

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS I

CRISTINA VELOSO DE CASTRO

MÔNICA NEVES AGUIAR DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

B615

Biodireito e direitos dos animais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadoras: Cristina Veloso De Castro, Mônica Neves Aguiar Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-285-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Biodireito. 3. Direito dos animais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS I

Apresentação

Em mais um Congresso Nacional, o CONPEDI escolheu como tema de sua XXV edição o estudo sobre o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. Neste ambiente acadêmico o grupo I de Biodireito e Direito dos Animais acolheu a discussão de dezessete trabalhos sobre temas os mais diversos na área, desde a Democracia como fundamento de proteção contra o risco dos organismos geneticamente modificados, até a tutela jurídico-ambiental dos animais domésticos. É com imenso prazer que apresentamos os artigos discutidos no grupo, na certeza de que sua divulgação em muito ampliará os estudos sobre o tema.

Fausto Santos de Moraes e Felipe de Ivanoff trouxeram artigo, bem afinado com o tema do evento, no qual retratam a democracia como sistema de promoção da alteridade e buscam nela justificar a proteção contra o risco dos organismos geneticamente modificados.

Joel Rodrigues Milhomem revela-nos sobre o mesmo fenômeno uma análise jurídica em torno da estrutura de gestão de riscos para alimentos transgênicos no Brasil.

Bárbara Augusta de Paula Araújo Myssior e Luis Eduardo Gomes Silva nos apresentam interessante pergunta sobre ser a discriminação genética uma questão jurídica ou biológica e nesse diapasão sugerem uma elaboração simbólica do termo discriminar com conteúdo positivo e negativo.

No trabalho intitulado “A fundamentalidade da identidade genética humana enquanto direito transgeracional” Daniela Aparecida Rodrigueiro traz à baila o sentido da alteridade e do controle ético sobre alterações genéticas ditas negativas realizadas antes do nascimento da pessoa humana.

Rogério Borba, ao apresentar seu artigo “Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida: a fecundação in vitro” convida o leitor a reexaminar a questão referente ao critério de definição do que seja vida e realça o entendimento da infertilidade como doença.

Ainda tratando de questões emergentes referidas a avanços tecnológicos, Anna Cristina de Carvalho Rettore e Maria de Fátima Freire de Sá trazem-nos profunda análise a respeito da “Gestação de substituição no Brasil: normatividade avançada e possibilidade de aprimoramento”.

Com foco no respeito pela autonomia do paciente e sem esquecer do princípio da vulnerabilidade, Ana Paula Azevedo Sá Campos Porto e Simone Bezerra Pontes Araruna debruçam-se sobre “O dever de informar na perspectiva da relação médico-paciente atual: análise à luz da dignidade da pessoa humana e do direito à autodeterminação do paciente”.

O vácuo legislativo em torno das diretivas antecipadas de vontade é examinado sob a ótica do interesse jurídico em torno dos pacientes terminais cuja vontade não foi manifestada anteriormente ao ato médico no trabalho desenvolvido por Andrei Ferreira de Araújo Lima sob o título “Limites da dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade: ortotanásia e pacientes em estado vegetativo sem diretivas antecipadas”.

Único trabalho sobre transplantes foi apresentado por Pamela Cristine Bolson e Juliana Toralles dos Santos Braga, as quais desenvolveram importantes pontos sobre o tema a título de “Breves reflexões sobre o sistema de transplantes no Brasil”.

Amanda Souza Barbosa, Mônica Neves Aguiar Da Silva, apresentaram o artigo: A bioética global no marco do multiculturalismo. Este trabalho tem como objetivo geral analisar projetos sobre a Bioética Global em uma perspectiva multicultural. Tem-se como objetivos específicos: a) apresentar a proposta de Bioética Global em Potter e suas transformações; b) abordar as tensões entre universalismo e pluralismo a partir de autores que negam a Bioética Global e de outros que apresentam soluções conciliatórias; c) situar a Bioética Global no multiculturalismo, com destaque à indicação dos direitos humanos como seu conteúdo.

Juliana Luiza Mazaro e Caio Eduardo Costa Cazelatto, apresentaram o artigo: Da promoção da dignidade das travestis por meio do princípio da igualdade e das ações estatais. O presente trabalho tem por finalidade, a partir do método teórico, analisar a promoção da dignidade e da igualdade das travestis por meio das ações estatais. Para tanto, serão explorados o princípio da dignidade humana, da igualdade e da não discriminação, bem como, a delimitação da travestilidade, da função prestacional do estado e das políticas públicas direcionadas ao tema. Com isso, visa-se demonstrar a necessidade de se ampliar as ações estatais quanto à efetivação dos interesses e direitos concernentes às travestis.

Roberta Ferrazzo Scolforo e Juraciara Vieira Cardoso, apresentaram o artigo: Decisão e racionalidade nos comitês de bioética. O objetivo do presente artigo foi o de analisar até que ponto os comitês de bioética poderiam servir como instâncias prévias ao poder judiciário, evitando, assim, a judicialização dos conflitos envolvendo o tema, bem como analisar se em casos de maior complexidade eles poderiam servir como auxiliares judiciais especializados. A teoria da argumentação geral e jurídica foi apresentada como um procedimento capaz de ofertar maior objetividade às deliberações bioéticas, possibilitando, assim, um maior controle de racionalidade por parte daqueles que não fazem parte deles.

Jose Carlos Machado Junior, apresentou o artigo: A proteção animal nas terras da pacha mama: a insuficiência da proposta de lei orgânica do bem-estar animal no equador. Considerando-se que a Pacha Mama é sujeito de direito na Constituição equatoriana, este trabalho analisa os direitos dos animais no Equador conforme o seu Código Civil e a sua proposta de Lei de Bem-Estar Animal. Para fins de comparação são citadas as legislações de outros países que reconhecem a senciência dos animais. Apesar do paradigma do constitucionalismo andino, no Equador os animais são juridicamente considerados coisas, realidade que não será alterada caso aprovada a Lei de Bem-Estar Animal.

Mery Chalfun apresentou o artigo: A questão animal sob a perspectiva do supremo tribunal federal e os “aspectos normativos da natureza jurídica. O presente trabalho tem por fim a análise da natureza jurídica dos animais não humanos na doutrina do Direito dos Animais, ordenamento jurídico e posicionamento do Supremo Tribunal Federal a partir de julgados que abordam conflito entre manifestação cultural e crueldade com animais. A legislação brasileira apregoa uma multiplicidade de posições quanto à natureza jurídica, o que pode influenciar no tratamento diário conferido aos animais. Percebe-se dois entendimentos no STF, ou seja, antropocêntrica, equivalente a bem, enquanto de outro a mudança para o biocentrismo, ampliação de consideração moral quanto aos animais e possibilidade de mudança da natureza jurídica.

