



PUC GOIÁS

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, RELAÇÕES
INTERNACIONAIS E DESENVOLVIMENTO – MESTRADO**

SÉRGIO FRANCO LEÃO

**TESTAMENTO VITAL:
uma alternativa do Direito para uma morte digna**

**Goiânia
2012**

SÉRGIO FRANCO LEÃO

**TESTAMENTO VITAL:
uma alternativa do Direito para uma morte digna**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Dimas Pereira Duarte Júnior.

AGRADECIMENTOS

Desenvolver um trabalho científico envolve dedicação, esforço, compreensão e muita didática.

Ao desenvolver o presente trabalho científico, com o fito de alcançar o grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação, *strito sensu*, pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, tive a oportunidade de compartilhar um pouco desses momentos com os colegas de caminhada, além de construir novas amizades que apoiaram e deram força para a conclusão dos estudos.

Junto com os colegas de trabalho, tive a honra de conviver com os Professores que não mediram esforços para que alcançar esse resultado. Desta forma, agradeço de uma forma bastante carinhosa aos mestres: Geisa Cunha Franco, Haroldo Reimer, Gil César Costa de Paula, Germano Campos Silva, Eliane Romero Costa e Nivaldo dos Santos.

Agradeço de uma forma diletta ao meu Professor Orientador Dimas Pereira Duarte Júnior, o qual não mediu esforços para atender às minhas necessidades e compreendeu aos meus reclamos e percalços durante essa caminhada.

Aos colegas professores e também mestres que compartilharam comigo ideias e apresentaram sugestões e críticas ao meu trabalho, os quais cito neste momento: Marcos César Gonçalves de Oliveira, Marcelo di Rezende, Rogério Pereira Leal.

Agradeço, de forma carinhosa, à minha companheira que me incentivou e apoiou muito durante todo o trabalho para que os dias e os finais de semana sempre pudessem ser produtivos para que eu pudesse dar mais esse passo na minha vida. Obrigado Susana Vieira por tudo isso e por ter acreditado em mim.

Por fim, agradeço, em especial, e não teria como ser diferente, aos meus pais que consagraram, a todo momento, desde o meu primeiro dia na escola até os dias atuais os meus estudos e apostaram na certeza da produção dessa conquista. Peço sempre a Deus que os proteja e que continue mantendo-os firmes no propósito familiar, fonte de nossa inspiração. Obrigado Pai e obrigado Mãe por tudo!

“Manterei o mais alto respeito pela vida humana, desde sua concepção. Mesmo sob ameaça, não usarei meu conhecimento médico em princípios contrários às leis da natureza.”

Trecho do juramento médico de Hipócrates, traduzido para o português, segundo a Declaração de Genebra da Associação Médica Mundial em 1948 (Fonte: <http://www.portaldafamilia.org/datas/medico/med003.shtml>, acessado em 04 de setembro de 2011).

RESUMO

A vida é considerada como o direito fundamental mais precioso que um ser humano pode pretender lutar e ser tutelado pelo Estado. Todavia, a manifestação da vida merece ser realizada com dignidade. A vida encontra o seu extremo oposto na ocorrência da morte. A dignidade da pessoa humana, como fundamento maior, deve ser preservada e respeitada, inclusive no momento da morte. A dignidade humana está estampada no direito de manifestar sobre a autonomia própria de cada indivíduo, em especial, pela forma que este opta para que a sua morte possa ocorrer. A autonomia da liberdade humana é o reconhecimento de sua própria condição como ser humano e que deve prevalecer em uma sociedade democrática e plural, com respeito às decisões individuais, desde que interesses ou direitos de terceiros não sejam afetados com a decisão escolhida. A Bioética, ao lado do Biodireito, apresentam os princípios fundamentais que devem direcionar as condutas médicas e individuais diante de um assunto delicado que é a opção por uma morte digna. A Ética, como ciência, determina os fundamentos necessários para a justificativa de um cidadão em não querer ser atendido por equipe médica quando se encontrar em momento de terminalidade da sua existência física. O Direito, por seu turno, estabelece critérios e define os princípios que devem ser invocados para amparar a decisão então tomada. Surge, portanto, o testamento vital que se apresenta como instrumento alternativo para permitir e reconhecer o direito à liberdade individual e a opção por não receber tratamentos médicos diante do diagnóstico de quadro irreversível. A opção por uma morte digna, diante de quadros irreversíveis de saúde, merece ser tratada como uma questão de saúde pública. A liberdade de escolha de cada indivíduo, através da declaração antecipada da vontade, representa o reconhecimento da dignidade da pessoa humana no momento de sua morte, para que esta possa, como sequência da vida, ocorrer de forma digna.

Palavras-chave: bioética; saúde coletiva; dignidade da pessoa humana; testamento vital.

ABSTRACT

The life is considered as the basic right more precious than a human being can intend to fight and to be tutored person for the State. However, the manifestation of the life deserves to be carried through with dignity. The life finds its opposing extremity in the occurrence of the death. The dignity of the person human being, as bigger bedding, must be preserved and be respected, also at the moment of the death. The dignity human being is printed in the right to reveal on the proper autonomy of each individual, in special, for the form that this opts so that its death can occur. The autonomy of the freedom human being is the recognition of its proper condition as human being and that it must prevail in a democratic and plural society, with respect to the individual decisions, since that interests or rights of third parties are not affected with the chosen decision. The Bioética, to the side of the Biodireito, ahead presents individual the basic principles that must direct the medical behaviors and of a delicate subject that is the option for a worthy death. The Ethics, as science, determines the beddings necessary for the justification of a citizen in fondness not to be taken care of by medical team when if to find at moment of terminalidade of its physical existence. The Right, for its turn, establishes criteria and defines the principles that must be invoked to support the taken decision then. It appears, therefore, the vital will that if presents as alternative instrument to allow and to recognize the right to the individual freedom and the option for ahead not receiving treatments medical from the diagnosis of irreversible picture. The option for a worthy death, ahead of irreversible pictures of health, deserves to be dealt with as a question public health. The freedom of choice of each individual, through the anticipated declaration of the will, represents the recognition of the dignity of the person human being at the moment of its death, so that this can, as sequência of the life, to occur of worthy form.

Word-key: bioética; collective health; dignity of the person human being; vital will.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADIN	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	- Artigo
CF	- Constituição Federal
CFM	- Conselho Federal de Medicina
CREMESP	- Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo
DF	- Distrito Federal
DMD	- Derecho de Morir Dignamente
EUA	- Estados Unidos da América
ONU	- Organização das Nações Unidas
Pe.	- Padre
Prof ^a .	- Professora
PGH	- Programa Genoma Humano
STF	- Supremo Tribunal Federal
UNESCO	- Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
ABSTRACT.....	6
LISTA DE ABREVIATURAS.....	7
INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – A LIBERDADE E AUTONOMIA HUMANA.....	17
1.1 - A liberdade como direito humano fundamental.....	17
1.1.1 - A perspectiva da liberdade no pensamento de Immanuel Kant.....	18
1.1.2 - A perspectiva da autonomia no pensamento de Stuart Mill.....	25
1.1.3 - A perspectiva da liberdade no pensamento de Jürgen Habermas.....	32
CAPÍTULO 2 – OS PRINCÍPIOS ÉTICOS E JURÍDICOS.....	39
1 - A ética na evolução da ciência.....	39
2 - O campo de atuação da Bioética e do Biodireito.....	43
3 - Definição de Bioética e Biodireito.....	46
3.1 - Definição de Bioética.....	46
3.1.1 - Fases da Bioética.....	49
3.1.2 - Classificação da Bioética.....	50
3.2 – Definição de Biodireito.....	51
3.3 - A força normativa dos princípios.....	54
3.3.1 - Evolução do estudo principiológico.....	54
3.4 - Dos princípios da Bioética e do Biodireito.....	56
3.4.1 - Princípios de natureza ético-científica (princípios da Bioética).....	57
3.4.2 - Princípios de natureza jurídica (princípios do Biodireito).....	58
3.4.2.1 - Princípio da igualdade.....	58
3.4.2.2 - Princípio da inviolabilidade da vida.....	60

3.4.2.3 - Princípio à informação.....	62
3.4.2.4 - Princípio da proteção à saúde.....	64
3.4.2.5 - Princípio da dignidade da pessoa humana.....	66
CAPÍTULO 3 – O TESTAMENTO VITAL COMO ALTERNATIVA.....	76
1 - Perspectiva sobre a morte como fenômeno natural.....	76
1.1 - O que pode ser definido como morte?.....	79
1.2 - As questões éticas no momento da terminalidade da vida.....	83
2 - O testamento vital como alternativa jurídica.....	86
2.1 - Conceito e finalidade do testamento vital.....	86
2.2 - O testamento vital e institutos afins.....	91
2.2.1 - Testamento vital e a eutanásia.....	91
2.2.2 - Testamento vital e a ortotanásia (eutanásia passiva).....	93
2.2.3. Testamento vital e a distanásia.....	93
3 – O tratamento legal do testamento vital em alguns países.....	94
3.1 - Testamento vital na Alemanha.....	94
3.2 - Testamento vital na Espanha.....	95
3.3 - Testamento vital nos Estados Unidos.....	96
3.4 - Testamento vital em Portugal.....	97
3.5 - Testamento vital no Uruguai.....	97
4 – Da (des)necessidade da legislação do testamento vital no Brasil.....	98
CONCLUSÃO.....	104
BIBLIOGRAFIA.....	107

INTRODUÇÃO

A presente dissertação de Mestrado está estruturada na apresentação da defesa pela aplicação em nosso ordenamento jurídico do instituto do testamento vital, que é o documento jurídico que permite que um paciente possa testar sobre a sua terminalidade de sua vida, diante de situações que o impede de viver com dignidade.

Os avanços de alguns conceitos jurídicos e filosóficos acompanharam os avanços científicos e biotecnológicos alcançados no século XX, principalmente com a Engenharia Genética, a qual passou a estudar o patrimônio genético humano. Se o século XX foi denominado como o século da Física, o século XXI já está sendo considerado como o século da Biologia e das ciências afins.

Diante disso, vamos perceber o surgimento de novos temas e novos debates acerca de questões de altíssima relevância social, técnica, filosófica, religiosa e científica.

O mapeamento e a manipulação do material genético humano, através do Programa Genoma Humano (PGH), passou a estabelecer novas preocupações em torno das consequências da aplicação da Biotecnologia e da Engenharia Genética, não só para nós seres humanos, como também para o próprio meio ambiente.

O futuro da humanidade passa a ser discutido sobre uma nova ótica, na qual a ciência passa a desenvolver papel importantíssimo, inclusive com a definição do início e do fim da vida.

Diante de situações tão delicadas, é de suma importância que a ciência médica e biológica possa ter previsão de normas claras e objetivas, além de se pautar em princípios definidos, que possam estabelecer os limites para o seu campo de atuação. Essas normas definidoras, juntamente com os princípios, devem ser bem discutidas e determinadas a partir do estudo de casos concretos em que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal possam se encontrar em uma “suposta” colisão ou, em melhor expressão apresentada por BARROSO, em uma “tensão dialética”.

Diante dos casos concretos, que em algumas situações a doutrina os classifica como “*hard cases*” ou “*casos difíceis*”, o trabalho da atividade

jurisdicional deve ser permeado com novos instrumentos interpretativos fundamentados em novos conceitos jurídicos e/ou filosóficos.

A interpretação pura e simples da norma, como algo frio que possa estabelecer o sistema jurídico, não mais atende a necessidade do jurista na pós-modernidade, e impõe uma reanálise dos fatos sociais e dos impactos de suas próprias decisões sobre as referidas questões.

Ao lado do trabalho do hermeneuta, a doutrina passa a ocupar um papel de destaque, principalmente, ao desenvolver a aplicação e campo de atuação de determinados princípios norteadores da atividade científica em si e, até mesmo, da própria ciência jurídica.

A razoabilidade é a palavra-chave a ser destacada para a definição de tais parâmetros, vez que estamos diante de um campo em que, muitas situações, não são explicadas nem mesmo pela própria ciência.

Diante de todo esse cenário, é interessante que o Direito, juntamente com a Ciência em geral, possa enfrentar e harmonizar esses conflitos ou perplexidades decorrentes do avanço biotecnológico, de modo que a atividade científica possa desenvolver-se naturalmente e que possa fazer o que é moralmente desejável.

Nesse aspecto, o respeito às manifestações da autonomia e da liberdade humana é latente, de modo que a fundamentação teórica e filosófica sobre tais manifestações é de suma importância, pois é justamente nesse aspecto que reside o reconhecimento da condição humana.

Na primeira parte deste trabalho dissertativo, será abordada a questão da manifestação da liberdade e da autonomia humana como reconhecimento expresso da dignidade da própria pessoa humana, em seu estado natural, que se apresenta como fundamento para a essência dos demais direitos humanos.

A autonomia humana como liberdade máxima de um indivíduo transmuda-se, também, com as ideias filosóficas que influenciaram a formação das sociedades. Podemos destacar na tradição deontológica de KANT que a autonomia é considerada como "*propriedade constitutiva da pessoa humana, que enquanto autônoma escolhe suas normas e valores, faz projetos, toma decisões e age em consequência*" dessas escolhas (MORAIS, online, 2010).

Essa ideia de autonomia é vista de outra forma pela tradição utilitarista de JOHN MILL, o qual defende que a autonomia humana, a longo prazo,

maximizaria o bem-estar geral, ou seja, a ideia da autonomia em MILL está fundada não na vontade individual, mas no agir de cada cidadão.

A individualidade humana no pensamento de JOHN MILL representa o somatório permitido do senso comum e da experiência, ou seja, o modo de abordar a própria existência é o melhor para cada indivíduo, pois é a própria vontade de cada indivíduo.

Desta forma, as ideias de KANT e de MILL se encontram em perspectivas distintas, sendo que a autonomia kantiana, quando violada ou desrespeitada significa uma violação à própria pessoa, enquanto a autonomia em MILL, quando atingida justifica-se levando em conta outros objetivos desejáveis, úteis à própria pessoa.

Por seu turno, vamos perceber que a ideia de manifestação da autonomia e de reconhecimento da liberdade humana sofre uma transformação com o pensamento de HABERMAS, o qual passou a defender a ideia de que a autonomia humana, em um Estado constitucional, não pode ser prescrita pela maioria em favor das minorias. Estas devem ter a liberdade de escolher a sua própria cultura e modo de agir, à medida que se distanciam da cultura comum de um país.

Desta forma, vamos identificar um elemento de individualismo consciente na obra de HABERMAS que não aceita a formação de um modelo pré-definido pela sociedade, não havendo o que se falar na criação de uma cultura padrão ou de referência.

A necessidade da retomada da individualidade e da liberdade humana é a chave para proporcionar a continuidade e transparência na vida de qualquer cidadão. Dentro desse contexto, o indivíduo, no âmbito social, passa a assumir responsabilidades, assim como contrair compromissos com os seus pares. A pessoa se torna consciente de si mesma e tem a si própria como uma tarefa, que lhe é imposta, mesmo que a tenha escolhido conscientemente.

Percebe-se uma mudança de foco na manifestação da liberdade humana no pensamento de HABERMAS, pois este centraliza a discussão nas responsabilidades que são assumidas por cada membro da sociedade, independente de um modelo padrão estabelecido por uma outra classe social, até mesmo porque, este possível modelo traçado por uma classe majoritária não terá assento no pensamento de HABERMAS.

Desta forma, percebemos a evolução filosófica sobre o tema da autonomia humana e a manifestação das escolhas de cada indivíduo sobre as questões pessoais e suas conseqüentes responsabilidades, de modo a entender que o indivíduo tem a liberdade de escolher o seu futuro, de modo que não prejudique qualquer direito de outrem, independentemente da conseqüência provocada pelo seu ato, desde que atinja tão-somente a sua esfera jurídica.

Na segunda parte do trabalho, será dada importância aos princípios que norteiam o estudo sobre a Bioética e o Biodireito nos assuntos relativos à vida, com o foco no aspecto da terminalidade da existência humana. Tal estudo mais aprofundado se justifica tendo em vista que o tema abordado nessa pesquisa não se encontra legislado em nosso ordenamento jurídico, o que nos impõe a sua defesa pautada nos princípios.

Os princípios, por seu turno, são comandos que ganham força normativa com o avanço do constitucionalismo moderno e trazem consigo um grau maior de abstração do que as normas, de modo que permite que os mesmos possam incidir sobre uma gama diversa de situações.

Não há o que se falar em hierarquia entre normas e princípios, em decorrência do princípio da unidade da Constituição Federal que estabelece as diretrizes básicas de nosso ordenamento.

Os princípios vão assumir uma feição de critérios teleológico-objetivos no trabalho interpretativo em estreita conexão com o desenvolvimento do sistema jurídico, o qual assume uma feição de sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual a ideia central é realizar a aplicação dos direitos fundamentais de forma a promover a justiça social.

Assim, o ordenamento jurídico principiológico assume uma função coerente de construção do próprio Direito, que permite variáveis mudanças com o desvendo de outros princípios que estabelecem, entre si, uma cadeia sucessória de aplicação.

Dentro desse cenário, damos destaque aos princípios fundamentais que norteiam a Bioética como o princípio da beneficência, da autonomia, da não-maleficência e da justiça, assim como os princípios do Biodireito, com destaque para a igualdade, inviolabilidade da vida, à informação, à proteção à saúde e, em especial, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O destaque é dado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual,

diante de sua diversidade de aplicação, passa a impor ao Estado um dever geral de observância contra atos atentatórios ao cidadão, sejam eles praticados por terceiros ou pelo próprio Estado. Todavia, a dignidade da pessoa humana também servirá como vetor próprio para que cada cidadão possa estabelecer os parâmetros de sua forma de viver dignamente, em especial, em fase de momentos em que nos colocamos frente a frente com o momento da morte, ou a fase terminal de nossa existência.

A dignidade da pessoa humana se torna uma referência para as decisões que devem ser tomadas nas questões que envolvem os então denominados “*direitos de personalidade*”. Como se verificará, a categoria dos direitos de personalidade se configura, fundamentalmente, como o direito do indivíduo decidir sobre o seu próprio destino.

A morte vista como uma situação privilegiada da presença humana não há possibilidade de não aplicar a dignidade da pessoa humana neste momento da própria vida, pois estaríamos negando, não só a força normativa ao princípio da dignidade da pessoa humana, como também a autonomia de cada indivíduo. A morte, portanto, é algo que simplesmente vai acontecer em nossas vidas e que pertence à essência humana.

Todavia, a morte nem sempre coincide com o fim do estado físico; podemos encarar a situação da manutenção do estado físico de um indivíduo, porém, não há mais dignidade na continuidade da vida, diante da debilidade física em que este se encontra. Desta forma, podemos configurar a existência da morte diante de tal situação que possa permitir o reconhecimento da manifestação da autonomia individual, de modo a evitar um sofrimento maior.

Essa etapa da nossa vida estabelece uma intriga ao ser humano, que não é de hoje, e, em muitas situações, nos deixa sem resposta mais adequada sobre o seu acontecimento e qual a causa de sua existência. A morte, de uma forma geral, pode ser vista como uma resistência a todos os atos da vida.

Vamos perceber que o conceito de morte, abordado pela própria ciência médica sofreu variações ao longo do tempo e, atualmente, a morte cerebral é o critério definidor desse momento em nossas vidas, ainda que esteja ocorrendo uma manifestação física do corpo.

No terceiro momento desta pesquisa será analisada a presente situação que coloca em debate as discussões travadas sobre o instituto do

“*testamento vital*” que surge como uma alternativa para o indivíduo assegurar a manifestação de sua autonomia, quando assim pretende viver sempre com dignidade e não se ver submetido a tratamentos procrastinatórios.

O testamento vital é a possibilidade de manifestação da vontade do indivíduo, de forma antecipada, no qual o indivíduo manifesta a sua vontade sobre as atenções médicas que deseja ou que não deseja receber caso venha padecer de uma doença ou enfermidade considerada irreversível ou terminal e que possa levá-lo a um estado físico que lhe impeça de expressar por conta própria.

Alguns ordenamentos jurídicos começam a trabalhar a figura do testamento vital, como documento jurídico que assegura a manifestação da liberdade individual em face da preservação da dignidade humana, como é o caso do ordenamento jurídico espanhol. Em outros países, como o Uruguai e os Estados Unidos o instituto do testamento vital já se encontra legislado.

No Brasil, podemos dizer que há legislação a respeito, com a previsão no Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina (CFM), o qual autoriza o paciente manifestar a opção em não querer ser ressuscitado e nem mantido vivo através de aparelhos ou que ainda venha a ser submetido a tratamentos agressivos.

Obviamente que não se trata de uma legislação primária ou ordinária, proferida pelo Poder Legislativo Federal, como espécie normativa própria, mas não deixa de ter a sua força regulamentar, de modo a estabelecer parâmetros para a conduta médica.

A utilização de princípios de natureza ética e jurídica, em conjunto com a orientação do CFM são instrumentos suficientes para superar a ausência de uma legislação específica que possa autorizar a realização de um testamento vital em nosso ordenamento jurídico.

O trabalho dissertativo também se funda na ideia de adoção dos princípios como mecanismos de interpretação e de aplicação do Direito, tendo em vista a adoção de um sistema aberto de valores pela Constituição da República de 1988.

O testamento vital se apresenta como uma alternativa para a preservação da dignidade da pessoa humana em face de situações que reduzem, drasticamente, a qualidade de vida e que reconhecem e permitem o direito de

escolha e de manifestação do cidadão em relação à sua própria vida, de modo que não provoque qualquer prejuízo a terceiros.

Nessa dissertação, portanto, apresentamos as seguintes problematizações: quais os fundamentos filosóficos que podem ser apresentados para defender a manifestação da autonomia e liberdade humana? Qual a estrutura normativa dos princípios e quais o norte traçado pelos princípios para defender o direito de morrer? E, por fim, o testamento vital pode ser utilizado em nosso ordenamento jurídico como uma alternativa ao direito de liberdade, ainda que não esteja legislado?

A pesquisa será desenvolvida na análise de levantamentos bibliográficos sobre o assunto, tendo como finalidade a abordagem dos pensamentos filosóficos e jurídicos que amparam a manifestação da autonomia humana, assim como os pensamentos que defendem a preservação da dignidade da pessoa humana. Além disso, a pesquisa tem como foco a pesquisa da legislação estrangeira, de modo a comparar os parâmetros jurídicos de outros ordenamentos com o regramento jurídico brasileiro.

O avanço da ciência no campo da pesquisa estará pautado na boa vontade e na consciência dos cientistas que devem observar parâmetros éticos, filosóficos e jurídicos, além de reconhecer a manifestação individual do paciente diante da escolha pelo direito de ter uma morte digna.

CAPÍTULO 1

A LIBERDADE E AUTONOMIA HUMANA

1.1 A liberdade como direito humano fundamental:

A liberdade sempre foi um dos direitos fundamentais mais combatidos na história da humanidade. Dentro dessa perspectiva, o direito à liberdade insurge contra atos do próprio Estado que buscavam limitar a manifestação da vontade humana, nos atos de escolha das suas próprias decisões.

A liberdade, ao lado da igualdade, irá formar um dos elementos essenciais para a elaboração do conceito de dignidade da pessoa humana, tendo em vista que as liberdades, em termo geral, são proclamadas a partir da perspectiva da pessoa humana, como ser que busca a sua auto-realização.

A formação de um Estado Democrático de Direitos tem como justificativa as *“liberdades que são garantidas e estimuladas – inclusive por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais”* (MENDES, 2007, p. 349).

A proteção jurídica outorgada ao direito de liberdade, visto como direito humano inato, se transmuda com o tempo e passa a ser uma questão não mais de ordem filosófica, mas sim, de ordem política. Nessa ótica afirma TORRONTÉGUY (2010, p. 285):

(...) a afirmação de direitos humanos e sua declaração, ainda que formal, não bastam. (...) O problema mais relevante, então, deixou de ser *justificar* os direitos humanos, e passou ser *protegê-los*, ou seja, efetivá-los. Assim, o problema deixou de ser essencialmente filosófico e tornou-se principalmente político.

Dentro dessa visão, os direitos humanos – e nele inserimos o direito à liberdade – passam a ser vistos como os valores mais caro à humanidade, sendo representativos da consciência ética coletiva. Esse fundamento implica aceitar a universalidade dos direitos humanos, sua irrevogabilidade e complementariedade solidária.

A efetividade das liberdades, segundo MENDES (2007, p. 349), *“presta*

serviço ao regime democrático, na medida em que viabiliza a participação mais intensa de todos os interessados nas decisões políticas fundamentais”.

