

**A MORTE COMO ELA É:
DIGNIDADE E AUTONOMIA INDIVIDUAL NO FINAL DA VIDA**

Luís Roberto Barroso*

Letícia de Campos Velho Martel**

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO

II. MORTE COM INTERVENÇÃO: OS CONCEITOS ESSENCIAIS

III. O DESCOMPASSO ENTRE A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO VIGENTE E A ÉTICA MÉDICA

IV. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: IDEIAS ESSENCIAIS

V. A DIGNIDADE HUMANA COMO AUTONOMIA

VI. A DIGNIDADE HUMANA COMO HETERONOMIA

VII. AUTONOMIA *VERSUS* HETERONOMIA: QUAL DIGNIDADE?

VIII. O DIREITO À MORTE DIGNA: EM BUSCA DE CONSENSOS MÍNIMOS

IX. CONCLUSÃO

* Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor Visitante da Universidade de Brasília – UnB. Doutor e Livre-Docente pela UERJ. Mestre em Direito pela *Yale Law School*. Diretor-Geral da Revista de Direito do Estado.

** Doutoranda em Direito Público na UERJ. Mestra em Instituições Jurídico-Políticas pela UFSC. Professora licenciada da Universidade do Extremo Sul Catarinense e pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Direitos Humanos e Cidadania (NUPEC/UNESC). Pós-Graduada em *Estudios Superiores en Bioética* FLACSO/Argentina.

I. INTRODUÇÃO

*“E quando se vai morrer, lembrar-se de que o dia morre,
E que o poente é belo e é bela a noite que fica.
Assim é e assim seja”.*

Fernando Pessoa, *O guardador de rebanhos*

Um indivíduo não tem poder sobre o início da própria vida. Sua concepção e seu nascimento são frutos da vontade alheia. É o nascimento com vida que marca o início da condição humana efetiva, com a aquisição de personalidade jurídica e da aptidão para ter direitos e obrigações¹. O direito à vida constitui o primeiro direito de qualquer pessoa, sendo tutelado em atos internacionais, na Constituição e no direito infraconstitucional. Ao lado do direito fundamental à vida, o Direito contemporâneo – também em atos internacionais e domésticos – tutela, igualmente, a dignidade da pessoa humana. O direito de todos e de cada um a uma *vida digna* é a grande causa da humanidade, a principal energia que move o processo civilizatório.

Um indivíduo tem poder sobre o fim da própria vida. A inevitabilidade da morte, que é inerente à condição humana, não interfere com a capacidade de alguém pretender antecipá-la. A legitimidade ou não dessa escolha envolve um universo de questões religiosas, morais e jurídicas. Existe um direito à morte, no tempo certo, a juízo do indivíduo? A ideia de dignidade humana, que acompanha a pessoa ao longo de toda sua vida, também pode ser determinante da hora da sua morte? Assim como há direito a uma vida digna, existiria direito a uma *morte digna*? O estudo que se segue procura enfrentar essas questões, que têm desafiado a Ética e o Direito pelos séculos afora.

¹ Note-se, no entanto, que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (Código Civil, art. 2º).

A finitude da vida e a vulnerabilidade do corpo e da mente são signos da nossa humanidade, o destino comum que iguala a todos. Representam, a um só tempo, mistério e desafio. Mistério, pela incapacidade humana de compreender em plenitude o processo da existência. Desafio, pela ambição permanente de domar a morte e prolongar a sobrevivência. A ciência e a medicina expandiram os limites da vida em todo o mundo. Porém, o humano está para a morte. A mortalidade não tem cura. É nessa confluência entre a vida e a morte, entre o conhecimento e o desconhecido, que se originam muitos dos medos contemporâneos. Antes, temiam-se as doenças e a morte. Hoje, temem-se, também, o prolongamento da vida em agonia, a morte adiada, atrasada, mais sofrida. O poder humano sobre *Tanatos*².

As reflexões aqui desenvolvidas têm por objeto o processo de terminalidade da vida, inclusive e notadamente, em situações nas quais os avanços da ciência e da tecnologia podem produzir impactos adversos. Seu principal propósito é estudar a morte com intervenção à luz da dignidade da pessoa humana, com vistas a estabelecer alguns padrões básicos para as políticas públicas brasileiras sobre a matéria. Para tanto, investe-se um esforço inicial na uniformização da terminologia utilizada em relação à morte com intervenção. Na sequência, procura-se produzir uma densificação semântica do conceito de dignidade da pessoa humana. Por fim, são apresentados e debatidos alguns procedimentos destinados a promover a dignidade na morte, alternativos à eutanásia e ao suicídio assistido.

As ideias aqui desenvolvidas, como se verá, valorizam a autonomia individual como expressão da dignidade da pessoa humana e procuram justificar as escolhas esclarecidas feitas pelas pessoas. Nada obstante isso, a morte com intervenção, no presente trabalho, não foi confinada a um debate acerca da permissão ou proibição da eutanásia e do suicídio assistido. O refinamento da discussão permite que se busque consenso em torno de

² Na mitologia grega, Tanatos era o Deus da morte, citado por Eurípedes na tragédia *Alceste*. V. SCHMIDT, Joël. **Dicionário de mitologia Greco-romana**. Lisboa: Edições 70, 1994, p. 250. Em trabalho clássico, publicado em 1920, Sigmund Freud procura demonstrar a existência de dois instintos opostos existentes no ser humano: um, de preservação, ligado ao prazer (Eros) e outro de destruição, de ausência de energia, de morte (Tanatos). V. FREUD, Sigmund. *Beyond the pleasure-principle*. In: RICKMAN, John. **A general selection from the works of Sigmund Freud**. N. York: Doubleday, 1989.

alternativas moralmente menos complexas, antes de se avançar para o espaço das escolhas excludentes. O fenômeno da *medicalização da vida* pode transformar a morte em um processo longo e sofrido. A preocupação que moveu os autores foi a de investigar possibilidades, compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, capazes de tornar o processo de morrer mais humano. Isso envolve minimizar a dor e, em certos casos, permitir que o desfecho não seja inutilmente prorrogado. Ainda um último registro introdutório: as considerações sobre a morte com intervenção, aqui lançadas, referem-se tão-somente aos casos de pessoas em estado terminal ou em estado vegetativo persistente.

II. MORTE COM INTERVENÇÃO: OS CONCEITOS ESSENCIAIS³

Nos últimos anos, os estudiosos da bioética têm procurado realizar uma determinação léxica de alguns conceitos relacionados ao final da vida. Muitos fenômenos que eram englobados sob uma mesma denominação passam a ser identificados como categorias específicas. Este esforço de *limpeza* conceitual deveu-se à necessidade de enfrentar a intensa polissemia na matéria, que aumentava, pela incerteza da linguagem, as dificuldades inerentes a um debate já em si complexo. Como intuitivo, facilita a racionalidade da circulação de ideias que se faça a distinção entre situações que guardam entre si variações fáticas e éticas importantes. Em certos casos, as distinções são totalmente nítidas; em outros, bastante sutis. Ainda assim, é conveniente identificar, analiticamente, as seguintes categorias operacionais: a) eutanásia; b) ortotanásia; c) distanásia; d) tratamento fútil e obstinação terapêutica; e) cuidado paliativo; f) recusa de tratamento médico e limitação consentida de tratamento; g) retirada de suporte vital (RSV) e não-oferta de suporte vital (NSV); h) ordem de não-ressuscitação ou de não-reanimação (ONR); e i) suicídio assistido⁴. Algumas dessas categorias, como se verá, são espécies em relação ao gênero.

³ Os conceitos aqui apresentados são, com sutis alterações e revisões, os expostos em: MARTEL, Leticia de Campos Velho. Limitação de tratamento, cuidado paliativo, eutanásia e suicídio assistido: elementos para um diálogo sobre os reflexos jurídicos da categorização. In: BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 369-432.

⁴ Utiliza-se aqui o marco teórico hegemônico da bioética, identificado como o *princípioalismo*, proposto por Beauchamp e Childress a partir das noções de obrigações *prima facie* de Ross. Segundo Florência Luna e Arleen L. F. Salles, o princípioalismo situa-se na primeira onda de reflexão sobre a bioética, assim como os estudos kantianos e o utilitarismo. Além dos marcos teóricos da primeira

O termo *eutanásia* foi utilizado, por longo tempo, de forma genérica e ampla, abrangendo condutas comissivas e omissivas em pacientes que se encontravam em situações muito dessemelhantes. Atualmente, o conceito é confinado a uma acepção bastante estreita, que compreende apenas a forma ativa aplicada por médicos a doentes terminais cuja morte é inevitável em um curto lapso⁵. Compreende-se que a eutanásia é a ação médica intencional de apressar ou provocar a morte – com exclusiva finalidade benevolente – de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos. Do conceito estão excluídas a assim chamada eutanásia *passiva*, eis que ocasionada por omissão, bem como a *indireta*, ocasionada por ação desprovida da *intenção* de provocar a morte. Não se confunde, tampouco, com o *homicídio piedoso*, conceito mais amplo que contém o de eutanásia. De acordo com o consentimento ou não daquele que padece, a eutanásia pode ser *voluntária*, *não-voluntária* e *involuntária*⁶.

Por *distanásia* compreende-se a tentativa de retardar a morte o máximo possível, empregando, para isso, todos os meios médicos disponíveis, ordinários e

onda, há os da segunda, que apresentam diversos enfoques para o exame dos problemas morais complexos que exsurtem no cenário da bioética, como a ética da virtude, o comunitarismo, o feminismo e a casuística. LUNA, Florência. SALLES, Arleen L. F. **Bioética: Nuevas reflexiones sobre debates clásicos**. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2008.

⁵ Sobre a elaboração, discussão e crítica dos conceitos, ver: PESSINI, Leo. **Distanásia: até quando prolongar a vida?** São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2001 (Coleção Bioética em Perspectiva, 2). MARTIN, Leonard M. Eutanásia e distanásia. *In*: GARRAFA, Volnei (Org.) **Iniciação à bioética**. Brasília: CFM, p.171-192. SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia. **Ciência e saúde coletiva**, v.9, n.1, p.33 e s., 2004. McCONNELL, Terrance. **Inalienable rights: the limits of consent in medicine and the law**. Oxford: Oxford University, 2000, p.88. RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. **Cadernos de Saúde Pública**. Rio de Janeiro, v. 22, n.8, p. 1749-1754, ago. 2006. Para relevantes visões críticas: COHEN-ALMAGOR, Raphael. Language and reality in the end-of-life. **The Journal of law, medicine & ethics**. Vol. 28:3, Fall, 2000, p.267-278. BROCK, Dan W. **Life and death: philosophical essays in biomedical ethics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p.169-172.

⁶ Diz-se que é *voluntária* quando há expresso e informado consentimento; *não-voluntária*, quando se realiza sem o conhecimento da vontade do paciente; e *involuntária*, quando é realizada contra a vontade do paciente. No que toca à eutanásia involuntária, há um relevante e adequado consenso jurídico quanto ao seu caráter criminoso. Os casos mais comuns da eutanásia não-voluntária são os que envolvem pacientes incapazes. Sobre esse último ponto, v. McCONNELL, Terrance. Op. cit., p.89.

extraordinários ao alcance, proporcionais ou não, mesmo que isso signifique causar dores e padecimentos a uma pessoa cuja morte é iminente e inevitável⁷. Em outras palavras, é um prolongamento artificial da vida do paciente, sem chance de cura ou de recuperação da saúde segundo o estado da arte da ciência da saúde, mediante conduta na qual “*não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer*”⁸. A *obstinação terapêutica* e o *tratamento fútil* estão associados à *distanásia*. Alguns autores tratam-nos, inclusive, como sinônimos. A primeira consiste no comportamento médico de combater a morte de todas as formas, como se fosse possível curá-la, em “*uma luta desenfreada e (ir)racional*”⁹, sem que se tenha em conta os padecimentos e os custos humanos gerados. O segundo refere-se ao emprego de técnicas e métodos extraordinários e desproporcionais de tratamento, incapazes de ensejar a melhora ou a cura, mas hábeis a prolongar a vida, ainda que agravando sofrimentos, de forma tal que os benefícios previsíveis são muito inferiores aos danos causados¹⁰.

Em sentido oposto da *distanásia* e distinto da *eutanásia*, tem-se a *ortotanásia*. Trata-se da morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na *distanásia*, nem apressada por ação intencional externa, como na *eutanásia*. É uma aceitação da morte, pois permite que ela siga seu curso. É prática “*sensível ao processo de humanização da morte, ao alívio das dores e não incorre em prolongamentos abusivos com aplicação de meios desproporcionados que imporiam sofrimentos adicionais*”¹¹. Indissociável da *ortotanásia* é o *cuidado paliativo*, voltado à utilização de toda a tecnologia possível para aplacar o sofrimento físico e psíquico

⁷ Este conceito foi extraído do voto do magistrado colombiano Vladimiro Naranjo Mesa, com leves alterações em seu texto. COLOMBIA. **Sentencia C-239/97**. Disponível em: <http://web.minjusticis.gov.co/jurisprudencia>. Último acesso em: ago./2005. Sobre a *distanásia*, é muito relevante consultar PESSINI, Leo. **Distanásia...** Op. cit.

⁸ Cf. PESSINI, Leo. **Distanásia...** Op. cit., p.30.

⁹ SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Op. cit., p.33. A expressão cura da morte foi cunhada por Leo Pessini. Cf. PESSINI, Leo. **Distanásia...** Op. cit., p.331 e s.

¹⁰ PESSINI, Leo. **Distanásia...** Op. cit., especialmente as páginas 163 e s. Ver também: COHEN-ALMAGOR, Raphael. Op. Cit.

¹¹ PESSINI, Leo. **Distanásia...** Op. cit., p.31.

do enfermo¹². Evitando métodos extraordinários e excepcionais, procura-se aliviar o padecimento do doente terminal pelo uso de recursos apropriados para tratar os sintomas, como a dor e a depressão¹³. O cuidado paliativo pode envolver o que se denomina *duplo efeito*: em determinados casos, o uso de algumas substâncias para controlar a dor e a angústia pode aproximar o momento da morte. A diminuição do tempo de vida é um efeito previsível sem ser desejado, pois o objetivo primário é oferecer o máximo conforto possível ao paciente, sem intenção de ocasionar o evento morte¹⁴.

A *recusa de tratamento médico* consiste na negativa de iniciar ou de manter um ou alguns tratamentos médicos. Após o devido processo de informação, o paciente – ou, em certos casos, seus responsáveis – decide se deseja ou não iniciar ou continuar tratamento médico. O processo culmina com a assinatura de um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE)¹⁵. A recusa pode ser ampla ou estrita, conforme seja admitida em qualquer circunstância – por pacientes que podem recuperar a sua saúde com o tratamento que recusam – ou em situações bem determinadas de impossibilidade de recuperação da saúde com a intervenção. A última hipótese, referida por alguns como *limitação consentida de tratamento* (ou também suspensão de esforço terapêutico), possui laços com a ortotanásia. A recusa ampla é ainda alvo de muitos debates, ao passo que existe certo consenso no marco teórico hegemônico da bioética quanto à possibilidade de recusa em sentido estrito.