Tereza Rodrigues Vieira e Camilo Henrique Silva, apresentaram o artigo Bioética e biodireito: rituais religiosos com sacrifício animal, tratando da relação entre homens e animais tem sido discutida sob novos fundamentos, no intuito de ultrapassar o paradigma dominante antropocêntrico, num viés para a defesa e proteção dos animais. O abate de animais em rituais religiosos em território brasileiro é prática cotidiana, sem qualquer embaraço, constrangimento ou questionamento, afinal, a lei garante a liberdade religiosa.

Gustavo Henrique Pacheco Belucci apresentou o artigo intitulado: Novas perspectivas de compreensão e proteção jurídica dos animais. O desenvolvimento sustentável implica no

respeito e manutenção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações. A maior causa de desequilíbrio que se detecta na atualidade é a desenfreada destruição da fauna, que supera o desgaste da flora e demais recursos naturais. Para pensar no meio ambiente ecologicamente equilibrado no futuro, o direito deve se adaptar para o reconhecimento pleno dos direitos dos animais reconhecendo a eles dignidade e igualdade, repulando o trato cruel, implicando em novos hábitos de consumo dos seres humanos.

Cristina Veloso de Castro e Maria Priscila Soares Berro nos apresentam o artigo “Tutela jurídico-ambiental dos animais domésticos” pelo qual convidam o leitor a refletirem a respeito do tratamento legal que deve ser adotado na espécie.

Com esses trabalhos, podemos dizer que o leitor estará sendo apresentado com as pesquisas mais recentes e profundas desenvolvidas nos cursos de pós-graduação em Direito em diversos quadrantes do País, envolvendo o Biodireito e o Direito dos Animais.

Profa. Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva - UFBA

Profa. Dra. Cristina Veloso de Castro - ITE

**LIMITES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AUTONOMIA DA
VONTADE: ORTOTANÁSIA E PACIENTES EM ESTADO VEGETATIVO SEM
DIRETIVAS ANTECIPADAS**

**LIMITS OF HUMAN DIGNITY AND AUTONOMY OF WILL: ORTHOTHANASIA
AND PATIENTS IN A VEGETATIVE STATE WITHOUT ADVANCE DIRECTIVES**

Andrei Ferreira de Araújo Lima ¹

Resumo

O presente artigo é fruto de um estudo interdisciplinar entre a Filosofia, o Direito e a Bioética, buscando compreender quais são os possíveis limites éticos e jurídicos relativos à interrupção de tratamento de pacientes em estado vegetativo sem diretiva antecipada. Esses casos seguem sem uma resposta concreta, pois se não houve uma manifestação antes do acidente, como decidir, agora, a conduta a ser efetivada? A partir da análise de princípios como o da dignidade da pessoa humana e o da autonomia da vontade será demonstrado de que forma o debate poderá encontrar argumentos em comum.

Palavras-chave: Ortotanásia, Dignidade da pessoa humana, Autonomia da vontade, Estado vegetativo, Relação médico-paciente

Abstract/Resumen/Résumé

This article is the result of an interdisciplinary study of Philosophy, Law and Bioethics, trying to understand what are the possible ethical and legal limits on patient treatment withdraw in a vegetative state with no advance directive. These cases remain without a concrete answer, since there was no advance directive before the accident, how to decide now the right medical conduct? From analysis of principles such as human dignity and the autonomy of will, it will be shown how the debate may find arguments in common.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Orthothanasia, Human dignity, Autonomy of will, Vegetative state, Doctor-patient relationship

¹ Mestrando na área de Direitos Fundamentais do PPGD da PUCRS, sob orientação do Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

1. Introdução

O presente artigo tem como enfoque o estudo dos critérios éticos e jurídicos nos casos de ortotanásia em pacientes em estado vegetativo sem qualquer documento de diretiva antecipada ou testamento vital.

Desde a implementação das diretivas antecipadas no Brasil pelo Conselho Federal de Medicina, no ano de 2012, restou claro o entendimento que uma pessoa pode decidir tanto pelo tratamento, quanto, inclusive, à interrupção deste caso venha a se encontrar em uma condição, segundo seus próprios interesses e percepção da vida, indigna.

Ocorre que, trata-se de uma resolução muitíssimo recente e raras são as pessoas que tomam o cuidado de efetiva-la, até porque, enquanto saudáveis, dificilmente imaginamos a situação adversa a nossa condição presente.

É exatamente neste ponto que se encontra a problemática do presente artigo, ou seja, pessoas que jamais deixarem documentalmente registrado suas diretivas antecipadas, e que em virtude de um acidente encontram-se em estado vegetativo, não podendo mais falar por si, cabendo a família e/ou pessoas próximas decidirem pela continuação ou não de um determinado tratamento.

Certo é que nem mesmo com um testamento vital será fácil tomar uma decisão de interrupção de um determinado tratamento, que logicamente, nos casos aqui analisando, culminaram na morte do paciente, sendo mais difícil ainda uma decisão baseada em relatos expostos durante a vida a familiares e amigos, sobre uma condição que a pessoa em questão talvez jamais viesse imaginar.

Neste interim, surgem questionamentos, como: de que forma se poderá respeitar a autonomia do paciente e conseqüentemente sua dignidade? Como deverá o médico se comportar frente a tal situação? Qual o verdadeiro sentido da beneficência médica? O *ethos* médico deve estar voltado ao paciente ao invariavelmente à luta pela vida? Quando que a obstinação terapêutica passa a ser irrazoável?

A partir destes questionamentos e levando em consideração postulados filosóficos, notadamente em relação às teorias de Immanuel Kant e Jürgen Habermas; jurídicos, relativamente a autores como Ronald Dworkin, Ingo Sarlet, John Rawls, et al; e bioética, levando-se em consideração autores como Peter Singer, Otfried Höffe, Harmut Kress, et al., procurar-se-á desenvolver argumentos que demonstrem a possibilidade de se respeitar a autonomia da vontade e conseqüentemente a dignidade, mesmo daqueles que não mais podem responder por si.

2. Da compreensão correta dos termos eutanásia, ortotanásia e distanásia

Atualmente, segundo a corrente majoritária, os procedimentos relacionados ao fim da vida, são divididos em três grandes categorias. São elas: distanásia, eutanásia e ortotanásia.

Distanásia, do grego, *dis* – mal, ruim – e *thánatos* – morte – é o prolongamento artificial do processo de morte e, conseqüentemente, também do sofrimento da pessoa. Na maioria das vezes é o prolongamento de uma vida praticamente irrecuperável, o que acaba apenas causando mais dor e sofrimento a pacientes terminais. Em outras palavras, não visa prolongar a vida, mas sim a morte.

Ortotanásia, do grego, *orto* – correto, certo – e *thánatos* – morte – é a morte correta, aquela que seguiu seu rumo natural, portanto não houve a utilização de nenhum instrumento ou medicamento que visasse única e exclusivamente o prolongamento de uma vida, que por sua vez já se encontra em estado terminal. Nesse caso, o paciente, por já se encontrar em um estágio final de vida, recebe uma contribuição do médico para que a morte siga seu curso natural. Uma contribuição, na maioria das vezes, em forma de omissão. Desta maneira, diante de dores intensas sofridas pelo paciente terminal e considerando os tratamentos como intoleráveis e inúteis, o médico deve agir apenas no intuito de amenizá-las, deixando a morte ocorrer naturalmente.

