de doenças, já vislumbrando-se a dicotomia: dignidade de morrer *versus* a obstinação terapêutica.

Como afirma Cláudio Cohen, nascer e morrer são apenas definições metafísicas aceitas culturalmente, que podem variar segundo o tempo e a cultura, mas que simbolizam os dois extremos do ciclo do viver individual. Assim, a contribuição da bioética é a elaborar princípios de justiça social e respeito individual, impondo normas como a de que todos têm os mesmos direitos e deveres. Defende este autor que a grande contribuição que a bioética traz diante do viver é a do valor de que cada indivíduo é dono de sua própria vida, portanto ele deverá ter autonomia para decidir sobre ela, como, por exemplo, nos casos de ortotanásia ou eutanásia.²⁴

²³ BAERTSCHI, Bernard. *Ensaio filosófico sobre a dignidade: antropologia e ética das biotecnologias*. Edições Loyola. p.157.

²⁴ COHEN, Cláudio. A bioética e o início da vida. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa *et al* (coordenadores). *Dignidade da vida humana*. São Paulo: LTR, 2010.p. 61.

Se hoje se delega ao médico o trabalho de informar qual o momento da vida e qual o momento da morte significa que estes conceitos não são simplificados, razão pela qual fortalece o argumento do capítulo anterior, de que o direito não tem legitimidade expressa para positivas e tornar verdade absoluta quais são os marcos temporais de início e final de vida.

E mais do que isso, ao se delegar essa função demonstra-se que a vida digna é algo que deve ser considerado olhando-se a pessoa enquanto um sujeito que torna a sua existência digna de ser vivida e de ser extinta. Do contrário, cai-se na vala de que a vida sem sentido pode ser o fundamento do medo de uma morte sem sentido, logo, não digna, ou seja, a defesa da obstinação terapêutica²⁵ como desafio à terminalidade da vida.

Bauman apresenta a morte como irreparável, irremediável, irrevogável, impossível de cancelar ou curar, o ponto sem retorno, o final, o derradeiro, o fim de tudo. Para ele, a morte é aterradora por uma qualidade específica, a de tornar todas as outras qualidades não mais negociáveis. Só a morte significa que nada acontecerá daqui por diante, nada acontecerá com você, ou seja: nada que você possa ver, ouvir, tocar, cheirar, usufruir ou lamentar. É por essa razão que a morte tende a permanecer incompreensível para os vivos.²⁶

O medo da morte está aí porque ela representa o desconhecido; por mais preparado que o ser esteja para a morte, ela o pega despreparado. Assim, os homens compartilham deste temor justamente porque há um instinto de sobrevivência na evolução das espécies. Ocorre que apenas os seres humanos possuem a consciência da inevitabilidade do morrer e, portanto, necessitam aprender a viver com esse medo, já que é um fato certo pelo próprio processo de viver.

É a morte uma presença permanente, invisível, mas vigilante e estritamente vigiada, em cada realização humana, profundamente sentida 24 horas por dia, sete dias por semana. A memória da morte é parte integrante de qualquer função da vida. A ela se atribui grande autoridade, talvez a maior, quando quer que se precise fazer uma escolha numa existência cheia de escolhas. A luta contra a

²⁵ A expressão obstinação terapêutica é aqui utilizada como sinônimo de distanásia, que, em linhas gerais, seria a morte prolongada, a morte com dor, logo, não digna. Maior aprofundamento desta terminologia dar-se-á no próximo capítulo deste artigo.

²⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.p.44 e 45.

morte começa no nascimento e continua presente pela vida afora, o medo da morte satura a totalidade da vida.²⁷

Segundo Heidegger, o findar implicado na morte não significa o ser e estar-no-fim da presença, mas o seu ser-para-o-fim. A morte é um modo de ser que a presença assume no momento em que é, ou seja, é a máxima de que para morrer basta estar vivo. Assim, o filósofo irá pensar a morte em um sentido mais amplo, como um fenômeno da vida. Nas suas palavras:

Deve-se entender vida como uma espécie de ser ao qual pertence ao ser-no-mundo. Do ponto de vista ontológico, esse modo de ser pode fixar-se à presença apenas numa orientação privativa. A presença pode também ser considerada como mera vida. (...) Morrer, por sua vez, exprime o modo de ser em que a presença é para a sua morte. Assim, pode-se dizer: a presença nunca fina. A presença só pode deixar de viver no momento em que morre.²⁸