¹² Cf. PESSINI, Leo. **Distanásia...** Op. cit., p.203 e s.

¹³ Este conceito foi extraído do voto do magistrado colombiano Vladimiro Naranjo Mesa, com sutis alterações em seu texto. COLOMBIA. **Sentencia C-239/97**, Op. cit.

¹⁴ Cf. PESSINI, Leo. **Distanásia...** Op. cit., p.213; COLOMBIA. **Sentencia C-239/97**, Op. cit., voto do magistrado Vladimiro Naranjo Mesa; QUILL, T. E. *et al.* Palliative treatments of last resort: choosing the least harmful alternative. **Annals of Internal Medicine**. v.132, n.6, p.488-493, March 2000. Disponível em: www.annals.org/cgi/content/./. Acesso em: jun./2006. MORAES E SOUZA, Maria Teresa de; LEMÔNICA, Lino. Paciente terminal e médico capacitado: parceria pela qualidade de vida. **Bioética**. Conselho Federal de Medicina. v.11, n.1, p.83-100, 2003. COHEN-ALMAGOR, Raphael. Op. Cit.

¹⁵ Sobre o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, ou consentimento informado, ver: CLOTET, Joaquim, GOLDIM, José Roberto (Org.); FRANCISCONI, Carlos Fernando. **Consentimento informado e sua prática na assistência e pesquisa no Brasil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000; MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antônio Carvalho. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. *In*: GARRAFA, Volnei (Org.). **Iniciação à bioética**. Brasília: CFM, 1999, p.53-70; ENGELHARDT, H. Tristan, Jr. **Fundamentos da bioética**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2000, p.345-440; PESSINI, Leo; GARRAFA, Volnei (Orgs). **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Loyola, 2003, p.469 e s. (especialmente a parte IV).

A retirada de suporte vital (RSV), a não-oferta de suporte vital (NSV) e as ordens de não-ressuscitação ou de não-reanimação (ONR) são partes integrantes da limitação consentida de tratamento. A RSV significa a suspensão de mecanismos artificiais de manutenção da vida, como os sistemas de hidratação e de nutrição artificiais e/ou o sistema de ventilação mecânica; a NSV, por sua vez, significa o não-emprego desses mecanismos. A ONR é uma determinação de não iniciar procedimentos para reanimar um paciente acometido de mal irreversível e incurável, quando ocorre parada cardiorrespiratória¹⁶. Nos casos de ortotanásia, de cuidado paliativo e de limitação consentida de tratamento (LCT) é crucial o consentimento do paciente ou de seus responsáveis legais, pois são condutas que necessitam da *voluntariedade* do paciente ou da aceitação de seus familiares, em casos determinados. A decisão deve ser tomada após o adequado processo de informação e devidamente registrada mediante TCLE.

Por fim, *suicídio assistido* designa a retirada da própria vida com auxílio ou assistência de terceiro. O ato causador da morte é de autoria daquele que põe termo à própria vida. O terceiro colabora com o ato, quer prestando informações, quer colocando à disposição do paciente os meios e condições necessárias à prática. O auxílio e a assistência diferem do induzimento ao suicídio. No primeiro, a vontade advém do paciente, ao passo que no outro o terceiro age sobre a vontade do sujeito passivo, de modo a interferir com sua liberdade de ação. As duas formas admitem combinação, isto é, há possibilidade de uma pessoa ser simultaneamente instigada e assistida em seu suicídio. O *suicídio assistido por médico* é espécie do gênero suicídio assistido.

O rearranjo conceitual apresentado atinge a antiga distinção entre as formas ativa e passiva da eutanásia, que passaram a receber denominações distintas. O termo

¹⁶ Cf. KIPPER, Délio José. Medicina e os cuidados de final da vida: uma perspectiva brasileira e latino-americana. In: PESSINI, Leo; GARRAFA, Volnei (Orgs). **Bioética, poder e injustiça**. São Paulo: Loyola, 2003, p.413-414. Consultar, ainda: PESSINI, Leo. **Distanásia...** Op. cit., *passim*; MORAES E SOUZA, Maria Teresa de; LEMONICA, Lino. Op. cit.

eutanásia aplica-se somente àquela que era conhecida como forma ativa¹⁷. A conduta antes caracterizada como eutanásia passiva – e essa é uma das teses centrais do presente estudo –, já não deve ser necessariamente visualizada como antiética, podendo ser expressão da autonomia do paciente, merecedora de respeito por parte da equipe de saúde. No mesmo ensejo, a distinção entre a eutanásia e a distanásia permite concluir que medidas excessivas e desproporcionais (na relação benefício/prejuízo à saúde e à qualidade de vida do enfermo) não devem ser empregadas à revelia da vontade do paciente, nem tampouco correspondem à *boa técnica*, caso não desejadas pelo doente, seus cuidadores ou seus responsáveis legais.

III. O DESCOMPASSO ENTRE A INTERPRETAÇÃO DOMINANTE DO DIREITO VIGENTE E A ÉTICA MÉDICA

A legislação penal brasileira não extrai consequências jurídicas significativas das categorizações mencionadas no tópico anterior, salvo o suicídio assistido. Assim sendo, tanto a eutanásia quanto a ortotanásia – aí compreendida a limitação do tratamento – constituiriam hipóteses de homicídio¹⁸. No primeiro caso, na modalidade comissiva e, no segundo, na omissiva. O auxílio ao suicídio é tratado em tipo penal próprio¹⁹. Nessa interpretação, que corresponde ao conhecimento convencional na matéria, a decisão do paciente ou de sua família de descontinuar um tratamento médico desproporcional, extraordinário ou fútil não alteraria o caráter criminoso da conduta. A existência de consentimento não produziria o efeito jurídico de salvaguardar o médico de uma persecução penal. Em suma: não haveria distinção entre o ato de não tratar um enfermo terminal segundo a sua própria vontade e o ato de intencionalmente abreviar-lhe a vida, também a seu pedido²⁰.

¹⁷ Para uma visão da categorização anterior do tema, com a distinção entre eutanásia ativa e passiva, além dos autores já referidos na nota 3, v. tb. TOOLEY, Michael. Euthanasia and assisted suicide. *In*: FREY, R.G. e WELLMAN, Christopher Heath. **A companion to applied ethics**. Malden: Blackwell, 2007, p. 326-341.

¹⁸ Código Penal, art. 121: “Matar alguém: Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 20 (vinte) anos”.

¹⁹ Código Penal, art. 122: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma, ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave”.

²⁰ Pelo conhecimento convencional no Brasil, ambas as condutas seriam consideradas homicídio, o qual, caso viesse a ser reconhecido pelo júri, poderia contar com uma causa especial de diminuição de pena (*privilegio*). V. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 4. ed. São Paulo, Atlas,

Essa postura legislativa e doutrinária pode produzir consequências graves, pois, ao oferecer o mesmo tratamento jurídico para situações distintas, o paradigma legal reforça condutas de obstinação terapêutica e acaba por promover a distanásia. Com isso, endossa um modelo médico paternalista, que se funda na *autoridade* do profissional da medicina sobre o paciente e descaracteriza a condição de *sujeito* do enfermo. Ainda que os médicos não mais estejam vinculados eticamente a esse modelo superado de relação, o espectro da sanção pode levá-los a adotá-lo. Não apenas manterão ou iniciarão um tratamento indesejado, gerador de muita agonia e padecimento, como, por vezes, adotarão algum não recomendado pela boa técnica, por sua desproporcionalidade. A arte de curar e de evitar o sofrimento se transmuta, então, no ofício mais rude de prolongar a vida a qualquer custo e sob quaisquer condições. Não é apenas a autonomia do paciente que é agredida. A liberdade de consciência do profissional da saúde pode também estar em xeque²¹.

A Resolução CFM nº 1.805/2006, de 9.11.2006, editada pelo Conselho Federal de Medicina, procurou contornar as deficiências e insuficiências de um Código Penal cuja parte especial é da década de 40 do século passado. Nessa linha, invocando sua função disciplinadora da classe médica, bem como o art. 5º, III da Constituição, pretendeu dar suporte jurídico à ortotanásia. Sem menção à eutanásia e ao suicídio assistido – que continuam a ser considerados pelo Conselho como práticas não-éticas –, a Resolução tratou da limitação do tratamento e do cuidado paliativo de doentes em fase terminal, nas hipóteses

2003. E também: CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Parte Especial*. v.2. São Paulo, Saraiva, 2003, p.34. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial*. v.2. São Paulo: Saraiva, 2003, p.58. Sobre as privilegiadoras e qualificadoras, SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. DODGE, Raquel Elias Ferreira. Eutanásia: aspectos jurídicos. *Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/revista/bio1v7/eutaspectos.htm>. Acesso em: maio 2006. BRASIL. Ministério Público Federal -1ª Reg. Recomendação 01/2006 - WD - PRDC. Disponível em: www.prf.mpf.gov.br/prdc/legis/docs/exfile.2006-11-21.7242563592/attach/REC%2001-2006%20CFM.pdf. Acesso em: 25 nov. 2006.

²¹ Quanto ao cuidado paliativo de duplo efeito, a situação é ainda pior, por razões notórias. Se um médico for autorizado pelo enfermo a lançar mão dessa técnica, poderá abreviar seu tempo de vida. Se o mundo jurídico não oferecer amparo seguro a essa ação, o temor de cometer um crime pode ensejar o uso de dosagens medicamentosas menores do que o necessário para aplacar o imenso sofrimento físico e psicológico daqueles que estão no leito de morte.

autorizadas por seus parentes ou por seus familiares. Trazendo uma fundamentada Exposição de Motivos, a Resolução CFM nº 1.805/2006 tem o conteúdo assim resumido em sua Ementa:

“Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal”.

É possível fazer uma defesa da Resolução do Conselho Federal de Medicina, quer dentro das categorias do próprio direito penal, quer mediante uma leitura de seu texto à luz da Constituição. Por ora, no entanto, faz-se o registro de que foi ela suspensa por decisão judicial produzida em ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal perante a Justiça Federal de Brasília. Na petição inicial, de 131 páginas, o Procurador da República que a subscreve colocou-se frontalmente contra o conteúdo da Resolução. Em meio a muitas considerações jurídicas, morais e metafísicas, afirmou: “A ortotanásia não passa de um *artificio homicida*; expediente desprovido de razões lógicas e violador da Constituição Federal, mero desejo de dar ao homem, pelo próprio homem, a possibilidade de uma decisão que nunca lhe pertenceu”²². Na decisão que acolheu o pedido de antecipação de tutela, entendeu o juiz de primeiro grau pela existência de “aparente conflito entre a resolução questionada e o Código Penal”²³.

²² BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **ACP nº2007.34.00.014809-3. Petição Inicial** (Wellington Divino Marques de Oliveira – Procurador Regional dos Direitos do Cidadão/1ª Região). Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ACP%20Ortotanasia.pdf> Acesso em: out./2007. BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Recomendação nº01/2006 – WD – PRDC.** (Wellington Divino Marques de Oliveira – Procurador Regional dos Direitos do Cidadão/1ª Região). Disponível em: <http://prdc.prdc.mpf.gov.br/legis/docs/exfile.2006-11-21.7242563592/attach/REC%2001-2006%20CFM.pdf> Acesso em: dez./2006.

²³ V. inteiro teor da decisão em www.df.trf1.gov.br/.../2007.34.00.014809-3_decisao_23-10-2007.doc.

A decisão marca o encontro, no Brasil, de dois fenômenos do nosso tempo: a *medicalização*²⁴ e a *judicialização*²⁵ da vida. Ambos potencializados por um terceiro fenômeno: a sociedade espetáculo, em que os meios de comunicação transmitem, em tempo real, ao vivo e em cores, dramas como os de Terri Schiavo (EUA)²⁶, Hannah Jones (Reino Unido)²⁷ ou Eluana (Itália)²⁸. O pronunciamento judicial suspensivo da Resolução exhibe, igualmente, o descompasso entre ordenamento jurídico e a ética médica. E, no mundo pós-positivista, de reaproximação entre o Direito e a Ética, este é um desencontro que deve ser evitado. A propósito, deve-se registrar que a orientação do Conselho Federal de Medicina está

²⁴ A expressão 'medicalização da vida' foi cunhada e definida em ILLICH, Ivan. The medicalization of life. **Journal of Medical Ethics**. I, 1975, p.73-77.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, 2009.

²⁶ Em decorrência de uma parada cardíaca, Terri Schiavo viveu em estado vegetativo até falecer, em 2005. Nos últimos sete anos de sua vida, seu marido e representante legal, Michael Schiavo, vinha pedindo ao Judiciário dos EUA o desligamento dos tubos que a mantinham viva. Para tanto, afirmava que, antes de entrar em estado vegetativo, a mulher havia se manifestado diversas vezes no sentido de que não gostaria de ser mantida viva artificialmente. À pretensão do marido se opuseram tanto os próprios pais de Terri quanto diversas autoridades norte-americanas, como o Presidente George W. Bush. A longa controvérsia jurídica envolveu desde a Justiça Estadual da Flórida até a Justiça Federal dos EUA, passando pelo Legislativo e pelo Governador do Estado. Por sua vez, a Suprema Corte dos EUA se recusou a analisar a matéria. Terri Schiavo faleceu em 31 de março de 2005. O resultado de sua autópsia confirmou que nenhum tratamento poderia tê-la ajudado a superar os danos neurológicos que sofreu. V. Saiba mais sobre o conflito judicial do caso Schiavo, **Folha Online** 29.mar.2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u82068.shtml>>. Último acesso: 24.jun.2009; GOODNOUGH, Abby. Schiavo Autopsy Says Brain, Withered, Was Untreatable, **New York Times** 16.jun.2005. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2005/06/16/national/16schiavo.html>>. Acesso em: jun./2009.

²⁷ Aos cinco anos de idade, Hannah Jones foi diagnosticada com uma forma rara de leucemia e, desde então, sua vida passou a envolver frequentes internações hospitalares. Seu tratamento incluiu doses de um forte medicamento contra uma infecção, o que acabou causando danos ao seu coração. Sua única chance de viver longamente viria com um transplante. Mas a menina de treze anos recusou o tratamento, afirmando que já sofrera traumas demais e não queria passar por novas cirurgias – preferia morrer com dignidade. Irresignado com a decisão da paciente, o hospital foi ao Judiciário. Decidiu-se, porém, que Hannah era madura o suficiente para decidir por si própria. V. PERCIVAL, Jenny. Teenager who won right to die: 'I have had too much trauma', **Guardian.co.uk** 11.nov.2008. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/society/2008/nov/11/child-protection-health-hannah-jones>>. Acesso em: jun./2009.

