

O direito à morte digna no contexto do Direito Sanitário

The right to dignified death in the context of the Health Law

Rosane Forest

Advogada, Especialista em Direito Privado, Mestranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo/RS, Brasil.

Sandra Regina Martini Vial

Pós-doutora em Direito e em Políticas Públicas. Professora titular do Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos e da Scuola Dottorale Internazionale Tullio Ascarelli (Itália); professora visitante da Università Degli Studi Di Salerno (Itália). Porto Alegre, Brasil.

Resumo: Os avanços tecnológicos inseridos na mais variada gama de rotinas (saúde, comunicação, esportes, educação) são evidências de uma era que requer uma nova postura construída sobre sólidos alicerces morais e éticos. O presente artigo propõe uma reflexão transdisciplinar sobre o direito à morte digna no contexto da atual sociedade tecnocientífica. A abordagem parte da concepção de vida e dignidade, perpassa pelo direito à saúde e pelo princípio da autonomia, culminando no tema aqui sugerido – o direito à morte digna. O estudo não aborda de maneira direta as questões sobre a possibilidade de prolongamento da vida, os avanços no campo da medicina, tampouco os limites e efeitos da biotecnologia, porque a intensão, aqui, é refletir como o sistema jurídico está inserido nesse novo contexto – e se está. Nessa ordem, vale trazer a Teoria do Direito Vivo de Eugen Ehrlich, com a releitura de Eligio Resta – Direito Vivente – como tese de amparo à ineficiência das respostas sugeridas pelo Direito às inúmeras questões demandadas pela atual sociedade.

Palavras-chave: Direito à saúde; morte digna; autonomia.

Resumen: Los avances tecnológicos incluidos en la más amplia gama de rutinas (la salud, la comunicación, el deporte, la educación) son evidencias de una época que requiere un nuevo enfoque integrado en base moral y ética sólida. Este trabajo propone una reflexión interdisciplinar sobre el derecho a la muerte digna en el contexto de la sociedad tecnocientífica actual. El enfoque se inicia desde la concepción de la vida y la dignidad impregna el derecho a la salud y el principio de la autonomía, que culminó con el tema que aquí se sugiere – el derecho a una muerte digna. El estudio no aborda los problemas de una manera directa sobre la posibilidad de prolongación de la vida, los avances en el campo de la medicina, y con los límites y efectos de la biotecnología, ya que la intención aquí es reflexionar cómo se inserta el sistema legal en este nuevo contexto – y si lo hace. En ese orden, es llevar la Teoría del Derecho Vivo, de Eugen Ehrlich, con la relectura de Eligio Resta – Derecho Viviente – como una tesis de amparo ante la ineficacia de respuestas sugeridas por el Derecho a las numerosas cuestiones demandadas por la sociedad de hoy en día.

Palabras clave: Derecho a la salud; muerte digna; autonomía.

Abstract: Technological advances included the widest range of routines (health, communication, sports, education) are evidences of an era that requires a new approach built on solid moral and ethical foundation. This paper proposes an interdisciplinary reflection on the right to dignified death in the context of the current techno-scientific society. The approach starts from the conception that life and dignity pervades the right to health and the principle of autonomy, culminating in the theme suggested here: the right to a dignified death. The study does not address the issues in a straightforward manner about the possibility of prolongation of life, advances in the medical field, nor the limits and effects of biotechnology, because the intent here is to reflect how the legal system is inserted in this new context – and if it is. In that order, it brings the Theory of Living Law, by Eugen Ehrlich, with the retelling of Eligio Resta – Living Right – as a supporting thesis to the inefficiency of the law suggested by the numerous questions demanded by today's society responses.

Keywords: Right to Health; dignified death; autonomy.

1 Introdução

O presente artigo tem como objetivo refletir sobre o direito à morte digna inspirado no princípio da autonomia e nas questões que se referem às terapias médicas de prolongamento da vida, bem como analisar de que maneira o Direito (não) responde às expectativas da complexa sociedade atual frente ao surgimento desses novos e diferentes direitos.

A base referencial encontra-se no marco do 'Direito Vivente' de Eligio Resta e nas reflexões de Stefano Rodotà. O estudo parte de uma análise de vida e dignidade, perpassando pelo direito à saúde e pelo exercício da autonomia, para chegar ao tema proposto: direito à morte digna. Isso se deve ao fato de que as concepções mencionadas são interligadas e indissociáveis. Dito de outro modo, viver e morrer dignamente, bem como toda a expressão contida entre esses dois extremos, representa muito mais do que pode ser abordado com uma análise direcionada apenas ao Direito.