Ao tratar da “*liberdade*”, como tema central dessa parte da dissertação, é necessário destacar que a doutrina se diverge quanto ao valor que a liberdade representa para o próprio ser humano. Alguns doutrinadores afirmam que a *liberdade* é um valor intrínseco e constitui elemento essencial para o desenvolvimento da personalidade humana. Para outros, a existência e a proteção da liberdade não se justificam de forma autônoma, devendo ser protegida porque promove outros valores que a própria sociedade considera como essenciais, tais como a democracia. Por outro lado, outros afirmam que a liberdade é essencial para a busca da verdade, o que legitima a sua própria proteção (KOATZ, 2011, p. 395 – 396).

Abordaremos os pensamentos estabelecidos por IMMANUEL KANT, STUART MILL e JÜRGEN HABERMAS sobre o direito à liberdade em si e o reconhecimento da autonomia humana como valor colaborativo para a formação do conceito de dignidade da pessoa humana, em face da manifestação do Estado.

1.1.1 - A perspectiva da liberdade no pensamento de Immanuel Kant:

A doutrina traçada por Immanuel KANT estabelece a integridade pessoal como norma suprema de conduta. O pensamento kantiano tem a filosofia moral como uma celebração da dignidade individual em face da atuação do Estado (ANDRADE, 2006, p. 49).

KANT traça uma relação entre a legalidade e a moral, sendo que a primeira é a representação da conformidade da conduta à norma previamente estabelecida pelo Estado; porém, para que a conduta seja considerada moral, é necessário que esta seja praticada pelo *dever*. Nesse ponto, o pensamento kantiano é assim destacado por ANDRADE (2006, p. 51):

A metafísica da moral, como filosofia moral pura, é dividida em duas partes. A primeira diz respeito à justiça; a segunda, à virtude. Ambas tratam das *leis da liberdade*, por oposição às leis da natureza; mas a legalidade se distingue da moralidade pelo tipo de motivo pelo qual as normas são cumpridas. A mera conformidade da ação à norma caracteriza a legalidade; para que a ação seja moral, é preciso que a ação se realize *pelo dever*. As leis jurídicas são *externas* ao indivíduo, e podem coagi-lo ao seu cumprimento. As leis morais, tornando obrigatórias certas ações, fazem ao mesmo tempo da obrigação o móbil do seu cumprimento.

KANT pregava que a liberdade humana deve fazer frente à atuação do Estado, no exercício de sua atividade legislativa, de modo que a consciência individual é ambiente inviolável não podendo ser atingido pelas leis externas que são aprovadas pelo Estado. Como bem afirma ANDRADE (2006, p. 51): *“a dignidade (valor intrínseco, sem equivalente ou preço) do homem está em que, como ser racional, não obedece senão às leis que ele próprio estabeleceu”*.

Esse pensamento afirma a ideia central de KANT que coloca o homem como um fim em si mesmo e ressalta a condição de submissão do homem apenas às leis que ele próprio entende serem leis de ordem moral, de modo a preservar a dignidade humana.

Assim, se faz necessário buscar o conceito de *“lei”* para KANT, passando, antes, pelo entendimento kantiano de vida, o qual considera que vida *“é a faculdade de um ser atuar em conformidade com suas representações”* (KANT, 2003, p. 60). Assim, a *“vida”* então tratada por KANT é a *“vida moral”* e, portanto, *“vida humana”*, pois

(...) a capacidade de ter representações é exclusiva do ser humano. O homem faz presentes, em seu pensamento, objetos (que lhe são desagradáveis e ele evita ou que lhe são agradáveis e ele busca) e valores, e, de acordo com esta presença no pensamento (representação), ele age (JESUS, 2008, p. 48).

Desta forma, o ser humano é dotado de faculdades que possam realizar os seus desejos como atributo exclusivo da espécie humana, e que permite o sujeito encontrar em si mesmo a causa de sua ação.

A independência humana de poder determinar seus próprios desejos através de impulsos sensíveis é a chave para a liberdade individual, dentro de uma concepção negativa da definição de liberdade. Pela definição positiva, a liberdade *“é a capacidade da razão pura de ser por si mesmo, prática. Mas isto não é possível, salvo pela sujeição da máxima de toda ação é condição de sua qualificação como lei universal”* (KANT, 2003, p. 63).

A liberdade humana é o pressuposto para a compreensão da existência do mundo humano, sem a qual as ações se tornariam sem sentido. Ao interpretar Kant, assim afirma JESUS (2008, p. 50):

(...) Da mesma forma que a noção de causa é necessária para entender o Reino da Natureza (pois os fenômenos naturais são ligados entre si por elos de necessidade), a noção de liberdade é necessária para compreender o Reino dos Fins (o humano). Se o Reino da Natureza tem suas leis, o Reino dos Fins também deve ter as suas.

Assim, percebe-se a preocupação de KANT a respeito da organização de normas morais e universalmente aceitas pela sociedade, de modo que possam estabelecer parâmetros para a manifestação da liberdade.

Podemos dizer que há um contra-senso na tese kantiana, pois, ao mesmo tempo em que a liberdade é defendida como expressão da natureza humana, a mesma se encontra pautada em normas estabelecidas para o cumprimento de um comportamento universal. Portanto, como afirmar que há liberdade, diante de uma previsão legal universal e moralmente aceitável por todos da sociedade? A liberdade já não estaria prevista no comando da norma, ainda que seja uma norma moral?

JESUS (2008, p. 51) apresenta as fundamentações kantianas para a previsão de uma “*norma moral*” que ensejaria a tutela da liberdade humana:

(...) A lei é, a um só tempo, objetiva e subjetiva: objetiva porque ela não é qualquer coisa, não é disponível, já que determinada pela razão; subjetiva porque ela é encontrada dentro do sujeito. (...) A lei moral é descoberta de forma *a priori*, partindo apenas das faculdades do sujeito, daquilo que o constitui: desejo, inclinações, apetite, arbítrio, vontade. Mas, mesmo partindo da subjetividade, ela é objetiva. Ou seja, mesmo tomando como ponto de partida o sujeito, conhece-se o objeto – Kant diria que se conhece o objeto *porque* se parte do sujeito.

O fato de a lei ter, portanto, esse lado subjetivo, ou seja, de ser encontrada dentro de cada sujeito, não estabelece uma parâmetro individual daquilo que seria liberdade?

Mas diante de tal questionamento, KANT afirma que a sociedade humana deve-se ser organizada de acordo com o direito, adotando a república como forma de governo e buscar estabelecer a paz no cenário internacional, como sendo ferramentas fundamentais da razão (ANDRADE, 2006, p. 51).

Mas qual seria esse conceito de direito para KANT? Para o filósofo, o conceito de Direito deve partir da derivação do conceito de lei moral e de liberdade, sendo que esta última é o único direito inato (KANT, 2003, p. 83):

(...) a liberdade, na medida em que pode coexistir com a liberdade de todos os outros de acordo com uma lei universal, é o único direito original pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes.

Portanto, como a liberdade é vista como a base para a formação do mundo humano, assim com as leis morais, e, como as normas jurídicas são normas necessariamente morais, aquela é a ideia central para a formação do conceito de

direito.

Desta forma, KANT citado por JESUS (2008, p. 56), afirma que é este direito inato “à liberdade que entra na definição de direito, querendo significar que toda ordem jurídica deve garantir o exercício deste atributo definidor do ser humano”.

A doutrina do imperativo categórico é a pedra fundamental para as ideias defendidas por KANT. A conduta moral deve estar vinculada a uma norma universal. Desta forma, a fórmula kantiana é assim definida: “*aja sempre em conformidade com o princípio subjetivo, tal que, para você, ele deva ao mesmo tempo transformar-se em lei universal*” (ANDRADE, 2006, p. 52).

Por esse posicionamento, percebemos que cada homem, no pensamento kantiano tem o poder de elaborar as normas morais que conduzem a si próprio, de modo a ser um fim em si mesmo, o que o coloca na condição de autor das leis que observa, constituindo o seu valor supremo.

A definição entre o bom ou mau para os homens leva a uma “*situação em que aqueles que têm o poder de impor tal definição oprimem os que dela discordam.*” (ANDRADE, 2006, p. 53).

A liberdade do homem, em KANT, é definida pelo fato do mesmo poder agir de acordo com as leis, as quais descrevem relações de causa e efeito. Desta forma, pode-se afirmar que “*os homens são livres quando causados a agir*” (ANDRADE, 2006, p. 53).

Nessa perspectiva, TERRA (2011, p.3) analisa o pensamento kantiano:

(...) qualquer que seja o conceito que se faça da *liberdade da vontade*, as suas manifestações (*Erscheinungen*) – as ações humanas -, como todo outro acontecimento natural, são determinadas por leis naturais universais. (...) Porque a livre vontade dos homens tem tanta influência sobre os casamentos, os nascimentos que daí advêm, e a morte, eles não parecem estar submetidos a nenhuma regra segundo a qual se possa de antemão calcular o seu número – destaques do autor.

A liberdade pode ser vista sob o prisma de um conceito negativo por ser a ausência de determinações externas do comportamento. As leis se tornam, assim, segundo KANT, as condições limitantes da liberdade da ação humana. Não sendo impostas externamente, as leis somente podem ser, portanto, autoimpostas pelo homem. Essa concepção é o conceito positivo de liberdade (ANDRADE, 2006, p. 54).

Tanto as leis morais quanto as leis jurídicas têm como fundamento a autonomia da vontade humana. Todavia, no campo da responsabilidade essas normas se divergem uma da outra: *“quanto aos deveres morais, os homens são responsáveis perante si mesmos; na esfera jurídica, são responsáveis perante os demais”* (ANDRADE, 2006, p. 54).

Portanto, no pensamento de KANT, a previsão legal estabelece, conseqüentemente, um limite de conduta ao homem, sendo este responsável, perante os demais por qualquer possível descumprimento, enquanto que o descumprimento de uma norma moral trará prejuízo apenas ao próprio homem.

Esse pensamento kantiano evidencia a preocupação com as relações intersubjetivas travadas entre os membros de uma sociedade, pois o direito positivo, em si, não chega a ser um interesse maior para o autor.

O pensamento liberal encontra em KANT talvez a sua maior expressão, segundo o qual a sociedade é organizada de acordo com os parâmetros de justiça, sendo que cada um tem o direito à liberdade de fazer o que melhor lhe aprouver.

Tal pensamento pode ser resumido na expressão de KANT assim citada por ANDRADE (2006, p. 55):

(...) o direito como legislação constitutiva da sociedade justa e matéria por excelência da atividade política, realiza, no plano das relações sociais, aquilo que constitui essencialmente o homem: a liberdade, tanto no sentido negativo como positivo do termo.

Porém, KANT não prevê uma liberdade sem coerção. Essa ideia se apresenta, inicialmente, como paradoxal, porém afirma que não deve haver coerção que não seja justa. A ideia da liberdade atrelada a uma coerção é explicada através de duas proposituras assim expostas por ANDRADE (2006, p. 56):

(...) A primeira é a seguinte: “se um certo exercício da liberdade é um obstáculo à liberdade [de outrem] segundo as leis universais [isto é, se é injusto], então o uso da coerção para opor-se a ele [...] é justo” (cf. MEJ, p. 35-6). A segunda decorre da universalidade das leis violadas: a coerção só é justa quando exercida pela vontade geral do povo unido numa sociedade civil (cf. MEJ, p. 65).

KANT destaca o reconhecimento de dois estados de existência: o estado de natureza e o estado civil. O comportamento humano no estado de natureza é instável, tendo em vista a inexistência de uma autoridade que possa decidir, com o

imperativo das normas promulgadas, as controvérsias então estabelecidas entre os membros dessa sociedade. Desta forma, a posse, no estado de natureza, será sempre provisória, pois a posse definitiva apenas é garantida através da ação de uma autoridade (ANDRADE, 2006, p. 57).

Porém, a partir do momento em que os indivíduos passam a se relacionar em conformidade com as leis que foram publicamente promulgadas, passam a constituir uma sociedade civil (*status civilis*). A organização dessa sociedade civil, em um sentido geral, passa a dar formação ao Estado. Assim, KANT, ao estabelecer os parâmetros da constituição da “sociedade civil” e do “Estado”, coloca tais termos como sinônimos, levando em consideração pontos de vista distintos (ANDRADE, 2006, p. 58).

Diante da instabilidade então evidenciada no estado de natureza dos indivíduos, a passagem deste estado para a organização em “sociedade civil” é destacado por KANT como sendo “*a realização da ideia de liberdade tanto no sentido negativo como positivo*” (ANDRADE, 2006, p. 58).

A sociedade humana caminha para a paz universal, com a promulgação de um ordenamento cosmopolita. A fé kantiana é defendida no progresso indefinido da humanidade, baseada na racionalidade imanente à história, com o triunfo final da liberdade e da paz com justiça (BOBBIO, 2004, p. 123).

A ideia dessa paz universal é construída no fundamento de uma Constituição republicana, a qual seria a única capaz de evitar por princípio a guerra. Ao mesmo tempo, o pensamento kantiano defende a afirmação da Constituição que respeite os direitos naturais dos indivíduos singulares, de modo que estes possam obedecer às leis, mas que também possam se reunir para promulgá-las.

No que tange à possibilidade de conflito destaca BOBBIO (2004, p. 125):

Kant sabia muito bem que a mola do progresso não é a calma, mas o conflito. Todavia, compreendia que existe um limite para além do qual o antagonismo se faz demasiadamente destrutivo, tornando-se necessário um autodisciplinamento do conflito, que possa chegar até a constituição de um ordenamento civil universal. Numa época de guerras incessantes entre Estados soberanos, ele observa lucidamente que “a liberdade selvagem” dos Estados já constituídos, “por causa do emprego de todas as forças da comunidade nos armamentos, das devastações que decorrem das guerras e, mais ainda, da necessidade de manter-se continuamente em armas, impede, por um lado, o pleno e progressivo desenvolvimento das disposições naturais, e, por outro, em função dos males que daí derivam, obrigará a nossa espécie a buscar uma lei de equilíbrio entre muitos Estados que, pela sua própria liberdade, são antagonistas, bem como a estabelecer um poder comum que dê força a tal lei, de modo a fazer surgir

um ordenamento cosmopolita de segurança pública”.

O pensamento de KANT sobre tal questão era, portanto, da elaboração de um ordenamento jurídico universal, o que o filósofo denomina de “*imperativo categórico*”, de modo que, além da existência de um direito público interno e externo, deve haver um direito cosmopolita o qual possa garantir a paz, evitando, assim, conflitos generalizados.

A ideia é fundada na concepção de o Estado (sociedade civil) deve assumir uma feição de Estado-protetor, sendo que a sua tarefa primordial não é dirigir o indivíduo para um ou outro fim, mas como afirma (PAIM, 1996, p. 29) “(...) *unicamente vigiá-los para impedir, que na busca de seus próprios fins, cheguem a conflitos*”.

A lei de equilíbrio apontada pelo filósofo liberal é justamente a Constituição Republicana, a qual incorpora, segundo o autor, a melhor forma de garantir a liberdade de cada indivíduo. Com a promulgação de uma Constituição é lícita a luta de um súdito em busca de sua felicidade por meio do caminho que lhe parece melhor, desde que não seja violada a liberdade geral assim definida em lei, e, portanto, o direito outorgado a todos os demais indivíduos. Assim, “*a liberdade dos cidadãos está, portanto subordinada à lei e termina justamente onde pode interferir na liberdade dos outros*” (PAIM, 1996, p. 30).

Desta forma, podemos definir, de forma geral, o pensamento kantiano: **primeiro**, o estado de natureza é precário e tende a levar à prática de condutas hostilizadas entre os homens; **segundo**, os indivíduos devem se relacionar pautados nas diretrizes informadas por leis que sejam publicamente promulgadas, de modo a constituir uma sociedade civil (Estado), o qual é a realização da ideia de liberdade tanto no sentido negativo como positivo, sendo que os termos “*sociedade civil*” e “*Estado*”, referem-se ao mesmo objeto, considerado de pontos de vista distintos; **terceiro**, o Estado é um ente protetor com o fim de vigiar os indivíduos para impedir que estes entrem conflitos na busca de seus próprios fins; **quarto**, que a melhor forma de garantir essa proteção e as liberdades é através de uma Constituição republicana, independentemente, qual seja o regime de governo, sendo que este deve assegurar o direito de promover a felicidade geral; **quinto**, para haver a garantia da liberdade individual deve haver coerção, de modo que a manifestação de uma liberdade não possa, ser irresponsável, diante das demais liberdades

individuais; **sexto e último**, que a conduta de cada indivíduo, no exercício de suas liberdades, possa ser praticada juntamente com a coexistência de outras liberdades, segundo uma lei universal, que não permite a interferência na liberdade dos demais, constituindo regras fundamentais de sociabilidade, sob pena de julgamento por tais atos intersubjetivos.

1.1.2 A perspectiva da autonomia no pensamento de Stuart Mill:

O pensamento do filósofo britânico STUART MILL é diretamente influenciado pelo desenvolvimento da Revolução Industrial promovida em seu país e que atingiu inúmeros territórios nos diversos continentes.

A Revolução Industrial trouxe uma questão desafiadora para as sociedades políticas e elitizadas britânicas que seria a incorporação pacífica da massa de trabalhadores depauperados pela industrialização, os quais estavam à busca do sistema político então implantado no País de modo a lutar por uma categoria mínima de direitos fundamentais (BALBACHEVSKY, 2006, p. 193).

A obra de STUART MILL tem como pano de fundo esse cenário então desenhado na Inglaterra do século XIX, em que o governo britânico não poderia confiar nas forças políticas do campo contra a massa de cidadãos localizados nas cidades, de modo a arregimentar vasta quantidade de camponeses e pequenos lojistas e outros burgueses contra uma minoria dispersa de proletários. Assim, a primeira grande potência industrial do mundo também foi a que teve a mais numerosa classe trabalhadora manual (BALBACHEVSKY, 2006, p. 193).

MILL encontra um cenário na Inglaterra em que boa parte dos esforços necessários para tornar efetivos os canais de competição política entre a classe dos trabalhadores e a classe burguesa já havia produzido os frutos necessários.

Desta maneira, podemos perceber que as ideias defendidas por MILL coloca-o como o mais legítimo representante do liberalismo inglês, sendo que o seu pensamento incorpora todas as fases deste movimento político, desde o utilitarismo radical até a fase democrática.

O jurista Norberto Bobbio citado por BALBACHEVSKY (2006, p. 194) propôs que,

(...) todo o problema político pode ser sempre abordado segundo duas perspectivas diametralmente opostas: a do príncipe, na ótica descendente, de quem vê a sociedade “de cima”; e a perspectiva popular, ascendente, de

quem é alvo do poder.

Os tempos modernos incorporaram uma nova dimensão desde pensamento de BOBBIO, de modo a permitir uma distinção entre a concepção organicista do indivíduo e da sociedade em relação à concepção individualista. MILL irá conduzir a teoria liberal da perspectiva descendente para a ascendente. Com este pensamento, o liberalismo se despede do ranço de pensamento conservador e passa a incorporar ideias democráticas, tendo como agenda uma série de reformas que vão desde o voto universal até a emancipação da mulher (BALBACHEVSKY, 2006, p. 195).

A influência sofrida por MILL da Revolução Industrial Britânica vai permitir que a sua obra possa refletir os anseios da classe operária em busca das reformas necessárias no sistema político até então vigente. Assim, podemos perceber que o pensamento do filósofo liberal britânico assegura uma mudança de pensamento político, entre as ideias liberais conservadoras e as ideias democráticas.

Assim reitera BALBACHEVSKY (2006, p. 195):

(...) O fundamento deste compromisso está no reconhecimento de que a participação política não é e não pode ser encarada como um privilégio de poucos. E está também na aceitação de que, nas condições modernas, o trata da coisa pública diz respeito a todos. Daí a preocupação de Mill em dotar o estado liberal de mecanismos capazes de institucionalizar esta participação ampliada.

Desta forma, as ideias de MILL eram de que a classe operária, assim definida por força da Revolução Industrial, pudesse ter uma participação no sistema político então implantado na Inglaterra e que os direitos fundamentais pudessem ser disponibilizados de forma universal, assegurando o reconhecimento da dignidade de cada indivíduo.

Em sua perspectiva, BOBBIO afirma que a concepção organicista parte da natureza social do homem, de modo que esta natureza está condicionada pela forma com que o indivíduo se insere no agrupamento social. Assim, não existe homem em geral, mas um homem que se encontra inserido na sociedade. Já a concepção individualista, na visão de STUART MILL, coloca o homem em uma posição anterior à sociedade e esta, em seu aspecto político, se encontra como um elemento de artificialidade que não aparece na concepção organicista. Essa visão

permite a inversão da relação indivíduo-grupo, de modo que este último seja um reflexo do primeiro (BALBACHEVSKY, 2006, p. 195).

O filósofo britânico se preocupa em criar, portanto, um cenário político que permita dotar o Estado de instrumentos capazes de institucionalizar uma participação mais ampliada nas questões políticas. Assim, a incorporação de todos os fragmentos populares, nas questões políticas é a chave para salvar o espírito de liberdade da sociedade inglesa. Sobre tal questão, discursa BALBACHEVSKY (2006, p. 196):

Em Mill, não se trata apenas de acomodar-se ao inevitável. A incorporação dos segmentos populares é para ele a única via possível para salvar a liberdade inglesa de ser presa dos interesses egoístas da próspera classe média. O voto para Mill não é um direito natural. Antes, o voto é uma forma de poder, que deve ser estendida aos trabalhadores para que estes possam defender seus direitos e interesses no mais puro sentido que o liberalismo atribui a esta expressão (...).

Da mesma forma que a tirania da maioria é odiada por STUART MILL, a tirania da minoria também merece a sua repressão, tendo em vista que qualquer elaboração legislativa impõe a produção de normas fundamentadas em interesses classistas. Assim, expõe BALBACHEVSKY (2006, p. 196) que *“um bom sistema representativo é aquele que não permite que qualquer interesse seccional se torne forte o suficiente para prevalecer contra a verdade, a justiça e todos os outros interesses seccionais juntos”*.

A questão da liberdade individual, no pensamento de MILL, não é vista como um direito natural. O filósofo inglês deixa clara a sua descrença no direito natural. Todavia, a liberdade não é um luxo de uma minoria esclarecida. Para MILL, a liberdade é o elemento fundamental para o desenvolvimento de toda humanidade (BALBACHEVSKY, 2006, p. 198).

Através da liberdade, segundo o pensamento de MILL, é possível a manifestação das diversidades, as quais se apresentam como ingredientes necessários para o alcance da verdade. Assim, esses dois elementos “liberdade” e “verdade” são fundamentais para a construção do pensamento de MILL.

O autor britânico é altamente influenciado pelas ideias de Bentham e de seu pai James MILL, os quais defendiam que *“a realidade da economia de mercado constitui-se num paradigma teórico para a construção de seus modelos de sociedade e de indivíduo”* (BALBACHEVSKY, 2006, p. 197).

BALBACHEVSKY (2006, p. 197) tece o seguinte comentário sobre a obra de Mill:

(...) O homem é um maximizador do prazer e um minimizador do sofrimento. A sociedade é o agregado de consciências autocentradas e independentes, cada qual buscando realizar seus desejos e impulsos. O bem-estar pode ser calculado para qualquer homem subtraindo-se o montante de seu sofrimento do valor bruto de seu prazer. (...) É possível assim se chegar a um cálculo da felicidade da sociedade, obtido através do somatório dos resultados destas operações para cada indivíduo. O bom governo será aquele capaz de garantir o maior volume de felicidade líquida para o maior número de cidadãos. Para cada ação ou questão política, é sempre possível aplicar este raciocínio para avaliar a “utilidade” de seus resultados.

MILL acredita no regime democrático como sendo o mais capaz para alcançar a “fórmula da felicidade” assim apontada em sua obra. Para o filósofo, o regime democrático é melhor, pois apresenta as condições adequadas para o desenvolvimento das capacidades de cada cidadão. Como destaca BALBACHEVSKY (2006, p. 198):

É um grande estímulo adicional à autoindependência e à autoconfiança de qualquer pessoa o fato de saber que está competindo em pé de igualdade com os outros, e que seu sucesso não depende da impressão que puder causar sobre os sentimentos e as disposições de um corpo do qual não faz parte. Ser deixado fora da Constituição é um grande desencorajamento para um indivíduo e ainda maior para uma classe. [...] o efeito revigorante da liberdade só atinge seu ponto máximo quando o indivíduo está, ou se encontra em vias de estar, de posse dos plenos privilégios de cidadão.

O regime democrático, sem sombra de dúvida, permite essa participação de todos no processo político, o que, certamente, permite a manifestação da liberdade de cada cidadão.

O pensamento de MILL, neste aspecto, se confronta com as ideias de Immanuel Kant, pois, para este, a melhor forma de garantir a proteção às liberdades é através de uma Constituição republicana, independentemente, qual seja o regime de governo, sendo que este deve assegurar o direito de promover a felicidade geral.