Eutanásia, do grego, *eu* – bom, agradável – e *thánatos* – morte – é a morte que visa o fim de um sofrimento causado por uma doença incurável. Neste caso, diferentemente da ortotanásia, o paciente não precisa, necessariamente, se encontrar em situação terminal. Pressupõe-se, além da incurabilidade da doença, que a pessoa se encontre em um estado físico e psíquico de sofrimento tão agudizado, que chegue a entender a morte como melhor do que a vida.

Cabe salientar que nos dois últimos casos a vontade do paciente é primordial, não há de se falar em ortotanásia ou eutanásia sem consentimento.

Dos três tipos de mortes descritas acima, apenas uma é majoritariamente aceita como “legal”¹ ou compatível com a doutrina e a ética médica, qual seja: a ortotanásia. A distanásia é proibida e, por uma simples questão de lógica e bom senso é de entendimento majoritário que assim deva seguir. Já a eutanásia, hoje considerada ilegal no Brasil e em inúmeros outros países, é um assunto extremamente interessante, leia-se polêmico, porém, em virtude da delimitação

¹ Dizemos legal, pois por mais que não esteja regulada em nenhum diploma jurídico a regulamentação já era uma medida aceita nos hospitais, desde que houvesse o consentimento da família ou do paciente.

temática, não será alvo de estudo. Como muito bem elucidado por Sarlet: “não existe clareza sobre as diversas modalidades de eutanásia e sua diferenciação, inclusive no que diz com seus respectivos efeitos jurídicos” (SARLET, 2012, p.368).

De qualquer sorte, o tipo de morte assistida que interessa ao presente artigo, é a ortotanásia. Pacientes em estado de coma irreversível, encaixam-se perfeitamente nessa modalidade.

Ainda, cabe elucidar as diversas categorias de eutanásia elaboradas pelo Prof. de filosofia Jeff McMahan. Para ele a eutanásia pode ser dividida em eutanásia voluntária, eutanásia não voluntária e eutanásia involuntária². Além de eutanásia ativa, eutanásia passiva e suicídio assistido.

Para o filósofo americano, eutanásia voluntária é aquela em que uma pessoa pede para ser morta, consente em ser morta, ou, ainda, pede para ser deixada morrer, de maneira livre e autônoma, visando seu próprio bem (MCMAHAN, 2011, p. 478-479).

A eutanásia é não voluntária quando não é possível que o indivíduo que é morto, ou deixado morrer, dê ou recuse o seu consentimento, como, por exemplo, nos casos de pacientes em coma, que não deixaram qualquer documento com suas diretrizes antecipadas (MCMAHAN, 2011, p. 479), que é exatamente o caso em questão.

Ocorre a eutanásia involuntária, quando um indivíduo que é competente para dar ou para recusar seu consentimento é morto, ou é deixado morrer, de maneira contrária à sua vontade expressa, ou nos casos em que seu consentimento não tiver sido solicitado. Nesses casos, há uma conduta amplamente ilegal do médico, que viola todo e qualquer princípio relacionado à autodeterminação do paciente (MCMAHAN, 2011, p. 479).

Por fim, comumente se chama o ato de matar um indivíduo, visando seu próprio bem, de eutanásia ativa, ao passo que o ato de deixar um indivíduo morrer, quando tal conduta é de seu interesse, é chamado eutanásia passiva (MCMAHAN, 2011, p. 479).

Entende-se eutanásia ativa como a ação do médico que vise diretamente o resultado morte. Já a eutanásia passiva é identificada nos casos em que a morte será um resultado colateral, como, por exemplo, no caso do desligamento de um aparelho vital, ou do não prosseguimento de um determinado procedimento, que resultará em óbito do paciente.

Ainda cabe uma breve referência ao suicídio assistido, que diferentemente da eutanásia ativa, implica atividade do paciente para a obtenção do resultado morte. (DINIZ, 2007, p. 295-307).

² Nesse sentido: SINGER, Peter. **Ética Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**. Aborto, Eutanásia e Liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Resta claro, segundo a conceituação do citado professor de filosofia, que o presente artigo trata, dos casos de eutanásia não voluntária passiva.

Uma vez esclarecidos esses conceitos, deixa-se consignada a sinonímia, para fins da presente abordagem, entre eutanásia³ passiva e ortotanásia. Relativamente aos demais termos

3. Introdução ao debate referente à relação médico-paciente

Uma das grandes preocupações deste estudo é a crítica quanto à relação paternalista entre o médico e o paciente. Há uma visão ultrapassada, que remonta ao tempo em que o médico deveria exercer todos e quaisquer esforços para salvar o paciente, sem necessariamente compreender se aquele bem era também o do paciente. Como muito bem descrito pelo Doutor em Filosofia da Latrobe University Robert Young:

[...] essa prática de paternalismo em relação aos cuidados médicos efetivamente alocou o interesse de um terceiro na saúde do paciente a frente do interesse do paciente de decidir por si mesmo o que seria o melhor para si considerando todas as possibilidades (YOUNG, 1998, p. 442).

Tal conduta vigorou por muitos anos e seus perigos foram expostos durante a Segunda Guerra Mundial. Uma visão paternalista da relação médico-paciente acaba por desencadear a violação de inúmeros direitos humanos. Se o ser humano é apenas o meio, porque o médico ou cientista deveria se preocupar com a sua opinião?

Qualquer pessoa deve sempre, e sob qualquer hipótese, ter sua autonomia respeitada, de modo que qualquer tratamento, sem o seu consentimento, viola gravemente sua dignidade pessoal.

Uma das primeiras decisões, nos EUA, relativa à autonomia do paciente, foi o caso *Schloendorff vs. Society of New York Hospital*, em 1914, no qual o paciente recusou o tratamento cirúrgico, gerando a indignação dos médicos, que recorreram ao poder judiciário americano. O reconhecido jurista da corte de apelação de Nova York, Benjamin Nathan Cardozo, deu razão ao paciente, declarando que:

³ Importante ressaltar a lição de Barroso que diz: “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 lapso”. BARROSO, Luís Roberto. **Amorte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf. Acesso em: 20 ago. 2016.

[...] todo ser humano adulto e mentalmente capaz tem o direito de determinar o que deve ser feito com seu próprio corpo, e um cirurgião que realiza uma operação sem o consentimento do paciente comete um insulto, do qual é plenamente responsável (YOUNG, 1998, p. 442).

Não há dúvida de que essa relação paternalista está sendo deixada de lado e cada vez mais há o respeito à autonomia da vontade do paciente e, via de consequência, à sua dignidade. Tal realidade pode ser verificada através da análise do novo código de ética médica e da nova resolução do Conselho Federal de Medicina, referente às diretrizes antecipadas (Resolução 1996/2012).