A sociedade contemporânea apresenta situações não previstas na legislação, o que significa dizer que o Direito não consegue acompanhar a constante evolução social. É relevante dizer que essa mesma sociedade despertou para uma crise ética e parece estar cada vez mais interessada nos princípios de justiça, o que exige um

esforço ainda maior do Direito porque não basta responder às questões, há que respondê-las a contento.

O Direito positivado não é suficiente, cabe ao Estado adequar as normas à nova situação, já que ele não pode se furtar às demandas emanadas dessa sociedade em toda sua complexidade. Aqui está aclarada a ideia de sociedade em rede, onde cada sistema social tem uma função específica e que, juntos, os sistemas formam uma rede chamada sociedade.

2 Vida e princípio da dignidade

Falar sobre a morte naturalmente causa desconforto na maior parte das pessoas, quer seja por crenças religiosas, quer seja por consciência cultural ou simplesmente por convicção pessoal. No entanto, falar em direito à morte digna, ainda que desperte certa estranheza, não significa erguer um discurso inverso à vida, porque o direito à morte digna está inserido no direito à vida e não é contrário a ele. Portanto, a vida representa o pilar de sustentação deste estudo. Hans Jonas assim escreve:

[...] já nos seus simples meios, isto é, no seu equipamento estrutural que lhe permite viver, a vida aparece como uma conquista própria ou, pelo menos, como um resultado próprio, em vez de simplesmente apresentar-se como tendo sido dotada desses meios e faculdades. Esta é uma das descobertas mais fundamentais que já foram feitas a respeito da natureza da vida (Jonas, 2004, p. 56).

A sociedade vive um momento de (des)construção de paradigmas e conceitos. A evolução intelectual do homem é inegável. No entanto, ainda há muito a ser pensado e realizado, em especial no campo dos direitos fundamentais, que inevitavelmente formarão a base das sociedades futuras.

Desponta entre os direitos fundamentais o direito à vida, que dá razão de existir a todos os demais direitos. O direito à vida é a base dos direitos fundamentais e certamente o mais significativo deles, já que sem ele, nenhum outro direito pode existir.

A sacralidade da vida é uma concepção cristã que a vê como um dom, não um poder absoluto, mas limitado – um poder ministerial, de administração e tutela, “reflexo concreto do domínio único e infinito de Deus” (Nedel, 2004, p. 34). Para a

teologia a vida é sacra pelo fato de pertencer “em parte” ao indivíduo e “em parte” ao Criador.

Para a ordem jurídica, a vida é um direito/dever tutelado pelo Estado, desde a sua mais tenra concepção até a mais remota possibilidade de existência. O direito à vida é o que há de mais imperioso em qualquer ordenamento jurídico, até porque sem ele nenhum outro direito pode persistir. No entanto, também cabe afirmar que entender direito à vida apenas como “deixar viver” não é suficiente para traduzir a complexidade do significado que a expressão “vida” carrega consigo. “O tema morte, morrer com dignidade é tratado neste artigo no marco do direito sanitário, pois saúde implica também a forma como vivemos e morremos. Falar em morrer dignamente implica em viver nas mesmas condições” (Vial, 2011, p. 355).

Os conceitos dominantes atribuídos à dignidade têm uma evolução que coincide com a evolução do homem político.

Na Antiguidade, a dignidade era privilégio dos cristãos; posteriormente, era “distribuída” de acordo com a posição social. Mais tarde, a dignidade passou a ser vista como algo intrínseco ao ser humano que o diferenciava do ser não humano, até evoluir ao pensamento de que todos os seres humanos são dotados igualmente de dignidade que está diretamente ligada a noção de liberdade pessoal do indivíduo.

A ideia de dignidade surgiu antes mesmo dos atuais enunciados normativos. Os primeiros registros do termo aparecem nas obras de Aristóteles, Boécio, Alcuino e Santo Tomás, que indicam a evolução da ideia de pessoa, culminando com a ideia de dignidade humana.

