

DIREITO À MORTE: POSSIBILIDADES E PERSPECTIVAS

RIGHT TO DEATH: POSSIBILITIES AND PERSPECTIVES

*Paulo Ferrareze Filho**

O homem é uma criança enlouquecida diante da morte. Edgar Morin

Resumo: Descobrir o tratamento adequado que o Direito deve dar às situações que lidam com o delicado tema do limiar da vida é, sempre, custosa tarefa. Em tempos de tamanha arbitrariedade na produção das decisões judiciais, a tentativa de buscar verdades dentro de temas candentes como o proposto, se dá como forma de resgatar a parcela necessária de autonomia que cabe ao Direito. Diante desse panorama, o artigo a seguir, apoiado na teoria do Direito que utiliza a hermenêutica de raiz filosófica, busca especular qual o tratamento adequado que o ordenamento jurídico brasileiro poderia/deveria dar ao célebre caso do espanhol Ramón Sampedro.

Palavras-chave: Direito à Morte. Dignidade. Vida.

Abstract: Discovering the appropriate treatment that the Law should give to situations that deal with the delicate issue of the threshold of life is, always, a costly task. In times of such arbitrariness in the production of judicial decisions, the attempt to find truth inside burning issues such as the one proposed shows itself as a way to redeem the necessary portion of autonomy that belongs to the Law. Against this background, the article that follows, supported by the theory of Law that rely on the root of philosophical hermeneutics, seeks to speculate what is the proper treatment that Brazilian legal system could/should give to the celebrated case of the Spaniard Ramón Sampedro.

Key words: Right to Die. Dignity. Life.

* Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS. Professor de História das Instituições Jurídicas na Universidade Regional de Blumenau – FURB (SC) e na Faculdade AVANTIS/SC. Advogado. Email: ferrarezeffilho@yahoo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

Não há algo mais sedutor que a verdade. A verdade é o canto da sereia que conchama todos sem distinção. Por essa razão é que vai muito além do conhecimento científico e avança sobre toda gnose humana. Avança tanto sobre a historicidade coletiva quanto sobre o universo particular de cada ser. Na dimensão particularizada de cada um ou como grande mistério da vida, a morte repele a verdade. E é pela incapacidade de apreensão das verdades que rondam a morte, e toda essa grande indagação correlata que desalinha o ser, que se pode dizer que a morte é uma espécie de sedutora soberana do conhecimento humano. Não sem razão que a literatura tanto a tenha representando nos traços de belas mulheres, de vestir insinuante e olhar profundo, tal qual fez Saramago em *As intermitências da Morte*.¹

Essa busca incessante por verdades, ao mesmo tempo em que fez do homem um descobridor por excelência – de pretensas verdades apodíticas ou de verdades fragmentárias – também revelou a grande incapacidade do psiquismo humano no trato com o desconhecido. Se são as verdades as grandes sedutoras, também é certo que a insegurança gerada pela incapacidade de desvelamento completo das verdades, se constitui como o grande receio humano, apenas para poupar o uso da palavra *medo*. Não é típico do traquejo humano o bom trato com o desconhecido. Privilégio dos aventureiros, estado sublime dos loucos; dirão os mais “medrosos”. Jung², alfinetando seus resistentes contemporâneos que ainda negavam a existência do inconsciente, já alertava que o faziam acometidos pelo velho misoneísmo, o grande medo por tudo que é novo e desconhecido.

O anelo pela verdade da morte, para os fins desta breve investigação, tentará se satisfazer levando em consideração a dimensão hermenêutico-constitucional, tendo como premissa o célebre caso do espanhol Ramón Sampederro³, retratado no filme *Mar Adentro* do diretor Alejandro Amenábar. Buscar na normatividade do texto constitucional brasileiro a verdade ou a resposta adequada para a tensão que envolve as possibilidades de um “direito à morte”, é avançar sobre a possibilidade de encontrar, por meio do diálogo com a tradição dos conceitos, um antídoto contra a pluralidade de respostas dentro do sistema jurídico. De todo modo, perpassando também o discurso bioético, pretende-se, ao final, avaliar as possibilidades de superação das empedernidas dicotomias do Direito, que a tudo quer rotular como justo/injusto, legal/ilegal, constitucional/inconstitucional... Não sem razão que ainda hoje, em que já se pode sentenciar o fracasso do positivismo jurídico de cunho lógico-dedutivo, próprio da filosofia racional-cartesiana, permanece vivaz no pensamento mais ortodoxo do Direito o desbaratinado *princípio da segurança jurídica*. É o velho misoneísmo apontado por Jung a operar no Direito, afinal, a necessidade de um sistema de consequências exatas para todo “se” e “quando” denuncia que também os juristas não souberam lidar bem com a “natureza insegura” de tudo que é novo e desconhecido que brota do amálgama social.