Porém, muitos conflitos ainda devem ser resolvidos, principalmente aqueles em que a autonomia da vontade já não pode mais ser expressada, como é o caso dos pacientes em coma, que não deixaram qualquer documento de diretiva antecipada.

Nestes casos, retorna-se, praticamente, ao ponto zero da discussão, uma vez que toda ela, até o presente momento foi calcada na autonomia da vontade, que por questões físicas, não poderá mais ser, ao menos, externalizada.

A partir desta problemática necessário se faz uma maior discussão quanto aos limites da autonomia da vontade, que será objeto de análise do ponto que segue.

3.1. Do subjetivismo de kant ao intersubjetivismo de habermas – a importância de uma teoria do reconhecimento no ambiente hospitalar

“A responsabilidade ética pode levar a um controle, e se necessário, a uma limitação de cada uma das formas de poder de ação da tecnologia médica. Como centro normativo da ética da responsabilidade médica, deve ser considerada a dignidade humana de cada indivíduo” (KRESS, 2008, p. 26).

A citação eleita para iniciar o presente tópico, não trata especificamente da autonomia da vontade, porém, já de modo a indicar sua escolha, pergunta-se: O que é o pleno exercício da dignidade, senão a promoção e defesa da autonomia?

Desde de Immanuel Kant entende-se a dignidade como intrinsecamente relacionada com a dignidade da pessoa humana. Se as palavras de Kress, “a dignidade humana tornou-se um conceito chave da ética moderna e da ordem constitucional” (KRESS, 2008, p. 27), estiverem corretas, então correto também é afirmar que a autonomia, também, tornou-se um conceito chave da ética moderna e da ordem constitucional.

Em que pese as dificuldades filosóficas e jurídicas de se estabelecer o conteúdo ou até mesmo os limites (aqui se tratando da dimensão objetiva em contraponto a dimensão subjetiva

dos direitos fundamentais) da dignidade da pessoa humana, Kirste defende, a partir do que seria uma interpretação kantiana do termo, que todos, pelas características que nos tornam humanos, somos seres dignos. Segundo o mesmo autor,

Aquele que possuir direitos e deveres jurídicos é um sujeito de direito e uma pessoa de direito. Mas quem deve sê-lo? Esta é uma pergunta a que a dignidade humana responde: *todos* os seres humanos devem ser tratados como sujeitos de direito. (KIRSTE, 2009, p. 175 – 198).

A inclusão da dignidade da pessoa humana nos ordenamentos jurídicos passou por inúmeras fases. Porém, é um instituto recente, frente a tantos outros relacionados ao Direito. Sua positivação se deve muito, senão unicamente, à preocupação com todas as barbáries que o homem já cometeu contra outros de sua própria espécie.

Klaus Stern afirma que a dignidade é o princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativo. (*apud* SARLET, 2008, p. 85). Segundo Kress “a dignidade humana tornou-se um conceito-chave da ética moderna e da ordem constitucional. Na Lei Fundamental da Alemanha consta no art. 1: “a dignidade do ser humano é inviolável”. (KRESS, 2008, p. 27).

Para Sarlet,

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2012, p. 73).

Como já referido, intrinsecamente relacionada à dignidade encontra-se a autonomia da vontade, sendo a autodeterminação uma das principais características inerentes a ambas. Neste interim, cabe lição de Thadeu Weber, “a liberdade, como autonomia, se constitui no primeiro princípio do republicanismo. O propósito do esclarecimento é romper com as múltiplas formas de restrição à liberdade e apostar definitivamente no “uso público da razão”. (WEBER, 2009, p. 232 – 259).

A concepção de dignidade da pessoa humana vinculada ao uso público da razão foi a grande contribuição que a filosofia (Immanuel Kant) concedeu à ideia de autonomia da vontade e autodeterminação. O estudo inter-relacionado destes institutos, desvinculando-os de qualquer moral religiosa foi o grande passo rumo a sua secularização e universalização. Pode-se dizer,

que a fundamentação quanto ao conteúdo da dignidade da pessoa humana de grande parte dos países ocidentais que positivaram o termo em suas constituições, bem como de tratados internacionais que tratam do tema, provém do ideal kantiano.

Partindo de sua tese “somente a razão pode ser a origem dos princípios práticos supremos” (KANT, 2009, p. 22), Kant demonstra claramente sua inclinação para a secularização da moral e da ética. O conceito de dignidade, proposto por Kant, é de tamanha magnitude, que se tornou, atualmente, o mais aceito, entre inúmeros tribunais constitucionais, sendo um deles o alemão.⁴ (KIRSTE, 2009, P. 175 – 198).

Kant posiciona o homem no topo mais elevado da natureza, acima de todos outros seres. (HOFFE, 2002, p. 117). Segundo ele, o ser humano é o único animal dotado de razão. A partir da racionalização chega-se à autodeterminação, ou seja, o ser humano é capaz de racionalmente se autodeterminar no universo e se estabelecer como pessoa dotada de moral e ética. Seguindo essa mesma linha de raciocínio, chega-se ao ponto central de sua teoria, a autonomia.⁵ (DWORKIN, 2009, p. 315).

No entendimento de Kant, como bem saliente John Rawls:

[...] ele supõe que aquilo que denomina “razão humana comum” (*gemein Menschvernunft*), que todos compartilhamos, julga mais ou menos da mesma maneira; nem mesmo o filósofo pode ter princípios (morais) diferentes daqueles próprios à razão humana ordinária. (RAWLS, 2005, p. 19).

Segundo Otfried Höffe a teoria kantiana quanto à dignidade da pessoa humana traduz o seguinte pensamento:

[...] sozinha a pessoa, contemplada como pessoa, isto é, como sujeito moral e prático da razão, e superior sobre todos os valores, então se assim considerado ele é na finalidade a proteção em si mesmo, isto é, ele possui uma dignidade (um valor interno absoluto). (HOFFE, 2002, p. 128)

A pergunta que poderia surgir, principalmente em termos de bioética, e principalmente quanto aos casos de paciente em estado de coma, é: sendo a dignidade uma característica estritamente ligada à capacidade racional do ser humano, de que forma restaria configurada a dignidade daqueles que por algum motivo, seja doença ou acidente, não tenham a capacidade

⁴ O autor lembra que esse conceito de dignidade recebeu o nome de “fórmula objeto”, elaborada pela primeira vez pelo ministro alemão Günther Dürig.

⁵ Segundo Dworkin há um consenso geral de que os cidadãos adultos dotados de competência normal têm direito à autonomia, isto é, direito de tomar, por si próprios, decisões importantes para a definição de suas vidas.

de racionalizar como, por exemplo, bebês recém-nascidos, crianças pequenas, crianças especiais, e pessoas em estado de coma?

A pergunta é extremamente relevante neste contexto, no qual a capacidade de racionalizar é o que nos possibilita a autodeterminação e autonomia, habilidades configuradoras da dignidade da pessoa humana. Porém, trata-se, aqui, de uma capacidade de racionalizar potencial do ser humano e não necessariamente a necessidade de todos nós, desde os primeiros meses de vida racionalizarmos e nos autodeterminarmos, o que seria, sem dúvida, uma condição absurda.