²⁸ Eluana Englaro ficou em coma por dezessete anos, desde que sofreu um acidente de carro, em 1992. Seu caso causou grande comoção na Itália, mobilizando setores ligados à Igreja Católica e gerando uma crise entre o Primeiro-ministro Silvio Berlusconi e o Presidente Giorgio Napolitano. Por dez anos, o pai da moça lutou para garantir o direito de deixá-la morrer, mas só conseguiu em 21 de janeiro de 2009. Ela passou três dias sem receber comida e hidratação, mas uma "crise" acabou antecipando sua morte. V. Morre Eluana, a italiana que estava em coma havia 17 anos. **G1** 9.fev.2009. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL993961-5602,00.html>>. Acesso em: jun./2009.

em consonância com as da Associação Médica Mundial (AMM), as da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) e as do Conselho Europeu e da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH)²⁹. E, também, com o tratamento jurídico adotado em países como Estados Unidos da América, Canadá, Espanha, México, Reino Unido, França, Itália, Suíça, Suécia, Bélgica, Holanda e Uruguai³⁰.

Estão em choque, aqui, dois modelos. Um de índole paternalista, que desconsidera a vontade do paciente e de seus familiares, privados de fazerem escolhas morais próprias. O outro, fundado na deontologia médica, valoriza a autonomia e o diálogo, aceitando que a arte de curar se converta em cuidado e amparo. Cabe procurar entender e

²⁹ a) as Resoluções da AMM sobre eutanásia e suicídio assistido consideram tais condutas antiéticas, mas assumem que é *direito* do paciente recusar tratamento médico, ainda que da recusa decorra a morte, e que é *direito* do paciente ter respeitada a sua escolha de que o “processo natural da morte siga seu curso na fase terminal da doença”; b) A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO determina que “qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada **com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada**. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e **poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito**”. Para os casos de incapacidade, há dispositivos específicos, que visam a proteger a parcela de autonomia remanescente e os melhores interesses do envolvido; c) O Conselho Europeu posicionou-se favoravelmente à implementação de cuidados paliativos e do respeito dos direitos dos pacientes de recusarem tratamentos fúteis ou extraordinários. O Conselho determinou aos Estados-membros a normatização dos testamentos de vida e das diretivas avançadas; d) ao decidir o caso *Pretty*, a CEDH permitiu entrever que abaliza a limitação consentida de tratamento em pacientes terminais ou em estado irreversível, muito embora tenha se recusado a aceitar o suicídio assistido. Cf. MARTEL, Leticia de Campos Velho. Limitação de tratamento... Op. Cit. PARLIAMENTARY ASSEMBLY. **Resolution 1.649 (2009). Palliative Care: a model for innovative health and social policies**. Disponível em: <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta09/eres1649.htm> Último acesso em: mar./2009.

³⁰ a) a Suprema Corte dos Estados Unidos assentou o seu posicionamento nos casos *Vacco v. Quill* e *Washington v. Glucksberg et al*, já lastreados em decisões anteriores, como o caso *Cruzan*; b) a Suprema Corte do Canadá reafirmou seu entendimento no tema em *Rodriguez v. British Columbia*; c) no Reino Unido, são importantes as decisões dos casos *Airedale N.H.S. Trust v Bland* e *The Queen on the Application of Mrs. Dianne Pretty (Appellant) v Director of Public Prosecutions (Respondent) and Secretary of State for the Home Department (Interested Party)*; d) a Bélgica e a Holanda reconhecem não apenas a LCT, como também a eutanásia e/ou o suicídio assistido; e) a Suíça permite o suicídio assistido; f) na Espanha, as decisões de suspensão de suporte vital em pacientes terminais são respeitadas e desde 2000 há leis sobre testamentos vitais (*Ley Catalana*); g) na França, a limitação consentida de tratamento foi permitida por lei em 2005. Cf. MICCINESI, Guido *et. al*. Physician's attitudes towards end-of-life decisions: a comparison between seven countries. **Social Science & Medicine**. (2005) 1961-1974. COHEN, Joachim *et. al*. European public acceptance of euthanasia: Socio-demographic and cultural factors associated with the acceptance of euthanasia in 33 European countries. **Social Science & Medicine**. 63 (2006) 743-756. PESSINI, Leo. **Distanásia...** Op. cit., p.257 e s.

enfrentar as razões do desencontro entre as imposições jurídicas e as exigências éticas. O principal argumento contrário a qualquer hipótese de morte com intervenção decorre da compreensão do direito à vida como um direito fundamental absoluto. No Brasil, essa valorização máxima da vida biológica e do modelo biomédico intensivista e interventor tem sua origem em algumas doutrinas morais abrangentes, muitas de cunho religioso, que penetram na interpretação jurídica. Esta visão do mundo se manifesta em diferentes passagens da ação civil pública acima referida.

Ao avançar no debate, é preciso ter em conta que o direito à vida é de fato especial. Qualquer flexibilização de sua força jurídica ou moral é delicada e deve envolver cautelas múltiplas. Qualquer desprezo pela vida humana, mesmo nas circunstâncias mais adversas, é suspeita. Um dos consensos mínimos que compõem a dignidade humana nas sociedades ocidentais é a preservação da vida como um valor em si, que se atinge, naturalmente, por sua promoção e proteção rigorosa. Com efeito, basta considerar que, além do seu caráter substantivo, o direito à vida é pré-condição, é instrumento que permite a própria dignidade, pois sua negação leva à inexistência do sujeito da dignidade. Diante de tais premissas, criminalizar atos que atentem contra a vida humana tende a ser um meio adequado, dentre outros, de preservação da vida e da dignidade humanas. Mas nem mesmo o direito à vida é absoluto.

É precisamente no ambiente da morte com intervenção que cabe discutir a visão da dignidade que impõe ao indivíduo *a vida como um bem em si*. Como intuitivo, não se está aqui diante de uma situação banal, temporária ou reversível, na qual um indivíduo decide morrer e outros se omitem em evitar ou prestam-lhe auxílio. Justamente ao contrário, trata-se de pessoas que, em condições nada ordinárias, reclamam a possibilidade de renunciar a intervenções médicas de prolongamento da vida. Ou, em outros casos, de optar pela abreviação direta da vida, por ato próprio ou alheio, por estarem acometidos de doenças terminais extremamente dolorosas ou por enfermidades degenerativas que conduzem à perda paulatina da independência. Nessas situações extremas, aparecem outros direitos e interesses que competem com o direito à vida, impedindo que ele se transforme em um insuportável dever à vida. Se, em uma infinidade de situações, a dignidade é o fundamento da valorização da vida, na morte com intervenção as motivações se invertem.

O prolongamento sacrificado da vida de pacientes com doenças para as quais a medicina desconhece a cura ou a reversão, contra a sua vontade ou de seus responsáveis legais, enseja dor, sofrimento, humilhação, exposição, intrusões corporais indevidas e perda da liberdade. Entram em cena, então, outros conteúdos da própria dignidade. É que a dignidade protege, também, a liberdade e a inviolabilidade do indivíduo quanto à sua desumanização e degradação. É nesse passo que se verifica uma tensão dentro do próprio conceito, em busca da determinação de seu sentido e alcance diante de situações concretas. De um lado, a dignidade serviria de impulso para a defesa da vida e das concepções sociais do que seja o *bem morrer*. De outro, ela se apresenta como fundamento da morte com intervenção, assegurando a autonomia individual, a superação do sofrimento e a morte digna³¹.

Como se viu até aqui, o Direito vigente – na interpretação dominante – e a ética médica apontam direções diferentes em tema de morte com intervenção³². Nesse mesmo contexto, a dignidade da pessoa humana se apresenta de maneira ambivalente, sendo invocada para justificar as duas posições contrapostas. Os tópicos seguintes procuram aprofundar as possibilidades de sentido da dignidade humana e seu papel nas escolhas e nas imposições que envolvem a fronteira entre a vida e a morte.

IV. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: IDEIAS ESSENCIAIS

Como assinalado anteriormente, a dignidade da pessoa humana tornou-se, ao final da Segunda Guerra Mundial, um dos grandes consensos éticos do mundo

³¹ MILLNS, Suzan. Death, dignity and discrimination: the case of *Pretty v. United Kingdom*. **German Law Journal**, v.3, n.10, October, 2002.

³² Há, todavia, ao menos um precedente divulgado em que decisão judicial chancelou a recusa de obstinação terapêutica. Tratou-se de caso, envolvendo um bebê de oito meses, portador de amiotrofia espinhal progressiva tipo I, uma doença genética incurável, degenerativa e com curto prognóstico médico de sobrevivência. A hipótese vem narrada em DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado: obstinação terapêutica em crianças. *Cadernos de Saúde Pública*, 22(8):1741-1748, Rio de Janeiro, ago, 2006

ocidental. Ela é mencionada em incontáveis documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais³³. No plano abstrato, a dignidade traz em si grande força moral e jurídica, capaz de seduzir o espírito e angariar adesão quase unânime. Tal fato, todavia, não minimiza a circunstância de que se trata de uma ideia polissêmica³⁴, que funciona, de certa maneira, como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem de dignidade. E, muito embora não seja possível nem desejável reduzi-la a um conceito fechado e plenamente determinado, não se pode escapar da necessidade de lhe atribuir sentidos mínimos. Onde não há consenso, impõem-se escolhas justificadas e convenções terminológicas.

Na temática da morte com intervenção, por exemplo, a abstração, polissemia e natureza especular da dignidade permitem que ela seja invocada pelos dois lados do debate³⁵. Tal fato conduz a argumentos circulares, tornando difícil seu emprego nesse

³³ Para uma revisão profunda do tema, inclusive quanto a documentos anteriores à Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, consultar: McCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. **The European Journal of International Law**. Vol.19, nº4, 2008, p.664-671. Destaca-se que o autor nota que, em documentos mais atuais, não apenas a expressão 'dignidade humana' passou a figurar nos preâmbulos dos documentos internacionais de Direitos Humanos, como também foi introduzida na parte substantiva dos textos. Ele percebe, ainda, que nos documentos regionais a expressão figura nos preâmbulos dos principais instrumentos Inter-Americanos, árabes, africanos e alguns europeus, "(...) [e] com isso, parece demonstrar um destacado grau de convergência acerca da dignidade como um princípio central de organização" (tradução livre).

³⁴ Autores admitem no conceito de dignidade diferentes "dimensões" e "elementos". V. SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.13-43, para quem a dignidade possui dimensões: a) ontológica; b) relacional e comunicativa; c) de limite e de tarefa; d) histórico-cultural. E MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.105-147, para quem a dignidade envolve quatro elementos: a) a liberdade; b) a integridade psicofísica; c) a igualdade; d) a solidariedade.

³⁵ Nas palavras de Suzan Millns: "Mais particularmente, parece que a elasticidade do discurso da dignidade, com a sua capacidade de conduzir a diversas direções, significa que ele pode ser invocado por todos os protagonistas (os idosos e dependentes, suas famílias, a equipe médica, o Estado) para justificar todos os resultados (preservar a vida ou buscar a morte). Sua natureza dúplice, por conseqüência, quando combinada aos argumentos e contra-argumentos que impregnam o discurso dos direitos, parece, em última análise, minar a causa daqueles que tentam usá-la para assegurar seu direito de morrer com dignidade" (tradução livre). MILLNS, Suzan. Death, dignity and discrimination: the case of Pretty v. United Kingdom. **German Law Journal**, v.3, n.10, October, 2002.

cenário³⁶. Essa plasticidade e ambiguidade do discurso da dignidade já levou autores a sustentar a *inutilidade* do conceito, como um *slogan* ambivalente, que pouco acrescenta à solução de desacordos e dilemas morais³⁷. A crítica é relevante, mas não deve levar ao descarte da ideia basilar do discurso ético contemporâneo, ao menos no mundo ocidental, inclusive por seu grande apelo ao espírito. Ao revés, ela reforça a necessidade de se dar à locução dignidade humana maior densidade jurídica, objetividade e precisão. Até porque as dificuldades que ela apresenta no plano aplicativo – isto é, como critério de solução de conflitos – não desmerecem o seu papel como elemento de justificação no plano moral³⁸. Na sequência, uma tentativa inicial de densificação do conceito, à luz do sistema jurídico brasileiro.

A dignidade da pessoa humana vem inscrita na Constituição brasileira como um dos *fundamentos* da República (art. 1º, III). Funciona, assim, como fator de

³⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, 1996, p.327-328.

³⁷ CF. MACKLIN, Ruth. **British Medical Journal**. 2003; 327;1419-1420. Na mesma linha, a autora expressou seu pensar na obra sobre o 'duplo padrão na pesquisa médica': "Quem poderia se opor ao respeito à dignidade? Provavelmente ninguém afirmaria que os seres humanos não devem ser tratados com respeito por sua dignidade. Contudo, o conceito é tão vago que se aproxima de ser vazio de significado sem esclarecimentos mais profundos. Isso torna as demandas pela dignidade humana especialmente problemáticas no contexto da compreensão e aplicação de argumentos que invocam a dignidade humana como base para ações ou políticas de vários tipos. Nem acadêmicos nem os elaboradores de diretrizes e declarações nacionais, regionais ou internacionais parecem ter analisado o conceito de dignidade humana de uma forma tal que torne claros os critérios de sua aplicação. Mas muito do discurso da Organização das Nações Unidas e dos órgãos europeus se baseia na vaga e imprecisa noção de dignidade humana quando da formulação de diretrizes e declarações. O 'respeito pela dignidade humana' se tornou, em alguns contextos, um mero slogan, como na afirmação de que a clonagem é 'contrária à dignidade humana' e mesmo 'uma violação das dignidade da espécie humana' (...). Quando desafiados a explicar precisamente como a produção de uma criança por meio de transplante nuclear constitui uma violação à dignidade humana, aqueles que o alegam se viram contra os desafiadores e os acusam de algum tipo de cegueira moral por não conseguirem reconhecer a dignidade inerente a todos os seres humanos" (tradução livre). MACKLIN, Ruth. **Double standards in medical research in developing countries**. Cambridge: Cambridge, 2004, p.196-197.

