



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

VICTOR HUGO SCABORA FRANCO

**O DIREITO DE MORRER NO TEMPO CERTO: TUTELA DA VONTADE
ANTECIPADA E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA PESSOA HUMANA.**

**Assis/SP
2019**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

VICTOR HUGO SCABORA FRANCO

**O DIREITO DE MORRER NO TEMPO CERTO: TUTELA DA VONTADE
ANTECIPADA E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE HUMANA.**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando(a): Victor Hugo Scabora Franco

Orientador(a): Luiz Antônio Ramalho Zanoti

**Assis/SP
2019**

FICHA CATALOGRÁFICA

F825d FRANCO, Victor Hugo Scabora.

O Direito de Morrer no Tempo Certo: Tutela da Vontade Antecipada e o Princípio da Autonomia da Pessoa Humana/ Victor Hugo Scabora Franco. – Assis, 2019.

41p.

Trabalho de conclusão de curso (Direito). - Fundação Educacional do Município de Assis –FEMA – Assis, 2019

Orientador: Ms. Luiz Antonio Ramalho Zanoti

1. Bioética. 2. Diretivas Antecipadas de Vontade. 3. Autodeterminação do Paciente.

CDD341.27
Biblioteca da FEMA

O DIREITO DE MORRER NO TEMPO CERTO: TUTELA DA VONTADE ANTECIPADA E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE HUMANA.

VICTOR HUGO SCABORA FRANCO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____
Luiz Antônio Ramalho Zanoti

Examinador: _____
Gisele Spera Máximo

Assis/SP
2019

DEDICATÓRIA

À minha família e a todos aqueles que direta ou indiretamente tem a sua autonomia da vontade desrespeitada.

RESUMO

Geralmente, em situações específicas, há registros de casos nos quais as pessoas envolvidas, de alguma forma, manifestam a sua vontade em relação ao curso de sua vida na fase terminal, seja por meio de um documento ou por simples manifestação oral a amigos ou colegas de trabalho, elas expressam um desejo, que reflete a sua autonomia da vontade. Pergunta-se: podemos afirmar que a autonomia da vontade dessas pessoas está sendo efetivamente tutelada? No presente trabalho, abordaremos a Bioética, faremos considerações acerca dos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Autodeterminação do Paciente, traremos definições pontuais acerca da Eutanásia e da Ortotanásia e discorreremos sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade, visando dar uma resposta à discussão levantada.

Palavras-chave: Bioética; Diretivas Antecipadas de Vontade; Eutanásia; Ortotanásia; Dignidade da Pessoa Humana; Autodeterminação do Paciente.

ABSTRACT

Usually, in specific situations, there are records of cases in which the people involved, somehow, manifest their will in relation to the course of their life in the terminal phase, either through a document or by simple oral manifestation to friends or co-workers, they express a desire, which reflects their autonomy. We ask ourselves: the autonomy of these people's be effectively tutored? This paper aims approach Bioethics, make considerations about the principles of Dignity of the Human Person and Self-determination of the Patient, we will bring definitions about Euthanasia and Orthothanasia and we will discuss the Advance Directives, in order to respond to the discussion raised.

Keywords: Bioethics; Anticipated directives of will; Euthanasia; Orthothanasia; Dignity of the human person; Patient self-determination.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA TUTELA DA VONTADE ANTECIPADA.....	9
2.1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA BIOÉTICA.....	9
2.2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO BIODIREITO	13
2.3. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	14
2.4. O PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE.....	19
3. OS INSTITUTOS DA EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA, DISTANÁSIA, MISTANÁSIA E O SUICÍDIO ASSISTIDO	25
3.1. A EUTANÁSIA.....	26
3.2. A ORTOTANÁSIA	27
3.3. A DISTANÁSIA, A MISTANÁSIA E O SUICÍDIO ASSISTIDO	30
3.3.1. A Distanásia.....	30
3.3.2. A Mistanásia	30
3.3.3. O Suicídio Assistido	30
4. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: INSTRUMENTOS QUE GARANTEM O DIREITO À MORTE EM SEU TEMPO CERTO.....	31
5. CONCLUSÃO	39
6. REFERÊNCIAS.....	41

1. INTRODUÇÃO

Como é sabido, a vida é o bem mais importante do ser humano e variadas são as suas formas de proteção. Contudo, para que a vida atenda aos nossos anseios, não basta apenas estar vivo, é preciso viver com dignidade.

Nessa linha, faça a seguinte reflexão: imagine-se em uma situação na qual você, na qualidade de um paciente internado em um hospital, incapacitado de manifestar a sua vontade, é submetido a procedimentos nos quais suas convicções morais, ou até mesmo religiosas, são desrespeitadas. Indaga-se: você se sentiria confortável com essa situação invasiva? Será que não existem formas de proteção à dignidade da pessoa e da sua autodeterminação quando esta não puder manifestar a sua vontade?

O presente trabalho foi elaborado para discorrer acerca da autonomia da vontade do paciente, bem como de sua dignidade, trazendo ideias e conceitos sobre o tema. Do mesmo modo, apresentamos breves apontamentos acerca das diretivas antecipadas de vontade, um importante instrumento que permite a defesa da dignidade e da autodeterminação do paciente. A pesquisa foi elaborada inteiramente pelo método bibliográfico, assim como utilizamos o método dedutivo para respondermos às premissas que surgiram.

Visando o melhor desenvolvimento para a compreensão do tema, iremos realizar apontamentos acerca da bioética e do biodireito, dizendo como surgiram e se desenvolveram, até chegarem no modo em que são abordadas na atualidade. Continuaremos, então, introduzindo os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Autodeterminação do Paciente, fazendo apontamentos acerca de seu progresso no tempo e reflexões sobre a importância de sua prevalência no campo médico.

Mais adiante, no segundo capítulo, iremos tratar brevemente da eutanásia, ortotanásia, distanásia, mistanásia e do suicídio assistido, trazendo distinções pontuais acerca dos institutos. No terceiro capítulo, vamos abordar as diretivas antecipadas de vontade, uma forma eficaz de preservar a vontade do enfermo. Por fim, concluímos que a tutela da autodeterminação e da dignidade da pessoa humana depende de uma atenção especial, a qual é oferecida pelas diretivas antecipadas de vontade.

2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA TUTELA DA VONTADE ANTECIPADA

2.1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA BIOÉTICA

A essência do ser humano é ser social, somos uma espécie que vive em sociedade antes mesmo de se tornar dominante no planeta. A vida em sociedade, porém, exige muitas peculiaridades e debates acerca de determinados assuntos, o processo de socialização dos homens, como um todo, é constituído por diversas discussões sociais. Dentre elas, merecem destaque os discursos médico e jurídico.

Na antiguidade, a prática médica era considerada divina, por isso, era quase inquestionável. Somente em 430 a. C., com o juramento de Hipócrates¹, foi que surgiu a primeira forma de regular a ética médica. Nesse voto, o profissional médico se comprometia a agir sempre em benefício do paciente, a manter sigilo sobre o tratamento, bem como a não administrar medicamentos que coloquem em risco a vida do paciente, entre outros.

Segundo Nery (2013, p. 14), com a constituição do cristianismo “o juramento hipocrático se tornou em um forte paradigma da ética sacerdotal”, logo, no início da Idade das Trevas, existia um “compromisso quanto aos médicos, perante Deus, de honrá-los”. Neste período, “não era possível se questionar a conduta médica, pois para o paciente, o resultado, apenas refletia a vontade de(os) deus(es)”.

Esse paradigma, contudo, só veio a perder força quando, no Século XIX, surgiram as especializações clínicas. “Com o ingresso dos planos de saúde, que se iniciaram os questionamentos na Justiça quanto à má conduta médica, em especial pelo desrespeito à autonomia e ao poder decisório dos pacientes (NERY, 2013, p. 14)”.

No ínterim entre as especializações clínicas até meados do Século XX, prevaleceu a ética hipocrática na relação entre médico e paciente. Pela ética hipocrática, o médico detinha o poder sobre o paciente, podendo adotar medidas que objetivassem melhorar a saúde do enfermo, tudo isso com justificativa no princípio de fazer o bem, foi o que se convencionou chamar de paternalismo médico.

¹ Originalmente escrito em grego jônico no Século V a. C., o juramento formulado por Hipócrates, pai da medicina, é uma forma solene dos médicos recém-formados jurarem a prática honesta da medicina. A versão do juramento utilizado atualmente é aquela ratificada em 1948 pela Declaração de Genebra.

Ao final da segunda guerra mundial, vieram revelações de pesquisas aéticas realizadas em seres humanos. Conforme explica Almeida Junior (2017, p. 37):

A revelação dos experimentos científicos com seres humanos tornou necessário o estabelecimento de regras quanto à utilização de pessoas em experimentos e pesquisas científicas, instituindo-se em resposta o código de Nuremberg (1947), posteriormente atualizado e integrado à Declaração de Helsinque (Finlândia, 1964, revisada por 6 vezes).

Em resposta às atrocidades nazistas, foi criado o Tribunal de Nuremberg para o julgamento dos proeminentes membros da liderança política, militar e econômica da Alemanha. Importante destacar que vinte das vinte e três pessoas julgadas pelo Tribunal de Nuremberg eram médicos, sendo estes condenados pelos seus brutais experimentos em seres humanos. O julgamento foi um grande marco para a humanidade, “pois possibilitou a construção de uma política ética internacional de proteção à dignidade da pessoa humana” (NERY, 2013, p. 15).

Frente aos experimentos aéticos ocorridos durante a segunda grande guerra, o paternalismo médico começa a perder força e uma nova área do saber começa a ganhar espaço. Nessa nova seara da ciência, o respeito ao ser humano passou a ser observado para a manutenção da vida humana.