Pelo olhar da psicologia, o Direito faz as vezes da figura paterna. *É muito difícil enfrentar as incertezas contando apenas com nós mesmos. Substituímos essa sensação de impotência ao estender a proteção paterna para outras figuras como Deus, o Direito, o Estado ou a Ciência*, diz Warat.⁴ Também Philippi sustenta que *a lei apresenta-se ‘ab origine’ como ressonância da palavra do pai imaginário, e é justamente essa constatação que indica uma via singular para a compreensão da legalidade humana que conserva os ecos dessa voz imperiosa e inquestionável.*⁵

São essas representações imaginárias da figura paterna, encarregadas de dar proteção contra os espaços desconhecidos como a morte e instituídas pretensiosamente no Direito e na moral, que parecem ser o principal alvo de Ramón Sampedro no livro que escreveu durante os penosos anos em que lutou nos tribunais para ter reconhecido seu direito de morrer dignamente por meio da eutanásia. Em carta à amiga Aurora, escreve que o dilema em relação à eutanásia se dá porque as classes dominantes não querem e não sabem resolver, tanto jurídica como moralmente, uma questão que privilegia a vida e não o afastamento da dor psicológica, demonstrando, assim, um paternalismo imaturo que protege a vida de forma absoluta e acrítica.⁶

Diante da morte, o homem vê-se finito, frágil, limitado à sua condição efêmera, à sua condição de *ser-para-a-morte* (Heidegger). Nesse escorregadio e inseguro terreno, como conviver com a ausência das verdades que circundam a morte? Como conviver com a insegurança deste inapreensível conhecimento no Direito? Como conviver com esse com esses receios e medos?⁷

2 BREVES ESCLARECIMENTOS

Para que se possa avançar sobre as verdades possíveis do “direito à morte” no discurso jurídico-constitucional, é necessário estabelecer fronteiras entre termos recorrentes no presente tema. A etimologia do termo *eutanásia* faz remissão à ideia de “boa morte” ou “morte suave”. Ainda assim, é comum principalmente nos meios de comunicação, o emprego equivocado do termo, já que usado como adjetivo genérico de todos os casos que envolvem o embate entre o livre arbítrio e a proteção da vida e que tem, de acordo com cada conceito, as denominações especiais de *distanásia*, *ortotanásia* e *suicídio assistido*.

Quando ações positivas de outra pessoa – que não o paciente – tenham por objetivo tirar a vida deste, fala-se em (1) *eutanásia* ou *eutanásia ativa*. Todavia, quando o próprio paciente, ainda que auxiliado por terceira pessoa, provoca sua morte, fala-se em (2) *suicídio assistido*, como ocorreu com Ramón Sampedro. Assim também foram os casos

protagonizados pelo médico estadunidense Jack Kevorkian, apelidado pela imprensa de “Doutor Morte”. Kevorkian, se valendo da não proibição legal em relação ao suicídio assistido no estado de Michigan, construiu na parte de trás de sua perua, uma cadeira munida com uma injeção de substâncias letais. Ainda assim, estava assegurado o livre exercício da autonomia, já que o paciente era o responsável por acionar os botões que conduziriam as substâncias mortais para as próprias veias.⁸ A (3) *distanásia*, também chamada de *eutanásia passiva*, é o prolongamento da vida de um paciente terminal sem perspectivas de cura. Já a (4) *ortotanásia* ocorre quando se permite o transcurso natural do processo de morte sem qualquer intervenção médica. A recusa de tratamento para pacientes acometidos de doenças terminais é claro exemplo da ortotanásia, que inclusive foi regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina na Resolução 1.805/2006⁹ e tem previsão no anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal Brasileiro¹⁰.

3 SOBRE VERDADES HERMENEUTICAMENTE ADEQUADAS EM DIREITO: POSSIBILIDADES DO DIREITO À MORTE

O universo não é uma ideia minha. A minha ideia do Universo é que é uma ideia minha [...]. Alberto Caeiro por Fernando Pessoa

Utilizando-se o exemplo privilegiado do caso de Ramón Sampetro, indaga-se: qual o tratamento que o corpo normativo brasileiro deveria dar a um caso análogo?