³⁸ Vários textos buscaram discutir, relativizar ou negar a posição de Macklin, dentre eles, ANDORNO, Roberto. La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique? Disponível em: www.contrepointphilosophique.ch. Acesso em: nov/2006. ANDORNO, Roberto. Dignity of the person in the light of international biomedical law. **Medicina e Morale. Rivista Internazionale bimestrale di Bioética, Deontologia e Morale Medica**. v.1, p.91-104, 2005. ASHCROFT, Richard E. Making sense of dignity. **Journal of Medical Ethics** v.31, p. 679-682, 2005. ANJOS, Márcio Fabri dos. Dignidade Humana em debate. **Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio12v1/seccoos/secca04.pdf>. Acesso em: mai/2006.

legitimação das ações estatais e vetor de interpretação da legislação em geral. Na sua expressão mais essencial, dignidade significa que toda pessoa é um fim em si mesma, consoante uma das enunciações do imperativo categórico kantiano³⁹. A vida de qualquer ser humano tem um valor intrínseco, objetiva. Ninguém existe no mundo para atender os propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade. O valor ou princípio da dignidade humana veda, precisamente, essa instrumentalização ou funcionalização de qualquer indivíduo. Outra expressão da dignidade humana é a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos. Como regra geral, as decisões cruciais na vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a ela⁴⁰. No mundo contemporâneo, a dignidade humana tornou-se o centro axiológico dos sistemas jurídicos, a fonte dos direitos materialmente fundamentais, o núcleo essencial de cada um deles.

De fato, no plano dos direitos individuais, ela se expressa na *autonomia privada*, que decorre da liberdade e da igualdade das pessoas. Integra o conteúdo da dignidade a autodeterminação individual e o direito ao igual respeito e consideração. As pessoas têm o direito de eleger seus projetos existenciais e de não sofrer discriminações em razão de sua identidade e de suas escolhas. No plano dos direitos políticos, ela se traduz em *autonomia pública*, no direito de participação no processo democrático. Entendida a democracia como uma parceria de todos em um projeto de autogoverno⁴¹, cada pessoa tem o direito de participar politicamente e de influenciar o processo de tomada de decisões, não apenas do ponto de vista eleitoral, mas também através do debate público e da organização social. Por fim, a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, que correspondem ao mínimo existencial⁴². Todo indivíduo tem direito a prestações e utilidades

³⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 68 e s.

⁴⁰ Sobre essas duas “dimensões” ou “princípios” da dignidade – o do valor intrínseco da vida humana e da responsabilidade pessoal –, v. DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?**. Princeton e Oxford: Princeton University Press, 2006, p. 9 e s.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. **Is democracy** Ob. Cit., p. xii.

⁴² A respeito do ‘aspecto material’ da dignidade humana e seu elo com o mínimo existencial, consultar, sobre todos: TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o**

imprescindíveis à sua existência física e moral, cuja satisfação é, ademais, pré-condição para o próprio exercício da autonomia privada e pública. Seria possível estender e aprofundar o debate, a fim de fazer a ligação entre dignidade e direitos de nova geração, como os de natureza ambiental e o direito à paz. Mas o desvio seria excessivamente longo para os fins desse trabalho.

Assim, sem prejuízo das muitas variações existentes sobre o tema, identifica-se um consenso razoável no sentido de se considerar a dignidade humana o fundamento e a justificação última dos direitos fundamentais. A preservação e promoção desses direitos têm uma dimensão individual e outra social. A dimensão individual está ligada ao sujeito do direito, seus comportamentos e suas escolhas. A dimensão social envolve a atuação do Estado e de suas instituições na concretização do direito de cada um e, em certos casos, de intervenção para que comportamentos individuais não interfiram com direitos próprios, de outros ou de todos. A intervenção estatal, portanto, pode ser: (i) de oferta de utilidades que satisfaçam a dignidade; (ii) de restrição a condutas individuais que violem a dignidade do próprio agente; e (iii) de restrição a condutas individuais para que não violem a dignidade de outros ou determinados valores comunitários. As dimensões individual e social da atuação fundada na dignidade humana são também referidas, respectivamente, pelas designações de dignidade como autonomia e como heteronomia⁴³.

V. A DIGNIDADE HUMANA COMO AUTONOMIA

princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos...**, Op. Cit., p.63. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Último acesso em: dez./2008. Em uma intensa pesquisa sobre o conteúdo da expressão dignidade humana em decisões de cortes internacionais e estrangeiras, Christopher McCrudden identifica e discute criticamente a existência de consenso justaposto no uso da locução. Um dos elementos muito freqüentes é exatamente a associação entre dignidade e as condições materiais mínimas à existência humana. McCRUDDEN, Christopher. Human dignity... Op. Cit., p.292 e s.

⁴³ Sobre autonomia e heteronomia, v. KANT, Immanuel. **Fundamentação...** Ob. Cit., p. 75.

A dignidade como autonomia, como poder individual (*empowerment*), é a concepção subjacente aos grandes documentos de Direitos Humanos do século XX⁴⁴, bem como a inúmeras constituições do segundo pós-guerra. Esta é a visão que serve de fundamento e justificação para os direitos humanos e fundamentais, podendo-se nela destacar quatro aspectos essenciais: a) a capacidade de autodeterminação; b) as condições para o exercício da autodeterminação; c) a universalidade; e d) a inerência da dignidade ao ser humano. A ideia de dignidade como autonomia é especialmente relevante para os propósitos do presente trabalho. É que nele se procura retirar o tema da morte com intervenção do domínio dos tabus e das concepções abrangentes, para trazê-lo para o âmbito do debate acerca dos direitos humanos e fundamentais. E determinar se existe, afinal, o direito a uma morte no tempo certo, como fruto de uma escolha individual.

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a *capacidade de autodeterminação*, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da ideia de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los. Nem tudo na vida, naturalmente, depende de escolhas pessoais. Há decisões que o Estado pode tomar legitimamente, em nome de interesses e direitos diversos. Mas decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar sua dignidade.

O segundo aspecto destacado diz respeito às *condições para o exercício da autodeterminação*. Não basta garantir a possibilidade de escolhas livres, mas é indispensável prover meios adequados para que a liberdade seja real, e não apenas retórica. Para tanto, integra a ideia de dignidade o denominado *mínimo existencial* (v. *supra*), a dimensão material da dignidade, instrumental ao desempenho da autonomia. Para que um ser humano possa traçar e concretizar seus planos de vida, por eles assumindo responsabilidades,

⁴⁴ BEYLEVELD, Deryck. BROWNSWORD, Roger. **Human dignity in bioethics and biolaw**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 10.

é necessário que estejam asseguradas mínimas condições econômicas, educacionais e psicofísicas. O terceiro e o quarto aspectos da dignidade como autonomia – universalidade e inerência – costumam andar lado a lado. O cunho ontológico da dignidade, isto é, seu caráter inerente e intrínseco a todo ser humano, impõe que ela seja respeitada e promovida de modo universal⁴⁵. Ela é conferida a todas as pessoas, independentemente de sua condição nacional, cultural, social, econômica, religiosa ou étnica⁴⁶. A contingência espaço-temporal e a contingência entre pessoas (como mais ou menos dignas) representam uma afronta para a dignidade, sem prejuízo de certos temperamentos admitidos em razão do multiculturalismo⁴⁷.

A identificação da dignidade humana com a liberdade/autonomia, com a habilidade humana de autodeterminação, é frequente na doutrina, ainda que não com caráter exclusivo ou mesmo predominante⁴⁸. É certo que em domínios como o da bioética, inclusive e

⁴⁵ Roberto Andorno intitula de '*Standard Attitude*' (atitude padrão) a aceitação da universalidade da dignidade humana, bem como de sua função de justificação e de fundação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. ANDORNO, Roberto. The paradoxical notion of human dignity. **Persona – Revista Electrónica de derechos Existenciales**. nº9, set. 2002. Disponível em: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona09/9Andorno.htm> Acesso em: dez./2008. Como exemplos, PIOVESAN, Flávia. Declaração Universal de Direitos Humanos: desafios e perspectivas. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (org.) **Estudos contemporâneos de Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.346 e s. Em sentido semelhante, embora utilizando o termo *pessoa*, BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos..., Op. Cit., p.26. Ana Paula de Barcellos reconhece o viés ontológico da dignidade humana: BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia...**, Op. Cit., p.126, nota nº213. Ingo Sarlet, embora aponte alguns problemas e contestações sobre a inerência da dignidade ao ser humano, reafirma que a dignidade humana possui uma dimensão ontológica, SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana..., Op. Cit., p.19-20.

⁴⁶ Passa-se ao largo do debate, referido como "contingência epistemológica", acerca da razão pela qual se afirma que os seres humanos possuem valor intrínseco. Vale dizer: qual é a característica ou propriedade que os distingue dos demais seres, especialmente dos animais não-humanos. A ideia da dignidade como autonomia e do valor intrínseco do ser humano dependeria, assim, da aceitação e da manutenção de uma cultura que a defenda. V. BEYLEVELD, Deryck. BROWNSWORD, Roger. **Human dignity...** Op. Cit., p.22. V. tb. SERNA, Pedro. La dignidad de la persona como principio del derecho público. **Derechos e Libertades – Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas**. Madrid: nº10, p.294-295.

⁴⁷ V. PIOVESAN, Flávia. A declaração..., Op. Cit., p.346 e s.; e KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal. In: SARMENTO, Daniel. PIOVESAN, Flávia. IKAWA, Daniela (orgs). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Sobre a universalidade e uma perspectiva do cosmopolitismo kantiano, MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. **Bioética y Bioderecho**. Rosário: Vol. 5, 2000, p.40.

⁴⁸ Na linha do caráter primacialmente autonomista da dignidade, que não é dominante na doutrina nacional, vejam-se BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva: 2007146-147; e CUNHA, Alexandre dos Santos. **A**

especialmente nas pesquisas clínicas, a autonomia figura como princípio fundamental, por ser o modelo baseado no consentimento livre e esclarecido dos sujeitos⁴⁹. Também na jurisprudência estrangeira é possível encontrar decisões fundadas na noção de dignidade como autonomia. No julgamento do caso *Rodriguez*⁵⁰, a Suprema Corte canadense fez expressa menção à “habilidade individual de fazer escolhas autônomas”, embora, no caso concreto, tenha impedido o suicídio assistido⁵¹. Na Suprema Corte americana, o mesmo conceito foi invocado em decisões como *Lawrence v. Texas*, a propósito da legitimidade das relações homoafetivas⁵². Na mesma linha da dignidade como autonomia foi a decisão da Corte Constitucional da Colômbia ao decidir pela inconstitucionalidade da proibição da eutanásia. O

normatividade da pessoa humana - o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro, Forense, 2005, *passim*.

⁴⁹ LUNA, Florencia. Consentimento livre e esclarecido: ainda uma ferramenta útil na ética em pesquisa. In: DINIZ, Debora; SUGAI, Andréa; GUILHEM, Dirce; SQUINCA, Flávia. **Ética em pesquisa: temas globais**. Brasília: UnB, 2008, p. 153 e s.

⁵⁰ CANADÁ. *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R 519. Data: 30 de setembro de 1993. Disponível em: <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1993/1993rcs3-519/1993rcs3-519.html>. Último acesso em: mai./2006.

⁵¹ Com efeito, a Corte validou a distinção feita pela legislação canadense entre recusa de tratamento – reconhecida como direito do paciente – e o suicídio assistido, que é proibido. Por 5 votos a 4, negou o direito de uma mulher com esclerose lateral – enfermidade degenerativa irreversível – de controlar o modo e o momento da própria morte, com assistência de um profissional de medicina. Na decisão restou lavrado: “O que a revisão precedente demonstra é que o Canadá e outras democracias ocidentais reconhecem e aplicam o princípio da santidade da vida como um princípio geral que é sujeito a limitadas e estreitas exceções em situações nas quais as noções de autonomia pessoal e dignidade devem prevalecer. Todavia, essas mesmas sociedades **continuam a traçar distinções entre formas ativas e passivas de intervenção no processo de morrer**, e, com pouquíssimas exceções, proíbem o suicídio assistido em situações semelhantes à da apelante. A tarefa então se torna a de identificar as razões sobre as quais essas diferenças são baseadas e determinar se elas são suportáveis constitucionalmente”.

⁵² Em *Lawrence* discutiu-se uma decisão da década de 1980, na qual foi considerada constitucional lei que criminalizava as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo. O caso *Lawrence* reverteu a decisão anterior. **Lawrence v. Texas**. 539 U.S. 558 (2003). Embora as menções à dignidade humana não sejam tão frequentes nas manifestações da Suprema Corte dos Estados Unidos, há outros casos nos quais ela se fez presente no sentido de ‘dignidade como autonomia’, como por exemplo: a) *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*. 112 U.S. 2791 (1992), onde se discutiu a constitucionalidade de uma lei da Pensilvânia que regulamentava restritivamente a prática do aborto; b) *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*. 476 U.S. 747 (1986), na discussão sobre o aborto, no voto do Justice Blackmun; b) *Roper v. Simons*, a respeito da proibição da pena de morte para pessoas com menos de dezoito anos. Cf. McCRUDDEN, Christopher. Human dignity... Op. cit., p.688 e 695.

julgado fez expressa menção a uma perspectiva secular e pluralista, que deve respeitar a autonomia moral do indivíduo⁵³.

A visão da dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. Com ela são fomentados o pluralismo, a diversidade e a democracia de uma maneira geral. Todavia, a prevalência da dignidade como autonomia não pode ser ilimitada ou incondicional. Em primeiro lugar, porque a o próprio pluralismo pressupõe, naturalmente, a convivência harmoniosa de projetos de vida divergentes, de direitos fundamentais que podem entrar em rota de colisão. Além disso, escolhas individuais podem produzir impactos não apenas sobre as relações intersubjetivas, mas também sobre o corpo social e, em certos casos, sobre a humanidade como um todo. Daí a necessidade de imposição de valores externos aos sujeitos. Da dignidade como heteronomia.

VI. A DIGNIDADE HUMANA COMO HETERONOMIA

A ‘dignidade como heteronomia’ traduz uma visão da dignidade ligada a valores compartilhados pela comunidade, antes que a escolhas individuais⁵⁴. Nela se abrigam conceitos jurídicos indeterminados como bem comum, interesse público, moralidade ou a busca do bem do próprio indivíduo. Nessa acepção, a dignidade não é compreendida na

⁵³ “En Colombia, a la luz de la Constitución de 1991, es preciso resolver esta cuestión desde una perspectiva secular y pluralista, que respete la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran nuestro ordenamiento superior. La decisión, entonces, no puede darse al margen de los postulados superiores. El artículo 1 de la Constitución, por ejemplo, establece que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, **como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión.** (...). Este principio atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad” COLOMBIA. *Sentencia C-239/97. Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 326 del decreto 100 de 1980 – Código Penal.* Magistrado Ponente: dr. Carlos Gaviria Díaz. 20 de mayo de 1997. Disponível em: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=6&ruta=../jurisprudencia/consulta.jsp Acesso em: mai. /2005, citando as decisões T-401 de 1992, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz e Sentencia T-090 de 1996. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. É preciso salientar que tal foi a posição majoritária da Corte. Nos votos de dissidência a proposta de entender a ‘dignidade humana como autonomia’ foi muito criticada. Ao defender a posição majoritária, foram mencionados julgados anteriores da Corte, nos quais a ‘dignidade como autonomia’ foi a concepção prevalente.