Entretanto, somente no fim da década de 1960 a discussão sobre questões morais começa a ganhar importância e notoriedade com a consequente aparição das primeiras obras sobre o assunto. Nesse diapasão, Van Rens Selear Potter utiliza pela primeira vez a expressão bioética para designar uma nova área do saber, segundo Almeida Junior (2017, p. 36):

A expressão “bioética” surgiu pela primeira vez em 1971 no título da obra de Van Rens Selear Potter, considerando-a como ciência da sobrevivência. Potter escreveu o livro “Bioethics: Bridge to the Future”, no qual explica que as características básicas que devem gerir a bioética são a humildade, competência interdisciplinar e intercultural, responsabilidade e senso de humildade. Afirma que o saber humanista deve sempre ser considerado em conjunto com o saber científico, sendo que a separação de ambos é um perigo para a sobrevivência da vida humana e de todo ecossistema.

Nesse mesmo sentido, Hogemann (2013, n.p) complementa dizendo que:

Como se nota, a bioética está intimamente ligada com questões morais e éticas, impondo a ideia de que as novas tecnologias devem proteger os ecossistemas e o meio ambiente de uma forma genérica. Por esse motivo, a Bioética é dividida em

Macrobioética e Microbioética. A bioética não é simplesmente um sistema de normas de conduta. É um marco de ideias a partir do qual se deve refletir acerca da forma como o ser humano tem tomado decisões e atuado frente a dilemas e escolhas reais, tendo em conta todas as dimensões da vida: cultura, sociedade, ciência e tecnologia. É o estudo das ações humanas para com a vida em toda sua dimensão natural (meio ambiente) e humana.

A partir das explicações de Hogemann, infere-se que a bioética é cindida em Macrobioética e Microbioética. Almeida Junior (2017, p. 37) define Macrobioética como, “a ética que visa o bem da vida em sentido amplo, direcionada ao macrossistema da vida, estando ligada diretamente ao meio ambiente e ao direito ambiental”.

Ainda nas lições do autor, a Microbioética:

Surgiu de uma restrição do objeto da bioética como a ética da vida estritamente humana. Tem por objetivo o estudo das relações entre médicos e pacientes e entre as instituições e os profissionais de saúde. A Microbioética trabalha, especificamente, com as questões emergentes, que nascem dos conflitos entre a evolução da pesquisa científica e os limites da dignidade da pessoa humana (ALMEIDA JUNIOR, 2017, p. 37).

Nesse passo, compete-nos dizer que algumas situações colocaram pesquisas científicas e a dignidade da pessoa humana em xeque, marcando de forma incisiva a evolução da bioética e trazendo alguns princípios que devem orientar a conduta do profissional de saúde no trato com o paciente.

Uma dessas situações que ganhou grande notoriedade foi o caso de *Tuskegee* (1932 a 1972), no qual o Serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos, com o objetivo de estudar os efeitos da evolução da sífilis, forneceu remédios de efeito placebo a homens negros portadores da doença, e também àqueles que não tinham a doença², sendo que em ambos os casos os homens eram diagnosticados como “sangue ruim”.

Esses acontecimentos serviram de estopim para a criação da Comissão Nacional para a Proteção dos Interesses Humanos de Biomédica e Pesquisa Comportamental (*National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*) nos Estados Unidos, no ano de 1974. A comissão foi responsável por elaborar o Relatório de Belmont, o qual estabeleceu os princípios bioéticos que devem orientar a

² Cerca de 600 homens negros participaram dos estudos sem saber se possuíam ou não a doença, o diagnóstico dado pelos médicos era de “sangue ruim”. Por sua participação, os homens recebiam acompanhamento médico, uma refeição, um banho quente no dia do exame e o pagamento das despesas com o funeral.

experimentação com seres humanos: a) Beneficência e Não Maleficência; b) Autodeterminação; e c) Justiça.

De modo geral, o princípio da Beneficência nada mais é do que o uso dos recursos da medicina objetivando um benefício à pessoa, impondo um dever de agir ao profissional da área médica, a fim de que não ocorram malefícios ao indivíduo, conforme nos ensina Almeida Junior (2017, p. 78):

A beneficência, pela Bioética, significa aplicar os recursos da medicina para curar, aliviar os sofrimentos, melhorar o bem-estar. É um dever imposto na relação médico-paciente e um valor a ser protegido neste contexto: toda a ação do médico visa o bem do ser humano.

Do mesmo modo, Almeida Junior (2017, p. 77) preleciona que o princípio da Não Maleficência é aquele “pelo qual o profissional de saúde tem o dever de não causar mal ou danos a seu paciente, que se reveste numa exigência moral da profissão médica”. Em outras palavras, enquanto o princípio da beneficência estabelece a obrigação do médico pautar suas ações no que for melhor para o paciente, o princípio da não maleficência estabelece que o profissional médico não pratique atos que tragam consequências maléficas ao paciente.

Esse princípio ganha relevância, pois quase toda intervenção médica envolve um risco de causar dano ao paciente. “Neste passo, somente se justificaria o dano causado se o benefício esperado com procedimento for maior que o risco criado” (ALMEIDA JUNIOR, 2017, p. 77). Nota-se, assim, que as intervenções médicas devem trazer benefícios ao sujeito e não lhe causar sofrimento e dor desnecessária.

Por sua vez, o princípio da Autodeterminação pode ser interpretado como a liberdade, o poder que cada sujeito tem de escolher o que melhor lhe aprouver, orientando a sua vida de acordo com os seus anseios. Tamanha é a importância desse princípio, que vamos aprofundar os estudos acerca deste em momento oportuno.

O princípio bioético da Justiça remonta à equidade, trata-se de uma obrigação ética que determina os cuidados com o indivíduo de forma moralmente correta e adequada, ou seja, é uma forma de dar a cada um o que lhe é devido.

Nas precisas lições de Matos (2007, p. 197), o princípio da Justiça “exige um atuar governamental em distribuir de forma equânime as conquistas médicas alcançadas no

campo das pesquisas e, também, os serviços de saúde. Traduz-se na máxima de tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade”.

O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (2004, p. 18) já tratou da justiça orientando:

O médico deve atuar com imparcialidade, evitando ao máximo que aspectos sociais, culturais, religiosos, financeiros ou outros interfiram na relação médico-paciente. Os recursos devem ser equilibradamente distribuídos, com o objetivo de alcançar, com melhor eficácia, o maior número de pessoas assistidas.

Esse princípio, portanto, “implica em cooperação social, inclusive estatal, para garantir a divisão de vantagens entre portadores de direito. E nesse aspecto soma-se aos princípios da autodeterminação e da beneficência” (ALMEIDA JUNIOR, 2017, p. 91).

O arcabouço jurídico constituído por esses princípios e, principalmente, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, constituem o pilar que sustenta a bioética, mormente por se tratar de uma área do saber que tem como enfoque questões delicadas como aborto, eutanásia, ortotanásia, distanásia, fertilização in vitro e a evolução acelerada de descobertas biomédicas, que podem violar alguns limites do desenvolvimento ético dos estudos científicos, devendo-se, como forma de proteção, garantir o desenvolvimento responsável das técnicas científicas.

2.2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO BIODIREITO

O dinamismo frenético pelo qual as ciências se aperfeiçoam, bem como pelo ritmo exacerbado em que a sociedade se inova, podem obsolescer concepções antes tidas como absolutas em um lapso temporal muito curto. O Direito também não escapa a essas mudanças. Com os avanços tecnológicos surge a Bioética para estabelecer limites éticos nas pesquisas científicas, em contrapartida, para regular os valores bioéticos, surge o Biodireito.

Nesse sentido, Santos e Costa (2014, p. 403) asseveram que o direito deve “reorganizar suas idéias jurídicas através do desenvolvimento do biodireito, tendo a bioética como fonte primária dessa positivação”. Na mesma linha, Almeida Junior (2017, p. 42) observa que:

O Biodireito é o ramo do Direito que estipulará quais valores são aceitáveis e quais conceitos bioéticos são aplicados para a legalização ou a proibição de uma prática

biotecnológica, tendo em vista que a verdade científica não poderá sobrepor-se ao direito e à ética.

Infere-se que o Biodireito implica na reformulação constante do direito, a fim de que sejam oferecidas soluções jurídicas adequadas às novas situações, podendo ser definido como o conjunto de leis que protegem os princípios bioéticos e também a discussão sobre o alcance dessa legislação.

Não obstante, ao Estado incumbe o ônus da elaboração de meios para tutelar a vida e a integridade das pessoas, seja disponibilizando serviços, seja criando leis, ou, até mesmo, atuando de forma omissiva em determinadas situações.

Fazendo frente a essa premissa, constituiu-se o “Biodireito Constitucional” ou “Bioconstituição”, dando proteção constitucional ao biodireito:

O discurso jurídico constitucional, que tem como base a identidade genética, propiciou o surgimento da palavra Bioconstituição, entendida como conjunto de normas (princípios e regras) formais ou materialmente constitucionais, que tem como objeto as ações ou omissões do Estado ou de entidades privadas, com base na tutela da vida, na identidade e integridade das pessoas, na saúde do ser humano atual e futuro, tendo em vista também as suas relações com a Biomedicina (ALMEIDA JUNIOR, 2017, p. 44).

O primeiro país que tutelou constitucionalmente a Bioética foi a Suíça, depois países como Alemanha e Portugal também incluíram normas ligadas ao Biodireito e valores Bioéticos em suas constituições. A Constituição da República Federativa do Brasil também assegura proteção dos valores bioéticos em seu art. 1º, inciso III, elencando a Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da República.

2.3. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é um importante eixo orientador do direito, que serve de arrimo para a sociedade do modo como a conhecemos. Tão importante é sua importância, que o Constituinte originário a inseriu como fundamento da República Federativa do Brasil. Sem embargo, Luís Roberto Barroso (2010, p. 36) explica que a dignidade da pessoa humana funciona “como fator de legitimação das ações estatais e vetor de interpretação da legislação em geral”.