Em tempos em que o neocostitucionalismo¹¹ quer resgatar a determinação *juspositivista* e pensar o Direito a partir da gaveta que o contém – que é a gaveta da normatividade constitucional, justificadora de um sistema democrático – mas sem que, com isso, incorra-se no reducionismo de cartilhar condutas e consequências; é preciso sedimentar uma hermenêutica pós-positivista e comprometida com o movimento neoconstitucionalista que rompe com os prístinos postulados positivistas.

A partir dessa premissa, é vital a adoção do *modelo prescritivo da Constituição como norma* que, segundo Pozzolo, se firma como um conjunto de regras jurídicas positivas e fundamentais que atingem *status* constitucional em razão do particular conteúdo que expressam, se constituindo como um *acordo democrático sobre valores fundamentais*.¹² Para que se lapide o conceito de neoconstitucionalismo dado por Pozzolo, é necessário questionar a inclusão, pela autora, da característica denominada de *técnica interpretativa denominada “ponderação” ou “balanceamento”*. Sem que aqui se aprofunde a discussão entre as teorias hermenêuticas e as teorias ponderacionistas, é preciso afirmar que estas criam espaços nebulosos em que se hierarquizam princípios constitucionais para solução dos

chamados *hard cases*¹³, como poderia se “qualificar” o caso de Ramón. Assim, não há como evitar a discricionariedade do intérprete que acabará elegendo (subjetivamente) um dos princípios constitucionais em conflito.¹⁴ Afinal, como se resolveria, senão de forma arbitrária, o embate *vida x dignidade*, sendo ambos valores elevados aos mais protegidos pedestais constitucionais?

Contrariando as teorias da argumentação, em que Alexy é nome ecoante, se pretende fornecer, pela analogia do caso de Ramón Sampedro, a possibilidade de uma verdade (resposta) constitucionalmente adequada à tensão entre a particularização da dignidade humana e a supremacia do “valor vida”, enquanto valor coletivo legitimado democraticamente no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, está-se a concordar em parte com Pozzolo, primeiro para rechaçar a qualidade ponderativa da interpretação e, segundo, para acatar a tese de que existem valores fundamentais que dão suporte à tese neoconstitucionalista.

Conglomerando a teoria integrativa de Dworkin¹⁵ e a hermenêutica filosófica de Gadamer¹⁶, Streck chama a atenção para a necessidade de buscar respostas hermeneuticamente adequadas à Constituição, *insistindo na perspectiva de verdades conteudísticas*¹⁷, e levando a sério – antes do próprio Direito como quer Dworkin – a perspectiva fenomenológica emprestada da revolução antimetafísica de Heidegger, que rompe com o paradigma representacional pautado no esquema sujeito-objeto para dar azo à viragem ontológico-linguística.¹⁸

Para que não se faça um resgate exaustivo da teoria de Streck, é suficiente dizer que a proposta de encontrar respostas hermeneuticamente adequadas tem dois pilares de sustentação que estão ligados entre si: (1) *respeito à autoridade conferida pela tradição em relação aos princípios constitucionais* e, conseqüentemente, (2) *interpretação autêntica a partir da antecipação de sentido daquele que julga*. Além disso, é relevante lembrar que a *Constituição agasalha em seu texto princípios que traduzem deontologicamente a promessa de uma vida boa, uma sociedade solidária, o resgate das promessas da modernidade – liberdade, igualdade e fraternidade*. A questão da moral na interpretação de cunho neoconstitucional reitera o caráter tópico do Direito, lembrando que ao intérprete não é admitida a imposição de um conteúdo moral que seja atemporal ou ahistórico, já que *o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo*.¹⁹

Diante dessas premissas epistemológicas, volta-se ao atrito que fundamenta a presente discussão: qual a resposta – hermeneuticamente adequada – que deveria dar o intérprete brasileiro, fosse o caso de Ramón Sampedro submetido ao ordenamento jurídico pátrio? Ainda que não haja ineditismo no argumento de que a *dignidade da pessoa humana*

(Art. 1º, III, CF) tenha prevalência hierárquica sobre a garantia de *inviolabilidade do direito à vida* (Art. 5º, CF), simplesmente pela posição antecipada no texto constitucional; é importante lembrar que, além dessa prevalência valorativo-textual, a *dignidade* carrega a insígnia de *princípio fundamental da República*, enquanto a *inviolabilidade do direito à vida* (inviolabilidade do direito, para que desde já se sublinhe) não ganha mesmo *status*, já que pertencente ao rol das *garantias fundamentais*.