KANT, portanto, defende essa ideia de um Estado Constitucional Republicano, ainda que o mesmo não seja democrático, pois parte da utilização do princípio fundamental republicano da separação entre os poderes executivo e legislativo; o soberano executa as leis que ele mesmo decretou (ANDRADE, 2006, p. 63). Assim, no sistema apresentado por KANT, não há o que se falar em usurpação do poder estatal por outra atividade do próprio Estado.

Enquanto MILL parte da ideia central de reconhecimento da diversidade e do conflito como forças matrizes para a reforma e o desenvolvimento social, KANT vê a construção de um bem-estar social através da nítida separação dos poderes estatais (executivo, legislativo e judiciário), sem qualquer conduta que possa influir na esfera de competência alheia.

A defesa do pluralismo e da diversidade da sociedade contra as atuações do Estado e da opinião pública é o ponto central da obra de MILL, além de estabelecer uma perspectiva política de sistemas abertos, multipolares em que a administração do dissenso predomine sobre a imposição de consensos amplos (BALBACHEVSKY, 2006, p. 198).

MILL (2010, 122 – 123) esclarece essa polêmica de forma objetiva:

(...) Houve tempos em que o elemento da espontaneidade e individualidade era excessivo, e o princípio social teve de lutar ferozmente contra esse elemento. A dificuldade então era a de induzir homens de corpos ou mentes fortes a obedecer às regras que exigissem que eles controlassem seus impulsos. Para superar essa dificuldade, a lei e a disciplina, com na luta dos Papas contra os Imperadores, quando os primeiros proclamaram ter poder sobre o homem todo, exigindo controle completo e total sobre sua vida.

Porém, a posição privilegiada ocupada pela sociedade em face da individualidade estabeleceu uma falta de preferências pessoais e de impulsos pessoais, o que isso traz graves prejuízos ao reconhecimento da condição de individualidade de cada pessoa. Segue o ensinamento de MILL (2010, p. 123):

(...) Mas, agora, a sociedade já levou a melhor sobre a individualidade, e o perigo que ameaça a espécie humana não é o excesso, mas a falta de preferências e impulsos pessoais. As coisas mudaram muito desde quando aqueles que eram poderosos por posição ou por realizações pessoais se colocavam em conflito com as leis e os regulamentos e precisavam ser cerceados com o fito de permitir que as pessoas que estivessem ao seu alcance tivessem o mínimo de segurança.

Essa ideia, segundo MILL (2010, p. 133), atenta contra a individualidade humana, que é *“a soma tolerável de senso comum e experiência, o seu próprio modo de abordar a sua existência é o melhor, não porque é o melhor em si mesmo, mas porque é o seu próprio modo”*.

A liberdade de um indivíduo é elemento essencial para a manifestação de sua própria opinião. A ideia de individualidade humana é contracenada com as ideias de costumes sociais, sendo que os desejos e os impulsos são particulares a determinado indivíduo, como expressões de sua própria natureza, desenvolvida e

modificada por sua própria cultura (MILL, 2010, p. 122).

A individualidade exige, assim, a mudança de comportamento costumeiro, de modo a permitir o surgimento de novos modos de ação e costumes sociais que sejam mais apropriados (MILL, 2010, p. 133):

(...) é importante permitir tanto quanto possível as coisas não costumeiras, de maneira que possa se mostrar, com o tempo, quais delas estão aptas para se converterem em costumeiras. Mas a independência da ação e o menosprezo pelo costume não apenas merecem encorajamento em virtude da possibilidade de propiciar o surgimento de melhores modos de ação e costumes mais apropriados para a adoção geral; tampouco são apenas as pessoas de nítida superioridade mental as únicas que podem reivindicar com justiça a condução de suas próprias vidas à sua própria maneira.

É visível essa ideia defendida por MILL que não admite a interferência dos costumes sobre a individualidade e a manifestação do pensamento próprio. O pensamento central é de que novos modos de ação e de costumes possam ser incentivados para que possam ser adotados de forma geral.

Afirma MILL (2010, p. 130): *“o primeiro serviço que a originalidade pode prestar para elas é o de abrir os seus olhos; e tão logo isso fosse realizado completamente, elas teriam uma chance de serem originais por si mesmas”*.

A ideia é defender a liberdade contra qualquer ato que possa restringir a própria natureza humana, de modo a permitir que as pessoas diferentes possam levar ritmos de vida diferentes. Dentro dessa concepção, MILL (2010, p. 127) afirma que *“tudo que esmaga a individualidade é despotismo, seja qual for o nome que se dê, e a despeito de tal despotismo afirmar cumprir a vontade de Deus ou as injunções dos homens”*.

A justificativa central do pensamento de MILL é assim destacada:

Não é reduzindo até a uniformidade tudo o que é individual em si, mas cultivando e impulsionando a individualidade, dentro dos limites impostos pelos direitos e interesses dos outros, que o ser humano se torna um nobre e belo objeto de contemplação; e como participam dos trabalhos o caráter de todos aqueles que o fazem, pelo mesmo processo a vida humana também se torna rica, diversificada e animada, fornecendo alimento mais abundante para pensamentos e sentimentos elevados, e reforçando o vínculo que liga cada indivíduo à raça, tornando infinitamente mais valioso pertencer a ela. Proporcionalmente ao desenvolvimento de sua individualidade, cada pessoa se torna mais valiosa para si mesma, e portanto pode se tornar mais valiosa para os outros. Existe uma plenitude de vida maior sobre a sua própria existência, e quando há mais vidas individualmente, cresce a massa composta por cada uma delas. É necessária uma grande energia para evitar que indivíduos mais fortes

invadam a esfera de direitos dos outros, e isso é inevitável; mas para isso há uma ampla compensação mesmo do ponto de vista do desenvolvimento humano. Os meios de desenvolvimento que o indivíduo perde por ser impedido de satisfazer suas inclinações com o prejuízo de outros são principalmente obtidos à custa do desenvolvimento de outras pessoas.

O pensamento de MILL é incisivo no que tange ao fato de reconhecimento e fortalecimento da liberdade humana, desgarrada de qualquer orientação que possa ser considerada como uniforme. A individualidade se fortalece a partir do momento em que cada pessoa se torna mais valiosa para si mesma e, ao mesmo tempo, que passe a ser capaz de se tornar valiosa para os outros indivíduos também.

Essa ideia de MILL se contrapõe ao pensamento de KANT, sendo que este último defendia a ideia de uma conduta universal, através do fortalecimento da universalidade social. Já MILL prevê um fortalecimento da individualidade, de modo a permitir que essa possa vencer a uniformidade de uma sociedade.

A crítica ao pensamento de KANT é facilmente identificada no seguinte trecho da obra de Mill (2010, p. 43):

(...) As regras que as pessoas produzem entre elas parecem sempre autoevidentes e autojustificadas. Essa ilusão universal é um dos exemplos da influência mágica dos costumes, que não apenas são, como reza o ditado, uma segunda natureza, mas são continuamente tidos como a primeira. O efeito do costume, ao prevenir qualquer ressalva em relação às regras de conduta que a humanidade impõe sobre as pessoas, é mais completo ainda porque esse é um assunto em que não se espera que as razões sejam dadas, quer de uma pessoa para outra, quer de cada um para si mesmo.

A tirania social preconizada por MILL é a manifestação de um pensamento da sociedade sobre determinados atos que são considerados “corretos”, porém, são ordens consideradas “erradas” e que levam à prática de atos de opressão muito mais terríveis do que qualquer outro tipo de opressão.

Para o filósofo britânico, a interferência coletiva, para que seja considerada legítima, é necessário que tenha limites e que esses sejam indispensáveis para o bom desenvolvimento das condutas humanas e que sirvam de proteção à prática do despotismo político, pois tal prática é abominável para a manifestação e garantia da liberdade humana (MILL, 2010, p. 43).

1.1.3 A perspectiva da liberdade no pensamento de Jürgen Habermas:

O filósofo alemão JÜRGEN HABERMAS apresenta o seu pensamento diante de uma primeira indagação de cunho ético: “*o que devo fazer com o tempo de minha vida?*” (HABERMAS, 2010, p. 3). Habermas não vê na filosofia a possibilidade de dar respostas plausíveis e definitivas às perguntas desta natureza sobre a conduta da vida pessoal ou coletiva.

O modelo de vida, muitas vezes traçado pelas normas legais, era um modelo que estabelecia alguns parâmetros prévios tanto para o indivíduo como para a coletividade política. A aceleração das transformações sociais permitiu que esse modelo de vida ética e assim definida pela norma pudesse também sofrer um declínio mais curto.

Para HABERMAS (2010, p. 5), a sociedade justa deve deixar “*ao critério de todas as pessoas aquilo que elas querem iniciar como tempo de suas vidas*”. Assim, percebemos uma crítica do filósofo alemão quanto aos modelos definidos de vida individual e social.

Esse pensamento contracenava com a ideia então fundamentada por KANT quando da sua criação do “*categórico universal*” ou o que podemos definir como “*universalismo igualitário*”.

HABERMAS (2010, p. 5) inicia a apresentação do fundamento de seu pensamento da seguinte forma:

(...) num Estado constitucional democrático, a maioria não pode prescrever às minorias a própria forma de vida cultural – na medida em que estas se distanciam da cultura política comum do país – como uma suposta cultura de referência.

Assim, a ideia do individualismo consciente é visível na obra de HABERMAS que não aceita a formação de um modelo pré-definido pela sociedade, não havendo o que se falar na criação de uma cultura padrão ou de referência.

Na obra de HABERMAS a cobrança sobre o indivíduo para que este possa retomar a sua consciência da individualidade e da liberdade é destacada, sendo que esse movimento de retomada é capaz de proporcionar a sua continuidade e transparência em sua vida. Nesse contexto, o indivíduo, no âmbito social, passa a assumir responsabilidades, assim como contrair compromissos com os seus pares (HABERMAS, 2010, p. 9 - 10). Assim, afirma o filósofo alemão “a

peessoa que assim se torna consciente de si mesma tem a si própria como uma tarefa, que (lhe) é imposta, mesmo que a tenha escolhido conscientemente”.

HABERMAS (2010, p. 12) aponta para a existência de uma “*corrupção do desejo*”, a qual as pessoas que melhor poderiam ter acesso ao conhecimento, simplesmente, não querem compreendê-lo. Assim, não haveria o que se falar em “*déficit de conhecimento*”. Por essa razão, somente uma promessa de salvação por tal conduta pode constituir a ligação motivadora entre a moral incondicionalmente exigente e a preocupação consigo mesmo. Uma consciência moral “*pós-convencional só consegue se transformar no núcleo de cristalização de uma conduta de vida consciente quando estiver inserida numa autocompreensão religiosa*”.

Essa estrutura religiosa é a base para a formação do Estado e seu aparato burocrático, de modo a dar efetividade a suas normas de aplicação até o advento do Código Civil Napoleônico. Todavia, não há o que se falar em uma cisão entre o mundo eclesiástico e o mundo estatal, mas partimos para uma metamorfose nos padrões normativos (MOREIRA, 2009, p. 38).

O poder da Igreja transcende os limites fáticos e, ao invés de se basear no rito, se funda no mito. Mas como pode haver uma osmose entre as questões religiosas e as questões de Estado? A ideia da remissão dos pecados passa pela prática da confissão, sendo que a submissão dos súditos aos comandos do Estado passa por uma vinculação espontânea a um aparato prescritivo MOREIRA (2009, p. 39). Afirmo que,

(...) se é o pecado que une o crente à Igreja, a submissão consciente às ordens do soberano terá como desdobramento o consentimento do súdito de se vincular tanto espacial quanto simbolicamente a tal aparato prescritivo.

A ideia de uma aproximação entre as duas estruturas governantes (Igreja e Estado) se funda, portanto, em um fundamento que possui as mesmas raízes e, ao mesmo tempo, leva o indivíduo à aquisição de um comportamento de submissão da sua própria vontade, aquilo que HABERMAS afirma ser a “*corrupção do desejo*”, pois o indivíduo passa a não ter condições de manifestar a sua própria autonomia.

Essas questões de ordem religiosas e morais são enfrentadas por Habermas como “*questões relativas à convivência baseada em normas justas*”. Para o autor, a descrição de uma situação de conflito entre pessoas ativas e a fundamentação das normas correspondentes a este conflito dependem do modo de

vida e da autocompreensão existencial de cada indivíduo. Assim, esses conflitos dependem de um sistema interpretativo que tenha uma identidade própria, voltado para cada indivíduo ou para um determinado grupo de cidadãos (HABERMAS, 2010, p. 55).

As escolhas existenciais podem levar a uma configuração de fracasso individual ou de certas comunidades, ao ponto de se questionar o que seria uma vida não fracassada, *“com vistas à orientação de sua história ou forma de vida segundo valores normativos”* (HABERMAS, 2010, p. 55). Essa situação passa pela opção feita, dentro de um contexto, na escolha das práticas que devem ser consideradas como melhores para aquela comunidade de uma forma geral. Finaliza HABERMAS (2010, p. 55) dizendo: *“considerando-se essas questões ético-políticas, vale a sentença: outras culturas, outros costumes”*.

O pensamento de HABERMAS a respeito das opções pessoais ou coletivas, ao tratar das questões relativas à existência humana, não devem levar em consideração às diferentes variedades de forma de vida cultural, mas devem se pautar nas *“autodescrições intuitivas, a partir das quais nos identificamos como pessoas e nos distinguimos de outros seres vivos – portanto, nossa autocompreensão enquanto seres da espécie”* (HABERMAS, 2010, p. 55).

Importante notar que o pensamento em destaque se contrapõe às ideias traçadas por KANT, que defendia a noção de um *“categórico universal”*, no sentido de estabelecer um conjunto de normas gerais, moralmente aceitáveis, e que definiriam um comportamento único a ser seguido por todos os membros de determinada coletividade.

Enquanto HABERMAS defende a ideia de que a nossa autocompreensão é o elemento essencial para a identificação como seres humanos diferente dos demais seres, KANT só compreende a prática da liberdade de cada indivíduo em coexistência com as demais liberdades, pautadas em uma lei universal. Ou seja, o pensamento de HABERMAS valoriza a compreensão individual de escolha da conduta de vida, enquanto que KANT prega a existência uma norma universal que permite a manifestação da liberdade individual apenas em conjunto com outras liberdades.

Nesse contexto, MILL já centra a ideia de defesa da liberdade contra qualquer ato que venha a restringir a condição humana, sejam atos de natureza jurídica, sejam de natureza moral. Para o filósofo britânico, a ideia até então

defendida era a de que as pessoas pudessem conduzir as suas vidas em ritmos próprios, independentemente de qualquer conduta pré-estabelecida, ou qualquer parâmetro de ordem moral, social ou até mesmo de jurídico. Para MILL, portanto, tudo aquilo que tente a esmagar a individualidade humana deve ser considerado como despotismo.

Esse pensamento também se contrapõe às ideias traçadas por HABERMAS, o qual alerta para tamanha liberdade humana em face de uma “*tecnicização da natureza humana*” que possa influenciar a nossa autocompreensão ética. Assim, a garantia da liberdade em sua plenitude, então defendida por MILL, em HABERMAS essa liberdade vai encontrar sustentáculo em fundamentos preocupantes com a evolução científica que pode colocar o homem fora do seu eixo ético-natural. Assim, aponta HABERMAS (2010, p. 56):

(...) Os “novos horizontes éticos”, aos quais se refere Otfried Höffe com razão, consistem em tornar incerta a identidade da espécie. Os desenvolvimentos notórios e temidos da tecnologia genética afetam a imagem que havíamos construído de nós enquanto ser cultural da espécie, que é o “homem”, e para o qual parecia não haver alternativas.

Portanto, HABERMAS se contrapõe ao pensamento kantiano, vez que não admite que pretensões de uma suposta e presumida moral universal possa afetar o atributo de autocompreensão humana “*inscrita em determinadas tradições e formas de vida*”. Essa preocupação em HABERMAS (2010, p. 58) é evidente:

(...) Para mim, tudo isso serve apenas como exemplo de uma tecnicização da natureza humana, que provoca uma alteração da autocompreensão ética da espécie – uma autocompreensão que não pode mais ser harmonizada com aquela autocompreensão normativa, pertencente a pessoas que determinam sua própria vida e agem com responsabilidade.

Habermas, então, não acredita em uma “*universalização normativa*”, como assim era defendido por KANT, mas, ao mesmo tempo, não acredita que o indivíduo possa ter uma liberdade ampla ao ponto de desconsiderar qualquer responsabilidade pela consequência de seus atos e, ao mesmo tempo, possa desconsiderar determinadas tradições e formas de vida cultural. Não há espaço para atos que alterem a autocompreensão ética humana.

A crença de HABERMAS de que não há um reconhecimento recíproco e simétrico das pessoas em face do comando normativo, como assim defende KANT, parte de uma reversibilidade fundamental das relações entre os seres humanos.

Afirma HABERMAS (2010, p. 88): “ninguém pode depender do outro de modo fundamentalmente irreversível”.

A preocupação é com a consequência da evolução da liberdade humana sobre algumas áreas específicas, com destaque para a ciência genética, e que possa incorrer na criação de uma “*natureza humana própria*”, vinculados a apenas um tronco comum, qual seja a raça humana. Fundamenta HABERMAS (2010, p. 59):

Não podemos mais presumir que haverá um único sucessor para aquilo que foi concebido como natureza humana. Precisamos considerar a possibilidade de que, num certo momento do futuro, diferentes grupos de seres humanos poderão seguir caminhos divergentes de desenvolvimento usando a tecnologia genética. Se isso ocorrer, haverá diferentes grupos de seres, cada qual com sua própria ‘natureza’, relacionados uns com os outros somente por meio de um ancestral comum (a raça humana), exatamente como hoje existem diferentes espécies de animais, que evoluíram a partir de ancestrais comuns por meio de mutação aleatória e pela seleção natural.

Não só a compreensão ética poderia ser afetada por essa defesa da liberdade humana ampla e irrestrita sobre determinadas questões, tais como as pesquisas científicas. HABERMAS (2010, p. 60) aponta para a possível violação de nossa consciência moral e violação de condições naturais de crescimento:

(...) Suponho que saber que o próprio genoma foi programado possa perturbar a autoevidência em virtude da qual existimos enquanto corpo, o que daria origem a um novo tipo de relação particularmente assimétrica entre as pessoas.

Para encontrar um ponto de equilíbrio entre essas preocupações atuais sobre a evolução da sociedade humana, o filósofo alemão aposta na aplicação de uma eugenia liberal, a qual já vem sendo discutida, de forma mais detalhada, em alguns países. Para HABERMAS (2010, p. 61), a intervenção normativa, no trato das questões da vida humana “*não pode se voltar contra as intervenções da técnica genética em si*”.

Mesmo nas sociedades consideradas liberais, em que todo cidadão tem o direito de traçar e seguir os seus próprios planos de vida, da forma que melhor lhe convier, esse planejamento poderá fracassar, pois está determinado “*por capacidades, disposições e qualidades condicionadas geneticamente*” (HABERMAS, 2010, p. 84).

A preocupação do filósofo se dá no sentido da liberdade da programação genética e o conseqüente vínculo interpessoal entre os sujeitos envolvidos (programador e o ser geneticamente programado), poder afetar o plano de liberdade de vida própria:

(...) uma programação eugênica de qualidades e disposições desejáveis suscita considerações morais sobre o projeto, quando ela instaura a pessoa em questão num determinado plano de vida, portanto quando a restringe especificamente em sua liberdade de escolha de uma vida própria (HABERMAS, 2010, p. 84).

Certamente, existe essa preocupação a ser destacada, uma vez que no momento da definição genética pode haver também uma definição no plano de vida do indivíduo, quebrando aquela relação tradicional entre pai e filho e violando conseqüentemente a liberdade individual, devendo haver uma garantia entre as intenções próprias do programador e as intenções alheias.

HABERMAS (2010, p. 87) aponta para as intervenções eugênicas que podem prejudicar a manifestação da liberdade ética por submeter uma pessoa às intenções então fixadas por terceiros:

(...) O planejador do programa dispõe unilateralmente, sem supor o consenso fundamentado, da constituição genética de uma outra pessoa, com o propósito paternalista de dar um encaminhamento relevante para a história de vida do dependente. A intenção pode ser interpretada por este último, mas não revista nem desfeita. Irreversíveis são as conseqüências, pois a intenção paternalista sintetiza-se num programa genético desarmado, e não numa prática socializante, mediada pela comunicação, que pode ser recuperada pelo "pupilo" (HABERMAS, 2010, p. 89).

O pensamento de HABERMAS destaca, portanto, que somente as pessoas nascidas efetivamente de um processo biológico, o que exclui as que foram concebidas por um processo genético, teriam condições de encontrar as interações sociais. Afirma o filósofo alemão que, em um futuro da biopolítica anunciado pelos eugenistas liberais, a relação horizontal "*seria suplantada por um conjunto de ações e comunicações entre as gerações, que se instauraria verticalmente por meio da modificação intencional do genoma dos nascituros*" (HABERMAS, 2010, p. 90).

Podemos, portanto, afirmar que o pensamento de HABERMAS não coincide com as questões apontadas por KANT, tendo em vista que a manifestação da liberdade humana está relacionada com a nossa capacidade de autocompreensão sobre as decisões a serem tomadas no trilhar da vida, com as

suas respectivas consequências, porém, a manifestação dessa liberdade não pode permitir, ao mesmo tempo, um enquadramento a um modelo universalizante de uma conduta moral. A ética humana é vista como atitude de autodescrição intuitiva, a partir da qual nós, seres humanos, nos identificamos como pessoas e nos diferenciamos de outros seres vivos.

CAPÍTULO 2

OS PRINCÍPIOS ÉTICOS E JURÍDICOS

1. A ética na evolução da ciência:

A grande preocupação do mundo jurídico se apresenta com o avanço então alcançado pela ciência, de modo geral, sendo que se busca um parâmetro de ética para delimitar tais conquistas alcançadas.

Obviamente, que o Direito ou a Ética não podem se tornar um obstáculo para o avanço e conquistas almejadas pela ciência, mas esta também não pode ser conduzida de qualquer forma, como vimos em momentos anteriores da história humana, nos quais o ser humano foi “coisificado” nas mãos de cientistas e médicos.

Os avanços científicos começam a vir acompanhados de princípios éticos e jurídicos que passam a definir o comportamento no desenvolvimento da ciência, sendo que estes passam a impor uma conduta de resultado e preocupação para com o ser humano e as gerações futuras. O Direito destaca a aplicação do princípio da responsabilidade para com as gerações futuras, sendo que não dá para satisfazer as vontades e anseios da geração atual em detrimento das gerações futuras.

Essa preocupação é externada pela doutrina quanto à fixação de limites que devem ser estabelecidos para os trabalhos desenvolvidos pela ciência, com destaque para a possibilidade de ingresso no “mundo do desconhecido” ou, melhor dizendo, para os resultados que podem ser tornar inesperados, como assim aponta GARCIA (2004, p. 24):

A chamada “aventura da razão”, que acompanha o ser humano desde sempre, percebe-se, portanto, que pode apresentar um lado sombrio, isto é, em que, efetivamente, não se vislumbra uma luz, clara, banindo as trevas da própria ignorância humana: ela, nesse momento, é a ignorância humana, embora cercada de cientificismo, acompanhado do espetáculo da tecnologia.

A necessidade de estabelecer parâmetros éticos para as pesquisas médicas e a evolução da ciência, nos coloca na condição de co-responsáveis pela criação do Mundo e da própria garantia da espécie humana, principalmente, por

desconhecer os resultados futuros que podem ser produzidos pelo avanço avassalador da ciência.

A própria evolução humana é a forma pela qual podemos ser considerados livres, o que, conseqüentemente, nos permite também criar e buscar novas direções até então inimagináveis. BARBOUR (2004, p. 178) adota esse pensamento cristão sobre a evolução da espécie humana através de suas pesquisas:

(...) Nós somos criaturas ao mesmo tempo da natureza e da cultura, condicionadas pelos genes e pela história prévia. Mas, como co-criadores, temos a liberdade e a capacidade de buscar novas direções inesperadas – e, mesmo assim, continuamos dentro dos limites impostos por nossa herança genética e social.

Hefner *apud* BARBOUR (2004, p. 178) sustenta o mesmo pensamento de que nós, seres humanos, somos podemos tomar parte na obra contínua e ininterrupta de Deus na preservação da espécie humana, uma vez que *“estamos sendo conduzidos a um destino comum que vai determinar, em última análise, o que significa ser verdadeiramente humano”*.

A preocupação destacada por parte da literatura que discute essa vertente aponta para o fato da responsabilidade humana para com o futuro, vez que a tecnologia disponível pode nos dar um poder imensurável sobre a natureza. A responsabilidade sobre tal área pode afetar, não só a geração atual, mas também as gerações futuras.