Kant, no século XVII, deu início a um conceito de dignidade que até hoje fundamenta as bases teóricas da doutrina disposta a dar azo ao assunto. Em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, assim escreve:

No reino dos fins, tudo tem ou bem um preço ou bem uma dignidade. O que tem preço, em seu lugar também se pode pôr outra coisa, enquanto equivalente; mas o que se eleva acima de todo preço, não permitindo, por conseguinte, qualquer equivalente, tem uma dignidade (Kant, 2009, p. 265).

Na concepção do Direito, não é menos difícil fazer entender o que significa dignidade. No entanto, a lista de afrontas à dignidade humana é vasta e facilmente compreendida, independente da capacidade inteligível de cada indivíduo. “[...] é precisamente quando temos presentes os piores sofrimentos humanos (torturas,

castigos degradantes, violências sexuais, privação de alimentos etc.), quando advertimos melhor, por contraste, o que significa a dignidade da pessoa.” (Andorno, 2009, p. 81)

Quando o alvo da discussão é a dignidade, há que se ter em conta que todo o indivíduo traz consigo algumas concepções natas, que simplesmente pré-existem e são partilhadas por todos os seres humanos, são conceitos incontestáveis. Pode-se alegar que não há discussão que se sustente partindo de um grau zero de compreensão: só é possível elaborar algo inteligível, se esse algo estiver apoiado em um conceito pré-compreendido por todos.

A dignidade humana pode ser notada nas concepções social, que é aquela onde a sociedade/comunidade atribui dignidade ao indivíduo, e moral, que é aquela em que o indivíduo atribui dignidade a si próprio (essa concepção, está diretamente ligada a uma questão psicológica). Também há a acepção moral na qual o indivíduo é reconhecido como pessoa humana, diferente de coisas e animais (essa concepção está relacionada ao conceito jurídico de dignidade humana).

Baertschi explica que a dignidade tem dois sentidos distintos, de extrema relevância. O primeiro deles está na capacidade do indivíduo de ver a si próprio com respeito:

[...] o primeiro sentido é pessoal: quero, aos meus próprios olhos e aos olhos dos outros, poder ser e continuar a ser um indivíduo de respeito, não simplesmente porque sou um ser humano, mas porque conservo minha autoestima (Baertschi, 2009, p. 187-188).

O sentimento de perda da dignidade é moral e pessoal e pode acontecer em razão de uma situação vivenciada pelo indivíduo a qual ele não deu causa. Tal sentimento de perda pode ser, também, encontrado em situações de miséria, fome, violência e ridicularização. O segundo sentido não se estabelece no íntimo pessoal: a dignidade de um indivíduo consiste no fato de ser ele uma pessoa e não um animal ou coisa. “[...] É esse conceito que é aplicado nos direitos do homem, e que faz com que a pessoa tenha um valor particular, proibindo que seja tratada como um simples meio [...]”(Baertschi, 2009, p. 188).

O termo dignidade humana não é exatamente um conceito jurídico, razão pela qual, afirma Barreto, não existe uma grande discussão teórica. “Para que se torne um conceito jurídico, a ideia de dignidade humana [...] necessita uma história que irá lhe

definir o seu espaço próprio” (Barreto, 2010, p. 57). No mundo jurídico, a dignidade também pode ser reconhecida como um conjunto de valores e direitos intrínsecos ao ser humano, tidos como fundamentais, os quais são merecedores de respeito e garantias do Estado.

Dentro desse conjunto, ou dito de outra forma, desmembrando o amplo conceito de dignidade, pode-se apontar as liberdades individuais – entre as quais as de crença, de pensamento, de locomoção e de escolha – princípio da autonomia da vontade que, para Kant, é um atributo encontrado apenas nos seres racionais portanto, constitui o mesmo fundamento filosófico de dignidade.

Outra questão teórica que merece algumas linhas nesse momento é a que diz respeito ao princípio da dignidade humana como fundamento para a construção dos direitos humanos. Para corroborar, Baez acrescenta:

As Declarações de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos e da Organização das Nações Unidas, ambas de 1948, reconheceram, em seus preâmbulos, um valor comum que deveria ser utilizado como base de todos os direitos ali consignados, qual seja a dignidade humana, que passou a ser reconhecida como o valor essencial e pedra angular de todos os direitos ali enunciados. No mesmo sentido, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia também reconhece “valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade” como base dos direitos que declara (Baez, 2011, p. 26-27).

É nesse contexto que se insere a crítica mais antiga ao conceito de dignidade, já que aduz a fragilidade do fundamento deste conceito que abrange tantos desafios e parece que sua flexibilidade não delimita seu alcance.