Dessa afirmação decorre que se pode pensar, então, que a morte é a possibilidade certa e insuperável da presença do ser. A morte está no ser-para-o-fim, porque representa o fim da presença. E, neste sentido, tanto a vida quanto a morte necessitam de um sentido, retornando-se ao principal argumento deste capítulo, de que para a morte digna é preciso a vida digna, a vida com sentido, pois, a partir do momento em que a vida não o possuir mais, o próprio processo de morrer estará igualmente descoberto de sentido, e não haverá o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, a morte digna, a morte com sentido, mais do que uma decisão do profissional ou da família que cuida do paciente é a relação que se estabelece entre a pessoa e o médico, ouvindo-se e a sua vontade, no sentido da autonomia das suas escolhas e também pelos postulados dos princípios da não-maleficência e da beneficência, cunhados por Beauchamp e Childress: não se deve infligir mal ou dano a alguém, deve-se impedir que ocorram males ou danos, deve-se sanar males ou danos e deve-se promover o

²⁷ *Ibidem*. p.59. Bauman coloca que se a expectativa da imortalidade enfatiza a importância e a potencialidade da vida mortal, embora reconhecendo a iminência da morte corpórea, a desconstrução da morte, paradoxalmente, intensifica o grau de terror da morte e eleva drasticamente a potência destrutiva desta, mesmo quando aparentemente questiona sua iminência. Em vez de suprimir a consciência da inevitabilidade da morte e libertar a vida dessa pressão, torna mais ubíqua e importante do que nunca a presença da morte na vida.

²⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 3ª Ed. São Paulo: Vozes, 2008. p.320 *et seq.*

bem.²⁹

Em outras palavras, é a mudança da perspectiva de que hoje a medicina trabalha, encarando a morte com relutância, como uma falha. Ela elege como objetivo primordial a busca da saúde, enquanto a morte seria um resultado accidental da doença.

Logo, a morte ocorre quando a medicina falha, ocasionando as dificuldades do processo de morrer com dignidade, fundamentado também por aquele medo mencionado por Bauman, razão pela qual, muitas vezes se mantém uma vida biológica não digna apenas para que a morte ocorra de forma também não digna, logo, sem o sentido que a finitude representa. Nessa perspectiva a medicina deve se preocupar com a pessoa doente e não com a doença da pessoa³⁰, daí a importância da relação médico-paciente na defesa da terminalidade sem sofrimento.

3. O ÚLTIMO ATO – ENTRE A EUTANÁSIA E A ORTOTANÁSIA COMO UM IDEAL.

Relembrando: no primeiro capítulo discutiu-se a insuficiência das noções de vida e morte que hoje se tem no ordenamento jurídico brasileiro, ao passo que no segundo capítulo postulou-se no princípio da dignidade da pessoa humana um possível fundamento para a vida digna, e, conseqüentemente, para a morte digna, no sentido de considerar o sentido que aquela vida representa ao ser-para-o-fim, na busca de uma terminalidade que respeite o ser humano, sem lhe imputar dor no seu último momento. Dá-se azo, nesse diapasão, à discussão sobre a eutanásia e a ortotanásia como um ideal para o fim da vida.

Mas, antes de se trabalhar com essas duas noções, impõe-se a discussão acerca do prolongamento da vida pela obstinação terapêutica, através de tratamentos fúteis, também conhecido como distanásia. Segundo Pessini, o conceito de futilidade médica existe desde o início da história da prática médica e foi assumido por inúmeras sociedades de especialidades médicas, embora ainda não haja uma definição precisa. Em linhas gerais o conceito utilizado na prática médica seria de que alguns tratamentos não atingem os

²⁹ BEAUCHAMP, Tom. CHILDRESS, James. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.p.212.

³⁰ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. PESSINI, Leo. *Problemas atuais de bioética*. 5ªed. Edições Loyola: São Paulo, 2000. p.269.

objetivos da medicina e os médicos não estariam, neste sentido, obrigados a prescrevê-los.³¹

A expressão tratamento fútil torna-se mais evidente no início da década de oitenta, momento em que se observa um crescimento da medicina em intervir no corpo do ser humano, no intuito de adiar indefinidamente a morte, dando gênese a uma discussão, qual seja, o limite das técnicas de manipulação da vida e a intervenção no corpo de uma pessoa que se encontra com uma situação de vida comprometida.³²

É a dicotomia que obriga o médico a nunca abandonar o seu paciente e a tese de que não é digno, nem prudente, continuar agredindo a pessoa doente quando não há mais probabilidades de que ela continue a viver. Em outras palavras, meso que haja uma técnica possível, questiona-se se é eticamente justificável a luta pela vida quando isso ultrapassa os aspectos da racionalidade, comprometendo a dignidade da pessoa humana. Daí a noção de obstinação terapêutica.