Também é de conhecimento científico que essa evolução pode representar ganhos significativos na evolução humana, em especial, para corrigir defeitos genéticos, reduzir o sofrimento humano e, até mesmo, empregar o poder tecnológico a fim de promover a justiça social e a realização humana.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), GILMAR FERREIRA MENDES, destacou a mesma preocupação desse avanço tecnológico ao proferir o seu voto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 3.510/2006 – Distrito Federal (DF):

(...) os avanços científicos e os procedimentos e ferramentas utilizados para alcançá-los geram importantes incertezas éticas e jurídicas, que devem ser convenientemente reguladas, com o equilíbrio e a prudência que exige um tema tão complexo que afeta de maneira tão direta a identidade do ser humano.

A evolução da ciência vai impor um conflito entre a realidade e os valores a serem dotados. A ciência, em algumas das vezes, pode não se dar conta de certos valores ou preferências da sociedade, no dizer de GARCIA (2004, p. 25):

(...) a realidade estudada pelo sábio não se dá conta de nossas preferências; ela é indiferente ao bem e ao mal. E propõe a existência de “uma evidência espiritual do valor, que pode se impor ao ser humano com uma autoridade indiscutível, mas esta exigência inteiramente pessoal – reconhece – não apresenta nenhuma medida comum com as especulações dos matemáticos e dos físicos”.

REALE *apud* GARCIA (2004, p. 29) também destaca a preocupação com o problema dos limites e das possibilidades que podem ser alcançadas pelo conhecimento, com ênfase especial no conhecimento científico.

A obra de KANT marca a convergência entre as correntes filosóficas do *idealismo* e *empirismo*, quando o conhecimento geral e o conhecimento científico “*procuram aperceber e acompanhar o seu desenvolvimento, que se processa de maneira avassaladora, num descompasso marcante com a própria Filosofia, o Direito e a Ética*” (GARCIA, 2004, p. 29).

A questão do conhecimento científico buscado pelo homem, na visão de GARCIA (2004, p. 34) é uma questão se desdobra no campo filosófico (necessidade do conhecimento), no campo político (dominação da realidade) e, também, no campo jurídico (manifestação da liberdade humana e suas limitações).

A preocupação de Shattuck *apud* GARCIA (2004, p. 34) não em proibir o desenvolvimento de uma técnica, mas sim, em proibir os efeitos que essa técnica possa produzir.

Fazemos uso da fala de MILL (2010, p. 127), quando afirma que não se deve impor qualquer tipo de restrições “(...) *que não afetam terceiros, mas que causam o simples descontentamento destes, não desenvolve nada de valor, exceto a força de caráter que pode manifestar-se como resistência à restrição*”.

Desta forma, podemos afirmar que estamos vivenciando uma era do conhecimento aberto, no qual, o princípio da dúvida reside na própria razão em si, sendo que a promoção da vida está vinculada à razão e à função da razão. Explica GARCIA (2004, p. 37) ao se referir à função que a razão exerce sobre o conhecimento:

(...) dentro desta definição preliminar destaca dois aspectos diferentes dessa função: uma função prática, desveladora das formas e modos de

transformação da existência humana “numa boa existência, e transformar uma boa existência numa existência melhor ainda”. Esta é a Razão prática, que podemos relacionar à tecnologia. Outro aspecto da função da Razão coloca-se acima das tarefas práticas do mundo, busca uma compreensão da realidade e cumpre sua função quando o entendimento é alcançado. É a Razão especulativa “e o progresso que ela busca é sempre o progresso de uma melhor compreensão”. Podemos apontar aqui o caminho da Ciência.

Contextualizando o debate acima demonstrado, o Conselho Federal de Medicina (CFM) estabeleceu, no Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009, os princípios fundamentais da atividade médica (Capítulo I), sendo que, dentre eles, figura o princípio de que “*o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade*” (inciso II).

Portanto, a atividade médica-científica, deve ter sempre em mente a saúde do ser humano, sendo que qualquer ação no campo profissional deve atingir tal objetivo.

As preocupações apontadas pela doutrina são plausíveis, principalmente, pelo fato de que, no século passado, em especial, durante a Segunda Grande Guerra Mundial, conhecemos o desvirtuamento da moral da ciência, quando os cientistas da época permitiram, diante dos gracejos das políticas impostas, a fabricação de armas nucleares e com alto potencial lesivo.

Os físicos da época sentiram, de certa forma, uma responsabilidade pessoal por sugerir e apoiar o desenvolvimento dos projetos atômicos e que culminaram com os lançamentos das bombas em Hiroshima e Nagasaki. Os físicos conheceram o pecado, e esse é um conhecimento que não pode ser esquecido (GARCIA, 2004, p. 41).

Como aponta ressalta Luiz Fernando Veríssimo *apud* GARCIA (2004, p. 42): “*o fato do século, porque pede a grande reflexão que o século ainda não fez, sobre a neutralidade moral da ciência*”.

Portanto, talvez esse seja o ponto chave da discussão no campo da Bioética e do Biodireito: que a ciência, no desenvolvimento de suas técnicas, seja neutra e não assuma qualquer posição política, sob pena de carregar a culpa para os anais de sua história.

A necessidade de uma reflexão sobre os progressos alcançados e que ainda podem ser almejados pela ciência demanda não só de fundamentos de ordem científica, tais como as melhorias alcançadas com as pesquisas, mas também

demanda uma análise ética e filosófica, para que possamos definir os limites e, conseqüentemente, o que é possível realizar buscando um ponto de equilíbrio entre as liberdades individuais e a proteção de direitos considerados fundamentais, como a vida humana.

2. O campo de atuação da Bioética e do Biodireito:

Diante das preocupações apontadas pela doutrina, o que podemos dizer sobre um conceito de ética? Existe alguma diferença entre ética e moral? Esses questionamentos poderão ajudar a responder outras dúvidas, além de a posicionar a Bioética diante de outras disciplinas de ordem moral.

As expressões “*ética*” e “*moral*” às vezes são utilizadas de modo intercambiável, sendo que a expressão “*ética*” pode se referir a um conjunto fixo de leis (morais) pelo qual se pode avaliar a conduta humana, ou seja, pode ser entendida como os padrões, leis ou prescrições que os indivíduos são obrigados a obedecer (GEISLER; BOCCHINO; 2003, p. 333).

A ética é o fundamento para a caracterização de julgamentos morais. Sem os padrões éticos não seria possível realizar julgamentos de ordem moral. A conduta socialmente aceitável passa a determinar o que é moralmente correto. Nesse sentido temos GEISLER; BOCCHINO (2003, p. 333):

A distinção entre “o que é” e “o que deve ser” é uma diferença essencial entre o fato da conduta humana (costume) e a lei da natureza humana ou lei natural (moral). Sem essa diferenciação, “o que deve ser” simplesmente se reduz ao “que é”, e a distinção entre costumes e moral desaparece. Conseqüentemente, as ações morais não são mais matéria da ética. Passam a ser matéria daquilo que é a conduta socialmente aceitável; o *ético* define a ética – a sociedade determina o que é moralmente correto.

A evolução da bioética, como ciência autônoma, é destacada pela ilustre lição de DINIZ (2009, p. 5), com grande ênfase para os eventos científicos que aconteceram na segunda metade do século passado:

A bioética, enquanto novo semblante da ética médico-científica, desenvolveu-se, portanto, a partir: dos grandes e avassaladores avanços da biologia molecular e da biotecnologia aplicada à medicina ocorridos nos últimos 30 anos; da denúncia de abusos cometidos contra o ser humano pelas experiências biomédicas; do perigo das aplicações incorretas da biomedicina e da engenharia genética; da incapacidade dos códigos éticos e deontológicos para guiar a boa prática médica; do pluralismo moral que

reina na sociedade atual; da maior aproximação dos filósofos e teólogos com os problemas relacionados com a qualidade da vida humana, assim como com seu início e fim; do posicionamento e das declarações dos organismos internacionais e de instituições não governamentais sobre os temas voltados à nova ética médica e das intervenções do Judiciário, Legislativo e Executivo sobre questões envolvendo os direitos fundamentais do homem relacionados à vida, saúde, reprodução e morte.

Percebe-se que a discussão travada sobre temas que antes se encontravam distantes da sociedade, de modo geral, passam a fazer parte do “cardápio diário” das discussões jurídicas, éticas, morais e religiosas, de modo que é impossível dissociar tais discursos que antes eram teóricos, das práticas que hoje são realizadas.

Essa preocupação é externada pela doutrina quanto à fixação de limites éticos que devem ser estabelecidos para os trabalhos desenvolvidos pela ciência, com destaque para a possibilidade de ingresso no “mundo do desconhecido” ou, melhor dizendo, para os resultados que podem ser tornar inesperados:

A chamada “aventura da razão”, que acompanha o ser humano desde sempre, percebe-se, portanto, que pode apresentar um lado sombrio, isto é, em que, efetivamente, não se vislumbra uma luz, clara, banindo as trevas da própria ignorância humana: ela, nesse momento, é a ignorância humana, embora cercada de cientificismo, acompanhado do espetáculo da tecnologia (GARCIA, 2004, p. 24).

A preocupação é com a dissociação entre valores e realidades científicas, sendo que em alguns momentos da nossa história, a ideia de homem, como ser humano, foi esquecida e poderá ser esquecida, de modo a transformar a humanidade em um objeto puro e simples de estudos.

GARCIA (2004, p. 30 – 31) chama atenção não para um reducionismo da condição humana e nem para um separatismo entre a ciência e os valores pessoais, mas sim, prega uma diferenciação entre os elementos de modo que possam ser juntados. Não em confusões próprias, mas em diferenciações.

A ética científica deve servir de pilar central para a estrutura da consciência biológica e social que emerge das pesquisas, colocando o homem como elemento central dessa discussão.

Diante dessa evolução científica, é necessário externar a preocupação com as consequências da Biotecnologia para os destinos da humanidade e os danos que porventura possam advir. Assim opinam MYSZUZUK e MEIRELLHES

(2008, p. 333):

Os avanços biotecnológicos obtidos no século XX, principalmente com a Engenharia Genética, foram de tal magnitude que já é corrente o entendimento de que, se o século XX foi o século da Física, o século XXI será da Biologia. (...) As preocupações giram em torno das consequências da aplicação da Biotecnologia e Engenharia Genética para o meio ambiente, os destinos da vida humana no planeta e os danos que podem advir do uso indiscriminado da manipulação genética.

Nesse mesmo sentido, encontramos os apontamentos de MONTAL (2010, p. 39), sendo que os avanços da ciência e da tecnologia devem estar voltados para uma conduta diferenciada a criar um novo pensamento da ciência jurídica para que possam ser estabelecidos parâmetros mínimos de acompanhamento de tais avanços.

À medida que a ciência avança na descoberta de novos resultados, o reclame por uma legislação mais clara e objetiva também surge no campo da ciência jurídica, para que os próprios resultados científicos possam ser legitimados em princípios jurídicos pré-definidos.

Com esse intuito, a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), no ano de 2005, em sua Conferência Geral aprovou, por aclamação, a sua Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, na qual a Organização definiu alguns princípios e regras fundamentais que possam respeitar a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais. Em seu Prefácio, a referida Declaração, nas palavras de Koïchiro Matssura, insere os temas da bioética na categoria de direitos fundamentais internacionais e garante o respeito à vida das pessoas, de modo a construir um terreno concreto para o desenvolvimento da Bioética (UNESCO, 2005, online).

Isso demonstra o campo de aplicação da Bioética que deve se preocupar com a atuação da ciência dentro de modelos éticos que preservem os direitos relacionados com a personalidade, em especial, com a dignidade da pessoa humana. Já o Biodireito é o ramo da ciência jurídica responsável pela definição dos princípios jurídicos que irão nortear os estudos científicos, além de controlar os possíveis abusos violadores dos direitos humanos.

Desta maneira, com o reconhecimento e o respeito à dignidade da pessoa humana, a Bioética e o Biodireito passam a assumir uma feição humanista, de modo a estabelecer um vínculo com a justiça, como instrumento de realização de sua

personalidade. Nas palavras de DINIZ (2009, p. 19):

(...) A bioética e o biodireito andam necessariamente juntos com os direitos humanos, não podendo, por isso, obstinar-se em não ver as tentativas da biologia molecular ou da biotecnociência de manterem injustiças contra a pessoa humana sob a máscara modernizante de que buscam o progresso científico em prol da humanidade.

Desta forma, é interessante ressaltar que a vida humana deve ser preservada e que todas as intervenções científicas sobre a pessoa humana deverão estar submetidas a preceitos éticos, sem que possam violar a categoria mínima de direitos humanos.

Antes de qualquer estudo mais detalhado sobre os princípios que norteiam a estrutura ética e jurídica das pesquisas científicas, se faz necessária a distinção entre “bioética” e “biodireito”.

3. Definição de Bioética e Biodireito:

O que pode se apresentar como termos sinônimos, em um primeiro momento, não evidencia a verdadeira diferenciação entre as duas terminologias ora em destaque. Há um espaço enorme entre as duas ciências que ora se apresentam, levando em consideração o objeto de estudo e os princípios que norteiam os referidos ramos científicos.

Porém, a Bioética e o Biodireito, no desenvolvimento do estudo de seus respectivos objetos, irão estabelecer uma relação de interdisciplinaridade, tendo em vista que envolvem o estudo de questões relacionadas à vida humana, de forma primordial, em face dos princípios éticos.

3.1. Definição de Bioética:

A ética das virtudes, em uma visão clássica, pode ser vista como ponto de equilíbrio entre o “*desregramento da Ética dos Prazeres e a insensibilidade da Ética dos Deveres*” (MARTINS FILHO, 2010, p. 9).

Na visão aristotélica, apontada por MARTINS FILHO (2010, p. 9), a ética das virtudes é uma orientação para alcançar a excelência moral e a felicidade pessoal, caracterizando-se como uma “*ética eudemonológica*”, ou seja, com foco

na busca da felicidade.

Dentro de uma concepção doutrinária, destaque para cinco enfoques explicativos para o estabelecimento da ética como fenômeno moral, segundo MARTINS FILHO (2010, p. 4):

a) ética eudemonológica (das virtudes) – é a ética clássica, focada no que pode conduzir à **felicidade natural** (Platão e Aristóteles);

b) ética cristã (das bem-aventuranças) – constitui uma elevação da ética natural, pelas exigências maiores que traz, em face do bem mais elevado para o qual aponta: a **felicidade eterna** (S. Agostinho e S. Tomás de Aquino); vê nas exigências morais não um dever abstrato, mas o desejo de cumprir a **Vontade de Deus**, Pai amoroso que, por sua vez, só deseja a felicidade de seus filhos;

c) ética legalista (dos deveres) – é a ética moderna, com o foco nas obrigações e proibições, na qual o motor do agir não seria a felicidade, mas o **puro dever**, que, assim, nos tornaria dignos da felicidade (Descartes e Kant);

d) ética utilitarista (dos prazeres) – quase não poderia ser chamada de ética, por sua visão pragmática em que os fins pessoais justificam os meios, tendo como fator de ponderação a renúncia a prazeres inferiores e imediatos em vista de **prazeres futuros e superiores** (Epicuro e Bentham);

e) ética axiológica (dos valores) – centrada naquilo que transcende o meramente factual (bens) para atingir o essencial (**valores**), captado por uma intuição emocional (Scheler).

O estabelecimento de princípios éticos se apresenta de forma fundamental para que a ciência possa evoluir em bases sólidas e permissíveis, de modo a construir um campo para a previsão e aplicação de princípios jurídicos que possam consolidar o avanço das pesquisas médicas.

Indicam MYSZEZUK e MEIRELLHES (2008, p. 334) que a Bioética pode ser entendida como a “*ética da vida*”, sendo “*um conjunto de pesquisas e práticas multidisciplinares, que tem por finalidade a resolução de conflitos éticos provocados pelos avanços biomédicos*”.

Para DINIZ (2009, p. 11 - 12), a bioética

(...) seria, então, um conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre práticas médicas em particular. Para tanto abarcaria pesquisas multidisciplinares, envolvendo-se na área antropológica, filosófica, teológica, sociológica, genética, médica, biológica, psicológica, ecológica, jurídica, política etc., para solucionar problemas individuais e coletivos derivados da biologia molecular, da embriologia, da engenharia genética, da medicina, biotecnologia etc., decidindo sobre a vida, a morte, a saúde, a identidade ou a integridade física e psíquica, procurando analisar eticamente aqueles problemas, para que a biossegurança e o direito possam estabelecer limites à biotecnociência, impedir quaisquer abusos e proteger os direitos fundamentais das pessoas e das futuras gerações. A bioética consistiria ainda no estudo da moralidade da conduta humana na área das ciências da vida, procurando averiguar o que seria lícito ou

científica e tecnicamente possível.

Na concepção de LOUREIRO (2009, p. 3), a Bioética “*é um ramo da ética que estuda como as descobertas científicas devem ser utilizadas com o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana*”; sendo que tal campo da ética deve ser concebido:

(...) como o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz de valores e princípios morais. Indica um conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares tendentes a solucionar questões éticas que o avanço das tecnociências biomédicas tem provocado.

Para MALUF (2010, p. 6), a Bioética

(...) é o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (ética) e direito (biodireito) que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental. Considera, portanto, questões onde não existe consenso moral, como a fertilização *in vitro*, o aborto, a clonagem, a eutanásia, os transgênicos e as pesquisas com células-tronco, bem como a responsabilidade moral de cientistas em suas pesquisas e aplicações.

Este ramo da ciência tenta estabelecer, então, parâmetros para as discussões acerca dos temas que envolvem a vida humana em si, assim como outras questões relacionadas com a sustentabilidade do meio ambiente, de forma geral, de modo que os assuntos considerados polêmicos possam encontrar um ponto de equilíbrio.

A Bioética pode ser vista, portanto, como a disciplina que integra e harmoniza a cultura humanística às pesquisas de natureza técnico-científicas, se tornando um elo entre as questões humanas e as questões científicas, preservando a proteção aos direitos fundamentais em face das condutas humanas na área da ciência da vida.

Deve, a Bioética, ser um estudo multidisciplinar que proporcione as diretrizes éticas para os estudos científicos humanos sobre os temas tratados pela biomedicina, que estejam relacionados com a vida e a morte, com a liberdade da geração de um filho e o fato do mesmo ser gerado artificialmente, assim com os atos de disposição do próprio corpo e a necessidade de preservar os direitos da personalidade das pessoas envolvidas e das gerações futuras (DINIZ, 2009, p. 13).

3.1.1 Fases da Bioética:

A evolução dos estudos científicos no tempo proporcionou também a evolução do conceito da Bioética como assim ensina André Marcelo M. Soares e Walter Esteves Piñero *apud* MALUF (2010, p. 9):

1. que vai de 1960 a 1977 – período em que surgem os primeiros grupos de médicos e cientistas preocupados com os novos avanços científicos e tecnológicos. Formam-se os primeiros comitês de bioética no mundo;
2. que vai de 1978 a 1997 – período em que se publica o relatório Belmont, que provoca grande impacto na bioética clínica; realiza-se a 1ª fertilização *in vitro*; alcançam-se grandes progressos na engenharia genética; criam-se importantes grupos de estudo em bioética: Grupo internacional de Estudo em bioética, Associação europeia de centros de ética médica, Convênio europeu de biomedicina e direitos humanos, entre outros;
3. iniciada em 1998, ainda vigente, que teve o apogeu da descoberta do genoma humano, clonagem, além dos debates relativos à falência dos sistemas de saúde pública nos países em desenvolvimento.

A doutrina tratou de ordenar o conceito de Bioética em face desses acontecimentos globais, de modo que a referida matéria pudesse se adequar às novas demandas científicas e sociais. Nesse caminho, IACOMINI (2009, p. 33) critica essa questão terminológica da Bioética ao afirmar que o termo é considerado de forma equivocada, sendo que a “*ética visualiza uma ciência que faz referência à vida humana*”. A autora menciona que a Bioética surgiu com o livro de Van Renssler Potter “*Bioethic: bridge to the future*”, no ano de 1971, sendo que o termo foi utilizado pela primeira vez por André Hellegers, da Universidade de Georgetown (EUA) e, a partir daí, passou a ser explorado por outras ciências que tratam do direito à vida.

A Bioética passou a ser definida, portanto, como (IACOMINI, 2009, p. 34):

(...) o estudo centralizado à vida humana como valor e dignidade superior em relação aos demais seres vivos, devendo-se considerar até mesmo o lado espiritual, a racionalidade e o emocional; assim, fortalecendo as diferenças, e definindo a bioética como a disciplina do conhecimento biológico, que proporciona uma nova realidade científica, em conjunto com princípios éticos que induzem à exteriorização da ciência.

Diante desse cenário as pesquisas científicas, no campo da biociência, passaram a se tornar alvo de interesse econômico e político em prol de resultados bem sucedidos (HABERMAS, 2010, p. 25):

(...) a pesquisa biogenética uniu-se ao interesse de aproveitamento dos investidores e à pressão dos governos nacionais, que reivindicam ações bem-sucedidas, o desenvolvimento biotécnico revela uma dinâmica que ameaça derrubar os longos processos normativos de esclarecimento na esfera pública.

Desta forma, é de suma importância, não só aos olhos da ciência, mas também, sob o olhar da sociedade econômica e política, que as pesquisas científicas possam desenvolver sobre uma esteira dinâmica e que possa permitir que os avanços não venham a violar os direitos fundamentais e nem a dignidade da pessoa humana. Esse não pode ser o preço ou a recompensa pelos avanços científicos.

Nesse sentido, é a grande preocupação destacada por HABERMAS (2010, p. 27):

(...) precisamos traçar e impor fronteiras precisas. Atualmente, esse argumento já serve para defender uma eugenia liberal, que não reconhece um limite entre intervenções terapêuticas e de aperfeiçoamento, mas deixa às preferências individuais dos integrantes do mercado a escolha dos objetivos relativos a intervenções que alteram características.

O estabelecimento de normas e princípios é de suma importância diante dessa suposta “*liberdade*” que privilegia a preferência individual e que pode, conseqüentemente, alterar as características humanas de modo a transformar o ser humano em um objeto ou coisa.

3.1.2 Classificação da Bioética:

Dentro dessa concepção evolutiva do próprio conceito da Bioética, influenciado pelas etapas de desenvolvimento das pesquisas científicas, a própria disciplina também apresenta a sua classificação doutrinária, de modo a melhor compreender as suas áreas de atuação e os temas abordados.

Utilizando-se da classificação doutrinária desenvolvida por VOLNEI GARRAFA em relação aos temas da bioética, DINIZ (2009, p. 11), afirma que a bioética pode-se dividir em:

(...) a) *bioética das situações persistentes*, se se ocupar de temas cotidianos, que persistem desde que o mundo é mundo, como aborto, eutanásia, racismo, exclusão social e discriminação; e b) *bioética das situações emergentes*, se relativa aos conflitos originados pela contradição verificada entre o progresso biomédico desenfreado dos últimos anos e os limites da cidadania e dos direitos humanos, como fecundação assistida,

doação e transplante de órgãos e tecidos e engenhamento genético.

DINIZ (2009, p. 11), ainda completa, dizendo que a bioética abrange:

(...) a *macrobioética*, que trata de questões ecológicas, em busca da preservação da vida humana, e a *microbioética* que cuida das relações entre médico e paciente, instituições de saúde públicas ou privadas e entre estas instituições e os profissionais da saúde.

Assim, podemos perceber o vasto campo de atuação da bioética, como ciência multifacetária e relacionada com outras áreas do conhecimento, com o dever de traçar as diretrizes fundamentais para o desenvolvimento da ciência, tendo como foco a preservação dos direitos da personalidade humana.

3.2. Definição de Biodireito:

A doutrina de DINIZ (2009, p. 19) posiciona o Biodireito ao lado da Bioética, de modo a observar a aplicação da dignidade da pessoa humana e valorizar a preservação dos direitos humanos, como realização da personalidade:

Com o reconhecimento do respeito à dignidade humana, a bioética e o biodireito passam a ter um sentido humanista, estabelecendo um vínculo com a justiça. Os direitos humanos, decorrentes da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa humana, referem-se à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade. A bioética e o biodireito andam necessariamente juntos com os direitos humanos, não podendo, por isso, obstinar-se em não ver as tentativas da biologia molecular ou da biotecnociência de manterem injustiças contra a pessoa humana sob a máscara modernizante de que buscam o progresso científico em prol da humanidade.

Desta maneira, o Biodireito surge como ramo da ciência jurídica que coaduna os princípios da ética com os princípios jurídicos. Segundo MYSZUZUK e MEIRELLHES (2008, p. 335), “(...) o *Biodireito tem por objetivo regulamentar as consequências que os avanços técnico-científicos podemos ocasionar ao homem e ao meio ambiente*”.