De todo modo, aqui não se pretende fundamentar, ou melhor, *justificar a fundamentação*²⁰ por meio da literalidade semântica do texto constitucional. Agindo desse modo, por certo, se manteria o erro crasso de interpretar buscando a *vontade da lei* ou a *vontade do legislador*, mecanismo próprio das teorias hermenêuticas mais arcaicas e ainda alheias à recepção do paradigma da linguagem.²¹ Por essas razões é que se reconstrói a seguir as dimensões da dignidade e da vida, para que a ideia do direito à morte possa transcender, como quer Fernando Pessoa, o universo arbitrário de cada um e se legitime por meio das suas raízes.

4 RESGATAR TRADIÇÕES PARA MODIFICAR O HORIZONTE DE SENTIDO DO JULGADOR: ENTRE A DIGNIDADE E A VIDA

Considerando os valores presentes no texto constitucional como resultados históricos, cabe, então, resgatar a tradição dos resultados constitucionais que são a (i) *proteção da dignidade humana* e a (ii) *preservação da vida*. Com isso se aprofundará a intenção interpretativa com vistas ao desvelamento autêntico de sentido desses dois conceitos. É esse o mandamento da hermenêutica filosófica quando, na tentativa de ir além da literalidade textual e da vontade do escritor do texto, essa última de cunho psicologista; fala em *revolver o chão linguístico*.²²

Revolver o conceito da dignidade da pessoa humana como resultado posto no texto constitucional é seguramente tarefa para extensos trabalhos investigativos. Sem a pretensão de esgotamento e de diálogos totalizantes com a tradição, afirma-se, de acordo com os dados relatados por Sarlet²³, que desde as formulações de Cícero a dignidade aparece como valor a ser desvinculado da posição social dos indivíduos, devendo ser entendida em uma dimensão moral-abstrata e política. Tendo como premissa a metafísica teológica do período escolástico, Tomás de Aquino correlaciona a dignidade com a “imagem e semelhança de Deus” e com a capacidade de autodeterminação. No período moderno, Kant seculariza a dignidade e sustenta que o fundamento da dignidade está na autonomia ética do ser humano. Além disso, afirma que os indivíduos não devem ser tratados como objetos, sedimentando o postulado da

pessoa como fim e repudiando a instrumentalização do ser humano. Sarlet ainda chama a atenção para o fato de não se restringir, especialmente no século XX, a fundamentação da dignidade aos olhares metafísicos ou religiosos, apontando que o valor que carrega tem lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico e que, por isso, deve terminar com a concepção simples, mas não menos nobre, de que falar de dignidade é considerá-la *parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão-somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos pelo Estado.*²⁴

A dignidade pode ser visualizada também em outras duas dimensões: uma *externa*, em relação aos cuidados paliativos de pacientes terminais, e outra *interna*, que considera a liberdade e a autodeterminação como desdobramentos da dignidade da pessoa humana no limiar da vida. Os cuidados paliativos consistem em atenção global ao paciente, devendo atender aspectos físicos, emocionais, sociais e espirituais²⁵. Essa dimensão da dignidade nos caminhos da morte evidencia que o desiderato do tratamento deve se pautar não em acelerar ou retardar a morte, mas sim em brindar o enfermo com a melhor qualidade de vida possível, traduzida em alívio dos sintomas, dos sentimentos de angústia e da solidão. Porém, uma ética médica mais adequada é aquela que identifica e pondera as necessidades particulares de cada indivíduo e também de sua família.

Uma primeira dificuldade ao se tratar de dignidade de pacientes terminais é justamente estabelecer em exatidão o que se entende por pacientes em estado terminal. Inicialmente pode ser entendida como uma situação de morte iminente e inevitável em que as medidas de suporte vital apenas retardam o momento da morte. É fácil identificar essa situação em processos incuráveis, a dificuldade reside, porém, em doenças graves cujo prognóstico não é necessariamente mortal como o de Ramón Sampedro.

Pode-se afirmar que uma dimensão externa da dignidade humana deve contemplar ao paciente terminal: a) direito de receber tanto atenção médica quanto suporte familiar, b) direito de que todas as formas de dor e sofrimento sejam abreviadas, c) direito a todas as informações sobre sua doença e d) direito a poder recusar um tratamento e intervenções de reanimação, o que denota, aparentemente, uma resposta irracional do Direito, como anota Dworkin, pois ao mesmo tempo em que as pessoas podem optar por morrer lentamente, recusando-se a receber tratamento capaz de mantê-las vivas, não podem optar pela morte rápida e indolor da eutanásia.²⁶ A limitação médico-terapêutica respeita o princípio constitucional da dignidade humana na medida em que não permite ausência de prestação de assistência médica no fim da vida, priorizando-se o dever de cuidado, a oferta de terapias proporcionais e o respeito à autonomia do paciente, expressa por alguma espécie de

consentimento informado²⁷, seja documental, por meio dos *testamentos de vida*, que são declarações formais de consentimento para abreviação da vida em casos de vida vegetativa; ou, simplesmente, por declaração expressa de vontade como fez Ramón Sampedro durante todos os anos de tetraplegia.