Contudo, muito antes de atingir esse *status* constitucional, o princípio da dignidade humana já era, ainda que discretamente, reconhecido, tendo seu significado construído gradualmente no decorrer do tempo.

Conforme bem nos assegura Almeida Junior (2017), pode-se dizer que na tradição judaica-cristã-ocidental, o primeiro grande expoente da dignidade da pessoa humana se dá com Jesus Cristo, que compartilhava ideias de igualdade sem preconceito a qualquer gênero. Posteriormente, já na Idade Média, a dignidade do ser humano começa a ganhar contornos junto com a busca da população pela limitação dos poderes dos governantes.

Nas explicações de Tavares (2017, p. 52) “durante vários séculos na Idade Média os homens viveram sob a tutela de regimes absolutistas, no seio dos quais ficava vedada qualquer forma participativa, e nenhum limite poderia ser imposto aos governantes”. Nesse momento histórico, os detentores do poder eram tidos como a própria figura de Deus e governavam sem quaisquer limitações.

A insatisfação da população dos regimes absolutistas levaram a inquietações em busca da limitação das arbitrariedades praticadas pelos governantes. Em 1.215, o Rei João sem Terra se viu obrigado a editar a sua Magna Carta, a qual iniciou o esboço de uma lei fundamental. Anos mais tarde, no Século XVII, vieram a *Petition of Rights* de 1628, a *Bill of rights* de 1689 e a *Habeas Corpus Act* de 1679.

Embalados por esse fervor, eclodiram várias revoluções pelo mundo durante os Séculos XVII e XVIII, que buscavam a concretização de direitos inerentes aos homens, e que deveriam ser protegidos por uma lei maior. Esse foi o início do Estado de Direito, amparado em uma vertente liberal e influenciado pelas revoluções francesa e americana ocorridas no Século XVIII.

Segundo Tavares (2017, p. 67), “com a Revolução Francesa teve início toda uma era, o chamado ‘período legislativo’ ou ‘primeiro positivismo’”. O autor transparece a ideia de que o positivismo pode ser considerado “como uma vertente do método gramatical de interpretação, na qual predomina o subjetivismo histórico do legislador”. Nota-se que o Estado Liberal possuía um perfil extremamente legalista em que a lei era o valor máximo.

Essa forma de Estado detinha como característica a redução das atividades estatais ao mínimo essencial, resultando na exploração demasiada da força de trabalho, corolário da concentração da renda e da ausência de garantias mínimas, gerando exclusão entre classes sociais.

A exclusão social da classe operária resultou na ascensão de movimentos socialistas. Com isso, em busca de uma igualdade real e não meramente formal, constituiu-se o que se denominou de *Welfare State* (Estado de bem-estar social), o qual conjugava as liberdades públicas e direitos políticos, através de uma participação positiva do Estado.

Foi nesse contexto que o Filósofo prussiano Immanuel Kant escreveu a obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, na qual argumentava que a dignidade do homem decorre de sua autonomia da vontade, vez que apenas os seres racionais a possuem.

De acordo com Marreiro (2012, p. 03), para Kant:

A pessoa pertence, pela práxis, ao reino dos fins, o que a faz um ser de dignidade própria. Para ele, a dignidade é um valor absoluto, que impede o indivíduo de ser usado como instrumento para algo. Dessa forma, no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade, ou seja, quando uma coisa tem um preço, pode a esse preço ser-lhe atribuído qualquer outra coisa, como equivalente, porém, quando uma coisa está acima de qualquer preço, não lhe é permitido atribuir qualquer equivalente, mas tão somente a dignidade.

Dessa forma, “para a concepção kantiana, homem é um ser único e insubstituível, de modo que, qualquer ato que vise coisificá-lo, além de atentar contra a sua dignidade, será também imoral” (MARREIRO, 2012, p. 03). O ser humano deve ser considerado como um fim em si mesmo e jamais como instrumento de submissão a outrem, tendo as coisas preço e as pessoas dignidade.

Mais tarde, os malefícios do Estado Legalista ficaram claramente evidenciados durante a segunda guerra mundial, em que várias atrocidades foram realizadas amparadas por legislações discriminatórias e de cunho evidentemente anti-humanitário.

Na Alemanha, onde essas práticas ganharam destaque, o governo nazista caçou e aprisionou pessoas de diferentes grupos étnicos, sobretudo judeus, ciganos e polacos, grupos políticos, entre eles anarquistas e comunistas, homossexuais e pessoas pertencentes as minorias religiosas, tais como as testemunhas de Jeová, submetendo-os a tratamento desumano e ao extermínio durante o holocausto.

Com o fim da guerra, muitos conceitos tiveram de ser repensados e novas discussões surgiram. O Estado Positivista sucumbiu a um novo tipo de Estado, no qual a lei suprema era a constituição e dela emanava todas as normas a serem obedecidas pelo país. Nessa nova concepção de Estado, a vontade da maioria deve prevalecer (Estado Democrático),

mas não se deve deixar de olvidar os interesses da minoria. A nova égide constitucional é fundada em princípios e não meramente em normas.

Conforme destaca Almeida Junior (2017, p. 49), “após a 2ª guerra mundial, a ideia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo jurídico”. O ideal da dignidade da pessoa humana de vedação à instrumentalização do homem idealizada por Kant, alicerçou as novas constituições democráticas, em resposta às atrocidades nazistas e continua em constante evolução a fim de proteger o ser humano.

Mas afinal de contas, o que é a dignidade da pessoa humana?

Muitos autores já tentaram conceituar a dignidade da pessoa humana, entretanto, perceberam que por se tratar de um princípio, de um conceito jurídico indeterminado, não seria viável restringir a sua abrangência através de um conceito.

Ensina Barroso (2010, p. 11) que a dignidade da pessoa humana “é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional”. Logo, por se tratar de um princípio, a sua efetivação “deve se dar na maior medida possível, levando-se em conta outros princípios, bem como a realidade fática subjacente (BARROSO 2010, p. 11)”.

Outrossim, é certo que o entendimento acerca do que seria dignidade varie de acordo com a sociedade e com o momento histórico, contudo, todos esses entendimentos têm em comum o estabelecimento de limites para evitar a instrumentalização do indivíduo.

Nessa linha, os autores Barroso e Martel (2010, p. 36) explicam:

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

Em complemento, os ilustres autores diferenciam a dimensão individual e a dimensão social do princípio em comento:

A dimensão individual está ligada ao sujeito do direito, seus comportamentos e suas escolhas. A dimensão social envolve a atuação do Estado e de suas instituições na concretização do direito de cada um e, em certos casos, de intervenção para que comportamentos individuais não interfiram com direitos próprios, de outros ou de todos. (...) As dimensões individual e social da atuação fundada na dignidade humana são também referidas, respectivamente, pelas designações de dignidade como autonomia e como heteronômia (BARROSO e MARTEL, 2010, p. 38)".

A dimensão individual entendida como a dignidade como autonomia, está contida nos documentos que versam sobre direitos humanos constituídos após a segunda guerra mundial, e nas constituições promulgadas também nesse período, as quais trazem em si a ideia de que a dignidade é a autonomia da pessoa, o seu poder individual. Assim, para Barroso e Martel (2010, p. 38-39), destacam-se quatro aspectos essenciais: "a) a capacidade de autodeterminação; b) as condições para o exercício da autodeterminação; c) a universalidade; e d) a inerência da dignidade ao ser humano".

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas (...).

O segundo aspecto destacado diz respeito às condições para o exercício da autodeterminação. Não basta garantir a possibilidade de escolhas livres, mas é indispensável prover meios adequados para que a liberdade seja real, e não apenas retórica. Para tanto, integra a ideia de dignidade o denominado mínimo existencial (v. supra), a dimensão material da dignidade, instrumental ao desempenho da autonomia. Para que um ser humano possa traçar e concretizar seus planos de vida, por eles assumindo responsabilidades, é necessário que estejam asseguradas mínimas condições econômicas, educacionais e psicofísicas. O terceiro e o quarto aspectos da dignidade como autonomia – universalidade e inerência – costumam andar lado a lado. O cunho ontológico da dignidade, isto é, seu caráter inerente e intrínseco a todo ser humano, impõe que ela seja respeitada e promovida de modo universal. Ela é conferida a todas as pessoas, independentemente de sua condição nacional, cultural, social, econômica, religiosa ou étnica. A contingência espaço-temporal e a contingência entre pessoas (como mais ou menos dignas) representam uma afronta para a dignidade, sem prejuízo de certos temperamentos admitidos em razão do multiculturalismo (BARROSO e MARTEL, 2010, p. 39-40).

Por outro lado a dignidade entendida como heteronômia remete ao seu aspecto social, constituindo um freio à liberdade do indivíduo, conforme prelecionam Barroso e Martel (2010, p. 47):

Em suma, pode-se dizer que a 'dignidade como heteronômia' traduz uma ou algumas concepções de mundo e do ser humano que não dependem, necessariamente, da liberdade individual. No mais das vezes, ela atua exatamente como um freio à liberdade individual em nome de valores e concepções de vida compartilhados. Por isso, a 'dignidade como heteronômia' é justificada na busca do bem para o sujeito, para a preservação da sociedade ou comunidade, para o aprimoramento moral do ser humano, dentre outros objetivos.

Tendo por base as explicações dos nobres juristas, fica fácil compreender que quando a dignidade diz respeito a possibilidade do indivíduo atender aos seus próprios anseios, a forma autônoma da dignidade deve prevalecer, resguardando, assim, os seus direitos. Dessa forma, "quando se desrespeita uma posição individual responsabilmente formulada, calcada em valores de consciência, amparadas em critérios de foro íntimo, viola-se a dignidade do indivíduo (ALMEIDA JUNIOR, 2017, p. 56)".