A futilidade não pode ser mais definida apenas na perspectiva médica, mas deve incluir os objetivos, os valores e as crenças do paciente, isto é, as coisas pelas quais se determina se a decisão vale a pena do ponto de vista dele. Para diminuir a influência de julgamentos de valor de quem cuida ou de uma terceira parte, para proteger a autonomia do paciente e evitar abusos unilaterais, é que se propõe que o critério da futilidade seja institucionalizado em normas hospitalares ou comitês de ética.³³

Embora interessante, acatar essa pretensão sem nenhum debate pode ocasionar um aspecto que antes já se criticou: definir em norma critérios de morte, definir o que é tratamento fútil. Ou seja, é uma incessante busca em se deixar absolutamente tudo tutelado em regras, subsumindo-se o caso à norma, para se dizer se aquele tratamento é ou não necessário. Ademais, se essa decisão couber à instituição, de nada mais serve o respeito à autonomia do paciente, as diferenças entre os hospitais e seus respectivos comitês e limita-se o próprio direito do paciente em decidir que quer sim o tratamento, mesmo que não traga mais nenhum resultado.³⁴ Se

³¹ PESSINI, Leocir. *Distanásia: até quando prolongar a vida?* São Paulo: Edições Loyola, 2001.p.148.

³² *Ibidem.* p.150.

³³ *Ibidem.* p.161.

³⁴ Leo Pessini relata o exemplo de uma situação em que um tratamento pode ser fútil a longo prazo, mas benéfico para o paciente a curto prazo. Um paciente terminal de carcinoma disseminado pode querer viver para ver uma bisneta recém-nascida, ou

aquela vida para o paciente é digna de ser vivida, não é uma definição institucional que deve dizer o contrário.

Por isso é que se pode afirmar que iniciado o processo de morrer, algumas intervenções terapêuticas já não serão mais úteis. Pelo contrário, agravarão ainda mais o estado de agonia do paciente e daqueles que com ele vivem o processo de dizer adeus à vida. Destarte, no nível de compreensão da distanásia há um consenso no sentido de que se deve rejeitar um tratamento que se tornou fútil ou inútil, porque não prolonga uma espera de cura, mas adia e mantém aceso um doloroso processo de morrer.

A diferença está então em não se confundir o tratamento fútil como se fosse vida fútil³⁵, porque a proteção deve se voltar ao sujeito de quem se trata, é a preocupação com a pessoa doente e não com a doença da pessoa, como antes já se referiu. Neste contexto, é a proteção da dignidade da pessoa que morre, e não da dignidade da morte da pessoa, porque se se considerar que a morte é indigna, justificar-se-á indefinidamente a continuidade de tratamentos sem benefício algum ao paciente.

Então, o debate sobre distanásia nada mais é do que também uma discussão sobre dignidade humana. O limite dos avanços tecnológicos no contexto da morte, para que se identifique até que ponto deve-se investir na saúde em situações de final de vida, registrando-se que não é apenas a questão da escassez de recursos e investimentos; é sim a diferença entre ampliar a vida ou adiar a morte.

Por essa razão, é que aqui se propõe refletir se, diante da obstinação terapêutica, que apenas prolonga uma vida biológica, que muitas vezes já não é mais considerada digna de ser vivida pelo próprio sujeito autônomo, como deve ser a conduta médica e humana no sentido de se garantir uma terminalidade com sentido, razão pela qual, surge o debate sobre a eutanásia e a ortotanásia.

É tão desafiadora a situação que Volnei Garrafa e Leo Pessini

que está se formando na faculdade, ou dizer um adeus final à sua família. Ele pode desejar que a vida seja prolongada por um tratamento de antibiótico para uma pneumonia ou por diálise renal. Tratar a pneumonia ou a diálise renal seria fútil para a cura do câncer, mas não para atingir um benefício para o paciente. Por razões similares, uma paciente pode pedir para ser ressuscitada ou transfundida várias vezes. *Ibidem.* p. 171.