Se apenas a autonomia, enquanto capacidade de autodeterminação, fosse preponderante para o reconhecimento da dignidade, seria correto afirmar que ninguém até a fase adulta seria merecedor de tal prerrogativa, o que, logicamente, seria um argumento absurdo. Exatamente para se evitar qualquer tipo de confusão argumentativa é que se frisa o entendimento de dignidade como característica intrínseca e não um adjetivo quantitativo.

O que Kant esclarece é uma potencial capacidade do ser humano de autodeterminar-se. Somos seres da mesma raça e, por conseguinte, ao menos potencialmente, temos traços e características semelhantes, sendo uma delas a capacidade de racionalizar. Como bem sustentado por Sarlet:

[...] autonomia é considerada em abstrato, com sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz. (SARLET, 2009, p. 15-43).

Immanuel Kant desenvolve muito bem sua teoria de conhecimento a priori, a partir do chamado “imperativo categórico”, que é, em esparsas palavras, a lei universal moral, e suas ramificações, quando aplicadas, demonstrarão quais seriam as leis universais a serem estabelecidas pelo homem. (RENAULT, 2009, p. 328 – 338). Tal entendimento aparece de forma muito bem consubstanciada, em Kant, quando o filósofo considera “a autonomia da vontade como princípio supremo da moralidade”. (KANT, 2009, p. 85).

No que tange ao artigo, a principal formulação kantiana é: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente, como fim e não simplesmente como meio”.

Salienta-se, desde já, a importância desse imperativo no estudo, mesmo que ele volte a ser objeto de análise em seguida. “Age de tal maneira que uses a humanidade (...) como fim

e não simplesmente como meio” é uma expressão que trata muito bem da relação médico-paciente. Jamais uma pessoa deverá ser submetida a tratamento sem o seu consentimento, correndo-se o risco de o médico enquadrar-se em uma conduta na qual utiliza o ser humano da maneira que lhe convier (meio) e não da maneira que convém ao paciente (fim), verdadeiro interessado nesta relação.

Como seres autônomos, devemos eleger qual o tratamento que melhor nos cabe. Caso o médico utilize o tratamento que ele considere como o mais eficiente sem que o paciente tenha o conhecimento de qual ele é, há uma gritante violação da autonomia da vontade e, conseqüentemente, de sua dignidade.

Porém, alguns autores encontraram em Kant uma fórmula incompleta. Um deles é Jürgen Habermas, que de forma brilhante, e muito contributiva para a problemática que envolve a relação médico-paciente, debate alguns pontos sobre a questão da autonomia em Kant.

A partir de sua teoria: “o agir comunicativo”, Habermas expõem dois paradigmas: primeiro o paradigma da subjetividade; segundo o paradigma da discussão. Segundo ele existem duas formas de vontade, e é precisamente esta diferença entre elas que irá determinar o conteúdo de liberdade subjetiva e autonomia.

A primeira delas, segundo o filósofo, diz respeito a uma vontade determinada por máximas de prudências, pelas preferências ou motivos racionais. Portanto, dependendo do juízo de valores morais de uma determinada pessoa, ela poderá ser mais livre que as outras (HABERMAS, 2007, p. 12-13).

Já a autonomia, por seu turno, pressupõe uma comunidade moral, ou seja, pressupõe um diálogo entre os membros de um determinado universo. Segundo ele, “a vontade se deixa determinar por máximas aprovadas pelo teste da universalização”. (HABERMAS, 2007, p. 13).

Rapidamente, percebe-se uma semelhança com os enunciados do imperativo categórico kantiano, porém a diferença encontra-se na questão da subjetividade. Para Habermas a subjetividade encontra-se apenas na Liberdade de Escolha, na qual, eu, a partir de minhas preferências e a partir de um juízo de prudência, irei determinar quais ações tomar, e até mesmo, quais não tomar.

Já a autonomia não pressupõe uma subjetividade, quando muito pelo contrário. Afirmo, Habermas, que “uma pessoa só pode ser livre se todas as demais o forem igualmente”. Trata-se de um reconhecimento da sociedade como um todo de questões relacionadas a autonomia da vontade. O filósofo esclarece que “a interpretação intersubjetiva do Imperativo Categórico não tem a intenção de ser outra coisa senão uma explicação do seu significado

fundamental, e não uma interpretação que dá a esse significado uma nova direção”. (HABERMAS, 2007, p. 8).

Para que tal máxima seja alcançada, necessário se faz um diálogo na comunidade moral. Por mais que haja uma grande semelhança com a teoria kantiana no que se refere ao teste da universalização, Habermas esclarece que:

com sua noção de autonomia, o próprio Kant já introduz um conceito que só pode explicitar-se plenamente dentro de uma estrutura intersubjetiva (...) parece-me que só podemos preservar a substância mesma da filosofia de Kant dentro de uma estrutura que nos impeça de desenvolver a concepção de subjetividade independentemente de quaisquer relações internas desta com a intersubjetividade (HABERMAS, 2007, p. 13-14).

O que se quer demonstrar, com esta concisa consideração filosófica sobre a temática em questão, é o amparo não só jurídico, mas também epistemológico quanto ao respeito e validade da autonomia da vontade em um Estado dito Democrático de Direito.

Habermas denota grande importância à autonomia no âmbito de configuração da responsabilidade pessoal, “a importância da subjetividade, ou seja, da relação epistêmica e prática do sujeito consigo mesmo, enquanto condição necessária para a responsabilidade pessoal” (HABERMAS, 2007, p. 8).

Entende-se que a complementação de Habermas em muito fortalece o diálogo entre médico e paciente. O reconhecimento do outro como ser com mesmos direitos é fundamental para o entendimento de uma beneficência a partir do ponto de vista do paciente, ou seja, daquele que realmente sofrerá as consequências do tratamento. Tratando-se de pacientes em estado de coma, mais necessário ainda é o reconhecimento de todos aqueles que a partir de seus depoimentos poderão decidir por um tratamento de uma pessoa que não mais pode responder por si.

3.2. Dever do médico de salvar o paciente *versus* autonomia da vontade do paciente – obstinação irrazoável?

O presente tópico trata de um dos pontos mais debatidos e movediços do trabalho. De um lado apresenta-se o dever do médico de salvar o paciente e do outro o a autonomia da vontade do paciente. Certo é que uma das grandes motivações de qualquer médico é lutar pela vida de seus pacientes. Princípio esse, extremamente louvável, que sem qualquer sombra de dúvida impulsionou e continua a impulsionar a ciência rumo ao desenvolvimento rápido e

qualificado. Porém, o ser humano não é, e jamais será imortal, e uma morte tranquila ainda é um bem por muitos almejado.

O choque ocorre no momento em que ele não suporta levar adiante as condições em que se encontra ou seu estado clínico é irreversível a sua família pede para que o deixem morrer. Nesse caso, “deve”⁶ o médico consentir com tal desejo?