⁵⁴ BEYLEVELD, Deryck. BROWNSWORD, Roger. **Human dignity...** Op. Cit., p.29.

perspectiva do indivíduo, mas como uma força externa a ele, tendo em conta os padrões civilizatórios vigentes e os ideais sociais do que seja uma *vida boa*. Como intuitivo, o conceito de 'dignidade como heteronomia' funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la. Inúmeros autores chancelam a noção de dignidade como freio à liberdade, no sentido de obstar escolhas que possam comprometer valores sociais ou a dignidade do próprio indivíduo cuja conduta se cerceia⁵⁵.

Do parágrafo anterior se extrai como consequência que, na concepção heterônoma, a dignidade não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e dá limite à liberdade. Existem algumas decisões que são consideradas emblemáticas para a visão da 'dignidade como heteronomia'. Uma delas, por variados fatores, tornou-se muito conhecida no Brasil: o caso do arremesso de anões. O Prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge interditou a atividade conhecida como *lancer de nain*, atração existente em algumas casas noturnas da região metropolitana de Paris. Consistia ela em transformar um anão em projétil, sendo arremessado de um lado para outro de uma discoteca. A casa noturna, tendo como litisconsorte o próprio deficiente físico (Sr. Wackenheim), recorreu da decisão para o tribunal administrativo, que anulou o ato do Prefeito, por *excès de pouvoir*. O Conselho de Estado, todavia, na qualidade de mais alta instância administrativa francesa, reformou a decisão e restabeleceu a proibição. A liberdade

⁵⁵ VILHENA, Oscar Vieira (col. de Flávia Scabin). **Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006, p.67. Após explicitar a visão autonomista da dignidade, o autor explora o pensamento kantiano e demonstra que, apesar de nele residir uma versão autonomista, há também espaço para a heteronomista: “O princípio da dignidade, expresso no imperativo categórico, refere-se substantivamente à esfera de proteção da pessoa enquanto fim em si, e não como meio para a realização de objetivos de terceiros. A dignidade afasta os seres humanos da condição de objetos à disposição de interesses alheios. **Nesse sentido, embora a dignidade esteja intimamente associada à idéia de autonomia, da livre escolha, ela não se confunde com a liberdade no sentido mais usual da palavra – qual seja, o da ausência de constrangimentos. A dignidade humana impõe constrangimentos a todas as ações que não tomem a pessoa como fim.** Esta a razão pela qual, do ponto de vista da liberdade, não há grande dificuldade em se aceitar um contrato de prestação de serviços degradantes. Se o anão decidiu, à margem de qualquer coerção, submeter-se a um tratamento humilhante em troca de remuneração, qual o problema? De fato, da perspectiva da liberdade não há problema algum. **A questão é se podemos, em nome de nossa liberdade, colocar em risco nossa dignidade.** Colocada em termos clássicos, seria válido o contrato em que permito a minha escravidão? **Da perspectiva da dignidade, certamente não”.**

de trabalho e a liberdade empresarial não foram consideradas obstáculos ao entendimento que prevaleceu, justamente por haver ele se fundado na defesa da dignidade da pessoa humana⁵⁶.

São também consideradas paradigmáticas da ideia de ‘dignidade como heteronomia’ as decisões que consideram ilícitas relações sexuais sadomasoquistas consentidas⁵⁷. Tanto no Reino Unido quanto na Bélgica, prevaleceu o ponto de vista de que o consentimento não poderia funcionar como defesa em situações de violência física. Embora a expressão ‘dignidade humana’ não tenha sido diretamente empregada no caso inglês, a tese esposada é plenamente conciliável com a ‘dignidade como heteronomia’⁵⁸. Na visão dos Lordes que compuseram a maioria, a sociedade está autorizada a recorrer ao direito penal para coibir comportamentos autorreferentes que possam impactar moralmente o grupo social, ao passo que a minoria deliberou no sentido de preservar a privacidade e a liberdade das pessoas quanto a atos autorreferentes⁵⁹. Já na decisão belga, a dignidade humana como limite à

⁵⁶ A decisão assim lavrou: “*Que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l’ordre public; que l’autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l’absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine*” (Que o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da ordem pública; que a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais particulares, interditar uma atração atentatória à dignidade da pessoa humana). V. LONG, WIL, BRAIBANT, DEVOLVÉ E GENEVOIS, *Le grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris: Dalloz, 1996, p. 790 e s. Veja-se, em língua portuguesa, o comentário à decisão elaborado por BARBOSA GOMES, Joaquim B. *O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa*, in *Seleções Jurídicas ADV* n. 12, 1996, p. 17 s. V. tb. CUNHA, Alexandre dos Santos. *Dignidade...*, Op. Cit., p.249. Convém reportar que este jogo não se apresentou apenas na França. A situação ocorreu também em Portugal, e vem se mostrando nos Estados Unidos da América. Conferir: KUFLIK, Arthur. *The inalienability of autonomy. Philosophy and public affairs*. Vol 13, nº 4 (autumm, 1984) p.271-298. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais...*, Op. Cit., p.333, n111. BEYLEVELD, Deryck. BROWNSWORD, Roger. *Human dignity...* Op. Cit., p.25 e s.

⁵⁷ UNITED KINGDOM. House of Lords. **R. v. Brown. [1993] All ER 75**. Disponível em: <http://www.parliament.the-stationery-office.com/pa/ld199798/ldjudgmt/jd970724/brown01.htm> Último acesso em: dez./2008. CEDH. **Affaire K.A. et A.D. c. Belgique. (Requêtes n°s 42758/98 et 45558/99)**. 2005.

⁵⁸ Pode-se entrever a motivação com ênfase no voto do Lord Coleridge (maioria). UNITED KINGDOM. House of Lords. **R. v. Brown...** Cit.

⁵⁹ Lord Mustill e o Lord Slynn of Hadley dissentiram. UNITED KINGDOM. House of Lords. **R. v. Brown...** Em variados pontos, a decisão faz lembrar a contenda entre H.L.A. Hart e Lord Devlin: HART, H.L.A. **Law, liberty, and morality**. Stanford: Stanford University, 2007. LORD DEVLIN, Patrick. **The enforcement of morals**. Oxford: Oxford University, 1968.

liberdade, em sua versão heterônoma, foi o principal fundamento do julgado⁶⁰. Nos dois casos, a Corte Europeia de Direitos Humanos confirmou as decisões dos Estados, embora não se tenha ancorado na dignidade humana⁶¹.

Outro caso típico de consideração da ‘dignidade como heteronomia’ refere-se aos chamados *peep shows*. O Tribunal Federal Administrativo alemão considerou atentatória à dignidade humana a realização deste tipo de apresentação, uma vez que uma pessoa submete-se, como objeto, à vontade de outra: “essa violação da dignidade humana não é removida nem justificada pelo fato de que a mulher que atua em um *peep show* age voluntariamente. A dignidade do homem é um valor objetivo, inalienável... o seu respeito não pode ser renunciado pelo indivíduo”⁶². Do excerto, percebe-se que a dignidade humana foi tomada como “um valor objetivo”, que ultrapassa a esfera individual e pode ser violado mesmo que o indivíduo não considere estar atingido na *sua dignidade*. Nessa linha de entendimento, “onde a dignidade humana assim concebida estiver em jogo, a livre escolha é irrelevante”⁶³.

O exame de decisões judiciais que se fundaram na dignidade humana, em diferentes partes do mundo, revela a existência de uma visão *comunitarista* e restritiva de direitos (*rights-constraining*), em oposição à visão individualista e protetiva de direitos

⁶⁰ Há que se ter atenção aos fatos deste caso, que são bastante diferentes daqueles de *R. v. Brown*. Cf. CEDH. **Affaire K.A. et A.D...** Cit.

⁶¹ CEDH. **Laskey, Jaggard and Brown v. United Kingdom**. 1997. Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Laskey%2C%20Jaggard%20Brown%20v.%20United%20Kingdom&sessionid=25693996&skin=hudoc-en>. Último acesso em: dez./2008. Apenas o voto do Justice Pettit tocou diretamente no ponto da proteção da moral pública, relacionando-a com a dignidade humana: “Os perigos da permissividade excessiva, que pode conduzir à indulgência, à pedofilia (...) ou à tortura de terceiros, foram destacadas na Conferência Mundial de Estocolmo. A proteção da vida privada significa a proteção da intimidade e da dignidade de uma pessoa, não a proteção da sua desonra ou a promoção da imoralidade criminosa”.

⁶² Cf. ULLRICH, Dierk. Concurring visions: human dignity in the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Basic Law of the Federal Republic of Germany. **Global Jurist Frontiers**. Vol.3, nº1, 2003, p.83.

⁶³ BEYLEVELD, Deryck. BROWNSWORD, Roger. **Human dignity...** Op. Cit., p.34.

(*rights-supporting*)⁶⁴. Nessa perspectiva, que se justapõe à ideia de ‘dignidade como heteronomia’, as Cortes aceitaram ou impuseram limites, por exemplo, à liberdade de expressão, visando a evitar a proliferação da pornografia e da indecência, e também dos chamados discursos do ódio⁶⁵. Paralelamente, também há diversos julgados nos quais se considera que existem limites para que uma pessoa possa dispor de sua própria dignidade, dando a ela uma dimensão heterônoma. Em muitas situações, o conceito é utilizado como forma de impor um ponto de vista moral abrangente, que varia de lugar para lugar⁶⁶. Aliás, em alguns documentos mais recentes sobre bioética, como a Convenção Europeia de Direitos Humanos e Biomedicina e a Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos, da UNESCO, a expressão dignidade humana trata *mais* de limitar a liberdade em nome de valores compartilhados, ou seja, *tende* à dignidade como heteronomia⁶⁷.

Na petição inicial da ação civil pública contra a resolução do Conselho Federal de Medicina que autorizava a ortotanásia, está subjacente a ‘dignidade como heteronomia’. O simples fato de o Procurador sustentar que todos os pacientes terminais e seus familiares estão destituídos de capacidade para tomar decisões referentes aos tratamentos médicos que serão ou não realizados, torna claro que a ‘dignidade como autonomia’ não se

⁶⁴ Sobre o ponto, v. especialmente o já referido estudo de McCRUDDEN, Christopher. Human dignity....

⁶⁵ Sobre a proibição dos discursos do ódio para a proteção da dignidade humana são citadas decisões da Corte de Israel, da Comissão Europeia de Direitos Humanos, do Canadá e também da África do Sul e da Hungria. No Brasil, um dos fundamentos utilizados pelo STF para a proibição dos discursos do ódio foi justamente a dignidade humana. McCRUDDEN, Christopher. Human dignity... Op. Cit., p. 699 e s. BRASIL. STF. **HC nº82.424/RS**. Rel. Min. Moreira Alves. 19/03/2004.

⁶⁶ McCRUDDEN, Christopher. Human dignity... Op. Cit., p.675. “o que emerge dessas diferenças é que algumas jurisdições usam a dignidade como a base para (ou como outro modo de expressar) um ponto de vista moral abrangente, que parece significativamente diferente de região para região”.

⁶⁷ Sobre o ponto, v. BEYLEVELD, Deryck. BROWNSWORD, Roger. **Human dignity...** Op. Cit., p.34; 29-33; p.38-44. Todavia, os autores reconhecem nesses documentos elementos, ainda que menos fortes, da ‘dignidade como autonomia’. Conferir os documentos e seus relatórios: CONSELHO DA EUROPA. **Convenção para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina.** (04/04/1997). COUNCIL OF EUROPE. **Convention for the protection of Human Rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine – Explanatory Report** (17/12/1996). UNESCO. **Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights.** (11/11/1997). Importa conferir ainda a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, da UNESCO. O texto é posterior aos demais e parece ligar a dignidade humana à autonomia com mais intensidade. UNESCO. **Universal Declaration on Bioethics and Human Rights.** (19/10/2005).

faz presente em seu raciocínio. *A priori*, pessoas são destituídas de sua autonomia, sem qualquer exame das particularidades do caso, sem qualquer análise individualizada, por profissionais, da habilidade para tomar decisões. Descarta-se, sumariamente, a *possibilidade* de os pacientes terminais ou seus responsáveis legais optarem pela limitação consentida de tratamento, que é considerada, na peça exordial, como uma fuga, uma facilidade. Indigno seria não enfrentar o sofrimento e não lutar contra a morte, ou seja, a escolha da morte *é um mal em si* ou é uma escolha que pode ser reputada *errônea* por uma sociedade política. Como a dignidade pode limitar a liberdade, são os pacientes e seus responsáveis considerados impedidos de decidir.. É uma compreensão heterônoma do que é ou não digno para o ser humano em seu leito de morte⁶⁸.

Em suma, pode-se dizer que a ‘dignidade como heteronomia’ traduz uma ou algumas concepções de mundo e do ser humano que não dependem, necessariamente, da liberdade individual. No mais das vezes, ela atua exatamente como um freio à liberdade individual em nome de valores e concepções de vida compartilhados. Por isso, a ‘dignidade como heteronomia’ é justificada na busca do *bem* para o sujeito, para a preservação da sociedade ou comunidade, para o aprimoramento moral do ser humano, dentre outros objetivos. Entretanto, assim como a ‘dignidade como autonomia’, a ‘dignidade como heteronomia’ também possui inconsistências teóricas e práticas. Como críticas principais, é possível compendiar: a) o emprego da expressão como um rótulo justificador de políticas paternalistas⁶⁹, jurídico-moralistas e perfeccionistas; b) o enfraquecimento dos direitos

⁶⁸ BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **ACP nº2007.34.00.014809-3. Petição Inicial.** Cit. BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Recomendação nº01/2006 – WD – PRDC.** Cit.

⁶⁹ O **paternalismo jurídico** é um princípio que justificaria a constrição de um direito de liberdade (geral ou específico), autorizando o emprego da coerção, da proibição, do não-reconhecimento jurídico de atos ou de mecanismos análogos, para a proteção do indivíduo ou grupo contra comportamentos próprios auto-infligidos ou consentidos, sem contar com o endosso atual dos que são destinatários da medida. São institutos afins: a) **o moralismo jurídico**: a.1) **em sentido estrito**: pode ser justificado para o Estado proibir uma conduta por ser ela inerentemente imoral, mesmo que não cause nem dano nem ofensa a terceiros; a.2) **em sentido amplo**: pode ser justificado para o Estado proibir condutas que causem *mal* aos outros, sem que causem dano ou ofensa; b) **o princípio do benefício aos demais**: é justificado ao Estado proibir certas condutas quando a proibição for provavelmente necessária para a produção de algum benefício a terceiros; c) **o perfeccionismo**: é justificado ao Estado proibir condutas que são provavelmente necessárias para o aprimoramento do caráter dos indivíduos (para que eles se tornem moralmente mais elevados); d) **o moralismo jurídico paternalista**: o princípio refere-se à manutenção de um ambiente moral em uma sociedade política,

fundamentais mediante o discurso da dignidade, especialmente em sociedades democrático-pluralistas; c) perda da força jurídico-política da locução ‘dignidade humana’; d) problemas práticos e institucionais na definição dos valores compartilhados por uma comunidade ou sociedade política.