³⁵ *Ibidem.* p. 330.

enumeram dez questões éticas que devem ser debatidas:³⁶

- 1) a distinção entre o conceito de eutanásia e distanásia;
- 2) o conceito de distanásia;
- 3) intervenções tecnocientíficas que encaram a morte como uma doença para a qual tem-se que achar cura;
- 4) absolutização da dimensão biológica que sacrifica a dignidade humana;
- 5) visão cristã dos conceitos de vida, dor e sofrimento humanos;
- 6) quando a cura não é possível a continuação do cuidado é uma necessidade imperiosa;
- 7) cuidados paliativos;
- 8) intervenções pedagógico-educacionais;
- 9) ousar numa perspectiva bioética de cunho libertário;
- 10) a sabedoria de viver a própria morte com dignidade.

Com isto, se pode adentrar ao foco deste capítulo: no último da vida, há um ideal de eutanásia ou ortotanásia cuja implementação deve ser refletida?

A definição de eutanásia passou por uma evolução semântica ao longo dos séculos. O significado etimológico dessa palavra é a morte boa, sem dores ou angústia. Esse conceito clássico postula retirar a vida do ser humano por considerações humanitárias para a pessoa e para a sociedade.³⁷ Hoje, pelo contrário, a palavra designa a eliminação dos sofrimentos extremos. José Nedel apresenta uma diferenciação entre a eutanásia ativa e passiva:

(...) Pelo visto, a eutanásia ativa pode ser cometida por ação, por ex., administrando ao doente dose letal de medicação, ou por omissão, consciente e voluntária, por ex., não aplicando ou cessando de aplicar-lhe terapia médica não-extraordinária, apta a prolongar-lhe a vida. (...) A doutrina comum tem chamado de eutanásia passiva, ou às vezes ironicamente de eutanásia católica o não uso ou a cessação o uso de recursos médicos extraordinários ou desproporcionais, em termos de ganho efetivo de qualidade de vida.³⁸

Pela definição lecionada por Nedel, poder-se-ia inferir que a

³⁶ GARRAFA, Volnei. PESSINI, Leocir. *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

³⁷ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. PESSINI, Leo. *Problemas atuais de bioética*. 5ªed. Edições Loyola: São Paulo, 2000. p. 295.

³⁸ NEDEL, José. *Ética aplicada: pontos e contrapontos*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004. p. 89.

eutanásia ativa não estaria autorizada pela moral e pelo direito, sendo um crime, uma vez que há um dever de proteção incondicional à vida humana, ao passo que a eutanásia passiva, pelo autor comparada à ortotanásia, representa um procedimento lícito sob a ótica da moral, pois, muitas vezes, seria até meritório permitir ao paciente terminal a morte tranqüila e digna. Neste sentido, justifica-se que meios não proporcionais de qualidade de vida não sejam utilizados, ou que, no caso de utilização, que sua continuidade não seja obrigatória.³⁹

Em sentido contrário. McMahan argumenta que em determinados casos de eutanásia a morte seria benéfica e não prejudicial, de modo que a eutanásia ativa deveria, em geral, ser melhor ou mais imperativa que a eutanásia passiva. Para este autor, supor o contrário implica divorciar a distinção entre matar e deixar morrer de sua origem na distinção entre fazer e permitir, e tratar a proibição geral de matar como um tabu, e não como uma obrigação moral racional que possui exceções inteligíveis.⁴⁰

A compreensão da qualidade de vida e da autonomia do processo de morrer ajuda a superar a excessiva medicalização do morrer e a sua centralização no médico. A progressiva tecnificação da medicina dificulta a compreensão da dimensão humana do processo de morrer, transformando-o em um problema técnico que se expressa justamente na eutanásia.⁴¹

Mas se a questão da eutanásia ainda guarda divergências, parece haver hoje a construção de um caminho a considerar os cuidados paliativos e a ortotanásia como um ideal para garantir ao sujeito um direito de morrer com dignidade, sem sofrimento e sem prolongamento da dor.

Consoante Pessini, a medicina paliativa afirma a vida e reconhece que o morrer é um processo normal de viver. Não busca nem acelerar nem retardar a morte. Seria o cuidado do paciente cuja

³⁹ *Ibidem*. p.90.