Biodireito pode ser definido como sendo (IACOMINI, 2009, p. 40):

(...) o ramo do Direito que se refere aos fatos e eventos que surgem a partir das pesquisas das ciências da vida, que surgem do “*aumento do poder do homem sobre o próprio homem que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar*”

a natureza e os outros homens – ou criar novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permitir novos remédios para as suas indigências”.

O papel fundamental do Biodireito é o de harmonização dos interesses éticos e jurídicos, de modo que possa garantir o desenvolvimento da ciência no campo das pesquisas, sem que o desconhecido seja limite único, além de zelar pela garantia dos direitos fundamentais do homem (MYSZEZUK e MEIRELLHES (2008, p. 335).

Para MALUF (2010, p. 16), Biodireito deve ser visto como

(...) novo ramo do estudo jurídico, resultado do encontro entre a bioética e o direito. É o ramo do Direito Público que se associa à bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia; peculiaridades relacionadas ao corpo, à dignidade da pessoa humana.

Como instrumento interpretativo para a solução dos possíveis entraves entre a ciência médica e a ciência jurídica, é de se fazer uso dos princípios e normas orientadoras que advém do Texto Constitucional, em respeito ao princípio da hierarquia das normas.

A doutrina de MALUF (2010, p. 16) aponta, ainda, para a interdisciplinaridade do Biodireito com a Bioética, Direito Civil, Direito Penal, Direito Ambiental e o Direito Constitucional, em especial, o artigo 5º, inciso IX, da Constituição da República de 1988, o qual proclama a liberdade da atividade científica como um dos direitos e garantias individuais.

No mesmo sentido é a opinião de ALARCÓN (2004, p. 109), ao afirmar que *“as dimensões jurídicas das conquistas no campo da Genética podem ser pedagogicamente enfocadas desde os terrenos do Direito Público ou do Direito Privado”*.

Levando em consideração que o elemento central da Bioética e do Biodireito seja a proteção à vida humana, as duas disciplinas passam, portanto, a ser encarregadas de tutelar o ser vivo da espécie humana, de modo que vamos perceber um movimento de *“constitucionalização”* da Genética, como assim afirma ALÁRCÓN (2004, p. 111):

(...) se de um lado a proteção da vida humana é a parte fundamental do Direito Constitucional e o que justifica a existência desta disciplina, de outro, a Genética é a ciência da vida, lida com seu surgimento, com a transmissão e mutação dos genes, com a preservação e sobrevivência da espécie humana. O elo que une o Direito Constitucional à Genética é simples e ao

mesmo tempo cheio de matizes, pois é a vida mesma.

Também seguindo a mesma esteira de pensamento, José Alfredo de Oliveira Baracho *apud* MYSZUZUK e MEIRELLHES (2008, p. 336) aponta para o surgimento de “*Bioconstituição*”, a qual:

(...) designa “o conjunto de norma (princípio e regra) formal ou materialmente constitucionais, que tem como objeto as ações ou omissões do Estado ou de entidade privada, 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.

A constitucionalização do Biodireito é necessária, pois é do texto constitucional que podemos tirar fundamento para a aceitabilidade de ideias que, inicialmente, podem se apresentar como atentatórias aos direitos fundamentais, em especial, ao direito à vida, como é o caso que se pretende defender nessa dissertação que é o direito de morrer de forma digna, o qual irá extrair o seu fundamento no fundamento republicano da dignidade da pessoa humana.

Através dessa transformação de pensamento interpretativo, é possível estabelecer uma oxigenação na forma de aplicação das normas e princípios de ordem constitucional, com enfoque nas questões problemáticas da Bioética e do Biodireito, tendo como objetivo principal a defesa da vida humana e do meio ambiente saudável e sustentável.

A doutrina de João Carlos Simões Gonçalves Loureiro, citada por BULOS (2009, p. 19), conceitua, inclusive, essa ideia de elaboração de “*Constituições biomédicas*”, “*Constituições biológicas*” ou, ainda, “*bioconstituições*”, que são aquelas que:

(...) consagram normas assecuratórias da identidade genética do ser humano, visando reger o processo de criação, desenvolvimento e utilização de novas tecnologias científicas. Visam assegurar a dignidade humana, salvaguardando *biodireitos* e *biobens*.

O fato de a matéria ser tratada a nível constitucional, com fundamento, em especial, no princípio da dignidade da pessoa humana, revela a necessidade de uma abordagem mais específica no campo de atuação e normatividade principiológica, como fundamento teórico de nosso trabalho, de modo a assegurar a efetividade por parte da atividade jurisdicional e pela aplicação dos princípios.

Antes de adentrarmos nos princípios específicos da Bioética e do Biodireito, entendemos ser necessário trabalhar a força de efetividade e normatividade dos princípios, principalmente, pelo fato de que o objeto desse estudo, qual seja, o testamento vital, não se encontra legislado em nosso ordenamento.

3.3. A força normativa dos princípios:

3.3.1 Evolução do estudo principiológico:

Para que possamos entender a força normativa dos princípios, se faz necessário entender o conceito de sistema jurídico, o qual, atualmente, não se explica e nem se justifica com mera e simples referência a parâmetros formais.

O sistema jurídico passa, então, a ser dotado de valores e elementos axiológicos que justificam as decisões tomadas, em especial, a sua própria validade jurídica.

A própria defesa da autonomia humana, seja lá em qual perspectiva for, vai extrair a sua validade em normas legais pré-definidas ou em valores então adotados pelo sistema jurídico específico, com reconhecimento do trabalho jurisprudencial na construção do próprio sistema jurídico. Ou seja, a validade da autonomia humana encontra fundamento na própria validade do sistema jurídico vigente que reconhece as manifestações de liberdade individual. Assim, nos orienta FREITAS (2004, p. 38):

(...) a validade do sistema jurídico, ou a sua conformidade com eventuais regras de reconhecimento (Hart), funda-se, em última instância, sobre valores, mostrando-se inegável a concorrência de múltiplos elementos axiológicos em todas as construções jurisprudenciais, justificando-se a multiplicidade como sinal de pluralismo democrático. Sem maior dúvida, compreende-se o Direito, sob certo aspecto, como interativo, pois sua cognição não comporta rígida dicotomia entre sujeito e objeto. Mais: a sua materialidade determina a forma, prévia ou supervenientemente. E o sistema não se constrói dotado de estreitos e definitivos contornos, máxime porque o dogma da completude não resiste à constatação de que as contradições e as lacunas acompanham as normas, à feição de sombras irremovíveis.

FREITAS (2004, p. 44) critica a ideia de construção do sistema jurídico através da atividade jurisdicional, através da então denominada “*interpretação*

autêntica”, que seria um ponto de vista exagerado pensar nesse sentido. Aponta o doutrinado para o papel importantíssimo assumido pelos princípios e suas variadas formas interpretativas, de modo a influenciar de forma positiva na construção do Direito codificado.

A evolução principiológica é fruto da implantação de um sistema jurídico pautado no positivismo jurídico, o qual, por sua vez, teve sua origem na crença exacerbada no poder do conhecimento científico. O positivismo jurídico foi determinante no afastamento do Direito da Moral e dos valores transcendentais e definiu a norma como sendo um ato emanado do Estado com caráter imperativo e com força normativa (BARROSO, 2009, p. 350).

Os movimentos políticos do nazismo e do fascismo promoveram a barbárie sob o manto da legalidade e apresentou um ordenamento jurídico avesso a valores éticos e a lei como uma estrutura meramente formal, como uma embalagem que servisse para qualquer produto (BARROSO, 2009, p. 351).

Após esse período de atrocidades praticadas com fundamento na legalidade dos ordenamentos jurídicos, a ideia do positivismo jurídico é abandonada dando espaço ao denominado “*pós-positivismo*” que passa a ser definido como um conjunto de ideias difusas, “*no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada ‘nova hermenêutica constitucional’, e a teoria dos direitos fundamentais*” (BARROSO, 2009, p. 351).

A ideia do movimento “*pós-positivista*” é aproximar, novamente, o Direito da Ética, de modo a valorizar os princípios, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana, e incorporá-los aos textos constitucionais, seja de forma explícita ou de forma implícita, impondo-lhes, ao mesmo tempo, a normatividade necessária.

O grande desafio dos princípios foi o de alcançar o *status* de norma jurídica “*superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata*” (BARROSO, 2009, p. 352).

Desta feita, não se confunde, neste momento, princípios com normas jurídicas. Essas contêm “*relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações*” (BARROSO, 2009, p. 352).

Destaca-se que não hierarquia entre normas e princípios, em decorrência do princípio da unidade da Constituição Federal que estabelece as diretrizes básicas

de nosso ordenamento. Como nos ensina BARROSO (2009, p. 353):

(...) A aplicação de uma regra se opera na modalidade *tudo ou nada*: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. *Princípios*, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá ocorrer mediante *ponderação*: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível.

Os princípios jurídicos, portanto, assumem uma feição de critérios teleológico-objetivos no trabalho interpretativo em estreita conexão com o desenvolvimento do sistema jurídico. Assim, assumem um “*jogo concertado de múltiplos e até contrastantes princípios de igual peso, assumindo graus hierarquizáveis no plano da concretização*” (FREITAS, 2004, p. 46).

Desta maneira, o nosso ordenamento jurídico passa a assumir uma feição de um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual a ideia central é realizar a aplicação dos direitos fundamentais de forma a promover a justiça social.

Para FREITAS (2004, p. 46) o sistema jurídico assume uma função coerente de construção do Direito,

(...) que este só pode ser um sistema aberto, no sentido de que são viáveis as mudanças também em face da sempre possível (re)descoberta de outros princípios, que se sucedem, não raro de modo diacrônico, no evoluir histórico de transformações.

Finaliza FREITAS (2004, p. 47), que “*todo intérprete precisa assumir a condição de permanente vivificador do sistema e de superador das suas antinomias axiológicas*”. E, diante da ausência de um ordenamento legislado ou positivado, deve o intérprete fazer uso dos princípios diante do caso concreto e estabelecer a ponderação como critério interpretativo mais justo.

3.4. Dos princípios da Bioética e do Biodireito:

Neste momento, podemos individualizar os princípios que irão nortear as decisões individuais pelo testamento vital em princípios da Bioética e os

princípios do Biodireito.

3.4.1 Princípios de natureza ético-científica (princípios da Bioética):

A doutrina destaca de MYSZEZUK e MEIRELLHES (2008, p. 335) destaca que a Bioética é orientada por três princípios valorativos, sendo eles: o da autonomia, o da beneficência e o da justiça. Assim explicam as doutrinadoras:

O princípio da autonomia ou autodeterminação da pessoa representa a capacidade que tem a racionalidade humana de fazer leis para si mesma e governar-se, ou seja, de escolher, dirimir e avaliar as situações sem quaisquer restrições internas ou externas.

(...)

Com o princípio da justiça obriga-se a distribuição justa, equitativa e universal dos benefícios dos conhecimentos.

(...)

O princípio da beneficência “aborda a relevância social da pesquisa com vantagens significativas para os sujeitos das pesquisas e minimização de ônus para os sujeitos vulneráveis, o que garante a igual consideração dos interesses envolvidos, não perdendo o sentido de sua destinação sócio-humanitária.

IACOMINI (2009, p. 48 – 49) aponta ainda para a existência do princípio da não-maleficência, o qual determina o dever médico de não causar nenhum mal ou dano de forma intencional ao paciente. Há nítida separação entre o princípio da beneficência e o princípio da não-maleficência, sendo que este último, diante da situação em que o médico não consegue curar o paciente, pelo menos, não poderá causar nenhum dano ao mesmo.

A doutrina de DINIZ (2009, p. 14) aponta para a existência dos quatro princípios básicos em que a bioética, baseados nos trabalhos desenvolvidos pela Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental, constituída pelo governo americano, no ano de 1978, sendo que dois desses princípios são de caráter deontológico (não-maleficência e justiça) e os outros dois são de caráter teleológico (beneficência e autonomia).

Tais princípios são frutos do trabalho de racionalização de abstração de valores que decorrem da interpretação da natureza humana e das necessidades individuais.

Assim, ao comentar tais princípios, destaca DINIZ (2009, p. 14 – 15):

O *princípio da autonomia* requer que o profissional da saúde respeite a

vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas.

O *princípio da beneficência* requer o atendimento por parte do médico ou do geneticista aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas ou médicas, para atingir seu bem-estar, evitando, na medida do possível, quaisquer danos.

O *princípio da não-maleficência* é um desdobramento do da beneficência, por conter a obrigação de não acarretar dano intencional e por derivar da máxima da ética médica: *primum non nocere*.

O *princípio da justiça* requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que atina à prática médica pelos profissionais da saúde, pois os iguais deverão ser tratados igualmente. (...) Esse princípio, expressão da justiça distributiva, exige uma relação equânime nos benefícios, riscos e encargos, proporcionados pelos serviços de saúde ao paciente.

Enfim, esses valores destacados pela doutrina e encontrados na legislação pertinente (Código de Ética Médica brasileiro), são valores que apontam para a preservação da vida humana e da dignidade, diante da atividade biomédica e médica no desenvolvimento das pesquisas científicas com seres humanos.

3.4.2 Princípios de natureza jurídica (princípios do Biodireito):

O Biodireito, como matéria autônoma na ciência jurídica, também é orientado por princípios que refletem as influências de outros ramos jurídicos, de modo a estabelecer critérios principiológicos relacionados com a vida humana.

A doutrina de IACOMINI (2009, p. 53) aponta para os seguintes princípios do Biodireito: “*dignidade da pessoa humana, igualdade, inviolabilidade da vida, informação e proteção à saúde*”.

Passemos a analisar cada um deles de forma isolada, com enfoque no princípio da dignidade da pessoa humana, por ser um fundamento central de nossa pesquisa.

3.4.2.1 Princípio da igualdade:

Este princípio, que atualmente encontra amparo no Texto Constitucional de 1988, prevê a igualdade de aptidão, com possibilidade virtuais de exercício da igualdade, de modo que todos os cidadãos possam ter tratamento igualitário perante a lei, em consonância com os critérios adotados pelo nosso ordenamento jurídico (IACOMINI, 2009, p. 56).

O que se veda com a previsão e aplicação do referido princípio são as

diferenciações arbitrárias, pois se permite um tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam. Tal tratamento é exigência do próprio conceito de “*justiça*”.

Assim confirma IACOMINI (2009, p. 56):

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema proclama.

A ideia de igualdade não pode ser resumida apenas à concepção de isonomia formal. Em um Estado Democrático de Direito formado por uma sociedade plural, com a presença de grupos minoritários, é de suma importância que se dê uma proteção efetiva aos direitos fundamentais dos integrantes desses grupos, para que seja construída uma sociedade justa, livre, solidária e, ao mesmo tempo, plural.

Esses valores são facilmente encontrados no Preâmbulo da Constituição da República brasileira de 1988, quando o legislador invocou a garantia de assegurar o pleno exercício dos direitos sociais e individuais, tendo como valores “*a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)*” (BRASIL, Constituição Federal, 2011, s/n.).

Todavia, a ideia de igualdade não se confunde com a ideia com homogeneidade. Assim, leciona SARMENTO (2010, p. 133):

(...) Respeitar a igualdade, de acordo com a conhecida definição dworkiana, é “tratar a todos com o mesmo respeito e consideração”. E não se trata com o mesmo respeito e consideração um *outsider* ou integrante de um grupo minoritário, que não compartilhe dos mesmos valores, estilo de vida e projetos da maioria hegemônica, quando não se reconhece o seu direito de ser diferente e de viver de acordo com esta diferença. Como afirmou Boaventura de Sousa Santos – autor que não pertence à mesma escola intelectual de Dworkin, mas que parece em sintonia com ele neste ponto – “*temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza*”.

Como desdobramento do princípio da igualdade, encontramos o então denominado “*princípio do impacto desproporcional*” o qual atinge, de forma mais intensa um determinado gênero humano em relação ao outro. É a situação de uma norma que, aparentemente válida e regular, impõe um impacto desproporcional sobre um determinado gênero (exemplo: gênero feminino) em relação ao outro

gênero que não recebe o mesmo tratamento legal, gerando, assim, uma situação de “*discriminação indireta*”. Assim esclarece SARMENTO (2010, p. 135), ao comentar sobre o tratamento do aborto na legislação brasileira:

(...) Ela viola a igualdade, na medida em que gera um impacto desproporcional sobre as mulheres, já que as afeta com intensidade incomparavelmente maior do que em relação aos homens, de forma tendente a perpetuar a assimetria de poder entre os gêneros presente em nossa sociedade.

Desta forma, diante de uma suposta igualdade, é necessário verificar a imposição do comando normativo sobre uma determinada classe social, de modo que não possa provocar uma “*discriminação indireta*”, o que enseja a prática segregacionista ao invés de uma prática igualitária.

3.4.2.2 Princípio da inviolabilidade da vida:

O direito à vida é valor imensurável para o ser humano, pois dele decorrem todos os demais direitos fundamentais então previstos no ordenamento jurídico. Desta forma, a proteção jurídica dada a tal valor deve se tornar prioridade ao legislador, em especial, quando se se tratar de experimentos médicos e científicos realizados em seres humanos.

Não se discute, e essa não é a pretensão desse trabalho dissertativo, o momento certo ou aproximado do começo da vida; tratemos com a ideia da vida já concebida, de modo a alcançar a tutela do ordenamento jurídico.

Essa tutela jurídico-constitucional ao direito fundamental à vida abrange elementos tanto de ordem material como de ordem imaterial, como preleciona JÚNIOR (2011, p. 676):

O direito à vida é o direito legítimo de defender a própria existência e de existir com dignidade, a salvo de qualquer violação, tortura ou tratamento desumano ou degradante. Envolve o direito à preservação dos atributos *físico-psíquicos* (elementos materiais) e *espirituais-morais* (elementos imateriais) da pessoa humana, sendo, por isso mesmo, o mais fundamental de todos os direitos, condição *sine qua non* para o exercício dos demais.

Tal proteção jurídica ao direito à vida estabelecida em todos os textos constitucionais dos Estados ocidentais, inclusive por influência da Declaração Universal dos Direitos do Homem, insurgiria, independentemente, de previsão legal

ou não, pois tal direito decorre de norma de caráter natural, sendo deduzida da própria condição natural do ser humano, não levando em consideração o seu grau de evolução social, econômica ou de qualquer outra ordem. Como afirma DINIZ (2009, p. 22):

Assim sendo, se não se pode recusar humanidade ao bárbaro, ao ser humano em coma profundo, com maior razão ao embrião e ao nascituro. A vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar. O direito ao respeito da vida não é um direito à vida. Esta não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito de uma pessoa sobre si mesma. Logo, não há como admitir a licitude de um ato que ceife a vida humana, mesmo sob o consenso de seu titular, porque este não vive somente para si, uma vez que deve cumprir sua missão na sociedade e atingir seu aperfeiçoamento pessoal.

DINIZ (2009, p. 23) assume um comportamento bem extremo no sentido de tutelar ao máximo o direito à vida, colocando-o na condição de um bem jurídico de grande valor, que impede qualquer prática que possa violar a vida humana. Além disso, invoca a proteção contra atos que possam, de qualquer maneira, atentar contra a vida:

Jamais se poderia legitimar qualquer conduta que vulnerasse ou colocasse em risco a vida humana, que é um bem intangível e possui valor absoluto. Diante da inviolabilidade do direito à vida (CF, art. 5º) e à saúde (CF, arts. 194 e 196), não podem ser admitidos o aborto, a pena de morte (CF, art. 5º, XLVII, a), a discriminação de deficientes ou portadores de necessidades especiais (CF, arts. 3º, IV, 203, IV, e 227, §1º, I I), a eugenia negativa, a tortura e o tratamento degradante (CF, art. 5º, III) e experimentos científicos ou terapias que rebaixem a dignidade humana.

Na mesma linha de proteção ao referido direito fundamental, BULOS (2007, p. 116), também apresenta os seus argumentos fortes em prol da vida humana:

Deveras, não é dado a ninguém dispor de sua vida no sentido de fulminá-la, razão pela qual a eutanásia ativa e a eutanásia passiva (ortonásia) são flagrantemente inconstitucionais.

Sem embargo, inexistente direito subjetivo de exigir de terceiros a realização da chamada “morte doce” ou “homicídio por piedade”, sob o argumento de que se estaria minorando dores e sofrimentos de pacientes em estado de saúde irreversível (eutanásia ativa).

Portanto, por essas posições doutrinárias, percebe-se que deve haver um esforço concentrado por parte do Estado, em todas as suas funções, para que possa ser assegurado o princípio da inviolabilidade à vida, tendo em vista que o exercício de tal direito fundamental deve, também, se pautar no exercício da dignidade da

pessoa humana.

3.4.2.3 Princípio à informação:

O direito fundamental à informação estabelece ao indivíduo o acesso às informações pessoais oriundas de órgãos públicos ou de instituições privadas que possam deter qualquer tipo de informação sobre um indivíduo.

No campo do Biodireito, o princípio da informação é fundamental, pois preserva a nitidez do consentimento do paciente em face dos procedimentos médicos e científicos a ser realizados, de modo a preservar autodeterminação como ser humano.

Tal princípio é imprescindível em se tratando de casos que envolvam pesquisas científicas ou até mesmo pacientes em estado terminal. A ética da investigação humana, tenta rejeitar todas as formas de pesquisas envolvendo seres humanos, mas o principal embate é contra a falta de informação no tratamento científico (IACOMINI, 2009, p. 59).

O Conselho Federal de Medicina, ao regular a profissão médica, em seu Código de Ética Médica (Resolução nº 1.931, de 17/09/2009), estabeleceu, no Capítulo IV, ao tratar dos Direitos Humanos, as condutas vedadas aos médicos, sendo que, em seu artigo 22, esclarece quanto ao direito à informação. Assim, resta previsto:

É vedado ao médico:

Artigo 22: deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

No mesmo sentido, encontramos a proteção jurídica ao direito à informação no artigo 15, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil, o qual preleciona que *“ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”*.

Para que o paciente possa receber as devidas informações sobre o risco de sua vida, dos procedimentos médicos ou da intervenção cirúrgica em que poderá ser submetido, obviamente, deverá estar devidamente em condições mentais adequadas, além de demonstrar capacidade civil suficiente para entender o procedimento ou a intervenção.

Tal direito encontra a sua base jurídica no texto da Constituição brasileira da República de 1988, por estar respaldado no fundamento da dignidade da pessoa humana, no respeito à liberdade para tomar decisões a respeito de sua vida e na própria autonomia individual, ou seja, está respaldado nos direitos que alicerçam os direitos da personalidade humana.

Por questões sensatas, o direito à informação pode ser restringido, levando em consideração a situação de risco em que se encontra o paciente, vez que o médico, às vezes, não terá tempo para informar sobre os procedimentos, devendo, para tanto, agir de forma imediata, sem que possa estar violando tal dispositivo legal.

O referido tema assenta a ideia do consentimento “livre e esclarecido” que passa a ser tratado como direito do paciente de participar de toda e qualquer decisão sobre o seu tratamento que possa afetar a sua integridade psíquica e/ou física.

O consentimento informado superou a tese do paternalismo médico até então defendido, passando a ser expressão do reconhecimento da autonomia do paciente, que passa a ser visto como um indivíduo capaz de decidir sobre seu próprio destino, após o devido auxílio médico (MALUF, 2010, p. 318).

A questão do consentimento informado não é algo recente na história da humanidade ocidental, vez que ela foi jurisdicionalizada no ano de 1767, como relata GOLDIM (1988, online) o caso de um cidadão inglês que procurou um médico para dar continuidade ao tratamento de uma fratura óssea no membro inferior. Sem consultar o paciente, os médicos que o acompanhavam ao retirarem a bandagem acabaram desunindo o calo ósseo, propositadamente, com a expectativa de usar um equipamento, de uso não convencional, para tentar gerar uma tração durante a consolidação. O paciente recorreu ao Poder Judiciário sob a alegação de que os médicos haviam causado-lhe uma nova fratura, por ignorância e imperícia, sem ter-lhe consultado ou informado sobre o procedimento a ser realizado. Diante da comprovação da culpa dos médicos, o Judiciário britânico condenou os profissionais por quebra de contrato na relação médico-paciente.

GOLDIM (1998, online) destaca que, nessa época, era costume dos médicos informarem aos seus pacientes “*sobre os procedimentos que seriam realizados devido à necessidade de sua colaboração, pois ainda não havia anestesia*”.

Todavia, ainda não se utilizava o termo “*consentimento informado*”. Este somente foi utilizado, pela primeira vez, em um comando judicial, no ano de 1957, no caso “*Salgo x Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, na Califórnia, EUA (GODIM, online, 1997).