Nada obstante, a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana não deve ser feita a bel-prazer, devemos sempre levar em conta "um certo grau de unidade e objetividade (ALMEIDA JUNIOR, 2017, p. 59)". De outro giro, a dignidade da pessoa humana não deve ser "refém de ideologias e formulações políticas e estatais parciais (ALMEIDA JUNIOR, 2017, p. 59)", ela deve ser o mais neutra possível.

Portanto, a dignidade como autonomia além de valorar mais a liberdade individual, também se apoia em um importante fundamento filosófico: "o reconhecimento do indivíduo como um ser moral, capaz de fazer escolhas e assumir responsabilidades por elas (BARROSO e MARTEL, 2010, p. 63)".

2.4. O PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE

As discussões acerca da autonomia acompanham a sociedade há muito tempo. Como visto anteriormente, durante os séculos XVIII e XIX vigorou o chamado Estado Liberal, conhecido por ser uma forma de estado minimalista, que pouco intervinha na esfera privada do indivíduo. Nesse período histórico vigia a justiça formal³, pela qual o Estado se abstinha de praticar justiça sociais⁴.

³ Justiça Formal é aquela pela qual os indivíduos de uma mesma categoria essencial devem ser tratados de forma igualitária.

⁴ Justiça Social é uma construção moral e política com base na igualdade de direitos e na solidariedade coletiva.

O princípio da Autonomia da Vontade é contemporâneo ao Estado Liberal. Por ele, o sujeito detinha plena liberdade contratual, podendo escolher o conteúdo do negócio e com quem iria contratar. Sua vontade individual se sobressaía à vontade coletiva, a autonomia era ilimitada e a propriedade privada regia o sistema de direitos negativos perante o Estado.

Anos mais tarde, com o fim da primeira guerra mundial e com a decadência do Estado Liberal, o princípio da Autonomia da Vontade começou a ser relativizado e um novo viés da autonomia começa a ganhar força.

Por esse novo viés, denominado de Autonomia Privada, o Estado deveria garantir uma justiça material⁵, fazendo intervenções para promover justiça sociais. Essas intervenções estatais foram chamadas de dirigismo contratual.

Ainda, por essa nova concepção, os interesses coletivos deveriam ter prioridade sobre o direito individual, sendo tais interesses, coletivos e individuais, regulados por sua função social. Desse modo, pela autonomia privada o sujeito pode buscar satisfazer seus anseios, desde que isso não interfira nos interesses coletivos.

Intimamente relacionada com a autonomia privada, temos a ideia de autodeterminação do indivíduo, que ganhou força com o fim do paternalismo médico.

Ao longo das primeiras décadas do Século XX vigorou a ética hipocrática na relação entre médico e paciente, pela qual o médico deveria assumir uma “postura de protetor do paciente, justificando-se qualquer medida destinada a restaurar sua saúde ou prolongar a sua vida” (ALMEIDA JUNIOR, 2017, p. 60). Durante esse período, não havia necessidade do consentimento do paciente para intervenções médicas, a ação do médico era resguardada pelo pressuposto de sempre fazer o bem ao paciente.

Esse paradigma, contudo, foi quebrado ao fim da segunda guerra mundial com a edição do Código de Nuremberg. Em abril de 1947, o Conselho de Crimes de Guerra elencou seis princípios norteadores das pesquisas médicas e, posteriormente, o Tribunal de Nuremberg elencou a estes seis princípios quatro novos, e estes junto com aqueles constituíram o Código de Nuremberg.

⁵ Justiça Material é entendida como aquela na qual os iguais são tratados igualmente, na medida de sua igualdade e os desiguais tratados desigualmente, na medida de sua desigualdade.

Esse Código ficou conhecido por trazer importantes princípios norteadores da relação médico-paciente moderno, porém, as legislações vigentes à época o usaram apenas como orientador dessa relação, não o incorporando definitivamente no seu sistema jurídico.

Dessa maneira, os princípios trazidos pelo Código de Nuremberg só foram efetivados com a Declaração de Helsinque de 1964, a qual trazia o consentimento informado como pilar estruturante da relação médico-paciente. Segundo Diniz e Corrêa (2001, p. 681-682) “Ao contrário de Nuremberg, que supõe-se ter sido um julgamento sobre o passado de crimes dos médicos nazistas, a Declaração de Helsinki projetou-se para o futuro como um guia ético obrigatório para todos os pesquisadores”.

Com essas novas orientações, reconheceu-se o direito à autodeterminação do indivíduo, em respeito à dignidade da pessoa humana, devendo o Estado zelar por este direito, reconhecendo-o.

Segundo Luís Roberto Barroso (2010, p. 24) “A autonomia é o elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas”. Portanto, a capacidade de autodeterminação do indivíduo está intimamente ligada a sua dignidade, ou seja, para que o indivíduo desenvolva livremente a sua personalidade, fazendo suas próprias valorações morais e escolhas existenciais, é necessário que haja respeito a suas crenças e anseios sem interferência externa. Nas lições de Almeida Júnior (2017, p. 61):

Eis a autonomia privada, que preferimos chamar de autodeterminação, pois aquela expressão tradicionalmente é utilizada para a liberdade nas relações contratuais, ao passo que esta é o poder de cada indivíduo gerir livremente a sua vida como melhor lhe aprouver. Segundo Kant, trata-se “do fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”. É, portanto, “não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal.

Ainda de acordo com o Autor “a autodeterminação é a prerrogativa que o indivíduo tem de decidir o que entende ser melhor para si, inclusive no tocante à escolha de tratamentos médicos para lhe assegurar a viabilidade de sua filiação genética” (ALMEIDA JUNIOR, 2017, p. 62).

Assim, aquilo que o profissional médico considera como o melhor tratamento, pode não ser a melhor escolha para o paciente. A função da autodeterminação é justamente essa,

assegurar a livre escolha do indivíduo, impondo o dever médico de prestar informação, para a melhor escolha do enfermo.

Em um contexto internacional, a jurisprudência mundial tem considerado a prevalência da autodeterminação do paciente em situações nas quais haja risco de vida ao enfermo, é o que se nota, por exemplo, no caso do artista italiano e ativista pelo direito de morrer Piergiorgio Welby.

Welby, devido a uma distrofia muscular progressiva, estava tetraplégico e impossibilitado de respirar sem a ajuda de aparelhos desde 1997. Essa condição lhe causava extrema insatisfação, e devido a isso Piergiorgio escreveu uma carta aberta ao presidente italiano à época, Giorgio Napolitano, na qual afirmava que apesar de amar viver, o que lhe restava não era mais uma vida.

A carta de Welby provocou intensos debates acerca da eutanásia no país. Em dezembro de 2006, o médico Mario Riccio desligou os equipamentos que mantinham Piergiorgio vivo. De acordo com Mabtum e Marchetto (2015, p. 106):

Em dezembro de 2006, alguns meses após a declaração pública de Welby, o médico anestesista Mario Riccio, que padecia de esclerose lateral amiotrófica, doença degenerativa semelhante à dele, decidiu acatar a determinação de Welby, convencido de que sua atuação como médico era lícita e de que a manifestação de vontade do artista estava isenta de coação, pressão social ou familiar.

Por esse ato de piedade, Mario Riccio foi denunciado e processado pela prática do crime de homicídio. A defesa do médico argumentou que a intervenção realizada não constitui a prática de eutanásia, mas sim de retirada de um tratamento rejeitado pelo paciente.

A juíza do caso, Zaira Secchi, do Tribunal de Roma, entendeu que o médico não praticou conduta criminosa ao desligar os aparelhos que mantinham Welby vivo, pois a Constituição italiana resguarda o direito do paciente à recusa a tratamentos. Portanto:

(...) não foi homicídio, porque Welby estava lúcido, consciente, informado e suas vontades eram legítimas. De acordo com a sua interpretação, o médico atuou atendo-se ao direito da vítima de se privar de um tratamento não desejado, um direito reconhecido pela Constituição em relação ao qual o médico assumiu o dever jurídico de consentir. De acordo com a juíza, o médico cumpriu a sua obrigação profissional (GOLDIM, 2007).

Apesar desse reconhecimento, é importante ressaltar que a autodeterminação não deve ser considerada um direito absoluto, sua utilização está condicionada à sua harmonização

com os demais direitos protegidos pelo Estado, do contrário, toda lei que limitasse a ação humana seria inconstitucional.

Não obstante, a limitação à autodeterminação deve ser a exceção, segundo Almeida Júnior (2017, p. 72):

A autodeterminação ainda é a regra, inclusive para os chamados atos acráticos, aqueles que decorrem de suposta fraqueza de vontade do agente, quando o sujeito opta por um aspecto de sua vida consciente dos males que podem ocorrer, como, por exemplo, exercer o tabagismo, o hábito de beber, de comer produtos que causam problemas à saúde etc.

Do mesmo modo, no Brasil a autodeterminação do paciente encontra proteção jurisprudencial e principiológica, sendo a dignidade da pessoa humana um dos seus principais pilares. Apesar disso, em 14 de junho de 2016, o Deputado Federal Pepe Vargas, em parceria com os Deputados Chico D'Angelo e Henrique Fontana propuseram o Projeto de Lei nº 5.559/2016, no qual são tratados os direitos dos pacientes.