Stefano Rodotà nos inspira:

[...] Falando em dignidade e procedendo por aproximação sucessiva, se pode partir de uma afirmação de caráter geral: a dignidade pertence a todas as pessoas, e devem ser consideradas ilegítimas todas as distinções que acabam por considerar algumas vidas como não dignas, ou menos dignas de serem vividas, ou que negam a capacidade jurídica, típica das legislações raciais, que confinaram milhões de seres humanos na categoria de “não pessoas” ¹ (Rodotà, 2006, p. 192).

¹ Tradução livre do original: “Parlando di dignità, e procedendo per approssimazioni successive, si può partire da una affermazione di carattere generale: la dignità appartiene a tutte le persone, sì che debbono essere considerate illegittime tutte le persone, sì che debbono essere considerate illegittime tutte le distinzioni che approdino a considerare alcune vite come non degne, o o meno degne, d’essere vissute, o che giungano alla negazione stessa della capacità giuridica, tipica delle legislazioni razziali, che hanno confinato milioni di esseri umani nella categoria delle «non persone».”

As concepções de dignidade humana até aqui descritas, complementadas por Rodotà, conseguem traduzir um conceito transdisciplinar de dignidade, que orienta o presente estudo, que insere a dignidade como essência humana e que estabelece que todo e qualquer ato ou ação que desmereça essa condição é ilegítimo.

3 Direito à saúde e princípio da autonomia

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, os direitos fundamentais são reconhecidos, o que pressupõe sua pré-existência. São direitos inerentes aos seres humanos, que nascem com o homem e, em razão dessa natureza, são invioláveis, atemporais e universais.

Pode-se afirmar também, como característica dos direitos fundamentais, a liberdade, a eficácia *erga omnes* (são direcionados a todos os seres humanos), a universalidade (são idênticos para todos os povos), a proteção contra o Estado ou *status negativus* (protege o indivíduo contra ato ofensivo do próprio Estado ou de terceiros), além de serem inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis e intributáveis (Torres, 2006, p. 244).

Os direitos fundamentais têm como sinônimos os direitos naturais, individuais, civis, de liberdade, humanos ou liberdades públicas (Torres, 2006, p. 243).

É também neste enredo que reside o direito à saúde, bem como o conceito que não delimita saúde à ausência de enfermidade, como escreve Lenir Santos:

[...] a saúde é uma questão complexa, por ser um conceito difuso, por não resultar apenas de fatores biológicos e genéticos, decorrendo também de fatores socioambientais, econômicos e culturais e do estilo de vida a que a pessoa está exposta. Isso tudo tem sérias implicações para a garantia desse direito, por impor deveres morais e jurídicos ao Estado e à sociedade, e pela necessidade de delimitar seu conteúdo em um patamar aceitável, para demarcar as prestações obrigacionais do Estado (Santos, 2010, p. 28).

No mesmo sentido, Rodotà (2012, p. 268) contextualiza o direito à saúde como “direito fundamental no sentido pleno do termo, não admitindo adjetivos reducionistas”.

O marco regulatório do Direito Sanitário está relacionado ao surgimento dos novos direitos ou, dito de outra forma, com o advento da Constituição Federal em 1988, o sistema jurídico efetivou uma nova forma de ler o direito, focada mais no ser

humano e menos no patrimônio. Desde então, alguns conceitos sofreram adequações à nova realidade jurídica, entre eles, o direito à saúde.

Fernando Aith escreve:

[...] O reconhecimento constitucional da saúde como direito significou um grande avanço do Estado democrático de direito brasileiro e acarretou múltiplas inovações legislativas e institucionais, revelando um vasto campo do conhecimento jurídico a ser desbravado (Aith, 2010, p. 183).

Como direito social fundamental, cabe ao Estado a efetiva promoção do direito à saúde em toda sua complexidade e plenitude. Não menos importante, também é estatal o dever de proteção deste direito, contra ato de quem quer que o insulte, inclusive o próprio Estado, que tem o papel de garantir o acesso irrestrito dos indivíduos ao efetivo exercício de seus direitos fundamentais.

Vida, dignidade e saúde coexistem e ocupam o mesmo espaço, tendo em vista que, para atingir o almejado bem estar, não faz sentido dissociá-las. Uma vida sem dignidade não passa de uma mera existência e dignidade sem saúde é algo impensado para o abrangente conceito de vida.