Deve-se atentar ao fato de que todas as precauções médicas, se não forem harmonizadas com os princípios de liberdade e autodeterminação – exteriorizações de uma dimensão interna da dignidade –, não servirão para atender esse requisito, uma vez que, mesmo ante todas as dificuldades de tomada de conhecimento da vontade do paciente em estado vegetativo, por exemplo, a autodeterminação, a autonomia e a liberdade se mostram basilares para que a dignidade sirva de fundamento para uma ética que supere o Juramento de Hipócrates²⁸ e permita a eutanásia, colocando a liberdade de escolha como instrumento do exercício da dignidade.

Nesse breve voltar de olhos para a tradição do conceito de dignidade, é possível apreender que é a *autodeterminação* a nota que compõe, através dos tempos, o que se poderia chamar de “DNA” conceitual da dignidade. Por outro lado, pode-se notar que ainda que a dignidade seja de há muito objeto da filosofia e dos grandes sistemas religiosos, apenas no século passado se avolumou nos textos constitucionais. Isso porque por meio das pretensas garantias legais, buscou-se garantir que não se repetissem as experiências desastrosas e os massacres, mormente da segunda guerra mundial.

Assim, se é correto o mandamento emprestado da hermenêutica filosófica no sentido de revolver as estruturas da linguagem a fim de buscar alguma originalidade no sentido dos conceitos, deve-se, com a dignidade da pessoa humana, observar as causas de sua inclusão massiva nos textos jurídicos do segundo pós-guerra. Essa sumária reflexão sedimenta a ideia de que a dignidade presente nesses textos, como é o caso do brasileiro (tardiamente) em 1988, tem como fundamento a proteção da dignidade não de forma irrestrita como é pensamento corrente, mas sim tendo como condição a desatenção à autodeterminação. Dito de outro modo: considerando a presença da dignidade no texto constitucional como resultado histórico, observa-se que o Estado Democrático de Direito garante a proteção da dignidade apenas nos casos em que haja limitação da autodeterminação do indivíduo. É, em grande parte, pela impossibilidade de autodeterminação dos judeus nos campos de concentração nazistas que a dignidade aparece tanto na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, quanto nos textos constitucionais subsequentes. De todo modo, o que faz com que se condene a impossibilidade de autodeterminação dos judeus é especialmente o fato de que as limitações impostas emanavam de um regime totalitário e antidemocrático.

É preciso lembrar que também a autodeterminação ou um possível “direito à autodeterminar-se”, não pode ser irrestrito, mesmo hoje, em tempos de exaltação da liberdade e dos discursos relativistas. As determinações pessoais, mesmo em uma democracia, devem atender aos limites impostos pela “filosofia do pode ou não pode”, que faz parte da natureza de todas as escolas do Direito. Portanto, trata-se de duas espécies bastante distintas de limitação da autodeterminação: a primeira que o faz tendo como base um regime de imposições como na Alemanha nazista, e a segunda que o faz respeitando a vontade geral democrática legitimada pelo texto constitucional.

De modo sintético: de acordo com esse diálogo fragmentado ora feito com as tradições, para invocar a dignidade presente no texto constitucional brasileiro é preciso que haja (1) desatenção à autodeterminação e que (2) a possibilidade de se autodeterminar não ultrapasse os limites impostos pela vontade coletiva expressos na Carta. Assim, ao voltar novamente os olhos para o texto constitucional, é possível notar com facilidade que a proteção de que trata o art. 5º *caput*, refere sobre a *inviolabilidade do direito à vida*, e não simplesmente a inviolabilidade da vida. Esse argumento é nevrálgico porque desconstrói a ideia da vida como valor absoluto.