O projeto de lei traz em seu art. 2º definições sobre o que é considerado autodeterminação, diretivas antecipadas de vontade, consentimento informado e outras definições abaixo transpostas:

Art. 2º Para os fins desta Lei, são adotadas as seguintes definições:

I – autodeterminação: capacidade do paciente de se autodeterminar segundo sua vontade e suas escolhas, livre de coerção externa ou influência subjugante;

II – diretivas antecipadas de vontade: documento que contém expressamente a vontade do paciente quanto a receber ou não cuidados, procedimentos e tratamentos médicos, a ser respeitada quando ele não puder expressar, livre e autonomamente, a sua vontade;

III – representante do paciente: pessoa designada pelo paciente, em suas diretivas antecipadas de vontade ou em qualquer outro registro escrito, para decidir por ele sobre os cuidados à sua saúde, nas situações em que estiver incapacitado de expressar livre e autonomamente a sua vontade;

IV – consentimento informado: manifestação de vontade do paciente, livre de coerção externa ou influência subjugante, sobre os cuidados à sua saúde, após ter sido informado, de forma clara, acessível e detalhada, sobre todos os aspectos relevantes sobre o seu diagnóstico, prognóstico, tratamento e cuidados em saúde;

V – cuidados paliativos: assistência integral à saúde prestada por equipe multidisciplinar a paciente com doença ativa e progressiva que ameaça a vida e para a qual não há possibilidade de cura, com o objetivo de promover o bem-estar e a melhoria da qualidade de vida do paciente e de seus familiares, mediante a

prevenção e o tratamento para o alívio da dor e do sofrimento de natureza física, psíquica, social e espiritual, e

VI – grupo vulnerável: Pessoas que por sua condição biológica ou psíquica, como crianças, idosos incapacitados, indivíduos com sofrimento mental grave, estão impedidas de dar o seu consentimento livre e esclarecido ou que por sua condição social, como povos indígenas, quilombolas, indivíduos em situação de rua, tem dificuldades de cunho cultural e social para expressar as suas opções ou de opor resistência a um procedimento que não estão de acordo (VARGAS, D'ANGELO e FONTANA, 2016, p. 1-2).

Em uma análise rápida do disposto no projeto, é possível notar a preocupação do legislador com a autonomia da vontade do paciente, o qual não poderá ser obrigado a se submeter a um tratamento que não deseja, ainda que algum familiar se posicione de forma contrária quando aquele não puder manifestar a sua vontade.

Art.10. O paciente tem o direito de não ser tratado com distinção, exclusão, restrição ou preferência baseados em raça, cor, religião, enfermidade, deficiência, orientação sexual ou identidade de gênero, origem nacional ou étnica, renda, de modo que provoque restrições em seus direitos.

§1º O paciente tem o direito de ser chamado pelo nome de sua preferência.

§2º O paciente tem o direito de ter suas particularidades culturais, religiosas e de outra natureza respeitadas, principalmente quando fizer parte de grupos vulneráveis (VARGAS, D'ANGELO e FONTANA, 2016, p. 3).

Por fim, o art. 12 prevê que o médico possui o dever de prestar informação ao paciente para que este possa realizar sua opção de forma livre e esclarecida:

Art. 12. O paciente tem o direito à informação sobre sua condição de saúde, o tratamento e eventuais alternativas, os riscos e benefícios dos procedimentos, e os efeitos adversos dos medicamentos.

§ 1º A informação deve ser acessível, atualizada e suficiente para que o paciente possa tomar uma decisão sobre seus cuidados em saúde.

§ 2º O paciente tem o direito de um interprete ou, no caso da pessoa com deficiência, meios de assegurar sua acessibilidade.

§ 3º O paciente tem o direito de ser informado sobre os cuidados que deve adotar quando receber alta hospitalar (VARGAS, D'ANGELO e FONTANA, 2016, p. 3).

Dessa forma, ao menos em um primeiro momento, nota-se que o projeto de lei protege a autodeterminação do paciente. Contudo, muito ainda precisa ser melhorado para que não restem lacunas legislativas e o objetivo primordial da lei seja alcançado com vigor.

3. OS INSTITUTOS DA EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA, DISTANÁSIA, MISTANÁSIA E O SUICÍDIO ASSISTIDO

Elencado no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal, o direito à vida se constitui em um dever ético a ser respeitado pelo ser humano. Segundo consta no caput do art. 5º, da Carta Magna: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”.

Segundo Provin e Garcia (2013, p. 1808), a dificuldade em discutir o direito à vida e o direito à existência digna decorre do caput desse artigo:

(...) o que amplia a interpretação do conteúdo do direito à vida, ao pôr em destaque alguns dados da dignidade do viver que não se contêm no direito à vida. Dessa forma, para os casos em que a existência não se demonstrasse mais digna, deveria o ordenamento jurídico prever então o direito à morte.

Noutras palavras, a inviolabilidade do direito à vida deve ser interpretada como o direito que os indivíduos possuem de não ter a sua vida interrompida por fatos alheios a sua vontade.

De fato, o direito de viver não é obrigação de viver. A dignidade da pessoa humana também engloba o direito de morrer, mormente se pensarmos na situação de indivíduos em estado terminal, em especial aqueles que dependem de aparelhos para sobreviver. Não seria justo prolongar artificialmente a vida desses enfermos, causando a eles e aos seus familiares dor e sofrimento desnecessários, contra a sua vontade.

A base dessa ideia de evitar o prolongamento da vida de forma desnecessária se baseia na premissa de que, sendo a morte um processo inevitável, “quando atestada a impossibilidade de perspectiva de vida, há de se considerar que a morte nem sempre é uma pena, mas sim uma consequência natural do ciclo vital” (Provin e Garcia, 2013, p. 1810).

Nessa perspectiva, os estudiosos da bioética têm buscado traçar diferenças entre alguns conceitos relacionados ao fim da vida, que antes eram tidos como uma única situação, mas que agora são identificados como categorias autônomas, ajudando a mapear os limites bioéticos. São eles: a) eutanásia; b) ortotanásia; c) distanásia; d) mistanásia e; e) suicídio assistido.

3.1. A EUTANÁSIA

É uma das formas de manifestação de compaixão mais antigas, com relatos até mesmo na bíblia (1 Samuel 31:3, 4)⁶. Nos dias atuais, a eutanásia ocorre quando um terceiro, por sentimento ou piedade, provoca a morte de paciente terminal. Nessas situações, a doença não resulta em morte iminente, logo, a eutanásia serve justamente para abreviar a vida por compaixão ao enfermo. De acordo com Barroso e Martel (2010, pp. 22-23):

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. Compreende-se que a eutanásia é a ação médica intencional de apressar ou provocar a morte – com exclusiva finalidade benevolente – de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos.

A Holanda, país com forte política liberal em relação à homossexualidade, uso de drogas, prostituição e aborto, é a pioneira na confecção de uma legislação acerca da eutanásia. Outrossim, a Bélgica, em 2002, também regulamentou sua própria lei sobre a eutanásia.

De outro modo, países como Suíça, Estados Unidos, Colômbia e Uruguai, através de interpretação extensiva de suas legislações, bem como pela elaboração de formas de isenção de pena, reconhecem o direito de morrer do indivíduo, não punindo aqueles que, por sentimento ou piedade, ajudam um terceiro em estado terminal a dar cabo a própria vida.

No Brasil, a prática da Eutanásia constitui crime de homicídio doloso, podendo em determinados casos, quando motivado por relevante valor moral ou social, constituir-se em um privilégio (art. 121, § 1º, do Código Penal).

Na doutrina nacional o debate é fervoroso, há aqueles que defendem a prática da eutanásia argumentando que é contraditório dar a possibilidade aos pacientes de escolherem quais

⁶ “3 A luta ficou intensa contra Saul; os arqueiros o encontraram, e ele foi ferido gravemente pelos arqueiros. 4 Saul disse então ao seu escudeiro: “Puxe a espada e mate-me, para que esses incircuncisos não me tratem com crueldade e me matem.” Mas seu escudeiro não quis fazer isso, porque estava com muito medo. Então Saul pegou a espada e se jogou sobre ela”. Disponível em <<https://www.jw.org/pt/ensinos-biblicos/perguntas/eutanasia/>> Acesso em 27.05.2019.

tratamentos médicos querem se submeter, sem, no entanto, permitir-lhes escolher morrer com dignidade, sem sofrimento físico ou psicológico.

Para essa corrente, a Eutanásia não constitui fato típico. Alinham-se a ela Patrícia Barbosa Campos, Guilherme Luiz Medeiros, Luiz Flávio Gomes, Luís Roberto Barroso, Evandro Correa de Menezes.

Contrariamente, alguns autores se posicionam junto com a Igreja Católica, pela qual antecipar a morte não se coaduna com os preceitos das leis naturais ou das leis de Deus, rechaçando, assim, a sua prática.

Por fim, a Eutanásia pode ser classificada como ativa, que é aquela em que o terceiro pratica uma ação que põe fim a vida do enfermo, passiva, que é aquela em que o resultado se dá perante uma omissão do terceiro, e indireta, que é aquela em que o sujeito pratica uma ação sem, entretanto, ter a intenção de provocar a morte do paciente em estado terminal.

3.2. A ORTOTANÁSIA

Em 2006, o Conselho Federal de Medicina⁷ regulou a resolução nº 1.805/2006, a qual deu passagem para a Ortotanásia no Brasil:

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.

(...)

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.

⁷ “O Conselho Federal de Medicina (CFM) é uma autarquia que possui atribuições constitucionais de fiscalização e normatização da prática médica. Criado em 1951, o CFM, além de atribuições como o registro profissional do médico e a aplicação de sanções do Código de Ética Médica, adquiriu funções que atuam em prol da saúde da população e dos interesses da classe médica. Sua competência inicial reduzia-se ao registro profissional do médico e à aplicação de sanções. Atualmente, exerce um papel político muito importante na sociedade, atuando na defesa da saúde da população e dos interesses da classe médica. O órgão traz um belo histórico de luta em prol dos interesses da saúde e do bem estar do povo brasileiro, sempre voltado para a adoção de políticas de saúde dignas e competentes, que alcancem a sociedade indiscriminadamente”. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Conselho_Federal_de_Medicina> - Acesso em 29.04.2018.