Ou seja, a decisão, após prévia e devida informação médica sobre um determinado tratamento, passa a ser do paciente que manifesta o seu consentimento de forma consciente.

3.4.2.4 Princípio da proteção à saúde:

Podemos afirmar que o direito à saúde é corolário do direito à vida, sendo que aquele faz parte de uma pretensão do Estado no desenvolvimento social, devendo ser partilhado por todos, independentemente de qualquer distinção social, econômica, religiosa entre outras. Tal direito é tão fundamental além de decorrer do direito à vida que nem precisaria de reconhecimento explícito por parte do legislador (JÚNIOR, 2011, p. 747).

A questão do direito à saúde reside justamente na natureza jurídica da norma fundamental que tutela a relação jurídica e a sua consequente efetividade. O direito à saúde foi inserido, ao longo da história, na categoria dos direitos de prestação positiva, tendo sido reinterpretado em função do Estado assistencialista. Com o advento da Genética, tal categoria de direito deve ser reanalisado e receber uma nova interpretação e sua consequente aplicabilidade por força de ações estatais pertinentes.

Nesse sentido, ALARCÓN (2004, p. 276) destaca que

(...) o direito à saúde apresenta-se envolvido nas chamadas “cláusulas sociais”, dependendo, quanto à sua efetividade, do conjunto de ações pertinentes do Estado. Isso, obviamente, conduz a uma discussão sobre a possibilidade de efetivar tal direito, já que o mesmo se encontra subordinado aos rigores orçamentários e, em muitos casos, à vontade política dos governantes.

A tutela do referido princípio de proteção à saúde se transforma numa questão de Estado e impõe a necessidade da validade da norma aos planos governamentais e daquilo que é desenhado como “*possível*” pelo legislador.

Dentro dessa possibilidade de aplicação da norma jurídica fundamental, ALEXY (2009, p. 131) comenta a necessidade de se interpretá-la como um sistema

normativo vigente ou um ordenamento de valores:

(...) Ele pode até não demonstrar uma necessidade incondicional da norma fundamental e, por conseguinte, da categoria do dever, mas prova uma necessidade condicional. O ponto de vista jurídico ou aquele do participante de um sistema jurídico é definido pelo fato de, a partir dele, o direito ser interpretado como um sistema normativo vigente ou como um ordenamento de deveres. De fato, podemos nos recusar não apenas em ação, mas também em pensamento, a participar do jogo (extremamente real) do direito.

Canotilho *apud* ALARCÓN (2004, p. 276) também aponta a questão da efetividade das normas constitucionais de natureza positiva:

(...) há de lado de certa parte da doutrina um ceticismo quanto à efetividade constitucional das normas que consagram prestações positivas do Estado, e nisto consiste o grave problema de interpretação da norma programática, uma vez que se coloca como sujeita à *reserva do possível*. Esta é, sem dúvida, uma postura que, em lugar de reabilitar os direitos fundamentais, pelo contrário, os afunda, deixa-os sem possibilidade de se tornar efetivos.

A efetividade de uma norma, em especial, de normas programáticas e de prestações positivas está intimamente ligada à ideia de realização do Direito e com o seu desempenho concreto de sua função social (BARROSO, 2009, p. 254).

A perspectiva de efetividade das normas programáticas e de seu cumprimento demanda uma observância voluntária, ou seja, de um cumprimento espontâneo por parte do destinatário. Todavia, diante do movimento atual de constitucionalização do Direito em si, ocorre a produção do fenômeno da “*juridicização da Constituição*”, de modo que possa permitir a aplicabilidade normativa aos preceitos fundamentais. Assim aponta BARROSO (2009, p. 255):

Como regra, um preceito legal é observado voluntariamente. A efetividade das normas jurídicas resulta, comumente, do seu cumprimento espontâneo. Sem embargo, descartados os comportamentos individuais isolados, há casos de insubmissão numericamente expressiva, quando não generalizada, aos preceitos normativos, inclusive os de hierarquia constitucional.

Assim, diante desse quadro constitucional, as normas programáticas de prestação positiva, em especial, a norma definidora do princípio de proteção à saúde, atravessam as dificuldades próprias das normas tidas como programáticas, porém, sem que isso possa se tornar um obstáculo para sua observância, até mesmo porque, a questão da efetividade das normas de prestação positiva vai encontrar uma relevância própria quando se vincularem aos avanços da ciência

médica.

3.4.2.5 Princípio da dignidade da pessoa humana:

A dignidade da pessoa humana, como valor jurídico, se destaca como uma construção ao longo da existência da humanidade, não sendo assim um valor dado, mas sim, um valor conquistado.

Nos dizeres de EDELMAN apud SARLET (2010, p. 31), tentar definir qualquer conceito, mesmo os de natureza jurídica, *“necessita retomar a história e reconstruí-la, para que se possa rastrear a evolução da simples palavra para o conceito e assim apreender o seu sentido”*.

Para BARROSO (2009, p. 250) *“a dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do respeito ao próximo”*.

O *imperativo categórico* kantiano é fundamento para a ideia de dignidade da pessoa humana com bases éticas que superam o utilitarismo. Assim expõe BARROSO (2009, p. 250):

(...) A dignidade da pessoa humana é a ideia que informa, na filosofia, o *imperativo categórico* kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade. Do ponto de vista moral, *ser* é muito mais do que *ter*.

A obra de KANT se torna referencial para a formação do conceito de dignidade da pessoa humana, como aponta ARAÚJO (2009, p. 312):

(...) é algo acima de todo preço que não admite qualquer equivalência e, sim, “valor incondicional, incomparável, para o qual só a palavra respeito confere a expressão conveniente da estima que um ser racional deve lhe tributar”, e continua, afirmando que a autonomia é “o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”.

Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ser o centro do universo jurídico de modo a ocupar um espaço de integridade a ser assegurado a qualquer pessoa humana apenas pela sua própria condição de existência no mundo. Segundo BARROSO (2009, p. 251), o princípio da dignidade

da pessoa humana “*representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar*”.

SARLET (2007, p. 209 - 210) aponta para a evidência do princípio da dignidade da pessoa humana com a sua relação à própria condição humana do ser humano, de modo a ter relações muito íntimas com as complexas e múltiplas questões que envolvem a manifestação da personalidade humana. Assim, sintetiza:

(...) a dignidade, acima de tudo, diz com a condição humana do ser humano, e, portanto, guarda íntima relação com as complexas, e, de modo geral, imprevisíveis e praticamente incalculáveis manifestações da personalidade humana, já se percebe o quão difícil se torna a busca de uma definição do conteúdo desta dignidade da pessoa e, portanto, de uma correspondente compreensão (ou definição) jurídica.

A dignidade da pessoa humana, portanto, tendo em vista que guarda uma relação íntima com as múltiplas manifestações da personalidade, não deixa de refletir o próprio pensamento humano a respeito do significado de ser humano, de modo a determinar a proteção jurídica que o Direito reconhece e proporciona a esta dignidade.

Na visão de FLÁVIA PIOVESAN citada por IACOMINI (2009, p. 53), a dignidade da pessoa humana, no estudo dos princípios que regem o Direito Constitucional de 1988, o Direito Constitucional atual e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, se apresenta como valor maior da primazia pela ética absoluta que inspira a normatização do Direito a partir da segunda metade do século passado.

A dignidade da pessoa humana encontra o seu fundamento de validade no humanismo normativo constitucional, se apresentando como a parte mais importante desse movimento humano, de modo a ocupar a centralidade dos direitos fundamentais. Para BRITTO (2007, p. 38) não há necessidade das Constituições nominarem a expressão “*humanismo*” em seus textos, bastem que tratem de democracia, que lá encontraremos a sua própria normatização. Assim, esclarece:

Não que as Constituições precisem nominar o humanismo. Basta que elas falem de democracia para que ele esteja automaticamente normado. Como se pode concluir dos incisos I a V do art. 1º da Constituição de 1988, que, sob a denominação de “fundamentos” da República Federativa do Brasil, fez da democracia (logo, do humanismo) uma feérica *estrela de cinco pontas*: “soberania”, “cidadania”, “dignidade da pessoa humana”, “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”,

“pluralismo político”. Sendo que a expressão “dignidade da pessoa humana”, ali naquele dispositivo, ainda não é todo o humanismo; é a parte do humanismo que mais avulta, de modo a ocupar uma posição de centralidade no âmbito mesmo dos direitos fundamentais de todo o sistema constitucional brasileiro – destaques do autor.

Assim, percebe-se que o fundamento da dignidade da pessoa humana passa a ser o epicentro do ordenamento jurídico, sendo que todas as normas e suas conseqüentes interpretações devem gravitar em torno do indivíduo, em busca do humanismo traçado pelo texto constitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana vai encontrar o seu substrato de existência em qualquer ser humano, tendo em vista que o mesmo é inerente à condição humana real e não de um ser ideal ou abstrato. Assim defende JORGE MIRANDA citado por IACOMINI (2009, p. 55):

(...) a dignidade da pessoa é da pessoa concreta, na sua vida real e cotidiana; não é de um ser ideal e abstrato. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível e insubstituível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege. Em todo homem e em toda a mulher estão presentes todas as faculdades da humanidade.

A dignidade da pessoa humana, portanto, é princípio que decorre da própria condição de existência humana, tendo em vista que essa condição é de um ser insubstituível e irreduzível a condição de “coisa”. A dignidade, portanto, é valor que se relaciona tanto com a liberdade e valores do espírito quanto às condições de existência material humana.

Tal princípio, de natureza constitucional, integra um conjunto de fundamentos e manifestações, as quais, diferentes entre si, mas que guardam um elo em comum, como no dizer de SARLET (2007, p. 211): *“especialmente pelo fato de comporem o núcleo essencial da compreensão e, portanto, do próprio conceito de dignidade da pessoa humana”*.

A definição de a dignidade da pessoa humana é um valor próprio que identifica o ser humano com tal, é afrontado por SARLET (2007, p. 213), pois tal definição *“acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, pelo menos na sua condição jurídico-normativa”*.

Para SARLET (2007, p. 215; 222; 225; 228), o princípio da dignidade da pessoa humana se desdobra em algumas dimensões específicas, entre elas, uma

dimensão ontológica, dimensão política intersubjetiva, dimensão construtiva e dimensão:

(...) se pode considerar como uma dimensão ontológica da dignidade, vinculada à concepção da dignidade como uma qualidade intrínseca da pessoa humana, e, de modo geral, comum às teorias da dignidade como uma dádiva ou um dom conferido ao ser humano pela divindade ou pela própria natureza.

(...)

Em verdade – e tal aspecto deve ser destacado – a dignidade da pessoa humana (assim como – na esteira de Hannah Arendt – a própria existência e condição humana), sem prejuízo de sua dimensão ontológica e, de certa forma, justamente em razão de se tratar do valor próprio de cada uma e de todas as pessoas, apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade. Aliás, também por esta razão é que se impõe o seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica, que deve zelar para que todos recebam igual (já que todos são iguais em dignidade) consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade, o que, de resto, aponta para a dimensão política da dignidade (...).

(...)

Assim, há que reconhecer que também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais.

(...)

(...) sustenta-se que a dignidade possui uma dimensão dúlice, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada 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, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação.

Nesse sentido, percebe-se que a definição da dignidade da pessoa humana é mais ampla do que a ideia adotada pela Declaração Universal das Organizações das Nações Unidas (ONU) de 1948, em seu artigo 1º, que proclama que *“todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”*. Esse dispositivo internacional revitalizou e universalizou a ideia kantiana de comportamento moral, principalmente, após os atos bárbaros da primeira metade do século XX.

O Tribunal Constitucional da Espanha, citado por SARLET (2007, p. 218), reconheceu a dignidade da pessoa humana como um valor espiritual e moral próprio da pessoa, com manifestação singular da autodeterminação da consciência humana e *“responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais”*.

A dignidade da pessoa humana, portanto, resulta de uma “*biologização da dignidade, no sentido de que esta seria como uma qualidade biológica e inata da natureza humana*”, como bem afirma HABERMAS *apud* SARLET (2007, p. 220).

No sentido de destacar um valor intrínseco do ser humano, no que tange à manifestação de sua autonomia, SARLET (2007, p. 231) indica para uma condução de releitura da doutrina de Kant, com relação à racionalidade humana, de modo a permitir que o indivíduo possa fazer as suas escolhas livremente.

MILL (2010, p. 127) já centraliza a liberdade de manifestação da vontade e racionalidade humana no fato de que a decisão não venha a causar danos a terceiros, ainda que possam causar algum descontentamento. Porém, tal situação não tem o condão de produzir qualquer valor que mereça ser tutelado.

A dignidade da pessoa humana, nessa concepção, além de ser um valor intrínseco e de caráter biológico, deve representar o topo da manifestação da vontade humana em relação ao direito de liberdade e de autonomia do indivíduo que não merece qualquer espécie de cerceamento, em especial, quando esta liberdade não afetar direitos ou interesses de outrem.

Nessa mesma perspectiva, devemos destacar que a liberdade individual é um valor próprio do ser humano como forma afirmativa do reconhecimento dos direitos humanos em si, como afirma HUNT (2009, p. 27):

A autonomia e a empatia são práticas culturais e não apenas ideias, e portanto são incorporadas de forma bastante literal, isto é, têm dimensões tanto físicas como emocionais. A autonomia individual depende de uma percepção crescente da separação e do caráter sagrado dos corpos humanos: o seu corpo é seu, e o meu corpo é meu, e devemos ambos respeitar as fronteiras entre os corpos um do outro. (...) Para ser autônoma, uma pessoa tem de estar legitimamente separada e protegida na sua separação; mas, para fazer com que os direitos acompanhem essa separação corporal, a individualidade de uma pessoa deve ser apreciada de forma mais emocional. Os direitos humanos dependem tanto do domínio de si mesmo como do reconhecimento de que todos os outros são igualmente senhores de si.

Confluindo essa ideia ora apresentada com a ideia de liberdade prevista por Mill, é possível encontrarmos um ponto em comum, qual seja, a possibilidade de reconhecimento no outro da autonomia própria para realizar o que bem entender com o seu próprio corpo, desde que não venha a causar prejuízos a terceiros.

Apenas abrindo um parêntese na questão da liberdade individual como manifestação e reconhecimento da dignidade da pessoa humana, importante

destacar a lição de CANOTILHO (2008, p. 30) acerca do paradigma da modernidade liberal e a modernidade republicana:

A “liberdade dos modernos” e a “liberdade republicana” nada têm a ver com a ideia de cosmos natural e transcendente, geométrico e fechado. O paradigma liberal, tal como ele foi progressivamente delineado, de Adam Smith a Hume, de Ferguson a James Mill, de Constant a Tocqueville, de Silvestre Pinheiro Ferreira a Herculano, é um grito de modernidade a favor das energias individuais, que apenas pedem aos poderes públicos a criação e garantia do mínimo de ordem, necessária ao máximo de liberdade.

A garantia da liberdade, portanto, é a chave para o reconhecimento e a própria garantia do reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de MYSZEZUK e MEIRELLHES (2008, p. 337),

(...) o princípio da dignidade da pessoa humana confere dever geral de respeito, impondo limites ao Estado, sociedade, particulares e à própria pessoa. Como limite de atuação do Estado, designa ao Poder Público o dever de não praticar atos que violem a dignidade e de ter como meta a promoção e concretização de uma vida digna para toda a pessoa humana. Quer dizer, o Estado tanto deve vincular todos seus órgãos para o respeito, promoção e abstenção de práticas contrárias à dignidade da pessoa, como protegê-la de agressões da sociedade, de terceiros e dela própria. Do mesmo modo que o Estado tem o dever de respeitar a pessoa, todas as entidades de direito público e privado estão vinculadas a esta obrigação legal. A dignidade da pessoa humana deve ser defendida até de atos praticados por ela própria. Assim, este princípio constitucional impede que a pessoa renuncie à sua dignidade ou a desconsidere e pratique atos que lhe sejam atentatórios.

Podemos perceber que as autoras defendem a ideia de que a dignidade humana deve ser preservada, inclusive, quando o ato é executado pela pessoa contra ela própria. Diante disso, surge mais uma intrigante questão que deve ser apontada e discutida pela Bioética e pelo Biodireito: o indivíduo, no exercício de sua liberdade, tem o direito de morrer diante de um quadro clínico terapêutico irreversível? A opção pela morte, em situações irreversíveis, é uma opção que possa violar a própria dignidade da pessoa humana?

Essas questões são apontadas na presente dissertação e que serão discutidas e tentar apontar para alguma alternativa que possa ser dada pelo Direito, tanto para preservar o princípio da dignidade, como garantir o direito de liberdade e reconhecimento da autonomia humana.

HABERMAS (2010, p. 52) aponta para uma análise do princípio da dignidade da pessoa humana com uma visão de termo “*flexível*” que pode orientar na busca de respostas para tais questionamentos. Para o filósofo alemão: “o caráter

dos entraves morais, difíceis de definir, que regulam o trato com a vida humana antes do nascimento e após a morte explica a escolha de expressões semanticamente flexíveis". A dignidade, portanto, é um conceito que ocupa um amplo espaço semântico e "*apenas evoca o conceito mais específico da dignidade humana*".

Para ARAÚJO (2010, p. 312) o princípio da dignidade da pessoa humana tem "*base filosófica e metajurídica (...) e passa integrar a esfera jurídica como direito fundamental*". Conclui a doutrinadora com o seguinte conceito sobre tal princípio:

(...) *critério* de resolução de conflitos e como *fonte* de intervenção legislativa e de políticas públicas. Antes considerada como um valor metajurídico, hoje se insere no texto constitucional como princípio estruturante e fundante do Estado de Direito.

Para o filósofo americano RONALD DWORKIN, citado por BARROSO (2009, p. 252), o princípio da dignidade da pessoa humana identifica-se com outros dois princípios:

(...) a) a do *intrínseco valor da vida humana*, segundo o qual o sucesso ou o fracasso da existência de uma pessoa não interessa só a ela, mas a todas as pessoas, sendo um valor objetivo a ser compartilhado por todos (visão que é uma variação da idéia kantiana de que cada indivíduo é um fim em si mesmo); b) o da *responsabilidade pessoal*, pelo qual cada pessoa é responsável por sua própria vida, cabendo-lhe fazer suas escolhas existenciais e eleger os valores que irão guiá-la, sem imposições de quem quer que seja (o que, naturalmente, não exclui a adesão voluntária a uma filosofia religiosa ou mesmo secular).

É possível traçar um paralelismo dessa ideia com os pensamentos filosóficos de KANT e MILL sendo que, como afirmado por DWORKIN, os fracassos de um determinado indivíduo, em suas escolhas existenciais, poderão atingir outras pessoas, uma vez que tal valor pode ser compartilhado por outros indivíduos daquela mesma sociedade. Como bem dito, é a visão finalista de KANT em que cada "indivíduo é um fim em si mesmo". Enquanto que para MILL, é possível que um indivíduo faça as suas escolhas, até mesmo como manifestação própria de sua liberdade, desde que elas não causem prejuízos a outrem. A liberdade de uma pessoa não interfere em minha conduta de vida, desde que não cause prejuízo à minha própria existência.

Desta feita, é possível perceber uma diferença entre os dois pensamentos, sendo que em um primeiro momento, na concepção kantiana, há uma

ideia de intersubjetivismo, vez que as escolhas tomadas por uma determinada pessoa pode atingir outras pessoas que convivem com aquela em uma sociedade; já na concepção de MILL, a liberdade deve ser respeitada, pois, em regra geral, apenas atinge a pessoa que assim manifestou a própria vontade.

A proteção da dignidade da pessoa humana, como princípio de ordem constitucional, alcança a proteção de um *“mínimo existencial”*, que é, segundo BARROSO (2009, p. 253), *“o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade”*.

Da dicção do princípio da dignidade da pessoa humana, é possível extrair, em uma visão civilista, os então denominados *“direitos de personalidade”*, disponíveis a todos os seres humanos e oponíveis, em uma escala horizontal, aos demais indivíduos e, em uma escala vertical, ao próprio Estado.

Tais direitos de personalidade estão intimamente ligados à previsão do grupo de direitos ligados à integridade física, os quais envolvem a tutela à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver. Nesse aspecto assim nos orienta a lição de BARROSO (2009, p. 254):

(...) No plano da integridade física colocam-se questões contemporâneas de grande complexidade e implicações éticas, como as que envolvem transplantes de órgãos, transexualidade e direito à mudança do registro civil, gestação em útero alheio, reprodução assistida etc.

Dentro desse contexto, podemos destacar a tutela ora pretendida neste trabalho, quanto ao direito de morrer de forma digna, optando, por uma alternativa diante de situações incontornáveis pela ciência médica e que possam garantir uma manifestação da liberdade humana, sem que possa causar dano a nenhum outro membro da sociedade e que possa representar a própria condição de existência humana.

A dignidade da pessoa humana alcançou lugar de destaque com a lição de KANT, sendo que em suas obras é possível encontrar uma fundamentação e, até mesmo, um conceito para tal princípio. Como aponta SARLET (2010, p. 39 -40):

(...) tanto o pensamento de Kant quanto todas as concepções que sustentam ser a dignidade atributo exclusivo da pessoa humana – encontram-se, ao menos em tese, sujeitas à crítica de um excessivo antropocentrismo, notadamente naquilo em que sustentam que a pessoa humana, em função de sua racionalidade (...) ocupa um lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos.

Dentro dessa concepção kantiana sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, SARLET (2010, p. 40) aponta para um equilíbrio entre as questões humanas e as questões ambientais, sendo que a dignidade da pessoa humana também alcança uma projeção na preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes. Desta maneira, o referido princípio também desdobra-se em uma dimensão ecológica ou ambiental da dignidade humana, pois sem esse equilíbrio, certamente, a vida humana também estará afetada.

Na mesma linha de destaque, encontramos a lição de COMPARATO (2008, p. 22), acerca da influência de KANT na formação do conceito e limites da dignidade da pessoa humana:

Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.

Nesse sentido, afirma COMPARATO (2008, p. 22) que a ideia kantiana se baseou na centralidade de que todo homem tem dignidade e não um preço, como assim acontece com as coisas. A humanidade, em sua própria espécie, é insubstituível, não havendo equivalência e podendo ser trocada por qualquer outra coisa.

A dignidade da pessoa humana, ao colocar o homem no centro desse universo, passa a assumir uma conotação jurídico-subjetiva, a qual determina e define os direitos e garantias individuais e os deveres fundamentais. Todavia, não é salutar que a dignidade da pessoa humana, como valor próprio da espécie humana, não seja concedida pelo ordenamento jurídico, mas que represente um estado de vivência digna, sem prejuízos de outros sentidos que possa atribuir a composição dos direitos fundamentais. Assim, pode-se concluir que a dignidade da pessoa humana não é uma norma de direito fundamental (SARLET, 2010, p. 79 – 80).

Portanto, em uma síntese apertada, podemos afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana, ao colocar o homem no centro do universo jurídico, estabelece a realização de um rol de direitos fundamentais, servindo como fonte inspiradora, em especial, para a tutela de um meio ambiente equilibrado, vez que a

vida humana também faz parte e depende de um *status* ecológico equilibrado, extraindo deste o seu mínimo existencial, tanto na feição física quanto no aspecto moral do ser humano.

A dignidade da pessoa humana passa a ser um ponto referencial para a solução de conflitos e fonte para a atividade legislativa e para a realização de políticas públicas. Atualmente, a dignidade da pessoa humana se insere nos textos constitucionais como princípio estruturante e fundante de qualquer Estado de Direito (ARAÚJO, 2009, p. 313).

CAPÍTULO 3

O TESTAMENTO VITAL COMO ALTERNATIVA

1. Perspectiva sobre a morte como fenômeno natural:

Qual a reflexão que deve ser feita sobre a “*morte*” e a “*vida*” como fenômenos naturais? Devemos ter medo da morte? Por que nos alegramos com o surgimento da vida e nos entristecemos com o anúncio da morte? Nos questionamentos formulados por HEIDEGGER (2011, p. 310), “*teria a expressão “morte” um sentido biológico ou ontológico-existencial ou ainda um sentido delimitado de modo seguro e suficiente?*”.

Nessa perspectiva, também é o apontamento de JONAS (2004, p. 18), quando busca apresentar uma explicação para tais fenômenos:

Que tenha sido a morte e não a vida a primeira a exigir uma explicação, isto é o reflexo de uma situação teórica que perdurou por longo tempo na história da espécie. Antes de espantar-se com o milagre da vida, o ser humano espantou-se com a morte e procurou descobrir-lhe o significado. Se o natural é a vida, se ela é a regra, o que se pode compreender, então a morte, como sua aparente negação, é o não-natural, o incompreensível, o que não devia ser verdadeiro. A explicação que ela exige precisava tornar-se compreensível em termos de vida, a única coisa que somos capazes de compreender: de alguma maneira a morte tinha que ser assimilada à vida.