A atual onda de valorização do ser humano também suscita novos conceitos de liberdade e dignidade que convergem para o respeito ao indivíduo, lendo-o como capaz de tomar decisões e assumir os riscos das práticas que pretende realizar. Não cabe dizer que a tutela do Estado está dispensada, ao contrário, o Estado tem um novo papel, ao invés de interferir arbitrariamente no poder decisório do indivíduo, passa a garantir que a vontade deste prevaleça.

A autonomia, assim como a dignidade, é algo intrínseco ao ser humano, todo ser humano nasce livre e autônomo.

Beauchamp e Childress – filósofos americanos, publicaram, no ano de 1978, o livro *Princípios de ética biomédica*, que é o modelo teórico mais influente e responsável pela consagração dos princípios da Bioética – dedicam um capítulo de sua obra para abordar o respeito à autonomia como um dos pilares aos demais princípios da Bioética (Beauchamp & Childress, 2002, p. 137-207).

Na Bioética, a autonomia faz parte do conjunto de preceitos básicos de respeito ao ser humano, ao lado dos princípios da beneficência e da justiça (Barreto, 2009, p. 106).

Durante séculos, o indivíduo enquanto paciente – aquele que sofre ou é objeto de uma ação – foi minimizado à condição de espectador de sua própria condição, à mercê da arbitrariedade que tantas vezes lhe feria a dignidade, sem acesso a informações e sem poder decisório sobre opções de tratamento. Não raro, o único a desconhecer a prévia condenação à morte por doença incurável era o próprio condenado.

Roque Junges afirma:

O enfermo, devido a sua dignidade como sujeito, tem o direito de decidir autonomamente a aceitação ou rejeição do que se quer fazer com ele, seja do ponto de vista do diagnóstico como da terapia (Junges, 1999, p. 42).

Sob o ponto de vista jurídico, a autonomia na relação médico-paciente transcende a forma meramente contratual de declaração da vontade porque se refere a um bem extra-patrimonial. A disposição do indivíduo sobre o próprio corpo torna essa relação horizontal, deixando para trás a visão do paciente como mero espectador e do médico como senhor absoluto de decisões. Não significa que as limitações do respeito à autonomia com caráter protetivo devam deixar de existir.

A autonomia parte da premissa de que o indivíduo é um ser livre e capaz, por isso, ela só pode ser considerada quando advinda de uma decisão consciente: o paciente precisa demonstrar total entendimento do diagnóstico, do prognóstico, do tratamento, riscos e alternativas, que lhe foram apresentadas, para então declarar a vontade que lhe assenta. A declaração de vontade ou consentimento informado é o ato pelo qual o paciente se autodetermina, escolhendo a forma de terapia que será empregada na sua condição.

No entanto, existem situações em que os elementos de capacidade não são encontrados, quer seja por força da própria debilidade física e/ou mental ou por força da terapia. Nesses casos, a correta interpretação se dá seguindo um modelo de decisão substituta, que consiste em tomar decisões por pacientes não-autônomos, ou incapazes de gerir a própria vontade.

Nas palavras de Beauchamp e Childress, os decisores podem ser investidos de três modelos para embasar sua decisão: a) julgamento substituto – “esse modelo exige que o decisor “se ponha nas vestes mentais do incapaz”” (Beauchamp & Childress, 2002, p. 196); b) pura autonomia – “[...] se aplica exclusivamente a

pacientes que já foram autônomos e que expressaram uma decisão autônoma ou preferência relevante” (Beauchamp & Childress, 2002, p. 199), e c) melhores interesses – “[...] um decisor substituto deve determinar o maior benefício entre as opções possíveis [...]” (Beauchamp & Childress, 2002, p. 204).

Qualquer que seja a maneira encontrada para garantir que a decisão acolhida pelo indivíduo seja estritamente seguida é válida e torna possível o respeito à autonomia do sujeito, investido do efetivo exercício das liberdades individuais.