Em grego, ortotanásia significa “morte natural”, considerada como a morte em seu tempo natural, sem que haja diminuição ou prolongamento desse processo. Nas palavras de Barroso e Martel (2010, p.24):

Trata-se da morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por ação intencional externa, como na eutanásia. É uma aceitação da morte, pois permite que ela siga seu curso. É prática sensível ao processo de humanização da morte, ao alívio das dores e não incorre em prolongamentos abusivos com aplicação de meios desproporcionados que imporiam sofrimentos adicionais.

Portanto, considera-se ortotanásia a omissão do médico frente a uma situação em que não haja mais perspectivas de reabilitação ao enfermo, optando, desde que com sua anuência, pela não utilização de meios extraordinários para prolongar a vida do paciente, deixando a morte seguir o seu processo natural, exercendo, em contrapartida, apenas cuidados paliativos⁸ para evitar dores desnecessárias e resguardar a dignidade do indivíduo.

Em casos de ortotanásia, a conduta omissiva do médico será considerada ética sempre que for antecedida do consentimento informado do enfermo ou de seus curadores, quando este não puder se manifestar.

Com base nessa premissa, fica fácil identificar a importância do dever médico de prestar informação ao paciente para que este possa optar ou não pelo início ou continuidade do tratamento, tendo plena consciência de sua escolha. Do contrário, estar-se-ia criando um vício no consentimento do enfermo, ferindo a sua autonomia com informações pouco precisas.

Importante salientar que a ortotanásia não se confunde com a eutanásia passiva. Nesta, o processo de morte do paciente é determinado pela conduta omissiva do médico, vez que os recursos médicos ainda são úteis para manter a vida, sendo a omissão profissional criminosa. Naquela, a omissão em adotar procedimentos terapêuticos se dá quando o processo de morte já está instalado, o ato omissivo não produz, destarte, a morte do paciente.

Como visto, a discussão acerca da ortotanásia envolve várias questões polêmicas e especificidades próprias. Por esse motivo, a fim de proteger os interesses coletivos, o

⁸ Os cuidados paliativos, são indissociáveis da ortotanásia, pois através deles se evitam “métodos extraordinários e excepcionais, procura-se aliviar o padecimento do doente terminal pelo uso de recursos apropriados para tratar os sintomas, como a dor e a depressão (...)” (BARROSO e MARTEL , 2010, p. 24).

Ministério Público Federal, no ano de 2007, propôs a ação civil pública nº 2007.34.00.014809-3 em face do Conselho Federal de Medicina, na qual alegava que o Conselho não tinha competência para editar matéria legislativa acerca da ortotanásia, além de não poder regulamentar, como ética, uma conduta tipificada como crime.

Contudo, após o devido processo legal, o próprio *parquet* em suas alegações finais concordou com a tese defendida pelo Conselho Federal, na qual o direito à boa morte é decorrência do princípio da dignidade humana, consubstanciando um direito fundamental de aplicação imediata.

Na sentença que julgou improcedente os pedidos veiculados na exordial, o r. Juiz Federal, Roberto Luis Luchi Demo, usou como argumentos aqueles aduzidos pelo Ministério Público Federal em suas alegações finais:

A Resolução guerreada é, pois, uma manifestação dessa nova medicina atual, há um avanço no trato do doente terminal ou de patologias graves, no intuito de dar ao paciente não necessariamente mais anos de vida, mas, principalmente, sobrevida com qualidade.

A medicina deixa, por conseguinte, uma era paternalista, super-protetora, que canalizava sua atenção apenas para a doença e não para o doente, numa verdadeira obsessão pela cura a qualquer custo, e passa a uma fase de preocupação maior com o bem-estar do ser humano.

E, repise-se, não se trata de conferir ao médico, daqui pra frente, uma decisão sobre a vida ou a morte do paciente, porque ao médico (ou a equipe médica, tanto melhor) apenas caberá identificar a ocorrência de um estado de degeneração tal que indique, em verdade, o início do processo de morte do paciente.

Trata-se, pois, de uma avaliação científica, balizada por critérios técnicos amplamente aceitos, que é conduta ínsita à atividade médica, sendo completo despautério imaginar-se que daí venha a decorrer um verdadeiro "tribunal de vida ou morte", como parece pretender a inicial.

Por tudo isto é que os pedidos deduzidos na presente demanda não devem ser acolhidos. (Trecho da sentença proferida na ação civil pública nº 2007.34.00.014809-3. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>> Acesso em: 20.mai.2019)

3.3. A DISTANÁSIA, A MISTANÁSIA E O SUICÍDIO ASSISTIDO

3.3.1. A Distanásia

Se a Eutanásia é um meio de encurtar a vida do paciente terminal aliviando o seu sofrimento, a Distanásia segue o caminho contrário. Esse instituto nada mais é do que o prolongamento artificial do processo de morte. Nele, o médico usa de meios extraordinários para prolongar a vida do enfermo. Nas explicações de Barroso e Martel (2010, p. 23):

Por distanásia compreende-se a tentativa de retardar a morte o máximo possível, empregando, para isso, todos os meios médicos disponíveis, ordinários e extraordinários ao alcance, proporcionais ou não, mesmo que isso signifique causar dores e padecimentos a uma pessoa cuja morte é iminente e inevitável.

3.3.2. A Mistanásia

Popularmente, esse instituto é denominado de “eutanásia social”. O Estado tem o dever constitucional de oferecer a todos acesso à saúde, todavia, esse dever não é cumprido com a eficiência e qualidade esperadas, mormente por se tratar de um país com dimensões continentais e com uma população que gira em torno de duzentos e nove milhões de pessoas. Assim, a Mistanásia é considerada a morte provocada por problemas de infraestrutura na saúde pública.

3.3.3. O Suicídio Assistido

Segundo Barroso e Martel (2010, p. 62), “Suicídio assistido é a retirada da própria vida com auxílio de terceiro”. Nesse caso, a pessoa não consegue concretizar sua intenção de morrer sozinha e solicita ajuda a um terceiro, podendo a ajuda se dar por ação ou omissão. Em ambos os casos, o terceiro contribui para o resultado.

O Código Penal não tipifica a conduta do indivíduo que se suicida, por sua vontade e iniciativa, não punindo nem mesmo a tentativa. Por outro lado, o terceiro que induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça responde pelas penas previstas no art. 122, do Código Penal.

4. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: INSTRUMENTOS QUE GARANTEM O DIREITO À MORTE EM SEU TEMPO CERTO.

As diretivas antecipadas de vontade constituem um instrumento jurídico novo, ainda em discussão e em constante processo de aperfeiçoamento, tanto no Brasil, quanto no exterior, ganhando especial importância por serem guardiãs dos princípios da dignidade da pessoa humana e da autodeterminação do paciente, sobretudo para enfermos em fase terminal.

O Conselho Federal de Medicina define na Resolução nº 1.995/2012 diretivas antecipadas de vontade como “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”.

Conforme explicam Neto, Ferreira, et. al. (2015, p. 573):

As diretivas antecipadas de vontade podem ser definidas como instruções escritas nas quais a pessoa, de forma livre e esclarecida, expõe suas vontades e posicionamentos, com a finalidade de guiar futuras decisões quanto a sua saúde. São efetivadas a partir do momento em que há comprovação médica de que o paciente se encontra incapaz de tomar decisões, podendo ser redigidas por todos os indivíduos adultos, independentemente de seu estado atual de saúde.

Em verdade, as diretivas constituem um guia para o médico, que atuará dentro dos limites previamente estabelecidos pelo indivíduo, de acordo com suas convicções morais e religiosas, evidenciando uma verdadeira mudança na relação médico-paciente, antes pautada quase que exclusivamente nos conhecimentos técnicos do médico.

Ainda, as Diretivas são consideradas gênero, no qual temos como espécies o Testamento Vital, ou Testamento Vidual e o Mandato Duradouro, nas lições de Neto, Ferreira, et. al. (2015, p. 573):

O mandato duradouro corresponde à nomeação, pela pessoa, de alguém de sua confiança para tomar decisões sobre os cuidados de sua saúde, caso ela venha a tornar-se incapaz. O testamento vital é um documento de cunho jurídico, em que o paciente define a que tipo de tratamento e procedimento médico deseja ser submetido quando a reversão de seu quadro clínico não for mais possível e ele não se encontrar apto a tomar decisões.

Logo, no mandato duradouro o enfermo outorga poderes para um terceiro de sua confiança a fim de que este cuide de seus desejos caso aquele esteja impossibilitado de se

manifestar, suprindo, dessa maneira, a sua vontade e preservando a sua dignidade e autonomia.

Já no testamento vital, o próprio paciente, por meio de um documento, registra as suas vontades para que essas sejam atendidas caso ocorra alguma situação em que ele não possa manifestar os seus anseios. Vale frisar que ao elaborar o seu testamento vital, o sujeito deve ser capaz de decidir acerca de quais tratamentos quer ser ou não submetido, bem como sua manifestação deve ser livre de vícios.

À vista disso, como surgiram as diretivas e como é o seu uso nos demais países?

Conforme ensina Dadalto (2013, p. 107), o primeiro país a discutir o tema foi os Estados Unidos ainda na década de 1960. Em 1969, o advogado e ativista dos direitos humanos Louis Kutner⁹, propôs um modelo de declaração prévia de vontade do paciente terminal visando auxiliar o julgamento jurídico em processos envolvendo homicídio privilegiado por relevante valor moral e homicídio qualificado por motivo torpe. O modelo de Kutner serviu de parâmetro para que outros Estados daquele país também elaborassem as suas próprias declarações prévias de vontade, contudo sem regulamentação legal.

Posteriormente, em 1976, o Estado norte americano da Califórnia aprovou a “Natural Death Act”, primeira lei a reconhecer o testamento vital, a qual serviu de estopim para a aprovação de leis que regulavam o tema em vários Estados dos Estados Unidos. Entretanto, somente em 1990 com o caso Nancy Cruzan foi que as diretivas entraram de vez nos holofotes.