O presente artigo demonstrou, a todo momento, que terá como argumento a justificar a ortotanásia, os pressupostos de dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade. Segundo Beauchamp e Childress:

Na bioética contemporânea, a palavra autonomia se refere especificamente àquilo que faz com que a vida de uma pessoa pertença à própria pessoa, isto é, se refere ao fato de que ela é moldada por preferências e escolhas pessoais (BEUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 74).

Para Dworkin autonomia é “a capacidade de alguém expressar seu caráter – valores, compromissos, convicções e interesses críticos e experienciais – na vida que leva” (DWORKIN, 2009, p. 319).

Sabe-se que a autonomia diz respeito única e exclusivamente a cada pessoa, assim como a dignidade, por mais que não se possa excluir a dignidade como heteronomia⁷, ou dignidade objetiva (assistencial por parte do Estado), utilizando-se terminologia sustentada por Sarlet, que afirma:

A dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vincula-se à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado (SARLET, 2007, p. 209-240).

⁶ O uso das aspas na expressão dever, relaciona-se ao fato que em verdade não acreditamos que um médico deva auxiliar alguém a morrer, se tal conduta for contra sua moral pessoal. A figura do médico de família tem sido cada vez mais deixada de lado, ao ponto de o paciente conhecer o médico, e vice-versa, apenas no momento do tratamento. Portanto, sem tempo suficiente para que ambos estabeleçam uma relação de confiança. Como no caso da lei belga, entedemos que o médico tem o direito de recusar o pedido, sendo solicitado que outro o faça.

⁷ Um exemplo de defesa da dignidade enquanto heteronomia seria o famoso caso dos arremessos de anões na França, onde os juízes proibiram esse tipo de conduta, por considerarem-na degradante perante a sociedade. Houve um claro conflito entre dignidade, enquanto autonomia, e dignidade enquanto heteronomia e, por mais que os anões quisessem continuar sendo arremessados, o Tribunal Superior francês lhes tolheu esse “direito”. Acredita-se que sempre se deve respeitar a autonomia da vontade, desde que essa não prejudique a terceiros. Entende-se que essa era a situação no caso dos anões, ou seja, ninguém estava sendo moralmente afetado, portanto, eles tinham o direito de continuar promovendo tal atividade. BARROSO, Luís Roberto. **Amorte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida.** Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf. Acesso em: 20 ago. 2012.

Acredita-se que, mesmo havendo essa dupla dimensão da dignidade, questões que tratam exclusivamente da vida, do corpo e do tratamento a que o paciente será conduzido, deve-se creditar maior valor ao aspecto subjetivo em detrimento do aspecto objetivo da dignidade da pessoa humana⁸, pois cada ser segue determinados valores morais e éticos, de forma subjetiva, que irão influenciar de maneira diversa suas concepções do que seria viver uma vida digna. Por esse motivo, também, salienta-se a importância de se levar em conta a crença religiosa de cada indivíduo. Ninguém é, de forma alguma, obrigado a compartilhar das mesmas crenças, mas todos são, sim, moralmente obrigados a respeitar as diferentes crenças e visões de mundo que estão em seu entorno, desde que estas não lhes causem prejuízo.

Seguindo nossa argumentação, consigna-se a seguinte passagem de autoria de Harmut Kress, autor do livro *Ética Médica*, que diz:

[...] pertence à dignidade humana que cada um que possua condições – portanto cada indivíduo adulto e com faculdade de juízo – possa determinar por si próprio suas ações e seu destino. O direito à liberdade e à autodeterminação pessoal é a expressão da dignidade humana que todo ser humano possui. (KRESS, 2008, p. 30).

Assim, a pergunta que se propõe é: deve o médico sempre e não havendo possibilidade de verificar qual seria a vontade do paciente, buscar a cura da doença ou postergar ao máximo possível o fim da vida? Ou deve o médico respeitar a vontade da família, por mais que essa, a partir de uma visão deontológica médica pareça absurda e contra a missão de sua profissão?

Já se demonstrou o entendimento quanto à distanásia, e se reafirma que muito antes da regulação do CFM já eram comuns os casos em que, não havendo a menor possibilidade de cura, e com o consentimento do paciente ou da família, os médicos interrompiam o tratamento a fim de causar menos sofrimento físico e psíquico até o momento da morte (PITHAN, 2004, p. 41).

⁸ Contraponto: “Assim, de acordo com Martin Koppernock, a dignidade, na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana, poderá, dadas as circunstâncias, prevalecer em face da dimensão autonômica, de tal sorte que, todo aquele a quem faltaram as condições para uma decisão própria e responsável (de modo especial no âmbito da biomedicina e bioética) poderá até mesmo perder – pela nomeação eventual de um curador ou submissão involuntária a tratamento médico e/ou internação – o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o direito a ser tratado com dignidade (protegido e assistido)”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; *As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Compreensão Jurídico-Constitucional Aberta e Compatível com os Desafios da Biotecnologia*. In: SARMENTO; Daniel, PIOVESAN; Flávia (Coords.). **Nos Limites da Vida: Aborto Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 209-240.

Neste ponto, vale lembrar o elencado no Novo Código de Ética Médica:

Capítulo V.

RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES

É vedado ao médico:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso iminente de morte.

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

§ único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Art. 42. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.⁹

Neste capítulo do Código, resta claro que o médico deve estabelecer um diálogo não só com o paciente, mas também com seus familiares. No caso dos pacientes em estado vegetativo, mais importante ainda é o respeito com o supracitado dispositivo.

Porém, nem sempre essa é uma decisão facilmente acatada pelo médico. O relato do cirurgião-médico americano Atul Gawande, em seu livro intitulado “Mortais”, reflete de maneira clarividente a problemática supracitada:

Dedico-me a uma profissão cujo sucesso se baseia em sua capacidade de concertar. Se seu problema pode ser consertado, sabemos exatamente o que fazer. Mas e se não pode? O fato de não termos respostas adequadas a essa pergunta é perturbador e provoca insensibilidade, desumanidade e grande sofrimento” (GAWANDE, 2015, p. 18).

Neta mesma linha, esclarece Diniz, “a obstinação terapêutica é resultado de um *ethos* irrefletido das carreiras biomédicas. Os profissionais de saúde são socializados em um *ethos* que, erroneamente, associa a morte ao fracasso”. (DINIZ, 2007, p. 295-307).

⁹ Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra_4.asp. Acesso em 25 ago. 2016.

Ocorre que o caráter sagrado da vida, de construção ideológica teológica, tem norteado, há anos, a concepção negativa da morte. Segundo essa visão, a eutanásia, seja ela ativa ou passiva, é um mal inequívoco, que vem sendo rejeitado pelos médicos desde o século V a.C., quando começaram a fazer o juramento de Hipócrates que os comprometia a jamais dar um remédio mortal a quem o pedisse, nem indicá-lo a ninguém, por iniciativa própria (SINGER, 2012, p. 185).