O que merece explicação não é a morte, mas sim a vida, pois a morte é uma consequência natural da própria vida. Essa é a tarefa, portanto, imposta à ciência moderna da vida, à biologia, pelos próprios objetivos da “ciência” em si. “*Reduzir a vida ao que não tem vida não é outra coisa senão dissolver o particular no geral, o composto no simples, a exceção aparente na regra confirmada*” (JONAS, 2004, p. 21).

Quando um objeto apresentava não ter vida, tal quadro demandava uma interpretação que a vida se prolongava na morte aparente. O cadáver era posto como o caráter primário de matéria morta, de modo a torná-lo a primeira observação a ser feita e não aceita conseqüentemente. Esse caráter passou a ser substituído por um organismo que vive e que tem sentimentos e interesses, sendo, assim, “*desmascarado como um subtil logro da matéria*” (JONAS, 2004, p. 21).

PASCAL *apud* SCHUMACHER (2009, p. 16) afirma que os seres

humanos preferem não pensar na morte, tendo em vista que não têm remédio para ela. Assim, como uma forma de alcançar a felicidade, os humanos preferem “virar as costas” para tal fenômeno.

Podemos afirmar que raramente assistimos a esse fenômeno natural denominado de “*morte*”, pois as pessoas já não morrem mais em casa. A morte, praticamente, é anunciada em hospitais e clínicas, o que enseja um afastamento dos mortos do convívio social, em decorrência das mudanças dos próprios laços familiares.

Vivemos em uma constante negação da morte o que isso nos impede de analisar tal fato sobre outra perspectiva, qual seja, o pensamento sobre a nossa “*atitude do dia a dia da atividade pela atividade e se abrir para uma reflexão sobre o sentido de sua existência pessoal e comunitária*” (SCHUMACHER, 2009, p. 16).

Sempre acreditamos que a morte existe para os outros e não para nós, até que tal fato atinja um ente familiar. Essa negação da morte é então denominada por Heidegger *apud* SCHUMACHER (2009, p. 16) como “*inautenticidade*”. A morte é, portanto, um problema do próximo e nunca um problema do próprio indivíduo.

Nesse sentido, HEIDEGGER (2011, p. 311) destaca a possibilidade do reconhecimento da morte dos outros e não vivenciar a experiência da morte em si, de modo que a “*morte dos outros, porém, torna-se tanto mais penetrante, pois o findar da presença é “objetivamente” acessível*”.

A morte dos outros pode representar a experiência curiosa do fenômeno ontológico que determina a alteração sofrida por uma pessoa a passar do modo de ser (vida) para o modo de não mais ser presença (morte). A morte de um indivíduo, “*enquanto presença, é o seu princípio como mero ser simplesmente dado*” (HEIDEGGER, 2011, p. 312). Nessa visão, o ser dado é mais do que uma coisa material, destituída de vida, nele encontra-se algo que perdeu a vida.

Mas o que pode explicar, de forma precisa, esse fenômeno? A doutrina de SCHUMACHER (2009, p. 22 – 24) aponta para alguns critérios tentam esclarecer a forma de que “morte” pode ser encarada, tendo como ponto de partida alguns fundamentos de ordem filosófica:

1. Segundo Epicuro, a morte pode ser primeiramente apreendida como *indiferente*: não seria nem um bem nem um mal para o morto.
2. A segunda possibilidade é de perceber a morte como um *bem em si*. Aqui aparecem três tendências que pertencem a um nível diferente dos da evolução ou do instinto da morte. (a) A primeira tendência, que vê a morte

como um bem em si, é defendida pelos que afirmam que é melhor não existir do que existir, que veem a existência como uma maldição e a consideram como algo que não deveria ser. (...) b) Uma segunda tendência, proclamando a morte como um bem, é encontrada entre os representantes de uma metafísica do ser que acreditam em outra vida pessoal do indivíduo, a quem é dado contemplar o bem perfeito e absoluto, ou seja, Deus, se considerado digno com base nas boas ações de sua vida. (...) c) Finalmente, os pensadores contemporâneos que, como Williams e Jonas, compreendem a imortalidade como uma continuação permanente da vida terrestre, consideram muitas vezes que uma vida sem fim seria aborrecida, portanto um mal. Consequentemente, a morte é percebida, sob esse ângulo, como um bem.

3. Em terceiro lugar, podemos conceber a morte como *um bem ou um mal dependendo das circunstâncias*, as quais consistem na aptidão do sujeito terminar sua tarefa, para concluir os projetos ou o plano de vida que julgar importante realizar. Muitas vezes sugerimos determinar, com base num utilitarismo às vezes acompanhado de hedonismo, o estatuto do bem ou do mal da morte, com a ajuda de uma aritmética quantitativa e qualitativa de bens e de males que o indivíduo teria experimentado se houvesse continuado a viver. Assim, portanto, se vê a morte como um bem no caso em que vier, de algum modo, livrar o indivíduo de uma “qualidade de vida” catastrófica.

Esse último aspecto ou possibilidade permite que a morte seja justificada diante de uma vida que só promete grandes sofrimentos, sem expectativa de qualquer bem compensador. Desta forma, a morte passa a ser tornar a melhor aposta do indivíduo.

É neste sentido de pensamento que justificamos a existência e a validade de um testamento vital que permite o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, através de sua manifestação de vontade e autonomia, quando o indivíduo opta pela morte quando não encontra nenhum fato compensatório que faça com que opte pela continuidade da vida. Portanto, é um critério totalmente circunstancial.

Para JONAS (2004, p. 22), o pensamento sobre a morte passa a ter uma influência do predomínio ontológico, pois os limites entre a vida e a morte passam a ser diluídos, com a redução da vida ao estado de morte, a qual passa a ter um estado antiético, tendo em vista que só pode ser “*aplicado ao que é, ao que pode ser ou ao que já foi vivo*”.

O dualismo efetou um papel histórico sobre o tema morte, sendo que a expressão “ao pó hás de tornar” representa uma expressão que todo cadáver proclama aos vivos, o aspecto definitivo do estado que a decomposição opõe ao efêmero da vida (JONAS, 2004, p. 22).

Segundo KANT *apud* SCHUMACHER (2009, p. 30) “*a morte, ninguém pode ter a experiência em si-mesmo [experiência supõe vida], só podemos observá-*

la nos outros". Desta forma, KANT afirma que a morte é uma experiência externa e que só podemos observar quando ela se manifesta em outras vidas, pois a "experiência" é algo que só se adquire com o desenvolver da própria vida, e, onde não tem vida, certamente, não haverá aquisição da experiência.

Para HEIDEGGER (2011, p. 323) o "morrer" é um ato próprio de cada indivíduo, o que não permite que ninguém possa encarregar da morte do outro, de modo a se tornar impossível viver a morte de alguém. Portanto, a morte é algo que, na sua essência, pertence ao próprio indivíduo.

1.1. O que pode ser definido como morte?

Como podemos definir o fenômeno "morte"? A "morte" pode representar todas as situações da matéria em nossas vidas? Esses questionamentos merecem análise, pois, muitas vezes, utilizamos o termo "morte" de forma universalizante para as mais diversas ocasiões da nossa vida.

SCHUMACHER (2009, p. 30) propõe a diferenciação do termo "morte" em quatro definições distintas, quais sejam, "o morrer ou a agonia, a mortalidade, o falecimento ou o ser na morte e, finalmente, o estado de morte que se segue ao falecimento". Destaca, primeiramente, a morte como um processo em si, independentemente o tempo de duração da própria vida, ou seja, é um processo que pode ser dar no início da vida, assim como após longos anos de experiência, ainda que tal processo não acarrete, necessariamente, o falecimento como acontecimento:

Morrer é um processo – mais ou menos longo, tranquilo ou doloroso dependendo das circunstâncias – que acontece independentemente da duração da vida, nos últimos momentos de uma existência pessoal e que leva normalmente, mas não necessariamente, ao falecimento – "acontecimento" que transforma o ser vivo num cadáver e que resulta no estado de morte. O processo do morrer, a destruição das propriedades vitais do sujeito, pode ser retardado por tempo indeterminado, ou mesmo suspenso momentaneamente pela intervenção de parâmetros externos ao sujeito, como, por exemplo, a habilidade do médico.

Nesse sentido, a intervenção da ciência médica pode proporcionar o prolongamento da vida, porém, diante de uma situação que possa ser irreversível, o que, por si só, caracteriza a "morte" como fenômeno. As atividades vitais continuam, porém, o indivíduo não tem mais vida, no seu sentido pleno, sendo que apenas continua com tais atividades por força de uma intervenção médica. Isso pode levar

ao prolongamento, também, do sofrimento do paciente.

A morte, também, pode ser apresentada com o significado de “*mortalidade*”, o qual traz o sentido de que o ser humano já se apresenta velho o suficiente para morrer desde a sua concepção (SCHUMACHER, 2009, p. 31):

(...) A vida humana se situa num “contexto geral cujo eixo é a morte”. O fim do ser humano está inscrito em seu ser corporal desde sua projeção na mundanidade. Cada dia que passa o aproxima mais de “sua morte”; de algum modo, ele morre “pouco a pouco”, todos os dias.

Essa ideia nos traz o sentido de que a morte é um processo que se aproxima a cada dia, ao contrário do que normalmente um indivíduo possa raciocinar quando agradece a Deus “por mais um dia de vida”. Na verdade, dentro dessa concepção, o indivíduo teria vivido “um dia a menos” em sua vida, o que lhe permite aproximar da morte.

No pensamento agostiniano, a morte se apresenta como “*falecimento ou o ser na morte*”, que é o momento temporal que a pessoa viva se transforma em cadáver, ou seja, no momento em que ela “está” morta. Esse momento, segundo SCHUMACHER (2009, p. 31) “*exprime simultaneamente o termo do processo do morrer e o começo do estado de morte, representando, de certo modo, o portal ou a fronteira entre o mundo do vivo e o do morto*”.

Por fim, a morte pode ser apresentada como o “*estado de morte*”, o qual, na visão de SCHUMACHER (2009, p. 31 – 32):

(...) acontece no instante em que o “momento” do falecimento ou do “ser na morte” chega a seu fim. O estado de morte de um sujeito é, como observaram Epicuro e Wittgenstein, exterior a sua vida e corresponde ao sentido próprio do conceito de morte. O indivíduo morto não teria condições de experimentar este estado se continuasse vivo *depois de seu falecimento*.

A morte, neste estágio, está relacionada com o fim da vida, com o próprio conceito puro de morte, ou seja, com o outro extremo da vida.

A definição de morte pode ser estabelecida em dois planos essenciais; primeiro, no “*plano biológico*”, como assim pressupõe os defensores dos critérios do “*whole brain*” (morte da atividade cerebral) e da morte tradicional; segundo, no “*plano pessoal*” como pressupõem os defensores do critério da morte do córtex.

Para melhor esclarecimento desses dois posicionamentos, se faz necessário recorrer aos posicionamentos antropológicos modernos que diferenciam

os elementos “ser humano” e “pessoa”.

A diferenciação entre esses dois conceitos se pauta no fato de que o ser humano (SCHUMACHER, 2009, p. 39):

(...) é definido pela estrutura biológica de um organismo vivo pertencente a uma espécie particular (*homo sapiens*), a pessoa se distingue por diversas propriedades, como a consciência de si, a capacidade de ter uma relação social ou estados mentais, a ser sujeito de experiência ao longo do tempo etc. O termo “pessoa” é, assim, outorgado tanto a seres humanos como a alguns animais superiores, em suma, a todo indivíduo que preencha os requisitos de pessoa.

Nesse mesmo sentido, FELDMAN *apud* SCHUMACHER (2009, p. 39) define “*ser humano pelo conceito de personalidade psicológica e a pessoa pela noção de pessoa psicológica*”. Ou seja, ser humano é dotado de personalidade psicológica, com capacidade de manifestar os seus sentimentos, as suas angústias, os seus sofrimentos, além de suas vontades. Enquanto que pessoa é um ente que detém certa atividade psicológica, que pode ser estendida a determinados animais, como é o caso dos macacos, que vivem em agrupamentos sociais com plena capacidade de relação social com os demais membros do grupo.

Em maio de 1968, médicos e pesquisadores da Universidade de Harvard, nos EUA, redefiniram os padrões conceituais de “morte”, sendo que tal estado seria reconhecido com a constatação do fim da atividade cerebral, ou seja, passaram a adotar um critério encefálico para a definição de morte. Esse novo critério, rapidamente, foi aceito pelo mundo em geral, sendo que tal critério parte do diagnóstico neurológico de “coma depressivo”, com o reconhecimento da morte encefálica (GOLDIM, 2010, p. 29).

Para os padrões atuais adotados pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) no Brasil, através da Resolução nº 1.480, de 21 de agosto de 1997, a morte é determinada pelos índices do eletrencefalograma mostrando um traço horizontal durante certo lapso de tempo, conforme a idade do paciente; a dilatação completa das pupilas acompanhada da ausência de resposta reflexa à luz; a falta de reflexos dos músculos e dos tendões; a irrigação sanguínea estagnada apesar da injeção maciça de substâncias vasodilatadoras, a angiografia ou a arteriografia carotidiana e vertebral entre outros procedimentos para a confirmação do estado de morte do paciente.

Destaca-se que a Resolução referida foi baixada pelo CFM em

decorrência da necessidade da regulamentação da Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, a qual dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. A Resolução, ainda, traz no seu bojo o modelo padrão de formulário que deve ser transcrito no caso de identificação de morte cerebral.

A Resolução nº 1.480/1997, do CFM, deixa claro que a morte encefálica é o “modelo de morte” adotado para o exercício da Medicina no País, sendo que tal situação deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida. Além disso, a referida Resolução leva em consideração o ônus psicológico e material causado pelo prolongamento do uso de recursos extraordinários para o suporte das funções vegetativas em pacientes com parada total e irreversível da atividade encefálica (CFM, online, 1997).

Através da Resolução nº 1805/2007, o CFM entendeu por bem regulamentar os casos de terminalidade dos pacientes, em geral, quando o médico responsável, ao verificar a irreversibilidade do paciente, poderia limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que pudessem prolongar a vida do doente. O texto normativo também determinava que o médico pudesse garantir todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que pudessem levar o paciente ao sofrimento desnecessário, na perspectiva de uma assistência integral. Porém, por força de decisão liminar do Juiz da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, a referida Resolução foi suspensa, a pedido do Ministério Público Federal (LIMA, 2010, p. 32).

A matéria, por sua vez, poderá ser regulamentada por força do Projeto de Lei nº 6.715/2009 que ora se encontra em trâmite na Câmara dos Deputados Federais e que teve origem através do Projeto de Lei nº 116/2000, no Senado Federal, de autoria do Senador Gerson Camata (CÂMARA DOS DEPUTADOS, online, 2009).

Tal projeto de lei pretende retirar o elemento de ilicitude da conduta da ortotanásia, quando deixa de ser crime, portanto, a conduta de não manter a vida de alguém por meio artificial, se a morte for previamente atestada por dois médicos como iminente e inevitável, e desde que haja o consentimento do paciente, ou em sua impossibilidade, de seu cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

No referido projeto de lei, é interessante destacar a preocupação do

legislador brasileiro no sentido de reconhecer como causa de excludente de ilicitude a renúncia ao excesso terapêutico, não se aplicando no caso de omissão dos meios terapêuticos ordinários ou dos cuidados devidos ao doente, o que pode lhe causar a morte (SENADO FEDERAL, online, 2009).

Em tal projeto, o Senador defendeu a humanização no momento da morte, com a regulamentação da ortotanásia, de modo que a pessoa possa ter a liberdade de escolher por não receber tratamentos terapêuticos prolongados, irracionais e cruéis, como forma de reconhecimento de sua própria autonomia. O autor do projeto ainda remonta à ideia de que os avanços médicos e científicos, em algumas situações, acabaram por levar à profanação do corpo humano.

Atualmente, o referido projeto de lei já foi aprovado pelo Senado Federal e encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados Federais (CÂMARA DOS DEPUTADOS, online, 2009).

Seguindo essa linha de raciocínio, o CFM leva em consideração que a morte deve ser uma opção diante da necessidade de realização de esforços extraordinários quando o quadro clínico se apresenta irreversível e que pode trazer enormes prejuízos de natureza psicológica ou física.

Portanto, o sofrimento do paciente deve ser poupado diante da situação descrita. Esse novo critério de definição da morte adotado pelo CFM contrapõe-se ao critério tradicional de morte, anteriormente visto, que leva em consideração à parada irreversível do coração e da respiração.

1.2. As questões éticas no momento da terminalidade da vida:

Até que ponto o procedimento médico é considerado como ético ao reconhecer a terminalidade de um paciente? Para tanto, é necessário esclarecer esse ponto central que é o reconhecimento da terminalidade de um paciente.

Chega um determinado momento do tratamento terapêutico de uma doença que, mesmo diante de todos os recursos que o médico possui o paciente não *“é mais salvável, ou seja, está em processo de morte inevitável”* (PIVA; CARVALHO, online, 1993).

Essa situação refere-se ao momento em que as medidas terapêuticas não aumentam a sobrevida do paciente, *“mas apenas prolongam o processo lento de morrer. A terapêutica, neste caso, torna-se fútil ou pressupõe sofrimento”* (PIVA;

CARVALHO, online, 1993). A morte, nesta situação, passa a ser vista como um alívio aos sofrimentos enfrentados pelo paciente e pela família.

Neste momento de identificação de um estado de mortalidade, é óbvio que surgem opiniões das mais diversas, tais como da família, da classe médica, do Conselho Ético entre outros. Todavia, é necessário que se faça uma análise ética e imparcial para que seja possível identificar as reais expectativas de vida de um paciente. Como afirma PIVA e CARVALHO (online, 1993):

A identificação do período de inversão de expectativas envolve todo um processo de racionalização, exigindo uma postura crítica, neutra e isenta de conceitos pré-concebidos, que avalie as opções terapêuticas utilizáveis ou dispensáveis no atual estágio de doença. Essa racionalização levará em conta pelo menos três grandes critérios: a) objetivos: obtidas por meios de imagens, exames laboratoriais e anátomo-patológicos, assim como mensuração de variáveis fisiológicas, que confirme ou não o estágio avançado e irreversível da doença; b) subjetivos: por meio da verificação de reações observadas no exame clínico, como ausência de interação com o meio ambiente, resposta à dor, pulso, perfusão, padrão ventilatório, entre outros; e, c) intuitivos: sendo estes avaliados tanto no grupo médico como no paciente.

Em suma, com a conjugação de todos esses critérios, acredita-se em uma base profissional, sólida e ética para diagnosticar a real situação de um paciente diante de um quadro clínico irreversível e que possa determinar as medidas e atitudes a serem adotadas.

Analisando a situação em face dos princípios éticos que devem nortear a definição da mortalidade de um paciente, a conduta médica deve ser movida por dois grandes princípios de ordem moral: de um lado a preservação da vida e de outro o alívio do sofrimento. Esses dois princípios devem ser vistos de forma concomitante e complementativa. Porém, em algumas situações tais princípios podem entrar em conflito, colocando a equipe médica diante de tomadas de decisões extremamente delicadas e que devem, em princípio, abraçar o primado pela vida. Outras vezes, a equipe médica irá dar prevalência ao princípio do alívio do sofrimento, assim expõem PIVA e CARVALHO (online, 1993):

(...) Desta forma, no paciente solvável, a aplicação dos princípios da moral deve fundamentar-se na preservação da vida, enquanto que, na etapa de morte inevitável, a atuação médica, do ponto de vista da moral, deve objetivar prioritariamente o alívio do sofrimento (...)

A observância dos princípios éticos é de fundamental importância para a tomada de decisões diante de situações tão complexas da vida, em especial,

quando se tratar de situações que são irreversíveis. A opção pela morte não permite o retorno à vida, mas a opção pela vida pode permitir a escolha por uma morte digna em um momento posterior.

Em comentário aos princípios éticos anteriormente apontados, são destacados no artigo escrito por PIVA e CARVALHO (online, 1993):

(...) Os princípios da beneficência e não maleficência são prioritários sobre a autonomia e a justiça. Na maioria das ocasiões, o princípio da beneficência prevalece sobre a não-maleficência, mas dependendo da situação, pode haver uma inversão nesta prioridade. (...) De uma forma objetiva e simples, poderíamos dizer que na fase salvável deve prevalecer a beneficência sobre a não-maleficência. Neste período, justifica-se a aplicação de medidas salvadoras (diálise, amputações, ventilação mecânica, transplantes etc.), mesmo que tragam consigo algum grau de sofrimento. O primeiro objetivo neste momento é a preservação da vida. Por outro lado, quando o paciente se encontra em fase de morte inevitável, a cura já não é mais possível e os objetivos concentram-se na não-maleficência. Ou seja, tomar medidas que proporcionem o alívio do sofrimento em primeira instância. Se instituído nesta fase, um tratamento mais agressivo, visando à cura, além de ineficaz, trará maior sofrimento.

A pretensão da ética e da conduta médica, diante de tais eventos, é justamente preservar o modo de viver de forma digna e não uma vida que está repleta de sofrimentos e angústias, tanto de ordem material quanto moral.

A conduta ética é pautada, em um primeiro momento, na luta pela manutenção da vida, mas desde que realmente há a possibilidade de ter uma reversão no quadro clínico. Nesse sentido é a opinião de KIPPER (online, 1999):

No paciente terminal, mesmo que a doença de base não possa ser controlada ou curada, o médico deve trabalhar para mantê-lo o mais confortável possível, reduzindo seu sofrimento físico e psicológico, ou disfunção. Os cuidados paliativos muitas vezes incluem o controle da dor (mesmo que isso possa causar depressão respiratória ou distúrbio hemodinâmico e, sem essa intenção, acelerar a morte) e suporte psicossocial, mas também podem incluir cirurgias, radioterapia e o uso de antibióticos para manter o paciente mais confortável. (...) No caso de paciente terminal, somos a favor de ordens de não-reanimação cardiopulmonar, de comum acordo com o desejo do paciente e/ou família, não oferecendo tratamentos que possam ser caracterizados como fúteis ou desproporcionados, para evitar a distanásia, já que somos contra a eutanásia ativa e o suicídio assistido.

Portanto, podemos perceber que a ética médica sempre nos orienta para um tratamento inicial pela vida, direito este é defendido sempre ao longo deste trabalho. Todavia, nos posicionamos a favor de uma vida com dignidade e com “viver”, pois não é digno permitir o sofrimento de determinados pacientes, considerados como “terminais” e que não possuem qualquer qualidade de vida,

sendo apenas mantidos por equipamentos.

2. O testamento vital como alternativa jurídica:

2.1. Conceito e finalidade do testamento vital:

Nós seres humanos e membros de uma sociedade ocidentalizada estamos acostumados com a figura do testamento patrimonial assim disciplinado pela legislação civil, segundo o qual, em linhas gerais, permite que um cidadão, como ato de sua última vontade, possa dispor sobre parte de seu patrimônio a pessoas diversas ou não de sua linha hereditária, como forma de manifestação de sua própria autonomia e reconhecimento de sua vontade.

No campo da individualidade pessoal e no que tange à questão da disposição final sobre o momento terminal da vida, não temos nenhuma previsão legislativa em nosso ordenamento que autoriza a manifestação da vontade sobre a forma de como queremos encarar a “morte” ou como e quando ela deve ocorrer.

O testamento vital, como documento jurídico que representa a manifestação suprema da vontade do testador, tem o condão de expor a sua intenção quanto ao momento final de sua vida, em caso de se deparar com situações irreversíveis de saúde, de modo a evitar um esforço imensurável na sua manutenção.

Diante da problemática já identificada pela ciência médica, quanto aos casos irreversíveis de cura, surge a figura jurídica do testamento vital como uma alternativa, então denominado pela legislação alienígena como “*living will*”, que, segundo MALUF (2010, p. 310), pode ser definido como instrumento em que o “*paciente externa o seu desejo, especificando sua vontade de receber ou não este ou aquele tratamento em face da manutenção de sua própria vida, no caso de não poder mais manifestar sua vontade*”.

O testamento vital, a exemplo do que acontece com o testamento patrimonial, é ato pessoal, unilateral e passível de revogação a qualquer momento, através do qual a pessoa, em momento de sua vida em que apresenta uma sã consciência e discernimento dos fatos, manifesta a sua vontade em receber ou não determinado tratamento médico para a manutenção de sua própria vida. Obviamente que a eficácia dos dois instrumentos se diferencia, sendo que no testamento

patrimonial a sua eficácia é *post mortem*, enquanto que no testamento vital, o mesmo produz efeito antes que ocorra o evento morte.