⁴⁰ McMAHAN, Jeff. *A ética no ato de matar: problemas às margens da vida*. Porto Alegre: Artmed, 2011.p.483. Vai dizer o autor que, se por exemplo, a razão para não se matar as pessoas derivar de uma exigência de respeito por elas, deve-se tentar evitar que a aversão a atos errados de matar se estenda aos casos em que matar seria compatível com o respeito por uma pessoa, e talvez até mesmo exigido pelo respeito a ela. Assim sendo, considera que a eutanásia ativa pode ser sim considerada um caso desse tipo.

⁴¹ JUNGES, Roque. *Bioética: hermenêutica e casuística*. São Paulo: Edições Loyola, 2003. p.201.

doença não responde mais ao tratamento curativo. Assim, busca-se o controle da dor e de outros sintomas, o cuidado com os problemas de ordem psicológica, social e espiritual, logrando-se a melhor qualidade de vida possível para o paciente e sua família.⁴²

Nesse contexto, os cuidados paliativos relacionam-se com a ortotanásia, que seria a busca pelo respeito do bem-estar global das pessoas para se garantir a dignidade no viver e no morrer. Em outras palavras, em vez de entender a saúde como a ausência de doença, propõe-se a compreensão dela como o bem-estar da pessoa em sentido amplo: físico, mental, social e espiritual.⁴³

Logo, esse compromisso de promover o bem ao paciente crônico e terminal desenvolve não apenas um conceito de saúde, mas a criação da idéia de ortotanásia, que é justamente essa arte de bem morrer, como se colocou antes. Ou seja, garante-se a morte digna sem cometer os excessos propostos pela distanásia. A ortotanásia permitirá ao doente e sua família o enfrentamento tranqüilo da morte. Ou seja seria uma conciliação entre a técnica médica e a sensibilidade humana, tornando o sujeito que está vivenciando o processo de morrer o verdadeiro protagonista do seu último ato, garantindo dignamente a sua saída de cena.

Se já não é mais possível curar, que seja ao menos possível então cuidar. Destarte, o desafio da ortotanásia é garantir a morte humana, resgatando a dignidade humana na última fase de vida, especialmente quando ela está marcada pela dor e pelo sofrimento. Como ensinam Barchifontaine e Pessini a ortotanásia é a antítese de toda a tortura, de toda morte violenta em que o ser humano é roubado não somente de sua vida, mas também de sua dignidade. (...) Não basta morrer sem dor. É bom também morrer reconciliado consigo mesmo, com as pessoa ao seu redor, com seu mundo, e para quem possuir fé, com Deus.⁴⁴

No Brasil, a Resolução do Conselho Federal de Medicina 1.805, de 9 de novembro de 2006 significou um importante passo para a defesa da ortotanásia, ao autorizar, na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, que o médico limite ou suspenda os procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que

⁴² PESSINI, Leocir. *Distanásia: até quando prolongar a vida?* São Paulo: Edições Loyola, 2001.p.209.

⁴³ *Ibidem*. p.227.

⁴⁴ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. PESSINI, Leo. *Problemas atuais de bioética*. 5ªed. Edições Loyola: São Paulo, 2000. p.315-318 *passim*.

levam ao sofrimento, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal, numa perspectiva de assistência integral.

E o artigo 2º desta Resolução estipula que o doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

O Novo Código de Ética Médica recepciona o conteúdo desta Resolução, mormente quando estipula que é vedado ao médico desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte, a teor de seu artigo 31.

Prima, portanto, as normas atuais do Conselho Federal de Medicina pela garantia da relação entre médico e paciente e entre o médico e os seus familiares, tudo na busca de se garantir ao paciente que o momento final da sua vida seja vivido com dignidade. Isso não é uma decisão sobre morte, é uma decisão sobre vida, que deve ser respeitada, que deve ter sua dignidade preservada até o fim.

Se para o sujeito a vida não é mais digna de ser vivida, pode-se pensar então no espaço de aplicação da Resolução 1.805, de 2006. Mas, da mesma forma, se o sujeito considera a sua vida digna de ser vivida, também se deve refletir sobre o espaço de atuação do médico, pois se houver o desrespeito à vontade do paciente, aquela morte que seria digna, passa a ser não digna.