Relatados os principais conteúdos da expressão dignidade humana, constata-se que as versões autônoma e heterônoma competem entre si, sem se excluírem. Cabe verificar, então, a aplicação de ambos os conceitos no contexto da morte com intervenção⁷⁰.

VII. AUTONOMIA *VERSUS* HETERONOMIA: QUAL DIGNIDADE?

A dignidade como autonomia traduz as demandas pela manutenção e ampliação da liberdade humana, desde que respeitados os direitos de terceiros e presentes as condições materiais e psicofísicas para o exercício da capacidade de autodeterminação. A

ou seja, que uma sociedade, mesmo liberal, deve preservar a ideia de ‘um mundo moralmente melhor’. V. FEINBERG, Joel. Legal paternalism. *In*: SARTORIUS, Rolf (ed.). **Paternalism**. Minnesota: Minnesota University, 1987, p.3-18. DWORKIN, Gerald. Paternalism. *Op. cit.*, p.19-35. DWORKIN, Gerald. Paternalism: some second thoughts. *In*: SARTORIUS, Rolf (ed.). **Paternalism**. Minnesota: Minnesota University, 1987, p.105-112. FEINBERG, Joel. **Harm to others – the moral limits of the criminal law (vol. I)**. Oxford: Oxford University, 1986. ALEMANY, Macário García. **El concepto y la justificación del paternalismo**. Tesis de Doctorado. Alicante: 2005, p.160-161. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=14591&ext=pdf&portal=0> Acesso em: set./2007. BROCK, Dan. Paternalism and promoting the good. *In*: SARTORIUS, Rolf (ed.). **Paternalism**. Minnesota: Minnesota University, 1987, p. 237-260. ATIENZA, Manuel. Discutamos sobre paternalismo. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**. nº5, 1988, p.203. DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005 (especialmente os capítulos 5 e 6). VALDÉS, Ernesto Garzón. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**. nº5, 1988. DWORKIN, Gerald. Moral Paternalism. **Law and Philosophy** (2005) 24, p.305-319.

⁷⁰ Não se explorou aqui a denominada “concepção dialógica da dignidade”. De acordo com ela, o conteúdo da dignidade humana seria desenvolvido a partir do diálogo entre atores morais autônomos, mediante um *procedimento* que a proteja em diversos aspectos. Como em outros ambientes teóricos, é bem de ver que as situações ideais de diálogo e as exigências teóricas formuladas para o plano discursivo são de implementação muito difícil nas sociedades atuais. BEYLEVELD, Deryck. BROWNSWORD, Roger. **Human dignity...**, *Op. cit.*, p.45. A proposta dialógica é identificada pelos autores como uma forma de ‘dignidade como heteronomia’. A ‘concepção dialógica da dignidade’ tem por base os escritos habermasianos: HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana – a caminho da eugenia liberal?** Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

dignidade como heteronomia tem o seu foco na proteção de determinados valores sociais e no próprio bem do indivíduo, aferido por critérios externos a ele. No primeiro caso, prevalecem o consentimento, as escolhas pessoais e o pluralismo. No segundo, o paternalismo e institutos afins, ao lado dos valores morais compartilhados pela sociedade. A liberdade e as escolhas individuais são limitadas mesmo quando não interfiram com direitos de terceiros⁷¹. Como se pode intuir singelamente, a dignidade como autonomia legitima diferentes modalidades de morte com intervenção, desde que o consentimento seja genuíno, informado e livre de privações materiais. Já a dignidade como heteronomia serve de fundamento à proibição da morte com intervenção⁷².

Trazendo o debate para o âmbito do sistema jurídico brasileiro, não parece possível adotar, de forma excludente, um ou outro viés da dignidade humana. Mas, tendo como ponto de partida a Constituição, afigura-se fora de dúvida o predomínio da ideia de dignidade como autonomia. Dentro de uma perspectiva histórica, a Carta de 1988 representou uma ruptura com o modelo ditatorial intervencionista, constituindo o marco inicial da reconstrução democrática do Brasil⁷³. Daí a sua ênfase nas liberdades pessoais, parte essencial de um longo elenco de direitos individuais e garantias procedimentais. A dignidade como heteronomia obteve menos ênfase. Como visto, ela se move em torno de conceitos indeterminados como “moral pública” e “bons costumes”, por exemplo, que nem figuram no texto constitucional brasileiro⁷⁴. Outras locuções, como “interesse público” e “ordem pública”

⁷¹ McCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation..., Op. Cit., *passim*. ULLRICH, Dierk. Concurring visions: human dignity... Op. Cit., p. 83. BEYLEVELD, Deryck. BROWNSWORD, Roger. **Human dignity...**, Op. cit., p. 20 e s.

⁷² É bem de ver que é na *cena atual* que a ‘dignidade como heteronomia’ apresenta-se como óbice à morte com intervenção, pois, em épocas pretéritas, ela foi empregada por alguns regimes, como o nazista, para definir, de modo externo ao sujeito e mesmo contra a sua vontade, as vidas indignas de serem vividas, trazendo à tona uma cultura de extermínio altamente discriminatória e cruel. Na época, tais assassinatos eram cognominados eutanásia, mas hoje eles seriam reputados genocídio ou, em alguns casos, *mistanásia*, a morte em tempo equívoco, fundada em discriminações, erros, preconceitos e falta de acesso à proteção e à promoção da saúde. Sobre o termo *mistanásia*. NABARRO, Sonia Wendt. Morte: dilemas éticos do morrer. **Arquivos do Conselho Federal de Medicina do Paraná**. Curitiba: v.23, nº92. Out.Dez./2006, p.185-244.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto (org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁷⁴ Na Constituição de 1967, as locuções ‘bons costumes’ e ‘ordem pública’ foram utilizadas uma vez para autorizar expressamente a restrição da liberdade de culto (art.150, §5º). Na Constituição de

são mencionados no texto para hipóteses bem contadas e de aplicação específica, que não incluem – ao menos expressamente – a restrição a direitos fundamentais.

As diferenças em relação a textos constitucionais anteriores, portanto, demarcam a superação de modelos inspirados na imposição de uma moralidade social unitária, carente de dialética e de pluralismo. Na história nacional, esta sempre foi a porta de entrada para o paternalismo, o perfeccionismo moral e para a intolerância, combustíveis para o arbítrio e o autoritarismo. Com isso, não se quer sustentar, todavia, que a Constituição de 1988 sirva de fundamento e justificação para um individualismo exacerbado, para um primado caótico de vontades individuais, unidas apenas pela geografia. Há uma dimensão comunitarista no texto constitucional, que se manifesta em diferentes instâncias. Nela se destacam os compromissos com o bem de todos, a erradicação da pobreza e a solidariedade social. De parte isso, a Constituição reconhece a relevância de instituições que são expressões coletivas do eu, como a família, os partidos políticos e os sindicatos. A tudo isso se somam certos consensos substantivos, impeditivos de condutas que afetem a dignidade⁷⁵. Estes e outros elementos permitem identificar uma sociedade política ligada por valores sociais e morais comuns.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há inúmeros julgados que se referem à dignidade humana. Por vezes, o emprego da locução é puramente ornamental. Em muitos casos, ela não é o único ou o principal fundamento de decidir, sendo

1946, há dispositivo análogo ao mencionado, e, duas vezes, a 'ordem pública' é o autorizador expresso para restrição de direitos, a reunião pacífica e a permanência de estrangeiro no território nacional (art.141, §7º e § 11 respectivamente). A Constituição de 1937, por seu turno, foi mais pródiga na utilização dos termos 'moral pública', 'moralidade pública', 'bons costumes' e 'ordem pública', para autorizar a restrição expressa de direitos, como: a) liberdade de manifestação do pensamento (art.15, b); b) a liberdade de culto (art.122, 4º); c) o direito de manifestação dos parlamentares (art.43) e d) como justificadores da instituição, por lei, da censura prévia (art.15, a) e da condução dos rumos da educação (art.132). Do exposto, percebe-se que a Constituição de 1988 efetivamente consagrou o não uso de tais conceitos indeterminados (ou similares) para autorizar expressamente a restrição de Direitos Fundamentais.

⁷⁵ A Constituição de 1988 possui diversos elementos substantivos dessa natureza, como a proibição dos trabalhos forçados, das penas cruéis, de morte (ressalva feita à guerra), perpétuas, da tortura e da **imposição** de tratamento desumano ou degradante, bem como a proibição da comercialização de órgãos e tecidos do corpo humano. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. art. 5º, III; art.5º, XLVII.

frequentemente associada a um direito fundamental específico, como reforço argumentativo. Sem embargo, é possível detectar uma predominância da ideia de dignidade como autonomia sobre a dignidade como heteronomia⁷⁶. A análise dos diferentes votos permite apontar certas formulações recorrentes, que figuram como “consensos sobrepostos”⁷⁷ na matéria, que podem ser assim sumariados: a) correlação da fórmula do ‘homem objeto’, ou da não instrumentalização dos seres humanos, à liberdade humana e às garantias constitucionais da liberdade⁷⁸; b) manutenção da integridade física e moral dos indivíduos⁷⁹; c) proibição da tortura, da *imposição* de tratamento desumano ou degradante e da crueldade⁸⁰.

⁷⁶ Quanto à dignidade como autonomia, especialmente: (a) a discussão sobre a recepção de artigos da Lei de Imprensa na ordem constitucional pós-88. Nos votos, demarcado está o cunho pluralista e protetor das liberdades. A correlação direta com a dignidade está no voto do Min. Relator e, indiretamente, perpassa todo o *decisum*; (b) a discussão da constitucionalidade da proibição de progressão de regime nos crimes hediondos. É bem de ver, todavia, que há insinuação de um elemento da ‘dignidade como heteronomia’ em alguns votos desse acórdão, dado o modo de compreender a ressocialização dos condenados criminalmente. Porém, impera a vertente autonomista, como atesta longo trecho da lavra do Min. Cezar Peluso sobre a assimetria entre o direito e a moralidade, o crime e o pecado. A laicidade e a pluralidade são consideradas limites ao *jus puniendi*, o que está de todo associado à ‘dignidade como autonomia’; (c) o elo entre dignidade e as condições mínimas de vida. Quanto à dignidade como heteronomia, o caso paradigmático é, sem dúvida, o chamado *caso Ellwanger*, acerca dos discursos do ódio. Entretanto, é bom trazer à tona que a CF/88 contém dispositivo específico sobre o crime de racismo (art. 5º, XLII). BRASIL. STF. **ADPF nº130-7/DF – MC**. Rel. Min. Carlos Britto. 07/11/2008. BRASIL. STF. **HC nº82.959-7/SP**. Rel. Min. Marco Aurélio. 01/09/2006. BRASIL. STF. **HC nº82.424/RS**. Rel. Min. Moreira Alves. 19/03/2004.

⁷⁷ *Consenso sobreposto* é uma expressão cunhada por John Rawls. Ao elaborar sua célebre *teoria da justiça*, tomou ele como pressuposto o fato do pluralismo, assumindo que é um traço permanente da cultura política de uma democracia a convivência de diversas crenças religiosas, filosóficas, políticas e morais. Para que seja possível a construção de uma sociedade política, faz-se necessária a adesão razoável de todos a princípios básicos de justiça. A partir dessa adesão primeira, formam-se, mediante emprego do procedimento da razão pública, outros pontos de consenso político, justamente aqueles que podem ser razoavelmente aceitos por indivíduos ou grupos que não compartilham as mesmas crenças. Tais pontos são o chamado *consenso sobreposto*. RAWLS, John. **Justiça como equidade – uma reformulação**. Trad. Cláudia Berliner. Rev. Técnica Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes: 2003, p.44-53.

⁷⁸ A fórmula do homem-objeto, oriunda do direito germânico, tem por base os trabalhos de Dürig, que, por sua vez, partiu de premissas kantianas. Como exemplo, vários julgados tornaram cediço que o indivíduo não pode, a pretexto de manutenção da ordem e da segurança públicas: (a) ter sua liberdade cerceada no curso do processo penal por tempo indeterminado ou maior do que os prazos permitidos, se não deu causa à mora processual, ou se, ressalvados outros fatos muito relevantes, exauriu-se a justificativa para mantê-lo preso; (b) ser conduzido ou mantido preso no curso do processo apenas em razão da gravidade ou da repercussão do crime, ainda que hediondo, tampouco por fundamentos decisórios genéricos; (c) ter o seu silêncio, na persecução penal, interpretado em seu desfavor; (d) não ser devidamente citado em processo penal. Na linha de casos, a motivação é a de que o indivíduo não pode ser mais uma engrenagem do processo penal, ou seja, não pode ser instrumentalizado para o efetivo funcionamento da máquina persecutória estatal, impondo-se sua dignidade a proteger as liberdades e as garantias constitucionais da liberdade. Ademais, por insistência do Min. Gilmar Mendes, a prisão instrumental à extradição está sendo revisitada, pois, como entende o Ministro, o extraditando torna-se um instrumento ante objetivos estatais. A ideia

É possível assentar, assim, que o conceito de dignidade como autonomia tem presença mais forte no texto constitucional, com alguma permeabilidade à dignidade como heteronomia. A prevalência dessa última, fora dos casos expressos ou inequívocos, envolverá especial ônus argumentativo. Na jurisprudência do STF, a despeito da adoção do critério da dignidade como heteronomia em um ou outro caso, é possível identificar um razoável consenso em relação a certos conteúdos da dignidade como autonomia. Ele reside, justamente, na compreensão de ser a dignidade humana o escudo protetor da “inviolabilidade do indivíduo” – especialmente no que tange a diferentes formas de manifestação da liberdade –, assim como fundamento de proteção da sua integridade física e psíquica e do repúdio ao tratamento cruel, desumano ou degradante. Merece referência, nesse contexto, a longa linha de precedentes do Superior Tribunal de Justiça sobre *dano moral*. Tal

kantiana de *fim-em-si* foi utilizada em acórdão que discutiu a competência para o julgamento de crimes de redução de pessoas à condição análoga à de escravo. Pese embora ser o conteúdo da dignidade passível de leitura como ‘heteronomia’, pois a escravidão é considerada um mal em si, o seu conteúdo é fortemente relacionado à preservação da liberdade humana e de suas pré-condições. Cf. BRASIL. STF. **HC nº92.604-5/SP**. Rel. Min. Gilmar Mendes. 25/04/2008. BRASIL. STF. **HC nº88.548-9/SP**. Rel. Min. Gilmar Mendes. 26/09/2008. BRASIL. STF. **HC nº91.657-1/SP**. Rel. Min. Gilmar Mendes. 28/03/2008. BRASIL. STF. **HC nº91.414-4/BA**. Rel. Min. Gilmar Mendes. 25/04/2008. BRASIL. STF. **HC nº91.121-8/MS**. Rel. Min. Gilmar Mendes. 28/03/2008. BRASIL. STF. **HC nº91.524-8/BA**. Rel. Min. Gilmar Mendes. 25/04/2008. BRASIL. STF. **HC nº91.662/PR**. Rel. Min. Celso de Melo. 04/04/2008. (neste acórdão, o ponto principal da motivação é o *due process* *f law*). BRASIL. STF. **HC nº92.842/MT**. Rel. Min. Gilmar Mendes. 25/04/2008. BRASIL. STF. **RE 398.041-6/PA**. Rel. Min. Joaquim Barbosa. 19/12/2008.