4 Direito à morte digna na sociedade contemporânea

Relacionar vida e direito é tarefa que requer uma postura transdisciplinar e transcultural. Quando o direito à morte digna é trazido à discussão, surgem questões que extrapolam a matéria jurídica do fato, afirma Mauro Fusco:

A complexidade e a dramaticidade da problemática do fim da vida foi recente e repetidamente objeto de debates na mídia, durante os quais é raro perceber todas as implicações de natureza ética, filosófica e jurídica que inevitavelmente emergem de tal problemática (Fusco, 2008, p. 267).²

A vida e a morte são fatos da mais alta complexidade, razão pela qual não podem ser diminuídos a uma única concepção, seja ela jurídica, filosófica ou biológica. Daí surge a necessidade de alargar a percepção ou, dito de outro modo, a necessidade da transdisciplinaridade. Raffaele Prodomo, ao concluir seu artigo sobre “a Bioética entre a ciência e a fé”, assim escreve:

[...] parece que a natureza humana entendida como um processo histórico-evolutivo pode ser objeto de investigação de uma nova ciência, no sentido de Vico, que é um conhecimento complexo que integra, numa visão unificada, os aportes de diversas âmbitos disciplinares (Prodomo, 2008, p. 144).³

Aproximando a transdisciplinaridade do sistema jurídico, há sinais de que o Direito está abarcando uma série de temas, antes excluídos, que se inter-relacionam. Nesse mesmo sentido, Rodotà escreve sobre usos sociais do Direito: “os usos sociais do direito estão se multiplicando e se tornando multifacetários. Mas isso quer dizer

²Tradução livre do original: “La complessità e la tragicità delle problematiche di fine vita è stata di recente più volte oggetto di dibattiti mediatici non sempre approfonditi, durante i quali è raro cogliere tutte le implicazioni di natura etica, filosofica e giuridica che tali problematiche inevitabilmente sollevano.”

³ Tradução livre do original “la natura umana intesa come processo storico-evolutivo possa essere oggetto di indagine di una scienza nuova in senso vichiano, ossia un sapere complesso che sappia integrare in una visione unitaria gli provenienti dai diverse ambiti disciplinare.”

que não pode soar estranho ou que a sociedade deve resignar-se a ser mantida na gaiola de aço de uma onipresente e perversa dimensão jurídica?” (Rodotà, 2006 p. 9)⁴.

A sociedade vive um momento de construção e desconstrução de paradigmas e de conceitos, o que faz parte do próprio processo de evolução social. A questão relevante, neste momento, é como os sistemas sociais absorvem essas transformações no interior de suas estruturas, permitindo ou não os avanços desta nova forma de vida em sociedade.

O sistema jurídico, ainda que resistente a essas transformações, passa a questionar seu papel, seu lugar, sua função e sua relação com a possibilidade de “controlar” a sociedade. O Direito, que tradicionalmente se diz capaz de controlar a vida e a morte, não controla nem a si mesmo, pois está no meio do jogo onde deve decidir questões que são novas e antigas. Não raro observamos que o Direito que diz produzir certeza produz incertezas, e o Direito que diz produzir justiça produz injustiça.

O “Direito Vivo” é um discurso que vem ganhando espaço nas últimas décadas, em razão das numerosas dicotomias decorrentes de uma cultura jurídica que insiste em margear a enorme complexidade jurídica atual. Eligio Resta diz: “jogo singular aquele do Direito e da vida: razão de aproximações e distanciamentos, de representações e condensações, de referências puras e incorporações” (Resta, 2008, p. 3).⁵

Nesse jogo, como diz Resta, temos constantemente uma aproximação e um distanciamento de Direito e vida, vida e Direito, no sentido de que a vida não opera por meio de normas pré-estabelecidas, o que torna ainda mais penosa a contraprestação que o Direito deve apresentar. Silvio da Rocha as classifica como questões difíceis, “[...] são aquelas com forte conotação moral. Elas envolvem opções valorativas” (Rocha, 2012, p. 104).

⁴ Tradução livre do original: “Gli usi social del diritto si sono sempre più moltiplicati e sfaccettati. Ma questo vuol dire purè che nulla può essergli estraneo, e che la società deve rassegnarsi a essere chiusa nella gabbia d'acciaio di una onnipresente e pervasiva dimensione giuridica?”

⁵ Tradução livre do original: “Gioco singolare quello del diritto e della vita: fatto di avvicinamenti e allontanamenti, di rappresentazione e di condensazioni, di puri riferimenti e di incorporazioni. Proprio questo, vedremo, è uno dei termini che quella filosofia comincerà a praticare fin dalle sue origini.”