Por essa razão, é que se mantém a crítica no sentido de que não pode o direito querer tutelar a definição de morte por um critério único e positivado, pois, mais do que uma exegese, a morte é uma questão de sentido de vida, razão pela qual hodiernamente se caminha na defesa da ortotanásia como esse ideal, a garantir dignamente o último ato de viver.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, pode-se constatar que o ordenamento jurídico brasileiro mostra-se insuficiente na definição de critérios de vida e morte e nos marcos temporais em que estes fatos ocorrem. Opta o legislador por definir o critério da morte com base na Resolução do Conselho Federal de Medicina 1.480, de 1997, que postula a

ausência de atividade cerebral para a decretação do fim da vida.

Ocorre que ao efetuar essa escolha manteve-se alheio a todas as discussões que envolvem o desenvolvimento científico e as questões da morte digna, pautada esta última especialmente na diferença existente entre eutanásia e ortotanásia. Logo, tem-se a Constituição Federal de 1988 que disciplina ser o princípio da dignidade da pessoa humana um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Mas não há o mesmo compasso para se garantir a morte digna, justamente por não se ter uma certeza absoluta do que é morte, do que é dignidade e, portanto, do que é morrer com dignidade, motivo pelo qual, a abordagem aqui contemplada buscou na idéia de sentido da vida o alcance do sentido da vida para a morte, em função de ser o homem um ser-para-a-morte, como ensinara Heidegger.

Na circunstância da terminalidade da vida, a ortotanásia mostra-se como um caminho ainda a ser bastante refletido, embora já conte até com aprovação formal do Conselho Federal de Medicina, no sentido de se deixar de intervir agressivamente para prolongamento da vida, pois, mais do que não alcançar a cura, apenas prolonga o sofrimento de viver, sem dar um sentido para a morte do sujeito, que é obrigado a dar adeus com dor e não com dignidade. Não se discute a moralidade de se desligar ou não um aparelho, discute-se se não é correto garantir que o ser humano despeça-se de sua existência sereno de que viveu dignamente.

Por essa razão, deve-se assimilar o cuidado da vida humana, como um legítimo ato de amor, de modo que a experiência de se viver a morte signifique um crescimento de vida para aqueles que acompanham os instantes finais de um paciente cuja situação não representa mais nenhuma resposta a tratamentos médicos. Ou seja, ao se encarar de frente o momento final, que isso se dê de forma digna, que o sujeito, norte axiológico do ordenamento jurídico, tenha o direito de viver dignamente a sua morte, pois, mais do que um fato da vida, que se transforma em um fato jurídico com conseqüências, dizer adeus nada mais é do que uma sutil arte a ser vivida por todas as pessoas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

- BAERTSCHI, Bernard. **Ensaio filosófico sobre a dignidade: antropologia e ética das biotecnologias**. Edições Loyola.
- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Bioética e início da vida** in MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa *et al* (coordenadores). **Dignidade da vida humana**. São Paulo: LTR, 2010.
- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. PESSINI, Leo. **Problemas atuais de bioética**. 5ªed. Edições Loyola: São Paulo, 2000.
- BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BEAUCHAMP, Tom. CHILDRESS, James. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 30/07/2011.
- COHEN, Cláudio. **A bioética e o início da vida** in MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa *et al* (coordenadores). **Dignidade da vida humana**. São Paulo: LTR, 2010.
- CONSELHO DEFERAR DE MEDICINA. Resolução nº 1.480, de 8 de agosto de 1997. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm. Acesso em 30/07/2011.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.805, de 9 de novembro de 2006. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.htm. Acesso em 31/07/2011.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.931, de 24 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso em 31/07/2011.
- ENGELHARDT, Tristram H. **Fundamentos da bioética**. 2ª ed. Edições Loyola, 2008.
- FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo** in FILHO, Agassiz Almeida. MELGARÉ, Plínio (organizadores). **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**.
- GARRAFA, Volnei. PESSINI, Leocir. **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Edições Loyola, 2003.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 3ª Ed. São Paulo: Vozes, 2008.
- JONAS, Hans. **Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad**. 1ª ed. Paidós: Barcelona, Espanha, 1997.
- JUNGES, Roque. **Bioética: hermenêutica e casuística**. Edições Loyola: São Paulo, 2006.
- McMAHAN, Jeff. **A ética no ato de matar: problemas às margens da vida**. Porto Alegre: Artmed, 2011.
- NEDEL, José. **Ética aplicada: pontos e contrapontos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.

PESSINI, Leocir. **Distanásia: até quando prolongar a vida?** São Paulo: Edições Loyola, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.