Mas afinal: como fica o papel do médico? Deve ele, então, sempre respeitar a autonomia da vontade do paciente, mesmo sendo ela oriunda de depoimentos de familiares e amigos íntimos?

O Código de Ética Médica, em seu art. 32, expõe o seguinte mandamento:

É vedado ao médico:
Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

Analisando a pergunta acima referida de forma conjunta com o artigo supracitado, a expressão “em favor do paciente” enseja, no mínimo, duas interpretações.

A primeira delas é uma interpretação vinculada à ideia paternalista da relação médico-paciente. Poder-se-ia dizer, de forma mais amena, que se trata do princípio da beneficência. A partir deste ponto de vista, caberia ao médico, detentor do conhecimento e das técnicas da medicina, o dever de utilizar todo e qualquer meio que pudesse salvar o paciente, independentemente do sofrimento ou não dele.

Essa primeira interpretação, como já referido, é uma forma ultrapassada de se encarar a relação, uma forma, na qual o enfermo era tratado como meio e não fim em si mesmo, uma vez que sua opinião em nada importava. O tratamento escolhido era aquele que o médico considerava como o mais eficaz, independente de qualquer manifestação de vontade por parte do paciente. Nas palavras de Ronald Dworkin: “Nossas razões são paternalistas: acreditamos que ele desconhece seus próprios interesses e que sabemos melhor o que é bom para ele” (DWORKIN, 2009, p. 272).

A segunda interpretação, que faz coro às ideias do presente artigo, diz respeito à expressão “em favor do paciente” estar relacionada aos seus interesses fundamentais, ou seja, ao seu modo de viver, aos seus princípios morais e ao que a vida representa para ele. Ou seja, esta é uma linha de raciocínio intimamente relacionada com a autonomia da vontade do paciente. Afinal de contas, como muito bem exposto pelo filósofo americano Tristram Engelhardt, quando de forma retórica questiona “o que é fazer o bem?” E responde: “faça aos

outros os bens deles” (*apud* MÖLLER, 2007, p. 54). Na relação médico-paciente fazer o bem não seria nada mais do que o médico atuando em favor do paciente, e não em favor de seus interesses pessoais. Claro que sempre dentro de uma concepção de diálogo aberto, no qual o paciente deverá obter total conhecimento das consequências de suas escolhas.

Com isso, quer-se dizer que nem sempre o tratamento em favor do paciente significa a busca incansável pela cura ou pelo retardamento de sua morte. Pacientes em estados terminais podem muito bem considerar como estando ao seu favor o desligamento dos aparelhos, que apenas lhe causam mais dor e sofrimento, visando uma morte menos dolorosa, uma morte, que se entende como digna. Como no caso de Nancy Cruzan, que após um acidente automobilístico em 1983, no estado de Missouri, acabou em estado de coma vegetativo.

Após a constatação médica de que Nancy se encontrava em um estado irreversível de coma, os pais solicitaram judicialmente que fosse autorizado o desligamento dos aparelhos. O estado de Missouri, que proibia que os médicos desligassem o suporte vital a menos que houvesse uma prova “clara e convincente” – um documento formal – daquilo que o paciente decidiria anteriormente (DWORKIN, 2009, p. 277), não concedeu à Nancy, representada pelos pais, esse direito. O caso chegou ao Supremo Tribunal americano.

O juiz Brennan, em seu voto, afirmou que a regra do Missouri não respeitava a autonomia das pessoas porque impunha uma vida vegetativa a pessoas que desejavam evitar exatamente essa situação e que haviam manifestado esse ponto de vista apesar de não terem assinado um testamento de vida, algo que muito pouca gente faz (*apud* DWORKIN, 2009, p. 277).

Para o juiz Rehnquist a regra do Missouri poderia levar, com frequência, ao resultado “equivocado” de se manter vivo um paciente que decidira ser preferível morrer a ficar em estado de inconsciência permanente. Contudo, disse o juiz, a regra também impede os erros na direção oposta (DWORKIN, 2009, 277).

“Se uma pessoa continua a viver, mesmo que em estado vegetativo, e mais tarde descobrem-se provas mais conclusivas de que teria preferido morrer, é ainda possível que o faça sem que isso implique uma grande perda. Contudo, se permitirmos que uma pessoa morra imediatamente e mais tarde descobrimos que ela teria, de fato, preferido continuar viva, estaremos diante de uma verdadeira tragédia, posto que será impossível corrigir o erro” (*apud* DWORKIN, 2009, p. 277).

O juiz Scalia afirmou que,

um estado tem o poder constitucional de proibir o suicídio em quaisquer circunstâncias – mesmo no caso de uma pessoa que, por estar agonizando em meio a sofrimentos atroz, prefira claramente morrer – porque tem o poder de proteger a vida humana em si (*apud* DWORKIN, 2009, p. 281).

Se os argumentos do juiz Scalia fossem sempre levados em consideração, nem mesmo uma diretriz antecipada poderia servir como justificativa para a interrupção de um tratamento.

Neste caso, esses foram os votos vencidos, e a partir do depoimento dos pais que deixaram claro que “sua vivacidade e sobre a importância que atribuía ao espírito de iniciativa e de luta; achavam que uma pessoa desse tipo consideraria particularmente desprezível viver como um vegetal que precisasse de cuidados infundáveis” (DWORKIN, 2009, p. 270), obtiveram o direito de desligar os aparelhos.

Caso contrário, estaríamos frente a um típico caso de obstinação irrazoável, configurando-se, inclusive como um caso de distanásia.

4. CONCLUSÃO

Se as leis fossem modificadas de modo a permitir que qualquer pessoa pudesse praticar um ato de eutanásia, a ausência de uma nítida linha divisória entre aqueles que poderiam ser justificadamente mortos e aqueles que poderiam não o ser colocaria um problema real (SINGER, 2012, p. 226).

Ao longo do presente estudo se percebe que o tema é extremamente complexo e dele insurgem diversas discussões filosóficas, ideológicas, bioéticas, jurídicas, morais e éticas. E é exatamente por esta constatação que se entende que é necessário que haja o estabelecimento dos limites éticos e jurídicos ao que se refere o presente estudo.

O professor holandês de direito e filosofia moral Wibren Van der Burg, em artigo publicado no livro “A Companion to Bioethics”, faz a seguinte menção quanto à difícil missão do direito e da filosofia em estabelecer critérios éticos universais em casos relacionados à bioética:

Essas vastas características possuídas pelo direito em diferentes culturas e áreas tornam quase impossível se fazer argumentos universais sobre direito e bioética. O direito positivo apresenta uma forma diferente em cada país e, por mais que regras estatutárias pareçam idênticas, as diferenças em culturas legais geralmente resultam em diferentes interpretações. (BURG, 1998, p. 30)

A autonomia é instituto que diz respeito exclusivamente à pessoa em questão, de modo que, não há uma violação absoluta ao direito de outrem, quando uma pessoa decide algo sobre seu próprio corpo. Até aí, não se haveria porque estabelecer maiores discussões. O problema proposto se referia exatamente aos casos em que o paciente não dispõe de condições físicas para expressar sua vontade.