O Direito é produto da vida e, ao mesmo tempo, regular a própria vida. Por isso, ele se mostra incapaz de responder aos anseios de uma sociedade que está em constante transformação, o que acaba por desequilibrar ainda mais a relação vida humana e Direito:

De produto da vida o direito se torna regulador da vida: as vezes com timidez, outras vezes com certos delírios de onipotência, acabando por se confundir com a técnica, outras vezes subtraindo-se silenciosamente para sua competência, sem saber que mais cedo ou mais tarde, a história estará pronta para desvelá-lo. É no jogo da existência cotidiana que a trama se torna visível, quando o direito precisa decidir sobre questões sempre renovadas sempre as mesmas da vida, quando, se reivindica uma vida humana ou, pelo contrário, se reivindica o direito de não nascer, tudo isso constitui agora uma semântica influente, na qual aquilo que falamos é muito mais do que aquilo que se diz (Resta, 2008. p. XI).⁶

Para o autor, o Direito tem prazo de validade e essa afirmação tem a prescrição como meio de prova. Ehrlich diz que: “Quando a ciência jurídica dominante dá tanto destaque à prescrição jurídica como objeto de pesquisa, isso acontece em decorrência do pressuposto tácito de que todo o direito se encontra guardado e subsumido nas prescrições jurídicas” (Ehrlich, 1986, p. 373).

O Direito que está sendo decidido hoje é um Direito do passado. Dessa forma, é razoável afirmar que: “assim, nossos códigos sempre estão sintonizados com uma época muito anterior à contemporânea e toda a arte jurídica do mundo não seria capaz de retirar deles o verdadeiro Direito de seu tempo, simplesmente pelo fato de que eles não o contêm” (Ehrlich, 1986, p. 347).

A interferência do Direito no modo de viver do indivíduo, ainda que pareça ter em seu âmago apenas o condão de resguardar a vida, às vezes torna a existência ameaçada porque não observa (se observa, não contempla), valores morais inerentes ao ser humano, o que não é censurável, já que Direito não é sinônimo de moral. A moral não está catalogada, contrário está o Direito com toda sua norma

⁶Tradução livre do original: “Da prodotto della vita il diritto diventa il regolatore della vita stessa: a volte con timidezza, altre volte con qualche delirio di onnipotenza, finendo per confondersi con la tecnica, altre volte sottrae in dosi silenziosamente ai suoi compiti, senza sapere che prima o poi, la storia è pronta a scovarlo. Ed è nel gioco dell’esistenza quotidiana che l’intreccio diventa visibile, quando il diritto si trova a dover decidere sulle questioni sempre nuove e sempre uguali della vita, quando, come è noto, si rivendica una vita o, al contrario, si ipotizza il diritto a non esser nato; tutto questo, si diceva, costituì scemami una semantica influente in cui quello di cui si parla è molto più di quelli che su dice.”

positivada e ultrapassada, o que exige uma profunda reflexão para que o próprio Direito se mantenha “vivo” no contexto contemporâneo.

Os fatos que estão sucedendo neste momento são o que podemos chamar de sociedade atual. No entanto, as respostas a essas demandas estão em algum futuro longínquo e quiçá inalcançável, o que torna todo o sistema jurídico ineficaz. Eugen Ehrlich leciona:

Com isto está claro que também neste caso o direito vigente não reproduz o quadro mais pálido daquilo que realmente acontece na vida. Por isso de forma alguma a ciência e o ensino podem restringir-se a explicar o que está escrito na lei; eles deveriam investigar as configurações reais, que são diferentes em cada classe social e em cada região, mas que possuem uma essência uniforme e típica (Ehrlich, 1986, p. 377).

Assim, é possível dimensionar a importância da constante releitura e adequação do Direito às liberdades individuais, já que, se a vida não se molda, tampouco se moldará ao Direito. Silvio da Rocha escreve: “A humanidade em sua essência funda-se na liberdade de escolha, denominada livre-arbítrio, espécie de autodeterminação, que nos permite optar a partir de valores, na razão, na possibilidade de conhecer, de questionar tudo, de observar, de procurar respostas.” (Rocha, 2012, p. 102)

O direito à morte digna, lido como a possibilidade de escolher morrer com dignidade, tem razão de existir por conta da sociedade tecnológica a qual estamos inseridos – que tem o cruel poder de prolongar uma vida sem qualquer expectativa – em nome dos avanços da ciência.