A inviolabilidade do direito à vida, confirmada na legislação penal, existe como forma de limitar a autodeterminação, afinal, não se pode matar pessoas pelo simples exercício do direito de se autodeterminar. Dito de modo mais simples: o ordenamento jurídico trata de proteger o *direito à vida* (o que é inviolável é o *direito à vida*) para que se evitem exercícios arbitrários de autodeterminação. Logo, o ordenamento proíbe que alguém tire a vida de outro (que tem assegurado constitucionalmente o direito de não ter sua vida violada), mas não de alguém que considere viver um dever e não um direito! Pensar na incapacidade do Direito diante dos suicidas é um modo de tocar essa reflexão sobre o direito à morte... Afinal, quando não se pode escolher o caminho da morte por impossibilidade física como Ramón ou por meio da proibição da autodeterminação, há um direito à vida ou um dever à vida?

Ainda que a proteção jurídica da vida seja um desdobramento do instinto misonéista humano, como antes se referiu, cabe lembrar que seu caráter absoluto não é confirmado por parte da tradição. Os celtas matavam os pais que estivessem velhos e doentes sem qualquer espécie de proibição social. Na Grécia antiga os bebês deformados eram tidos por monstros e, por isso, eram jogados do alto do monte Tajeto. Na Índia, doentes incuráveis eram lançados no rio Ganges depois de obstruídas com barro boca e narinas. A própria prática de oferecer alívio por meio da eutanásia é encontrada em relatos históricos. Os romanos utilizavam o chamado vinho de Moriani, composto com substância das raízes da mandrágora para causar

adormecimento aos condenados à morte. Durante a ocupação romana na Palestina, que tinha a crucificação como o método de execução, era ofertada uma infusão que fazia as vítimas entrarem em estado de letargia a fim de amenizar as dores.²⁹

Diante dessas breves reflexões, pretende-se fixar a ideia de que a resposta hermenêuticamente adequada à Constituição, respeitados os resultados extraídos desse curto diálogo com a história, dão conta de possibilitar, dentro dos parâmetros do caso de Ramón Sampredo, a prática da eutanásia. Seja pelo viés da dignidade, que privilegia a autodeterminação em casos de consciência como o de Ramón, seja pelo viés de proteção do direito à vida, que se constitui como uma condicionante relativizada pela faticidade do indivíduo que pretende ser eutanizado e, ainda, pelo fato de que ao considerar a vida como um dever não se está a ferir qualquer preceito constitucional; a verdade hermenêuticamente autêntica que se extrai da confrontação dessas tradições possibilitaria a prática da eutanásia dentro do contexto do caso de Ramón Sampredo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se faz por amor se faz para além do bem e do mal. Friedrich Nietzsche

Para que não se sacramento um discurso ahistórico e de pretensões totalizantes, é necessário lembrar a alternância do significado histórico da morte. Ainda que estejam enraizadas, todas as concepções são por vezes corroídas pelo tempo, de modo que a finalidade desta rápida investigação não pretende nada além de demonstrar a possibilidade de se permitir, pela via estatal, aquilo que já vem sendo confirmado de há muito pelo discurso bioético. É nesse sentido que a autodeterminação em casos de pacientes conscientes e a beneficência médica podem ser confirmados no âmbito do Poder Judiciário, que deve estar atento tanto a uma hermenêutica constitucional preocupada em justificar suas fundamentações, quanto sensível aos olhares transdisciplinares que imperativamente se apresentam em situações de complexidade como a exposta.

É preciso lembrar que dentro de um mesmo tempo histórico, é possível que os contornos em relação à morte sejam multifacetados, uma vez que ligados à diferentes contextos sócio-culturais. Junges³⁰ corrobora esse argumento quando aponta as diferenças da concepção da morte nas sociedades avançadas e nas subdesenvolvidas. Enquanto nas primeiras o direito à morte é visto como forma de evitar a dor e um meio de morrer com dignidade, nas segundas a dignidade está ligada, não à morte, mas à vida. Esta é uma preocupação importante e que se antecipa em qualquer discussão acerca das possibilidades

da eutanásia. Enquanto a reivindicação geral nas sociedades desenvolvidas é por um direito à morte digna, nas subdesenvolvidas grita-se por uma vida digna e saudável. Além disso, já é tempo de avançar para além do bem e do mal, como manda Nietzsche³¹, vencer os misonéismos que tanto escravizam certezas e impedem o avanço dos passos, e especular sobre a possibilidade de não mais ver a morte como inimiga da vida, mas como simples desfecho.

Modificar a forma de pensar a morte é vital para que a evolução humana e, conseqüentemente, do próprio Direito, possam dar respostas mais humanas e menos interessadas em atender a formalismo burocráticos gastos pelo tempo. Como não privilegiar o consenso entre paciente, familiares e médicos que, em comunhão consciente de vontades e em gesto de afeto – e porque não de amor –, elegem a morte como caminho para abreviar sofrimentos atroz? Nesse sentido os testamentos de vida devem receber atenção da comunidade jurídica uma vez que podem ser importantes mecanismos de inserir no Direito a possibilidade de um direito à morte.