A partir do postulado kantiano, tantas vezes citado: “ser humano sempre como fim em si mesmo, nunca simplesmente como meio”, chega-se a conclusão da necessidade de respeito a sua autonomia. Em caso de impossibilidade de expressá-la, busca-se em Habermas o embasamento ético, quando afirma que o reconhecimento da dignidade no outro é tão necessário quanto a ideia de autodeterminação para que se firme uma relação de respeito e promoção aos direitos fundamentais.

Portanto um dos primeiros limites analisados no presente artigo foi a relação médico-paciente. Demonstrou-se a evolução dos Códigos de Ética Médica no sentido de cada vez mais se abandonar uma visão paternalista, fundamentada exclusivamente na decisão do profissional da saúde, priorizando e respeitando a vontade do paciente, ou seja, sua autonomia e a disponibilidade de seu corpo, estabelecendo um *ethos* médico com o paciente no centro da relação.

Porém, o principal ponto do trabalho diz respeito, em verdade, àqueles pacientes que não mais conseguem se comunicar. Nesse caso, sua autonomia será representada por familiares e/ou amigos próximos, que a partir de depoimentos auxiliarão os médicos, ou até mesmo juízes, em caso de demanda judicial, a tomarem a decisão mais próxima com a vontade do paciente.

Com isso se quer dizer que a relação médico-paciente, leia-se familiares, deve ser a mais franca possível, no sentido de que todos os envolvidos possam trabalhar em prol da beneficência do paciente.

Outro limite que a ser estabelecido refere-se à moral individual, aquela compreendida de forma autônoma e sem qualquer tipo de coação. Somos seres morais e devemos ter nossos interesses fundamentais respeitados. O fundamentalismo, seja teológico ou secularizado, em nada acrescenta em uma discussão voltada exclusivamente a questões de escolha pessoal. Quanto a respeitar a lei moral, brilhante é a maneira que o filósofo inglês John Rawls trata o tema, afirmando que: “Ao mesmo tempo, os demais devem respeitar os deveres de justiça e beneficência em sua conduta com relação a nós, de modo que ao passo que somos obrigados pela lei moral, somos também protegidos por ela”. (RAWLS, 2005, p. 82)

Poder-se-ia, novamente, falar da dimensão objetiva da dignidade da pessoa humana, ou seja, aquela a ser assegurada pelo Estado, mas já se demonstrou o entendimento da pesquisa de que se tratando de uma questão individual autônoma e dentro de certos critérios, não há de se falar em interesse objetivo a subjugar um interesse subjetivo. Portanto, seja para recusar tratamento, abreviar a morte, ou até mesmo solicitar que jamais desistam de mantê-lo vivo, a vontade do paciente deve ser respeitada, por mais que tal vontade seja extraída indiretamente.

De qualquer sorte, somente o Direito, a partir de um diálogo interdisciplinar, positivando ou judicializando a dignidade, poderá tutelar a autonomia do paciente e o respeito pela livre formação da personalidade. Como muito bem exposto pelo jurista alemão Paul Kirchof no livro *Gentechnik und Menschenwürde* -sem tradução para o português-: “O Direito forma essa eficaciedade da responsabilidade do médico e do pesquisador e se posiciona contra um comportamento de dominação” (KIRCHHOF, 2012, p. 10).

Outro ponto importante, que se refere aos limites da ética, é deixar claro que nenhum médico está obrigado a auxiliar a morte de um paciente ou a deixá-lo morrer. Independentemente da forma de ortotanásia, um médico pode se recusar a fazê-la, deixando o caso para outro.

Salienta-se o devido cuidado que essas questões merecem, pois nem tudo poderá ser objeto de petição para a ortotanásia, uma vez que se poderia correr o risco de se adentrar na entãõ chamada “encosta escorregadia”.

O Direito, portanto, com as ferramentas que lhe foram atribuídas, pode garantir que o paciente tenha sua autonomia preservada, mesmo em caso de incapacidade de expressa-la, e consequentemente a dignidade tutelada. De qualquer sorte, como muito bem lembrado por Sarlet, não se pode deixar que a dignidade sustente todo e qualquer direito, fundamental ou não, sob qualquer aspecto, a fim de evitar o que já se designou de uma “tirania da dignidade” (SARLET, 2007, p. 209-240).

Por fim, cabe a sábia lição de Ronald Dworkin: “Podemos respeitar a autonomia de alguém que se tornou inconsciente apenas se nos perguntarmos qual teria sido a decisão de tal pessoa em condições apropriadas, antes de tornar-se incompetente” (DWORKIN, 2009, p. 269).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução da 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (coords.). **Direitos do Paciente**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf. Acesso em: 20 ago. 2012.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. 1. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume 1. Artigos 1º a 107**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e Liberdades Individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Taking Rights Seriously**. 1. ed. Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da Secularização: sobre razão e religião**. 4. ed. Aparecida: Ideias & Letras, 2005.

_____. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. São: Martins Fontes, 2007.

_____. **O Futuro da Natureza Humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HANS, Jonas. **Technik, Medizin und Ethik. Praxis des Prinzips Verantwortung**. 1. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp Taschenbuch, 1987.

HÖFFE, Otfried et al. **Gentechnik und Menschenwürde: an den Grenzen von Ethik und Recht**. 1. ed. Köln: DuMont Literatur und Kunst Verlag, 2002.

KANT, Immanuel. **Prolegómenos a Toda a Metafísica Futura**. 1. ed. Lisboa: edicoes70, 2008

_____. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

KRESS, Hartmut. **Ética Médica**. 1.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

MCMAHAN, Jeff. **A Ética no ato de Matar – Problemas às margens da vida**. 1. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso Sobre a Dignidade do Homem**. Edição Bilingüe. Lisboa: Edições 70, 2010.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MÖLLER, Leticia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia: O Direito à Morte de Pacientes Terminais e os Princípios da Dignidade e Autonomia da Vontade**. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

NETO, Miguel Kfourri. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não-ressuscitação hospitalares”**. 1. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

RAWLS, John. **História da Filosofia Moral**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROXIN, Claus. **Apreciação jurídico-penal da eutanásia**. In: Revista Brasileira de Ciência Criminais. São Paulo, vol. 32, out. 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **A Eficácia do Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2012.

_____. (org.). **Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SINGER, Peter; HELGA, Kuhse (Coord.). **A Companion to Bioethics**. 1. ed. Oxford: Blackwell Publishers Ltd, 1998.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. 2. ed. São Paulo. Martins Fontes, 1998.

The Great Ideas Program. N. 8. **Ethics: the study of moral values**. Encyclopedia Britannica, Inc, 1962.

TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética**. 9.ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

WEBER, Thadeu. Autonomia e Dignidade da Pessoa em Kant. **Revista de Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 9, p. 232-259, out./dez. 2009.