Nancy, em 11 de janeiro de 1983, perdeu o controle do carro em que viajava, capotou e foi encontrada inconsciente com o rosto dentro de um córrego. Ela permaneceu em coma por três semanas, tendo o seu quadro evoluído para um estado de inconsciência, do qual não tinha prognóstico de reabilitação.

Seus representantes, então, requereram ao hospital público no qual ela se encontrava internada que houvesse a retirada dos procedimentos de nutrição e hidratação assistida que a mantinham viva. O hospital negou o pedido dos representantes, e exigiram para o seu cumprimento autorização judicial.

⁹ Louis Kutner, foi um advogado e ativista dos direitos humanos americano que, junto com Peter Benenson, fundou a Anistia Internacional no ano de 1961. Ele também ganhou notoriedade pela criação do "World Habeas Corpus" para proteger indivíduos contra prisões injustificadas. Outro feito do notável foi a elaboração do conceito de testamento vital.

Em junho de 1989, os representantes de Nancy recorreram à justiça do Missouri a fim de obter a autorização. Em 1990, o caso chegou à Suprema Corte Americana que deferiu o pedido dos representantes, em uma decisão embasada no diagnóstico de dano cerebral irreversível e na manifestação prévia da vontade da paciente, determinado à instituição que atendesse à demanda da família.

Impulsionado por esses fatos, em 1991, o Parlamento Americano aprovou a Patient Self-Determination Act (PSDA), a primeira lei federal a dispor acerca do testamento vital e sobre o mandato duradouro e a reconhecer o direito à autodeterminação do paciente.

De lá pra cá, muito se aperfeiçoou em relação às diretivas e atualmente existe nos Estados Unidos outros documentos que atingem a mesma finalidade. Contudo, pelo fato das diretivas estarem mais enraizadas na literatura, muitos países utilizaram o padrão norte americano como base para a criação de suas próprias diretivas.

As diretivas desembarcaram na Europa no ano de 1997, com a elaboração do Tratado sobre Direitos dos Humanos e Biomedicina, firmado em Oviedo na Espanha. O Convênio de Oviedo¹⁰, como ficou conhecido, foi o primeiro tratado internacional a reconhecer o direito à autodeterminação do paciente, deixando a cargo do país signatário o ônus de criar a sua legislação de proteção ao paciente.

O primeiro país europeu a legislar acerca da autodeterminação e das diretivas antecipadas foi a Bélgica, em agosto de 2002, logo após a edição do Convênio de Oviedo. A legislação belga garante o direito à informação do paciente, prevendo o dever médico de apontar através de uma linguagem de fácil compreensão os riscos e consequências envolvidos no tratamento.

Quanto à capacidade para manifestar a sua vontade, Mabtum e Marchetto (2015, p. 101) observam que:

A lei belga determina que o paciente menor seja representado pelos seus representantes legais para a manifestação do seu consentimento. No caso de paciente maior de idade que se encontra incapacitado para manifestar-se, deverá ser representado pela pessoa por ele nomeada por meio de procuração. Há, portanto, o reconhecimento do procurador de saúde, por meio de mandato

¹⁰ Editado em 1997, o Convênio de Oviedo tem como objetivo prevenir o abuso do desenvolvimento tecnológico em relação à biomedicina e proteger a dignidade humana e os direitos humanos. Foi ratificado por 29 países e outros 6 assinaram o tratado sem, no entanto, ratificá-lo.

duradouro, que poderá ser redigido pelo paciente ou pelo seu procurador. No documento deve constar a data de sua elaboração e a assinatura de ambos.

Dessarte, na falta de mandado duradouro o representante do enfermo será seu cônjuge ou companheiro e, na ausência, o parente com grau de parentesco mais próximo. No mais, para garantir a veracidade das declarações duas testemunhas deveram participar do ato, as declarações terão validade por cinco anos, podendo, no entanto, ser revogada a qualquer tempo pelo seu titular.

Nada obstante, a Espanha também regulamentou a sua legislação pertinente no ano de 2002. Segundo Mabtum e Marchetto (2015, p. 97-98):

As instrucciones previas são destinadas à equipe médica e manifestam a vontade do subscritor de não ser submetido a tratamentos fúteis que busquem prolongar sua vida de modo artificial. A lei reafirmou a possibilidade de o outorgante dispor sobre doação de órgãos e sobre o destino do seu corpo após o seu falecimento. Permite-lhe ainda nomear um representante, um procurador para saúde, por meio de um mandato duradouro, assim como a revogação do documento a qualquer momento.

As diretivas devem obrigatoriamente ser produzidas de forma escrita, perante escritura pública ou particular, na presença de três testemunhas nesse último caso. Quanto à capacidade, a lei proíbe que menores de idade elaborem o documento.

Em Portugal, a lei regulamentadora dos direitos do paciente foi promulgada em 2012. Na legislação portuguesa, o testamento vital é equivalente às diretivas antecipadas de vontade e o mandato duradouro é abordado como um instituto jurídico diverso.

Contudo, a lei lusitana trouxe uma importante inovação ao prever a criação do Registro Nacional de Directivas Antecipadas de Vontade (Rentev), o qual serve como um sistema de armazenamento das diretivas para consulta médica.

Já na América do Sul, o Uruguai editou a primeira lei a regular o direito de autodeterminação do paciente, consoante Mabtum e Marchetto (2015, p. 107):

A lei faz uma ressalva aos cuidados paliativos, que devem ser mantidos para assegurar o bem-estar, a qualidade de vida e a dignidade do paciente. Ademais, inova ao prescrever a possibilidade de um consentimento prévio a tratamentos e práticas obstinadas que objetivem prolongar a vida, ainda que com sacrifício da sua qualidade, em nítido respeito à autonomia da vontade do paciente.

Ainda, prescreve a lei do país vizinho que o tratamento médico só poderá ser interrompido após prévia comunicação à Comissão de Bioética da instituição de saúde, que decidirá pelo

deferimento ou recusa do pedido. No mais, qualquer pessoa maior de idade e com discernimento possui competência para elaborar a sua diretiva.

A Argentina, é o país sul-americano com maior produção doutrinária acerca das diretivas antecipadas de vontade. Desde 2009, com o advento da Lei nº 26.529/2009, o país protege os direitos do paciente. O diploma legal determina que toda pessoa maior e capaz poderá confeccionar a sua diretiva antecipada de vontade, fazendo referência aos tratamentos que deseja ou não receber.

E como se dá a proteção aos direitos do paciente e das diretivas atualmente no Brasil?

Os legisladores brasileiros ainda não editaram nenhuma lei que aborde o assunto. Alguns direitos dos pacientes, entretanto, são tratados através de resoluções do Conselho Federal de Medicina, ganhando destaque as resoluções nº 1.805/2006 e a 1.995/2012.

Como visto quando falamos da ortotanásia, a resolução nº 1.805/2006 foi editada para fazer distinção entre eutanásia e ortotanásia e segundo Pithan e Borges (2007, p. 171):

O Conselho Federal de Medicina mostrou coragem e adequação ética ao aprovar e publicar tal resolução. Está de acordo com a Associação Médica Mundial, que considera inadequada a obstinação terapêutica, prolongando com sofrimento o processo de morte. No mesmo sentido, também está de acordo com a posição moral da Igreja Católica, que considera eticamente correta a posição médica de se limitar ao uso de recursos terapêuticos proporcionais ao estado de doença do paciente.

Quanto à resolução nº 1.995/2012, o Conselho Federal de Medicina reconheceu na referida resolução o testamento vital e o mandato duradouro, efetivando, assim, o entendimento no qual o paciente tem o direito de recusar tratamentos fúteis, que não ofereçam benefício real. Portanto, pelo fato da eutanásia não ser permitida no Brasil, a vontade do paciente deve ser interpretada de acordo com os limites da ortotanásia.

Deveras, a edição dessa resolução causou um grande avanço, conforme constata Dadalto (2013, p. 109):

Há pouco mais de um ano, essa discussão ainda era incipiente, existiam apenas artigos científicos de periódicos de bioética que tratavam a temática de maneira abrangente e um livro específico sobre o tema. Poucas eram as notícias de registros de diretivas antecipadas nos cartórios brasileiros, número que tem crescido exponencialmente.

Entretanto, é importante salientar que o Conselho Federal de Medicina é uma autarquia que possui atribuições de fiscalização e normatização da prática médica, logo as normas

editadas nas mencionadas regulamentações se aplicam somente aos profissionais da área da saúde, não se estendo a toda uma população.

Esse vácuo legislativo impede a plena eficácia da proteção à autonomia e à dignidade do paciente, uma vez que pontos importantes e necessários não podem ser editados pelo Conselho, tais como “quais sujeitos podem fazer diretivas antecipadas, especificação dos tratamentos que podem ser aceitos ou recusados, obrigatoriedade do registro em cartório de notas e criação de Registro Nacional e acompanhamento de um médico na feitura das diretivas antecipadas (DADALTO, 2013, p. 109-110).”

Por outro lado, meios alternativos à edição de uma lei específica servem de sustentação para o tema. A I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional De Justiça, realizada em 15 de maio de 2014, na cidade de São Paulo, é um desses pilares. Nela, reconheceu-se, em seu enunciado nº 37, que as diretivas antecipadas de vontade podem ser confeccionadas por qualquer forma inequívoca admitida em direito, sempre em busca do respeito à autodeterminação do paciente, bem como de sua dignidade.

ENUNCIADO N.º 37

As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.

Não obstante, a jurisprudência hodierna tem reconhecido o princípio da autodeterminação do paciente, como na recente decisão exarada nos autos do recurso especial Nº 1.540.580 - DF (2015/0155174-9), julgado pela quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, com voto vencedor proferido pelo Ministro Luis Felipe Salomão.