No Brasil, a eutanásia (nesse estudo traduzida por morte digna), ocupa espaço na legislação criminal, embora, timidamente, algumas bandeiras já estejam sendo erguidas, como resoluções do Conselho Federal de Medicina, que tem o condão de excluir da tipificação penal e incluir no princípio da dignidade humana, limites às terapias de prolongamento da vida quando aplicadas a enfermos fora da esperança de cura.

5 Conclusões

O direito à morte digna é um assunto que pode ser tratado não apenas como “ator principal de novos direitos”, mas também como consequência deste momento

de valorização do ser humano como indivíduo, da adoção dos princípios da dignidade e da autonomia, e do reconhecimento dos direitos fundamentais, dentre eles, o direito à vida e a saúde.

No momento social em que estamos inseridos, parece razoável (re)pensar que simplesmente deixar viver já não é satisfatório: a vida está umbilicalmente ligada ao princípio da dignidade humana e às liberdades. A dignidade da pessoa humana é o pilar dos direitos fundamentais e consiste em enxergar o outro como um ser em si, bastante e suficiente, e não como um mero meio. A condição humana sugere a liberdade de escolha, fundada no princípio da autonomia que é aquele que entende o indivíduo como capaz de gerir sua própria vida.

Com efeito, o direito à morte digna representa mais do que se consegue trazer à discussão, porque ele necessariamente implica em viver com dignidade – considerando tudo o que esta expressão contém.

Referências

AITH, Fernando. Perspectivas do direito sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios para sua efetivação. In: SANTOS, Lenir. (Org.) *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2010. ISBN 978-85-62844-02-7.

ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig; (Orgs.). *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. ISBN 978-85-309-2721-9.

BAERTSCHI, Bernard. *Ensaio filosófico sobre a dignidade*. Antropologia e ética das biotecnologias. Tradução de Paula Silva Rodrigues Coelho da Silva. São Paulo: Loyola, 2009. ISBN 2-8309-1151-2.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos humanos fundamentais e direitos humanos dependentes de fatores culturais – novos rumos de uma possível coexistência. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas (Org.). *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais: Desafios do Século XXI*. Joaçaba: UNOESC, 2011. cap. 1, p. 25-54. ISBN 978-85-870-8977-9.

BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. ISBN 85-7431-266-5.

BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. ISBN 978-85-375-0814-5.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. ISBN 978-85-15-02565-7.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: UNB, 1986. ISBN 85-230-0018-6.

FUSCO, Mauro. Le tematiche di fine tra coloro e diritto. In: PRODOMO, Raffaele. *Il futuro della bioetica: una scienza nuova per il XXI secolo*. Torino: G. Giappichelli, 2008. p. 267-286. ISBN 978-88-3488492-8.

JONAS, Hans. *O princípio vida: Fundamentos para uma biologia filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2004. ISBN 85-326-3084-7.

JUNGES, José Roque. *Bioética: Perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. ISBN 85-7431-009-3.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009. ISBN 978-85-86590-88-7.

NEDEL, José. *Ética Aplicada: pontos e contrapontos*. São Leopoldo: UNISINOS, 2004. ISBN 8574312215.

PRODOMO, Raffaele. La bioetica tra scienza e fede: una “scienza nuova” per il XXI secolo. In: PRODOMO, Raffaele. *Il futuro della bioetica: una scienza nuova per il XXI secolo*. Torino: G. Giappichelli, 2008. p. 121-145. ISBN 978-88-3488492-8.

RESTA, Eligio. *Diritto vivente*. Roma: Laterza, 2008. ISBN 978-8842087137.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Morrer com Dignidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. (Coord.) *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN 978-85-224-7368-7.

RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole*. Tra diritto e non diritto. Milano: Stampa, 2006. ISBN 978-8807103926.

RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma: Laterza, 2012. ISBN 978-88-420-9608-5.

SANTOS, Lenir. (Org.) *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2010. ISBN 978-85-62844-02-7

TORRES, Ricardo Lobo. Direitos Fundamentais. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. ISBN 85-7431-255-4.

VIAL, Sandra Regina Martini. The Right to Die with Dignity: Socio-legal Implications of the Right to a Dignified Life and Death in the Brazilian Experience. In: NEGRI, Stefania (Ed.). *Self-Determination, Dignity and End-of-life Care Regulating Advance Directives in International and Comparative Perspective*. Leiden – Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. ISBN 978-90-04-22357-8.

Recebido para publicação em 29 de abril de 2014.
Admitido para publicação em 21 de novembro de 2014.