E porque não fazer como a literatura, reprodutora da vida, e unir amor e morte, tal qual fez Saramago no já citado *As intermitências da morte*. Se é certo que as ficções são mentiras que contam verdades, podemos fazer delas normatividade da vida para tocarmos “verdades mais verdadeiras”, tão distante que andam do Direito... O livro de Saramago é dividido em dois momentos. Primeiro as pessoas de um determinado país simplesmente deixam de morrer e todos os desdobramentos das “férias” tiradas pela morte escondem a mensagem subliminar de que a única forma de manter a vida é com a constância da morte. Na segunda parte do livro o autor transforma a morte em uma mulher de carne e osso que, por se apaixonar por um músico, não consegue cumprir seu ofício e matá-lo. É no lúdico da fábula literária que Saramago faz ver o óbvio ululante: a morte esmorece diante do amor. Em alguns casos, por certo como o de Ramón Sampedro, a morte pode ser a última paixão da vida.

NOTAS

- ¹ Ver SARAMAGO, José. *As intermitências da morte*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- ² JUNG, Carl Gustav. *O homem e seus símbolos*, p. 22-23.
- ³ Conforme SAMPEDRO, Ramón. *Cartas do inferno*. Tradução de Lea Zylberlicht. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2005, “Ramón Sampedro nasceu em 5 de janeiro de 1943 em Xuño, uma pequena aldeia da província de La Coruña. Quando tinha 22 anos embarcou como mecânico em um navio mercante norueguês, e com ele percorreu quarenta e nove portos do mundo inteiro. Essa experiência permaneceu como uma das melhores recordações. Em 23 de agosto de 1968 pulou na água de cima de um rochedo. A maré havia baixado e o choque da cabeça contra a areia produziu

uma fratura na sétima vértebra cervical. Durante trinta anos viveu sua tetraplegia sonhando com a libertação através da morte. Sua demanda jurídica não foi aceita no Tribunal de Direitos Humanos de Estrasburgo. Pelos meios de comunicação reivindicou seu direito a uma morte digna e em janeiro de 1998, em segredo e provavelmente assistido por uma mão amiga, conseguiu seu intento.”

- 4 WARAT, Luis Alberto. *Manifesto do surrealismo jurídico*. Disponível no blog do autor: <www.luisalbertowarat.blogspot.com>
- 5 Consultar PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*, p. 401, 404. A autora afirma que ao transpor a análise psicanalítica da lei “para o exame das montagens jurídicas próprias à tradição romano-medieval, constata-se que estas, antes de priorizarem a distinção de um limite simbólico próprio para os seres humanos, investem, ao contrário, na representação santificada de uma autoridade que atua justamente para preencher o vazio mais cruel do sujeito, ou seja, a falta que faz dele o único responsável pela caução das falas, poderes e norma que organizam a sua vida. Estabelecer a correspondência entre esses dois planos permite constatar, por fim, que a lei, forjada a partir desse legado, veicula os expedientes necessários para manter operantes os símbolos originários, os quais, com o aval dos juristas, continuam a garantir com verossimilhança o lugar-tenente do pai imaginário”.
- 6 SAMPEDRO, Ramón. *Cartas do inferno...*, p. 34-35.
- 7 Vale repetir o que Eduardo Galeano escreve em *O Medo Global: Os que trabalham têm medo de perder o trabalho, os que não trabalham têm medo de nunca encontrar o trabalho/Quem não tem medo da fome, tem medo da comida/Os automobilistas têm medo de caminhar e os pedestres têm medo de ser atropelados/A democracia tem medo de recordar e a linguagem tem medo de dizer/Os civis têm medo dos militares e os militares têm medo da falta de armas/As armas têm medo da falta de guerras/Medo da mulher à violência do homem, medo do homem das mulheres sem medo/Medo dos ladrões, medo da polícia/Medo da porta sem fechadura, do tempo sem relógio, das crianças sem televisão/Medo da noite sem comprimidos para dormir, medo de dia sem comprimidos para acordar/Medo da multidão, medo da solidão/Medo do que foi e do que pode ser/Medo de morrer, medo de viver*. Disponível em www.entrehermes.blogspot.com Acesso em 20 de junho de 2010.
- 8 DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*, p. 262.
- 9 Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.
§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.
§ 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.
§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.
Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar."
- 10 Art. 121, § 4º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou a sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.
- 11 Conforme DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*, p. 77-78, “...o neoconstitucionalismo não é plenamente coincidente com o juspositivismo. Aquele, de fato não se apresenta como uma doutrina descritiva a mas, no mínimo, como uma reconstrução racional e, no máximo, como justificação do sistema [...] A doutrina neoconstitucionalista é uma política constitucional: que indica não como o direito é, mas, como o direito deve ser. A partir da leitura de

- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*, p. 7, “neoconstitucionalismo significa ruptura, tanto com o positivismo como com o modelo de constitucionalismo liberal. Por isso, o direito deixa de ser regulador e passa a ser transformador [...]”.
- ¹² DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico...* p. 78-89.
- ¹³ Para STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...*, p. 398, “o problema de um caso ser fácil ou difícil não está nele mesmo, mas na possibilidade – que advém da pré-compreensão do intérprete – de compreendê-lo. Fosse possível – filosófica e hermeneuticamente – distinguir (*a priori*) casos fáceis e casos difíceis, chegar-se-ia à conclusão de que seriam fáceis para determinados intérpretes e difíceis para outros. A questão – vista de outro modo – é: fácil ou difícil para quem?”.
- ¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...*, p. 179-182.
- ¹⁵ Consultar DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007 e DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ¹⁶ Consultar GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 7. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2005 e GADAMER, Hans-Georg. *El problema de la consciencia histórica*. Editora Tecnos: Madrid, 1993.
- ¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...*, p. 13.
- ¹⁸ Sobre a viragem ontológico-linguística consultar HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2001. v. I., e a obra HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, que reúne sinteticamente alguns dos principais textos do autor.
- ¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...*, p. 407.
- ²⁰ Esclarece STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...*, p. 406, que “mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação, pois.”
- ²¹ Para ilustrar essa concepção, consultar, em especial MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense: 1979, para quem “a hermenêutica jurídica tem por objetivo o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e ao alcance das expressões do Direito”.
- ²² Consultar GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 7. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2005 e GADAMER, Hans-Georg. *El problema de la consciencia histórica*. Madrid: Editora Tecnos, 1993.
- ²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 30-37.
- ²⁴ Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 38-39.
- ²⁵ Ver Declaração de Veneza da Sociedade Médica Mundial sobre doenças terminais. Disponível em: [http://www.saude.sc.gov.br/comite_etica/Gabriela_Guz_ModuloIII/DECLARA%C7%C3O%20DE%20HELSENKI%20\(2000\)%20em%20portugu%C3%AAs.doc](http://www.saude.sc.gov.br/comite_etica/Gabriela_Guz_ModuloIII/DECLARA%C7%C3O%20DE%20HELSENKI%20(2000)%20em%20portugu%C3%AAs.doc). Acesso em: 3 jul. 2010.
- ²⁶ DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*, p. 259.
- ²⁷ PITHAN, Livia Haygert. *A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não-ressuscitação” hospitalares*, p. 77.
- ²⁸ O juramento de Hipócrates é uma declaração solene tradicionalmente feita por médicos por ocasião de sua formatura. Acredita-se que o texto é de autoria de Hipócrates ou de um de seus discípulos.
- ²⁹ Conforme CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.
- ³⁰ JUNGES, José Roque. Eutanásia. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*, p. 302-308.
- ³¹ Consultar NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal*. Tradução de Lilian Salles Kump. São Paulo: Centauro, 2006.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.
- DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *El problema de la consciencia histórica*. Madrid: Editora Tecnos, 1993.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 7. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2005.
- HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2001. v. I.
- JUNG, Carl Gustav. *O homem e seus símbolos*. Tradução de Maria Lúcia Pinho. 2. ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.
- JUNGES, José Roque. *Eutanásia*. In: Dicionário de Filosofia do Direito. BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). Editora Unisinos: São Leopoldo e Editora Renovar: Rio de Janeiro, 2006.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1979.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal*. Tradução de Lilian Salles Kump. São Paulo: Centauro, 2006.
- PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- PITHAN, Livia Haygert. *A dignidade humana como fundamento jurídico das "ordens de não-ressuscitação" hospitalares*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.
- SAMPEDRO, Ramón. *Cartas do inferno*. Tradução de Lea Zylberlicht. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2005.
- SARAMAGO, José. *As intermitências da morte*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

WARAT, Luis Alberto. *Manifesto do surrealismo jurídico*. Disponível no blog <www.luisalbertowarat.blogspot.com>