No caso em testilha, os autores propuseram ação objetivando indenização por danos materiais e morais, em razão de procedimento cirúrgico que agravou consideravelmente o estado de saúde do requerente, o qual se recuperava de acidente automobilístico ocorrido no ano de 1994. Os pedidos foram indeferidos na primeira instância. Contudo, em sua apelação, os autores alegaram o desrespeito ao dever médico de prestar informações acerca dos riscos inerentes ao procedimento cirúrgico.

O Ministro Luis Felipe Salomão proferiu o voto que saiu vencedor no seguinte sentido:

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR

INADIMPLEMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. NECESSIDADE DE ESPECIALIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO E DE CONSENTIMENTO ESPECÍFICO. OFENSA AO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO. VALORIZAÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO. DANO EXTRAPATRIMONIAL CONFIGURADO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. BOA-FÉ OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA DO MÉDICO (...)2. É uma prestação de serviços especial a relação existente entre médico e paciente, cujo objeto engloba deveres anexos, de suma relevância, para além da intervenção técnica dirigida ao tratamento da enfermidade, entre os quais está o dever de informação. 3. O dever de informação é a obrigação que possui o médico de esclarecer o paciente sobre os riscos do tratamento, suas vantagens e desvantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico, salvo quando tal informação possa afetá-lo psicologicamente, ocasião em que a comunicação será feita a seu representante legal. 4. O princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, com base constitucional e previsão em diversos documentos internacionais, é fonte do dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente e preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações. 5. Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (blanket consent), necessitando ser claramente individualizado. (...) 10. Recurso especial provido, para reconhecer o dano extrapatrimonial causado pelo inadimplemento do dever de informação. (REsp 1540580/DF, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 04/09/2018)

Acompanharam seu voto os Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi.

Por fim, vale lembrar que temos o projeto de lei nº 5.559, de 2016 em tramitação no Congresso Nacional, de autoria dos Deputados Federais Pepe Vargas, Chico D'Angelo e Henrique Fontanapossui, que possui 25 artigos e visa o respeito, proteção e realização dos direitos dos pacientes. Outrossim, recentemente um novo Projeto de Lei do Senado começou a tramitar sob o nº 149, de 2018, que trata da "possibilidade de toda pessoa maior e capaz declarar, antecipadamente, o seu interesse de se submeter ou não a tratamentos de saúde futuros, caso se encontre em fase terminal ou acometido de doença grave ou

incurável”. O referido projeto atualmente se encontra em deliberação na Comissão de Assuntos Sociais (Secretaria de Apoio à Comissão de Assuntos Sociais).

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, concluímos que a Bioética surgiu da necessidade de se estabelecer limites éticos em estudos científicos, principalmente após os estudos aéticos realizados com seres humanos durante a segunda guerra mundial.

Vimos que a bioética é uma área do saber transdisciplinar que estuda as ciências biológicas, as ciências da saúde, a filosofia e o direito, visando propiciar o desenvolvimento ético dos estudos científicos quanto à vida humana, animal e ambiental, tendo como princípios balizadores a beneficência ou não-maleficência, a justiça, a autodeterminação do paciente e a dignidade da pessoa humana.

Ainda, a bioética está dividida em Macrobioética e Microbioética, sendo que aquela possui sentido mais amplo, estando ligada de forma direta ao meio ambiente e ao direito ambiental e esta se encontra vinculada à vida humana e à relação médico paciente.

O Biodireito, em complemento, é o ramo do direito que irá disciplinar os valores e conceitos bioéticos que serão ou não aceitos, fazendo prevalecer a ética em detrimento à ciência, ou seja, estabelece formas para que sejam oferecidas soluções jurídicas adequadas às novas situações.

Concluímos também que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é uma importante base jurídica que deve orientar os estudos científicos, tendo se desenvolvido gradualmente com o decorrer dos séculos e ganhando um novo significado com o tempo até atingir o status constitucional nos dias de hoje.

Depreendemos que a vertente autônoma da dignidade humana deve prevalecer à vertente heterônoma em situações em que existe risco de grande prejuízo moral ao indivíduo, visto que a dignidade como autonomia cuida da capacidade de autodeterminação, do direito de decidir os rumos da própria vida, enquanto a vertente heterônoma funciona como um freio à liberdade do indivíduo, devendo ser utilizada com ponderação.

Nessa linha, vimos que o Princípio da Autodeterminação do Paciente é um guardião do “elemento ético da dignidade”, preservando o exercício da vontade de acordo com os anseios do indivíduo, gozando de proteção jurídica diversificada.

Chegamos ainda as seguintes definições:

Eutanásia é o encurtamento da vida por piedade ou compaixão, sendo, por isso, proibida no Brasil; Ortotanásia é a morte ao tempo certo, sem prolongamentos desnecessários, devendo ser considerada a regra geral nos tratamentos médicos; Distanásia é o prolongamento artificial do processo de morte, que deve ser evitada; Mistanásia é a eutanásia social, causada pela falta de estrutura do Estado; e, por fim, suicídio assistido é a retirada da própria vida com auxílio de terceiro, caracterizando crime para quem auxilia.

Por derradeiro, concluímos que as Diretivas Antecipadas de Vontade constituem um guia para o médico, que atuará dentro dos limites previamente estabelecidos pelo indivíduo, de acordo com suas convicções morais e religiosas.

As Diretivas se mostram uma importante forma de preservação da dignidade da pessoa humana e da autodeterminação do paciente em situações médico-hospitalares, sendo de suma importância a sua regulamentação pela legislação pátria.

6. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA JUNIOR, J. E. D. Bioética: da principiologia à prática, desafios dos limites orçamentários. Curitiba: Juruá, 2017. E-book.
- BARROSO, L., & Martel, L. (2010). A morte como ela é: Dignidade e Autonomia Individual no Final da Vida. Revista da EMERJ, 13(50), 19-63. Acesso em 05 de março de 2019, disponível em <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>
- BARROSO, L. R. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro 2010.
- TAVARES, A. R. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- DADALTO, L. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. Revista Bioética, v. 21, n. 1, p. 106-112, 2013. Acesso em: 23 outubro 2018. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/issue/view/44>.
- DADALTO, L. A necessidade de um modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade para o Brasil. Revista M., Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 446 - 463, jul.-dez. 2016.
- DADALTO, L.; Tupinambás, U.; Greco, D. B. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. Revista Bioética, v. 21, n. 3, p. 463-476, 2013. Acesso em: 08 agosto 2018. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/issue/view/47>.
- CREMESP. (2004). Cadernos Cremesp - Ética em ginecologia e obstetrícia (3 ed.). (C. Rosas, Ed.) São Paulo. Acesso em 31 de março de 2013, disponível em <https://www.passeidireto.com/arquivo/43699931/cremesp-etica-em-ginecologia-e-obstetricia>
- DINIZ, D., & Corrêa, M. (mai-jun de 2001). Declaração de Helsinki: relativismo e vulnerabilidade. Cad. Saúde Pública, 17(3), 679-688. Acesso em 20 de abril de 2019, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/csp/v17n3/4650.pdf>
- GOLDIM, J. (2007). Caso Piergiorgio Welbi Eutanásia. Acesso em 06 de maio de 2019, disponível em <https://www.ufrgs.br/bioetica/welby.htm>
- HOGEMANN, E. (2013). Conflitos bioéticos: clonagem humana (rev. e atual. ed., Vol. 2). São Paulo: Saraiva. Acesso em 25 de março de 2019, disponível em <https://app.saraivadigital.com.br/biblioteca/main>
- MATOS, G. (2007). Aspectos jurídicos e bioéticos do consentimento informado na prática médica. Revista Bioética, 15(2), 196-213. Acesso em 23 de março de 2019, disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/41
- MEDICINA, C. (28 de nov de 2006). Resolução CFM Nº 1.805/2006. Resolução nº 1.805/2006. Acesso em 19 de maio de 2019, disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm
- NERY, F. (2013). O Consentimento Informado dos Pais e o Princípio da Igualdade Entre os Filhos na Reprodução Póstuma. Tese de Mestrado, PUC-SP, São Paulo. Acesso em 29 de março de 2019, disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6121/1/Fernando%20Loschiavo%20Nery.pdf>

- FERREIRA, R., Neto, J., Da Silva, N., Delgado, Á., Tabet, C., Almeida, G., & Vieira, I. (2015). Testamento vital: o que pensam profissionais de saúde? *Revista Bioética*, 23(3), 572-582. Acesso em 16 de março de 2019, disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/issue/view/54
- PITHAN, L., & Borges, G. (mar./jun. de 2007). Fundamentação Jurídica Da Resolução N. 1.805/2006. *Revista de Direito Sanitário*, 8(1), 163-173. Acesso em 18 de março de 2019, disponível em <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/80047/83946/>
- PROVIN, A., & Garcia, D. (2013). Diretivas Antecipadas de Vontade e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Hora da Morte. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, 8(3). Fonte: www.univali.br/direitoepolitica
- VILLAR, H., Imamura, N., & Vasconcelos, T. (2011). Impacto da Resolução CFM 1.805/06 sobre os médicos que lidam com a morte. *Revista Bioética*, 19(2), 501-521. Acesso em 17 de março de 2019, disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/issue/view/39
- MABTUM, M. M.; Marchetto, P. B. Diretivas antecipadas de vontade como dissentimento livre e esclarecido e a necessidade de aconselhamento médico e jurídico, São Paulo, p. 89-131, 2015. Acesso em: 07 março 2019. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/qdy26/pdf/mabtum-9788579836602-05.pdf>>.
- MARREIRO, C. L. Responsabilidade civil do médico na prática da distanásia. *Revista Bioética*, v. 21, n. 2, p. 308-317, 2013. Acesso em: 02 dezembro 2018. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/issue/view/46>..
- MARREIRO, C. L. A inviolabilidade do direito à vida pela prática da ortotanásia: uma visão humanista pelo direito à morte digna. *Publica Direito*. Acesso em: 06 março 2019. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bc6dc48b743dc5d0>>.