⁷⁹ O *leading case* quanto à integridade física parece ser o que versou sobre a possibilidade de realização compulsória de exame de DNA para fins de comprovação de paternidade. Mesmo que deveras relevante o interesse do outro pólo da relação processual, o STF considerou que a realização forçada de exames invade a privacidade, a intimidade e a integridade física individuais, protegidas pela dignidade. Mais recente foi a discussão sobre o uso de algemas, que culminou, inclusive, na edição da Súmula Vinculante nº11. O uso acriterioso de algemas e a divulgação abusiva de imagens de indivíduos nessa condição foram considerados tratamentos humilhantes e desonrosos. BRASIL. STF. **HC nº71.373-4/RS**. 22/11/1996. BRASIL. STF. **HC nº89.429-1/RO**. 02/02/2007.

⁸⁰ Importante referir os acórdãos e a Súmula sobre o uso de algemas, bem como a decisão acerca do crime de tortura perpetrado contra crianças e adolescentes. BRASIL. STF. **HC nº70.389-5 /SP**. 10/08/2001. Na doutrina estrangeira, é interessantíssima a produção de Waldron no tema: WALDRON, Jeremy. Inhuman and degrading treatment: a non-realist view. **NYU Public Law Colloquium**, April, 23 (second draft).

modalidade de dano, caracterizado por elementos como “dor, sofrimento e humilhação”, também avilta a dignidade humana⁸¹.

No plano infraconstitucional, especialmente no entrelaçamento da bioética com o Direito, a versão autonomista da dignidade prevalece nitidamente. O modelo adotado em diversas leis e regulações é centrado no consentimento do paciente, seus responsáveis, dos sujeitos de pesquisa ou outros envolvidos⁸². Até mesmo no campo da morte com intervenção encontram-se enunciados normativos fundados no consentimento para as hipóteses de ortotanásia, cuidado paliativo, internação domiciliar e escolha do local da morte⁸³. Em suma: à luz do sistema jurídico brasileiro, é possível afirmar uma certa

⁸¹ É efetivamente longa essa linha de precedentes. Como ilustração, destacam-se: BRASIL. STJ. **REsp.910.794/RJ**. Rel. Min. Denise Arruda. 04/12/2008. BRASIL. STJ. **802.435/PE**. Rel. Min. Luiz Fux. 30/10/2006. Do último, vale destacar trecho: “10. **Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia. É de se indagar, qual a aptidão de um cidadão para o exercício de sua dignidade se tanto quanto experimentou foi uma 'morte em vida', que se caracterizou pela supressão ilegítima de sua liberdade, de sua integridade moral e física e de sua inteireza humana?**”.

⁸² A confirmar a assertiva: a) a legislação vigente sobre **transplantes** de órgãos *inter vivos* e *post mortem*, fulcrada no consentimento. Tão relevante é a relevância do consentimento que o sistema de doação presumida inicialmente instituído foi alvo de intensa polêmica, o que gerou alteração no texto legal. A nova forma, que deixa ao encargo do consentimento dos familiares, também causa dissenso, havendo sustentações bastante razoáveis no sentido de que a decisão do provável doador, se formulada, deveria prevalecer sobre a da família (**Lei nº9.434/1997**, com as alterações introduzidas pela **Lei nº10.211/2001**); b) a **Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde**, cujo paradigma de proteção dos sujeitos de pesquisa está centrado no consentimento livre e esclarecido; c) a regulamentação das técnicas de **reprodução assistida** adota por princípio o consentimento informado de pacientes e doadores (CFM. **Resolução nº1.358/1992**); d) a regulamentação da **gestação por substituição** (hipótese de reprodução assistida) determina que, uma vez seguidos certos padrões, há de prevalecer o consentimento da gestante por substituição e dos pais biológicos (CFM. **Resolução nº1.358/1992**); e) a regulamentação da **cirurgia de transgenitalização** é orientada pela manifestação do desejo expresso (CFM. **Resolução nº1.652/2002**); e) a necessidade de consentimento dos genitores para uso de **células tronco embrionárias** em pesquisa ou processo terapêutico, prevista pela Lei de Biossegurança e reafirmada pelo STF (**Lei nº11.105/2005**).

⁸³ São os seguintes documentos: a) a **Carta de Direitos dos Usuários do Sistema de Saúde**, aprovada pela **Portaria nº675/GM/2006 do Ministério da Saúde**, b) **Lei Covas** (assim intitulada em razão do ex-Governador Mário Covas, que afirmou sancioná-la como Governador e como paciente), do Estado de São Paulo; c) a **Lei nº 3.613/2001**, do Estado do Rio de Janeiro; d) a **Lei nº 12.770/2005**, do Estado de Pernambuco, e) a **Lei nº2.804/2001**, do Distrito Federal. f) a **Lei nº 14.254/2003**, do Estado do Paraná; e) **Lei nº16.279/2006**, do Estado de Minas Gerais Cf. MARTEL, Leticia de Campos Velho. Limitação de tratamento... Op. Cit. Merece relevo a Resolução nº41/95 do Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (Conanda), que estabelece os **Direitos das crianças e adolescentes hospitalizados**: “20. Direito a ter uma morte digna, junto a seus familiares, quando esgotados todos os recursos terapêuticos disponíveis”. BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Resolução nº 41 de Outubro de 1995** (DOU 17/19/95).

predominância da dignidade como autonomia, sem que se deslegitime o conceito de dignidade como heteronomia. O que significa dizer que, como regra geral, devem prevalecer as escolhas individuais. Mas não invariavelmente.

VIII. O DIREITO À MORTE DIGNA: EM BUSCA DE CONSENSOS MÍNIMOS

No ambiente da morte com intervenção, a ideia de dignidade como autonomia deve prevalecer, por diferentes razões. A primeira delas é de cunho normativo e foi explorada no tópico anterior: o sistema constitucional dá maior importância à liberdade individual do que às metas coletivas⁸⁴. Ademais, do ponto de vista filosófico, é melhor a fórmula que reconhece o indivíduo como um ser moral, capaz de fazer escolhas e de assumir responsabilidades por elas. Note-se, a propósito, que ao se valorizar a autonomia, não se está definindo o resultado: o paciente – ou seu responsável, em certos casos – poderá optar entre várias possibilidades, que incluem o prolongamento máximo da vida, seu não-prolongamento artificial e, em situações-limite, sua abreviação. Também em relação aos profissionais de saúde, a dignidade como autonomia é o melhor critério: assegura-lhes o direito de não realizar procedimentos que não considerem adequados, permite que atendam à vontade do paciente de não lhe causar sofrimento inútil, sem excluir a possibilidade de objeção de consciência por parte do médico, caso não esteja de acordo com as escolhas manifestadas.

Registre-se que a adoção do critério da dignidade como heteronomia enfrentaria ainda uma particular dificuldade. É que, no seu interior, há duas proposições que competem entre si e, de certa forma, neutralizam-se. De um lado, a que valoriza a preservação da vida humana como um bem em si; de outro, a proibição de impor aos indivíduos tratamento desumano ou degradante. Jano, com suas duas faces. Reitere-se, uma vez mais, que o pressuposto fático da tese aqui desenvolvida inclui a impossibilidade de cura, melhora ou reversão do quadro clínico, importando o tratamento em extensão da agonia e do

⁸⁴ No fundo, as situações em que as imposições externas se dão em nome do direito de terceiros envolve a demarcação ou a ponderação entre autonomies. A questão, portanto, é de alteridade, da igual dignidade do outro, e não propriamente de heteronomia.

sofrimento, sem qualquer perspectiva para o paciente. Em outros cenários, por certo, seria admissível a aplicação da dignidade como heteronomia⁸⁵. Outro pressuposto relevante consiste na certeza do diagnóstico, do prognóstico e das alternativas existentes. O consentimento, por sua vez, deve ser aferido por padrões seguros, para que se tenha certeza de que as decisões foram tomadas de modo livre, consciente e esclarecido⁸⁶. Relembre-se, por fim, que as *condições* para o exercício da liberdade são decisivas nesse contexto. Isso significa ausência de privações materiais, que abrange não apenas a despreocupação de ser um peso para os entes queridos, como também o acesso a sistemas adequados de saúde.

Ao se concluir pela prevalência da ideia de dignidade como autonomia, na morte com intervenção, deve-se admitir, como escolhas possíveis por parte do paciente – ou seus familiares e responsáveis –, a ortotanásia, a eutanásia e o suicídio assistido. Contudo, em um ambiente jurídico e médico no qual a ortotanásia seja tratada de maneira adequada, as alternativas da eutanásia e do suicídio assistido serão excepcionais, raras mesmo. É bem de ver que o debate jurídico e moral sobre essas duas últimas categorias consumiria tempo e energia, sem garantia de sucesso a curto prazo. Em razão disso, no momento presente, torna-se mais importante a busca do consenso em torno da *ortotanásia*, que inclui a limitação consentida de tratamento, o cuidado paliativo e as intervenções de duplo efeito. A legitimação de um modelo intermediário se justifica, especialmente, pelo fato de que, no Brasil, não se

⁸⁵ É o que ocorre, por exemplo, quando se trata de portadores de transtornos mentais ou de adictos que põem em risco as próprias vidas, muitas vezes com a autonomia já nebulosa. São submetidos a tratamentos e a situações que julgam humilhantes e degradantes, mas a justificação está na temporariedade, na possibilidade de reversão e de recuperação ou, ainda, na de uma subsistência sem padecimentos insuportáveis.

⁸⁶ Quanto aos pacientes impossibilitados de manifestar sua vontade ou os civilmente incapazes, é tarefa planejar como será feito o processo de decisório. Para tanto, a referência seria a manifestação anterior de vontade, enquanto o indivíduo mantém a capacidade decisória, por meio de 'diretrizes antecipadas' e de 'testamentos de vida', que podem conter a indicação de um responsável por tomar decisões (decisão por substituição). Se ausentes os instrumentos, caberia recuperar o estilo de vida e os valores edificados pelo indivíduo no curso de sua existência e moldá-los lado a lado com os *melhores interesses* do enfermo. No ponto, v. por todos, BROCK, Dan W. Surrogate decision making for incompetent adults: na ethical framework. *In*: MAPPE, Thomas A. DeGRAZIA, David. **Biomedical Ethics**. Fifth Edition. New York: McGraw-Hill, 2000, p.350-355. Em junho de 2009, o parlamento alemão aprovou lei sobre diretrizes antecipadas e testamentos de vida, validando mais de 9 milhões de atos dessa natureza então existentes.

tem feito qualquer diferenciação jurídica significativa entre a obstinação terapêutica, de um lado, e as condutas ativas e intencionais de abreviação da vida, de outro.

Pesquisas desenvolvidas em países que oficialmente implementaram fórmulas intermediárias permitiram constatar que o desejo de morrer mediante atos de eutanásia e de suicídio assistido foi substancialmente reduzido⁸⁷. Portanto, antes de trazer para o topo da agenda o tratamento dessas outras duas alternativas de morte com intervenção, deve-se investir energia em um consenso possível em relação à ortotanásia, que envolve escolhas morais menos drásticas⁸⁸. Enfatize-se bem: à luz das premissas filosóficas aqui assentadas em relação à dignidade da pessoa humana, a eutanásia e o suicídio assistido são possibilidades com elas compatíveis. Porém, em lugar de um debate público que produziria inevitavelmente vencedores e vencidos, optou-se por construir uma solução que possa ser aceita por todos. A seguir, breve detalhamento das proposições centrais em relação ao tema, que são aqui reputadas como plenamente compatíveis com a Constituição e a legislação em vigor, podendo ser desde já concretizadas. São elas: a) a limitação consentida de tratamento; b) o cuidado paliativo e o controle da dor; c) os Comitês Hospitalares de Bioética; e d) a educação dos profissionais e a informação do público.

⁸⁷ Cf. QUILL, Timothy E. *et. al.* The debate over physician-assisted suicide: empirical data and convergent views. **Annals of Internal Medicine**, Vol. 128, issue 7, april, 1998. Em entrevista concedida em 2007, Diego Gracia afirmou que “*La eutanasia será una excepción cuando los cuidados paliativos sean los adecuados*”. Disponível em: <http://www.siiis.net/documentos/hemeroteca/703164.pdf> Acesso em: abr./2009.

⁸⁸ A própria Igreja Católica, em documento da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, intitulado *Declaração sobre a Eutanásia*, após reiterar sua condenação ao aborto, à eutanásia e ao suicídio assistido, admitiu expressamente a recusa de tratamento, nos seguintes termos: “É sempre lícito contentar-se com os meios normais que a medicina pode proporcionar. Não se pode, portanto, impor a ninguém a obrigação de recorrer a uma técnica que, embora já em uso, ainda não está isenta de perigos ou é demasiado onerosa. Recusá-la não equivale a um suicídio; significa, antes, aceitação da condição humana, preocupação de evitar pôr em acção um dispositivo médico desproporcionado com os resultados que se podem esperar, enfim, vontade de não impor obrigações demasiado pesadas à família ou à colectividade. Na iminência de uma morte inevitável, apesar dos meios usados, é lícito em consciência tomar a decisão de renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes. Por isso, o médico não tem motivos para se angustiar, como se não tivesse prestado assistência a uma pessoa em perigo”. V. http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_eut_hanasia_po.html. Acesso em: jun./2009.

A limitação consentida de tratamento (LCT) constitui uma das políticas públicas cruciais para a dignidade da pessoa humana no final da vida. Pacientes terminais, em estado vegetativo persistente ou portadores de doenças incuráveis, dolorosas e debilitantes, devem ter reconhecido o direito de decidir acerca da extensão e intensidade dos procedimentos que lhe serão aplicados. Têm direito de recusar a obstinação terapêutica. Nesse contexto, a omissão de atuação do profissional de saúde, em atendimento à vontade livre, esclarecida e razoável do paciente ou de seus responsáveis legais, não pode ser considerada crime. Não há, na hipótese, a intenção de provocar o evento morte, mas, sim, de impedir a agonia e o sofrimento inútil. A imposição de tratamento, contra a vontade do paciente e contra o que a equipe médica considera recomendável, viola a autonomia dos indivíduos e dos profissionais. O papel do Direito, nesse particular, deve ser o de disciplinar a genuinidade do consentimento e os cuidados a serem adotados⁸⁹. Não mais. A suspensão da Resolução CFM 1.805/2006, por decisão judicial, constitui um retrocesso na matéria e impede o exercício de uma autonomia individual protegida constitucionalmente.

Os sistemas de cuidados paliativos e de controle da dor lastreiam-se em uma filosofia de atenção e amparo quando o diagnóstico e o prognóstico indicam que os esforços de cura serão pouco frutíferos e que haverá sofrimento no processo de morte. A ideia central é aumentar e manter a qualidade de vida do enfermo, da sua família e de seu cuidador, direcionando atividades ao controle da dor, dos sintomas (respiratórios, digestivos, da fadiga, da anorexia e da caquexia, da depressão, do delírio, da angústia) e de outros problemas, sejam físicos, psicológicos, espirituais e até mesmo jurídicos⁹⁰. Na medicina contemporânea, os

⁸⁹ A doutrina identifica como imprescindíveis, além dos pressupostos civilistas já definidos para o consentimento, os seguintes passos: a) verificação da origem da decisão e da maturidade da manifestação de vontade por profissionais habilitados, após o adequado processo de informação; b) confirmação do diagnóstico e do prognóstico; c) verificação da incoerência de depressão tratável; d) verificação da adequação dos paliativos e tratamentos para a dor oferecidos; e) verificação de eventuais conflitos de interesses entre a instituição hospitalar, a equipe de saúde e os interesses dos pacientes e de seus responsáveis; f) garantia de assistência plena, se desejada, e verificação da inexistência de conflitos econômicos; g) verificação da inexistência de eventuais conflitos de interesses entre o paciente e seus familiares ou responsáveis legais; h) debate dos casos e condutas por Comitês Hospitalares de Bioética, quando ainda não houver posicionamento em situações análogas; i) formulação de TCLE (Termo de Consentimento Livre e Esclarecido) específico. Estes passos foram definidos a partir de estudos diversos, especialmente os de Timothy E. Quill.

⁹⁰ Diz-se jurídicos porque há casos nos quais algumas angústias que acometem os enfermos podem ser relativas a questões testamentárias, partilhas, de regularização de uniões, de reconhecimento de

cuidados paliativos possuem *status* de cientificidade paralelo ao da saúde curativa⁹¹. Não obstante, são intensos os obstáculos aos cuidados paliativos, dentre os quais: a) o desconhecimento; b) o apego à medicina curativa; c) os conflitos de interesses entre diferentes ramos profissionais em saúde; d) os conflitos de interesses econômicos, pelo não emprego de algumas tecnologias altamente avançadas e da não realização de alguns procedimentos cirúrgicos; e) dificuldade de acesso a substâncias restritas empregadas no controle da dor; f) insegurança dos profissionais da saúde, mormente médicos, quanto à aceitação legal de práticas de cuidados paliativos⁹².

Os Comitês Hospitalares de Bioética (ou Comitês de Bioética Clínica – CBs) são colegiados multidisciplinares instituídos com o objetivo de discutir dilemas e conflitos morais ocorridos na prática clínica. Os CBs buscam uma solução prudencial⁹³, debatendo de forma plural os pontos relevantes de um caso concreto, visando sempre respeitar a autonomia e os direitos fundamentais da equipe de saúde, dos enfermos e de seus familiares. Suas orientações não são compulsórias. Sua composição assegura a diversidade, admitindo

paternidade, de ajuste de pensões e de benefícios (e.g., levantamento de FGTS), dentre outros. Cf. CARVALHO, Ricardo Tavares de. Legislação em cuidados paliativos. In: OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de (org.). **Cuidado Paliativo**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo: 2008, p.613-630.

⁹¹ A OMS assim define os cuidados paliativos: “Cuidado paliativo é uma abordagem que melhora a qualidade de vida de pacientes e de suas famílias que enfrentam problemas associados a uma doença que ameaça sua vida, através da prevenção e do alívio do sofrimento por meio de identificação precoce, avaliação impecável e tratamento da dor e de outros problemas físicos, psicossociais e espirituais” (tradução livre). WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Palliative Care Definition**. Disponível em: <http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/> Acesso em: mar./2009.

⁹² No Brasil, os profissionais envolvidos com cuidados paliativos demonstram temor quanto a possíveis sanções jurídicas, em razão da ausência de lei específica sobre o assunto e da confusão da atividade com o homicídio impróprio ou a omissão de socorro e, na seara civilista, com a negligência. V. CARVALHO, Ricardo Tavares de. Legislação em... Op. Cit. A situação conflitiva dos profissionais de cuidados paliativos no Brasil ficou bem expressa no Boletim Informativo da Academia Nacional de Cuidados Paliativos de 30/03/2009. Disponível em: <http://www.paliativo.org.br/Boletins.asp?BoletimAtivo=22> Acesso em: abr./2009. Há insegurança também sobre substâncias de duplo efeito para controle da dor, tanto no acesso aos fármacos, quanto no seu emprego, que pode ser indevidamente interpretado como eutanásia. Na matéria, há a Portaria 19/GM/MS, de 2002, que instituiu o Programa Nacional de Assistência à Dor e Cuidados Paliativos e constituiu um Grupo Técnico Assessor do Programa Nacional de Assistência à Dor e Cuidados Paliativos, além da Portaria 2.439/GM/MS de 2005, que reconheceu os cuidados paliativos como parte da Política Nacional de Atenção Oncológica.

⁹³ GRACIA, Diego. Teoría e práctica de los comités de ética. In: MARTINEZ, J.L. (ed.). **Comités de bioética**. Madrid: Comillas, 2033, p.194 e s.

membros das mais diversas áreas da saúde e também juristas, teólogos, representantes dos usuários dos sistemas de saúde e da comunidade, entre outros⁹⁴. Os CBs costumam atuar mediante provocação, seja da equipe de saúde – especialmente em caso de dissenso entre seus membros –, seja dos pacientes e de seus familiares. Os pacientes terminais ou em estado vegetativo persistente constituem uma população especialmente vulnerável e de baixa visibilidade. Assim, os CBs podem funcionar como o fórum que traz à luz as demandas dessa parcela de indivíduos, desobstruindo déficits de representação em fóruns majoritários de tomada de decisão e de construção de políticas públicas. No Brasil, ainda existe muito desconhecimento acerca dos CBs⁹⁵.

Por fim, outra importante política refere-se à *educação dos profissionais da saúde e a informação do público em geral*. A bioética é um ramo do conhecimento recentemente sedimentado, surgido essencialmente da necessidade, cada vez mais presente, de os profissionais da saúde, pacientes, familiares e a comunidade em geral tomarem posição diante de dilemas e de conflitos morais ensejados pela evolução tecno-

⁹⁴ A nomenclatura dos CBs pode variar. Fora do Brasil, usa-se ‘Comitês de Bioética’ tanto para designar os Comitês de Ética em Pesquisa (dedicados à bioética na pesquisa envolvendo seres humanos) e os Comitês Hospitalares. Neste ensaio, as atenções estão voltadas apenas para os Comitês de Bioética Clínica. Segundo a UNESCO, um Comitê de Bioética é “um comitê que lida sistemática e continuamente com as dimensões éticas: (a) das ciências da saúde, (b) das ciências da vida e (c) das políticas inovadoras na área da saúde. O termo ‘comitês de bioética’ simplesmente aponta que o grupo – um diretor [*chairperson*] e os membros – se reunirá para abordar questões que não são simplesmente factuais, mas são profundamente normativas. Isto é, eles não se reúnem apenas para determinar o que é ou não certo [*what is or is not the case*] em relação a certo domínio de interesse. A atuação do comitê vai além do nível factual dos dados empíricos. Ele é criado para responder não apenas a pergunta ‘Como devo decidir e agir?’, mas à questão mais ampla ‘Como devemos decidir e agir?’. Isso nos levará da ética – um ramo tradicional da filosofia – para a política: ‘Como um governo deve agir?’” (tradução livre). UNESCO. **Guia nº2 – Bioethics committees at work: procedures and policies**. Guide n.2. 2005. Disponível em: <http://portal.unesco.org/shs/ethics> Acesso em: abr./2009. UNESCO. **Guia nº2 - Educating bioethics committees**. Guide n.3. 2007. Disponível em: <http://portal.unesco.org/shs/ethics> Acesso em: abr./2009. UNESCO. **Guia nº1 - Establishing bioethics committees**. Guide n.1. Disponível em: <http://portal.unesco.org/shs/ethics> Acesso em: abr./2009. BORGES, Gustavo Silveira. **Os comitês de bioética e as vias de acesso à justiça criminal**. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2007, mimeo, p.50 e s.

⁹⁵ Cf.. CÔRREA, Ana Paula Reche. GARrafa, Volnei. Conselho Nacional de Bioética – a iniciativa brasileira. **Revista Brasileira de Bioética**. v.1, nº4, 2005, p.401. *passim*. Além de serem relativamente novos - as primeiras iniciativas datam de pouco mais de dez anos – ainda é muito pequeno o número de CBs. Entretanto, há frentes pela implementação de um Conselho Nacional de Bioética e pela difusão de CBs em ambiente hospitalar.

científica. Para enfrentá-los, impõe-se que sejam trabalhadas e aprimoradas – e também compreendidas – as habilidades de julgamento moral dos integrantes dos sistemas de saúde, dos seus usuários e do público. Conseqüentemente, a aproximação dos profissionais, desde seus cursos de graduação, dos marcos teóricos da bioética, da análise crítica dos casos, do humanismo e da empatia pelo *outro* precisa de estímulo. Além da abertura em ambiente acadêmico e profissional, deve-se valorizar a informação ao público em geral, capaz de ensejar o debate e de promover o exercício de moralidade crítica nos pontos difíceis da bioética. O conhecimento adequado dos dados relevantes contribui para a redução do sensacionalismo e da passionalidade⁹⁶.

IX. CONCLUSÃO

O presente estudo procurou refletir sobre a morte com intervenção à luz da dignidade da pessoa humana. Sua hipótese de trabalho recaiu sobre pessoas que se encontram em estado terminal ou em estado vegetativo persistente. É possível enunciar algumas das principais ideias desenvolvidas nas proposições seguintes:

1. A morte é uma fatalidade, não uma escolha. Por essa razão, é difícil sustentar a existência de um direito de morrer. Contudo, a medicina e a tecnologia contemporâneas são capazes de transformar o processo de morrer em uma jornada mais longa e sofrida do que o necessário, em uma luta contra a natureza e o ciclo natural da vida. Nessa hora, o indivíduo deve poder exercer sua autonomia para que a morte chegue na hora certa, sem sofrimentos inúteis e degradantes. Toda pessoa tem direito a uma morte digna.

⁹⁶ Ver, a respeito: RITTMANN, F. C.; PIZZI, Jovino. A Bioética: um estranho conceito para a Comunicação Social. In: **VII Congresso Brasileiro de Bioética - I Congresso Mundial Extraordinário da Sociedade Internacional de Bioética e I Congresso da Redbioética/Unesco**, 2007, São Paulo/SP. RITTMANN, F. C.; PIZZI, Jovino. Bioética e os novos desafios de uma comunicação. In: VII Congresso Brasileiro de Bioética - I Congresso Mundial Extraordinário da Sociedade Internacional de Bioética e I Congresso da Redbioética/Unesco, 2007, São Paulo/SP. Como exemplo, podem ser citadas as imagens de Eluana, mundialmente transmitidas. Apesar de ela ter permanecido por 17 anos em estado vegetativo persistente, as fotos veiculadas foram as de uma moça saudável e ativa, de 21 anos, quando, na realidade, Eluana já estava com 38 anos, imobilizada e inconsciente desde os 21.

2. No contexto da morte com intervenção, alguns conceitos devem ser bem demarcados. *Eutanásia* consiste no comportamento ativo e intencional de abreviação da vida de um doente terminal, adotado pelo profissional de saúde, com finalidade benevolente. *Suicídio assistido* é a retirada da própria vida com auxílio de terceiro. *Distanásia* é o retardamento máximo da morte, inclusive com o emprego de meios extraordinários e desproporcionais. *Ortotanásia* identifica a morte no tempo certo, de acordo com as leis da natureza, sem o emprego de meios extraordinários ou desproporcionais de prolongamento da vida. Elementos essenciais associados à ortotanásia são a limitação consentida de tratamento e os cuidados paliativos.

3. A dignidade da pessoa humana, na sua expressão mais essencial, significa que todo indivíduo é um fim em si mesmo. Não deve, por essa razão, servir de instrumento à satisfação dos interesses de outros indivíduos ou à realização de metas coletivas. A dignidade é fundamento e justificação dos direitos fundamentais, que devem conviver entre si e harmonizar-se com valores compartilhados pela sociedade. Ela pode se apresentar como uma condição interna ao indivíduo – dignidade como autonomia – ou como produto de uma atuação externa a ele – dignidade como heteronomia.

4. A concepção da dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. A dignidade como heteronomia, por sua vez, funciona como uma limitação à liberdade individual, pela imposição de valores sociais e pelo cerceamento de condutas próprias que possam comprometer a dignidade do indivíduo. No sistema constitucional brasileiro, embora haja lugar para expressões heterônomas da dignidade, ela se manifesta predominantemente sob a forma de autonomia individual.

5. No contexto da morte com intervenção, deve prevalecer a ideia de dignidade como autonomia. Além do fundamento constitucional, que dá mais valor à liberdade individual do que às metas coletivas, ela se apóia, também, em um fundamento filosófico mais elevado: o reconhecimento do indivíduo como um ser moral, capaz de fazer escolhas e assumir responsabilidades por elas.

6. A prevalência da noção de dignidade como autonomia admite, como escolhas possíveis, em tese, por parte do paciente, a ortotanásia, a eutanásia e o suicídio assistido. Todavia, onde a ortotanásia é disciplinada adequadamente, do ponto de vista médico e jurídico, a eutanásia e o suicídio assistido perdem muito de sua expressão, ficando confinados a situações excepcionais e raras.

7. Admitida a ortotanásia como uma fórmula intermediária capaz de produzir consenso entre diferentes visões do tema da morte com intervenção, quatro ideias centrais devem ser trabalhadas pela comunidade médica, jurídica e pela sociedade: a) a limitação consentida de tratamento; b) o cuidado paliativo e o controle da dor; c) os Comitês Hospitalares de Bioética; e d) a educação dos profissionais e a informação do público.