Testamento vital pode ser entendido como um documento (PORTUGAL, online, 2011):

(...) em que consta uma declaração antecipada de vontade, que alguém pode assinar quando se encontra numa situação de lucidez mental para que a sua vontade, então declarada, seja levada em linha de conta quando, em virtude de uma doença, já não lhe seja possível exprimir livre e conscientemente a sua vontade.

O referido documento, de natureza jurídica, tem a finalidade de assegurar, então, a manifestação pela escolha por uma morte digna, priorizando o fundamento da dignidade da pessoa humana estampado na Constituição Republicana brasileira de 1988 (artigo 1º, inciso III), de igual modo previsto no texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (Preâmbulo).

Como aponta o sítio eletrônico do Conselho Regional de Medicina de São Paulo (CREMESP) o testamento vital, também conhecido como “*diretiva antecipada*” de vontade “*é documento que permite à pessoa transmitir decisões sobre cuidados em fim de vida antes do tempo, ou seja, quando ainda estiver possibilidade e consciente para isso*” (online, 2010).

Destaca GODINHO (online, 2010) que o testamento vital,

“...consiste num documento, devidamente assinado, em que o interessado juridicamente capaz declara quais tipos de tratamentos médicos aceita ou rejeita, o que deve ser obedecido nos casos futuros em que se encontre em situação que o impossibilite de manifestar sua vontade, como, por exemplo, o coma. Ao contrário dos testamentos em geral, que são atos jurídicos destinados à produção de efeitos *post mortem*, os testamentos vitais são dirigidos à eficácia jurídica antes da morte do interessado.

Diante das circunstâncias clínicas irreversíveis do paciente, a dignidade da pessoa humana é estabelecida quando o estado de saúde não permite o resgate de sua consciência, o que se apresenta como um dano irreversível e diante da ausência de condições de manifestar as suas próprias vontades ou desejos futuros.

O objetivo e a vantagem do testamento vital é a opção que o ordenamento jurídico possa oferecer a uma pessoa que, quando da sua lavratura, se apresenta em perfeitas condições de saúde mental, opte por um conforto e alívio da dor, ao se deparar, no futuro, com um estado irreversível de saúde, de modo a garantir a livre manifestação de um indivíduo pelo seu direito de morrer. Todavia,

morrer de forma digna, uma vez que a qualidade de vida se apresenta prejudicada. Nesse sentido, se posiciona MALUF (2010, p. 314):

Impõe o que se chama de tratamento fútil, que aumenta o sofrimento do doente e das pessoas ao seu redor e na prática nenhum benefício acarreta para este. Vale-se ainda, nesses casos, da denominada obstinação terapêutica, onde o acesso à moderníssima tecnologia – em equipamentos hospitalares e fármacos – pode vir a prolongar indefinidamente um estado irreversível de saúde do paciente terminal.

A ideia da proposta de regulamentação de um documento jurídico que autorize o paciente, em algum momento de sua vida, decidir sobre a sua forma digna de enfrentar a morte, é um reforço dos direitos dos doentes à sua autodeterminação, de modo a não optarem por procedimentos médicos cirúrgicos que possam prolongar a vida de forma desnecessária e sacrificante, diante de situações irreversíveis (PORTUGAL, online, 2011).

O testamento vital, como documento que estampa a vontade futura do paciente sobre seu estado de saúde, passa a ser uma alternativa para este que, em alguns países, mesmo diante da ausência de legislação específica, opta a comunicar aos seus familiares a sua vontade pessoal sobre o destino de sua vida, em casos irreversíveis ou impossíveis de cura.

A vontade do paciente, então manifestada no testamento vital, poderá ser comunicada mais tarde ao médico ou a uma equipe médica, que, em uma última análise, tomará a decisão que, de acordo com os princípios médicos, é sempre de poder do paciente, sobre o tratamento ou ausência dele, perante a situação em concreto (PORTUGAL, ONLINE, 2011).

MARIA HELENA DINIZ (2009, p. 376) se contrapõe à defesa do testamento vital, vez que, na sua concepção, é o mesmo que praticar homicídio:

Em defesa do morrer com dignidade, há quem sustente a necessidade de admitir-se legalmente, em certos casos específicos, a *eutanásia ativa*, também designada *benemortásia* ou *sanidicídio*, que, no nosso entender, não passa de um homicídio, em que, por piedade, há deliberação de antecipar a morte de doente irreversível ou terminal, a pedido seu ou de seus familiares, ante o fato da incurabilidade de sua moléstia, da insuportabilidade de seu sofrimento e da inutilidade de seu tratamento, empregando-se, em regra, recursos farmacológicos, por ser a prática indolor de supressão da vida.

E, ainda continua (DINIZ, 2009, p. 382):

A incurabilidade, a insuportabilidade da dor e a inutilidade do tratamento

não justificam a eutanásia porque: a) a incurabilidade é prognóstico e como tal falível é, e, além disso, a qualquer momento pode surgir um novo e eficaz meio terapêutico ou uma técnica de cura.

Com o devido respeito, nos posicionamos em sentido contrário, pois, falar em falibilidade do diagnóstico da improvável cura de um paciente é trabalhar com uma probabilidade que, em muitos casos, não existe, além de desconsiderar, por completo, o direito à manifestação da própria autonomia e liberdade que cada indivíduo tem.

Nem mesmo o suicídio voluntário, como conduta extrema e consciente de um cidadão que nem sempre apresenta um quadro clínico irreversível, é punido pelo ordenamento jurídico penal. Até mesmo porque, após a prática do suicídio, não há possibilidade jurídica de se aplicar uma penalidade a tal indivíduo diante da conduta extrema praticada contra si mesmo.

A nossa manifestação é no sentido de que o testamento vital pode ofertar uma morte digna de qualquer indivíduo e optar pela interrupção de tratamentos que possam prolongar a vida sem qualquer resultado positivo, de modo a permitir um maior sofrimento ao paciente. O direito à vida continua prevalecendo sobre os demais, todavia, desde que seja exercido de forma digna.

Essa opção foi experimentada, inclusive, pelo então Papa João Paulo II, o qual, no final de sua vida, optou pelo recolhimento aos aposentados papais ao invés de um tratamento que, talvez, pudesse manter o seu estado de vida sem um nível adequado de qualidade ou dignidade.

Tal manifestação pessoal do Papa João Paulo II foi apoiada na Encíclica Papal *Evangelium Vitae*, a qual, comentada pelo Pe. SANCHEZ (online, 1996) aponta para o valor dado ao elemento “*vida*”, de modo que tal valor deve agir tanto pelo lado negativo de “*não praticar*” o aborto e a eutanásia, como pelo lado positivo de “*permitir a plenitude*” da vida com o seu favorecimento:

Os capítulos terceiro e quarto são, por assim dizer, “o agir”, com um diferença: o capítulo terceiro é o agir no sentido negativo, o “*não matarás*”; portanto, a rejeição do aborto e da eutanásia. O capítulo quarto também é “o agir”, mas num sentido positivo. Não basta dizer “o aborto, não”. Não basta dizer: “a eutanásia, não”. O que fazemos nós para defender a vida e para que a vida tenha um sentido de plenitude? Não é portanto apenas uma questão negativa, não. É dizer: você tem que favorecer toda a vida. E aí, por exemplo, abre muito mais as perspectivas, incluindo toda a problemática, por exemplo, dos deficientes físicos, da acolhida aos idosos, do sentido da vida nascente etc. Portanto este capítulo quarto tem um sentido positivo.

No mesmo sentido, como manifestação pela defesa da vida com dignidade, ainda que a mesma se encontre, digamos, em sua fase final, encontramos o comentário de AMARANTE (online, 1996) a respeito da referida Encíclica Papal:

(...) Quando falo em certeza absoluta é porque hoje em dia se considera como morte de um indivíduo a morte cerebral. Quer dizer, não há nenhuma atividade cerebral, mas aquele coração ainda pulsa. Seria justo nós negarmos uma possibilidade, embora até que por milagre, desse indivíduo continuar vivendo e retirar os seus órgãos para que outros vivam mais tempo? É uma questão muito difícil de nós entendermos e vivermos nos dias de hoje. Mas eu acredito que todo médico que seja cristão deve ser contra esse tipo de procedimento. Como também não admitimos a eutanásia, mas acreditamos que seja possível evitar-se o prolongamento de um sofrimento, não por impedimento de administração de remédios para tirar a dor, por impedimento de determinado tipo de tratamento, mas não fornecendo possibilidades de prolongamento desse sofrimento. Eu lhes dou um exemplo: um ancião com noventa anos, já preso ao leito há algum tempo, que não tem nenhuma possibilidade de melhora numa fase terminal de uma doença, por exemplo, como o câncer. Não vai adiantar de nada continuarmos administrando remédios, fazendo quimioterapia ou radioterapia. Ele poderá até morrer da tentativa de tratamento, ao invés de se curar. Quanto a esse tipo de procedimento, nós devemos ser contra e deixar que o doente, até na sua hora de morte, tenha sua dignidade respeitada.

A questão a ser defendida com o instituto do testamento vital não é a defesa da morte com a eliminação da vida. Mas sim, a defesa de uma vida, em todas as suas fases, inclusive, na fase final dela, com dignidade, em especial, em respeito à manifestação da autonomia individual de cada cidadão, no sentido de reconhecer a própria existência.

O debate passa pela ótica filosófica em que se discute a transcendência de certos paradigmas sobre o tema “morte”, além do próprio significado da vida e a sua continuação com uma “certa” qualidade.

Para HABERMAS, apontado por SARLET (2007, p. 214):

(...) que o Estado secularizado e neutro, quando constituído de modo democrático e procedendo de modo inclusivo, não pode tomar partido numa controvérsia ética relacionada com a dignidade da pessoa humana e o direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade.

Percebe-se que o pensamento a ser defendido em um Estado democrático de direitos e constituído para o fim de inclusão de grupos até então desprotegidos, não pode interferir em tal discussão quando se tratar da dignidade da pessoa humana como elemento essencial para o próprio desenvolvimento da

personalidade de um indivíduo.

Essa concepção preserva a autonomia individual em reconhecimento por parte do Estado à própria condição humana de cada cidadão nas suas escolhas existenciais.

2.2. O testamento vital e institutos afins:

O testamento vital pode estar relacionado com outras práticas médicas que precisam ser esclarecidas para não ser confundidas. Assim, se faz necessário trazer algumas definições a respeito de alguns institutos, apenas para ilustrar a diferença entre eles.

2.2.1 Testamento vital e a eutanásia:

A eutanásia é ato de prontidão de determinadas pessoas que promovem a morte de forma direta ou indiretamente de alguém que, se tratado devidamente, poderia ter expectativa de continuar viva.

GEISLER; BOCCHINO (2003, p. 412) explica a origem da palavra “*eutanásia*”:

A palavra *eutanásia* vem da língua grega: *eu* significa “bom” e *thanatos* significa “morte”. O significado da palavra evolui do conceito de “boa morte”. Agora se refere ao ato de dar fim à vida de outra pessoa, a pedido dessa pessoa, a fim de minimizar seu sofrimento. Apresenta-se em duas formas principais: 1) *eutanásia ativa*, causar a morte de uma pessoa por meio de ação direta, e 2) *eutanásia passiva*, acelerar a morte de uma pessoa removendo o equipamento (e.g., respirador artificial) que dá suporte à vida, parando com os procedimentos médicos, com os medicamentos, etc., ou parando de alimentar e permitindo que a pessoa se desidrate ou morra de inanição.

Como visto, o testamento vital não se confunde com a figura da “*eutanásia*”, pois aquele é o direito que o indivíduo tem, no exercício pleno de seu direito à liberdade e autonomia, de optar por não ser submetido a um tratamento médico, diante de situações irreversíveis futuras, permitindo que a pessoa possa exercer o seu direito de morrer de forma digna, sem maiores sofrimentos ou o prolongamento destes. Já a eutanásia é o ato dar fim à vida do indivíduo, a pedido desse. É a conduta em que a pessoa pede para morrer. No testamento vital, o

cidadão opta para a morte possa vir naturalmente. A distinção reside justamente na forma em que a morte acontece.

A luta contra a eutanásia e a até mesmo contra o aborto é, em algumas situações imposta por princípios de ordem espiritual ou de convicção religiosa, o que isso pode representar uma destruição da responsabilidade moral de cada cidadão. Assim acredita DWORKIN (2003, p. 18 - 19):

(...) Acreditamos que o fato de uma comunidade impor princípios de fé espiritual ou de convicção aos indivíduos é uma forma terrível de tirania, uma destruição da responsabilidade moral. Se as grandes batalhas sobre o aborto e a eutanásia são realmente travadas em nome do valor intrínseco e cósmico da vida humana, como acredito que o sejam, então essas batalhas têm ao menos uma natureza quase religiosa, e não chega a surpreender que muitas pessoas acreditem que o aborto e a eutanásia sejam profundamente condenáveis e, ao mesmo tempo, que não cabe ao governo tentar estigmatizá-los com a força bruta das leis penais.

Obviamente que a eutanásia, como procedimento de eliminação da vida, não é permitida em nenhum país ocidental, em decorrência da cultura religiosa. Todavia, o Parlamento holandês declarou que os médicos que praticassem a eutanásia não seriam punidos caso observassem determinadas normas jurídicas (DWORKIN, 2003, p. 1). Assim, mesmo diante da previsão legal, entra-se no debate do grau de validade de tais normas que possam autorizar essas condutas médicas de eliminação.

A eutanásia, quando praticada, pode ser de forma “*ativa*” assim como de forma “*passiva*”. Entende-se por “*eutanásia ativa*” o ato de interromper, de maneira artificial, a vida de um paciente que não morreria de maneira natural. Ou seja, é um ato positivo artificial interrompendo um processo que não aconteceria de forma natural. Já a “*eutanásia passiva*” é ato de provocação da morte por não aplicação de tratamentos médicos perante uma patologia que, por falta de cuidados terapêuticos, provoca a morte do indivíduo. Em resumo, é a prática de uma conduta omissa diante da necessidade de um tratamento que pode levar à manutenção da vida (PORTUGAL, online, 2011).

Diante de tal situação, não se deve confundir o termo “*eutanásia*” com “*suicídio assistido*”, ainda que algumas vezes possam estar vagamente relacionados. No “*suicídio assistido*” a morte advém do ato praticado pelo próprio paciente, orientado ou auxiliado por terceiros ou por uma equipe médica. Tal conduta é vista como crime em nosso ordenamento jurídico penal (artigo 122, do

Código Penal), o que não se evidencia com as características do testamento vital (MALUF, 2010, p. 311).

2.2.2 Testamento vital e a ortotanásia (eutanásia passiva):

A ortotanásia é o mesmo que *eutanásia passiva* sendo que, segundo DINIZ (2009, p. 383): “*consiste na ajuda dada pelo médico ao processo natural da morte*”. A ortotanásia, portanto, pode ser considerada como a eutanásia por omissão, caracterizando como ato de suspender a medicação ou medidas que aliviem a dor de um paciente, ou até mesmo deixar de usar os meios artificiais para prolongar a vida, diante da intolerância do prolongamento da vida vegetativa. Tal decisão é tomada com amparo nas questões de ordem física, emocional e até mesmo econômica, a pedido do próprio enfermo ou de seus familiares (DINIZ, 2009, p. 383).

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina (CFM), através da Resolução nº 1.805/2006, aprovou o procedimento da ortotanásia para pacientes considerados em estado terminal ou incurável, de modo a poupar de tratamentos inúteis ou dolorosos (DINIZ, 2009, p. 384). De acordo com tal Resolução do CFM, a ortotanásia, quando praticada, deve ser fundamentada e registrada no prontuário médico.

2.2.3 Testamento vital e a distanásia:

A distanásia, ao contrário do testamento vital, é o prolongamento da morte, de modo a causar maiores sofrimentos ao paciente, como forma de manifestação de uma obstinação médica a todo custo. Tudo deve ser feito ao paciente, ainda que lhe cause dores e sofrimentos.

Nas palavras de DINIZ (2009, p. 391):

Pela distanásia, também designada obstinação terapêutica (*L'acharnement thérapeutique* ou futilidade médica (*medical futility*), tudo deve ser feito mesmo que cause sofrimento atroz ao paciente. Isso porque a distanásia é a morte lenta e com muito sofrimento. Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo da morte. Para Jean-Robert Debray, é o comportamento médico que consiste no uso de processos terapêuticos cujo efeito é mais nocivo do que o mal a curar, ou inútil, porque a cura é impossível, e o benefício esperado é menor que os inconvenientes previsíveis.

É visível a diferença entre os dois institutos, até mesmo porque, caminham em sentido contrário. Enquanto o testamento vital é um instrumento que permite que o indivíduo encontre, o mais breve possível, a sua morte, de modo que ela ocorra de forma digna, na distanásia, esse processo de morte é prolongado gerando sacrifício e sofrimento ao paciente.

Esse processo da distanásia pode afetar, dependendo da situação, os princípios da autonomia e da beneficência, como assim aponta DINIZ (2009, p. 391):

(...) se os pais rejeitam terapia extraordinária de reanimação do filho, exercendo sua autonomia, ordenando a eutanásia passiva, conhecida como deixar morrer (*letting die*), e se, por isso, o médico, pelo princípio da beneficência, reanima a criança e obtém sucesso, desrespeitou a decisão paterna, esquecendo-se de que está lidando com paciente com diagnóstico de doença fatal, exercendo “medicina fútil”.

A nosso ver, não há qualquer respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana diante da prática da distanásia, uma vez que submete o paciente a tratamentos médicos fúteis e infrutíferos, diante de situações totalmente irreversíveis e que não permite que a autonomia e a manifestação da liberdade individual sejam preservadas.

3. O tratamento legal do testamento vital em alguns países:

Alguns países já legislaram sobre o testamento vital, como é o caso da Espanha, Portugal, Alemanha, Uruguai, Estados Unidos, entre outros; enquanto que outros países já deram início ao trâmite legislativo para a possível aprovação da matéria, como é o caso da Argentina. Passamos a ver a regulamentação do testamento vital em alguns desses países.

3.1. Testamento vital na Alemanha:

Na Alemanha, no ano de 2009, o Parlamento aprovou o projeto de lei que regulamenta o testamento vital, de modo que os médicos alemães possam respeitar a manifestação da vontade do paciente, fixada por escrito, ainda que isso possa importar em sua morte. Segundo a legislação alemã, o paciente tem o direito de decidir sobre seu tratamento médico até o final da sua vida, estipulando como quer ser tratada em caso de adquirir uma doença grave ou venha a sofrer um acidente

que a incapacite de se pronunciar sobre a questão. Desta maneira, prevalecerá a manifestação escrita elaborada de forma prévia. O testamento vital alemão ainda permite a nomeação de uma pessoa de confiança do testador para tomar decisões sobre o seu tratamento de acordo com a vontade prévia do paciente (DEUTSCHE WELLE, online, 2009).

No modelo alemão, caso o testamento vital não se adequar ao quadro atual da doença e caso não haja qualquer ressalva por parte do paciente, por escrito, a equipe médica, juntamente com os responsáveis, tomará a decisão de forma conjunta. Em caso de discordância entre estes, o caso será levado a um tribunal, o qual dará a palavra final (DEUTSCHE WELLE, online, 2009).

O projeto de lei alemão, então aprovado, contempla o direito constitucional de cada cidadão à sua autodeterminação, inclusive no final de sua vida, superando, portanto, questões de ordem ética e religiosa apontadas durante os debates parlamentares e assegurando a constitucionalidade do mesmo (DEUTSCHE WELLE, online, 2009).

3.2. Testamento vital na Espanha:

De acordo com o ordenamento jurídico espanhol, mais especificamente com a Lei das Vontades Antecipadas, aprovada no ano de 2000, é possível que o cidadão espanhol especifique o que deseja que lhe aconteça, diante de uma possível incapacidade de decidir por si próprio, quanto à manutenção de sua vida (Diário de Notícias, online, 2005).

A aprovação do projeto de lei no Parlamento Espanhol se deu em decorrência da luta da Associação “*Derecho de Morir Dignamente*” (DMD), por longos catorze anos, dando início com um pedido formal feito ao Governo da Catalunha, o qual apresentou um projeto de lei à Comissão Nacional de Justiça, para atender ao caso do jovem Ramón Sampedro (Diário de Notícias, online, 2005).

A legislação espanhola se preocupou que as demais províncias, distintas da que foi lavrada o testamento, possa ter conhecimento da existência de tal documento. Tal situação seria possível através da criação de um Registro Nacional de testamentos vitais, todavia, tal registro ainda não foi criado, o que cria um problema, pois as províncias espanholas possuem uma certa autonomia quanto à elaboração de documentos públicos.

Com essa legislação, na Espanha, continua sendo proibida a realização da eutanásia ativa, porém, o suicídio assistido, se expresso em petição séria e inequívoca, pode ser deferido, no caso em que o paciente venha a sofrer de uma doença grave que possa conduzi-lo, necessariamente, à sua morte (Diário de Notícias, online, 2005).

3.3. Testamento vital nos Estados Unidos da América (EUA):

Nos Estados Unidos da América, todos os Estados reconhecem alguma forma de manifestar os denominados “testamentos de vida”, que, segundo DWORKIN (2003, p. 252) “*são documentos nos quais se estipula que certos procedimentos médicos não devem ser utilizados para manter o signatário vivo em circunstâncias específicas*”. Todavia, tal instituto não é muito utilizado nos Estados Unidos, como assim aponta DWORKIN (2003, p. 253):

Uma pesquisa realizada em 1991 informava que 87% dos entrevistados acreditavam que se deveria exigir ou permitir que os médicos retirem o suporte vital se o paciente tiver assinado um testamento de vida com essa determinação; outra pesquisa, porém, informava que somente 17% dos entrevistados haviam assinado esse tipo de testamento, pois muitos desconhecem a forma exata de redigi-lo ou são demasiado supersticiosos ou sensíveis para assinar um documento em que pedem para morrer.

O direito ao testamento vital ou “*procuração para questões da vida*” é o reconhecimento da autonomia para as questões individuais e que não merecem ingerência do Estado sobre as decisões pessoais que buscam decidir o próprio destino.

No Estado da Califórnia, a legislação preconiza (DWORKIN, 2003, p. 253):

(...) “o direito de optar pela eliminação da dor e do sofrimento e de morrer com dignidade no tempo e no lugar de nossa própria escolha, quando nos tornamos doentes terminais, é uma parte integral de nosso direito a controlar nosso próprio destino.

A previsão legislativa da Califórnia, assim como aconteceu na Flórida, é pautada nos estudos e trabalhos desenvolvidos pela “*Helmock Society*” (Sociedade Cicuta), a qual tem como finalidade a promoção da dignidade humana e da liberdade de escolha pelo final da vida. Atualmente, a atuação da referida sociedade se desdobra nos Estados da Flórida, Califórnia, Oregon e Nova Iorque, além de outros

que já foram convocados a participar da atuação daquela (HELMOCK SOCIETY, online, 2011).

Quanto à legislação americana, é interessante destacar que cada Estado possui autonomia legislativa para determinar os seus próprios ordenamentos, em decorrência da formação estatal dos EUA.

3.4. Testamento vital em Portugal:

A aprovação do testamento vital ou simplesmente “*directivas antecipadas de vontade*”, em Portugal se deu no ano de 2011, sendo que a legislação passou a permitir que a pessoa possa escolher quais os tratamentos médicos está disposta a aceitar ou não no final de sua vida. Segundo o projeto de lei aprovado, há a possibilidade de nomeação de um procurador de cuidados de saúde, o qual assegurará o cumprimento das instruções do paciente, caso este venha a ficar incapacitado em manifestar a sua vontade em relação aos tratamentos médicos (DIÁRIO NOTÍCIAS, online, 2011).

O modelo português segue, basicamente, as mesmas diretrizes traçadas pelo modelo alemão, com a possibilidade de nomeação de um procurador para tratar das vontades do testador a respeito do tratamento médico caso este fique impossibilitado de manifestar a sua própria vontade.

3.5. Testamento vital no Uruguai:

O Uruguai foi um dos primeiros países do mundo a aprovar uma legislação específica sobre eutanásia (ano de 1934), a qual autorizava ao juiz exonerar a pena do autor que tivesse contribuído para acelerar o processo de morte de outrem por questões sentimentais, em atendimento às súplicas reiteradas da vítima. Para tanto, o agente também deveria apresentar antecedentes criminais honrados, segundo a legislação mencionada.

Com esse histórico, o Uruguai, no ano de 2009, aprovou o testamento vital ou declaração de vontade antecipada, sendo que a legislação prevê que a pessoa maior de idade e em plenas condições psíquicas, de forma voluntária, consciente e livre, pode manifestar a sua oposição à aplicação de qualquer tratamento ou procedimento médico no final de sua vida, exceto, quando essa conduta afetar a saúde de terceiros (GIORGIS, online, 2009).

Quando o doente se encontrar em situação de total inconsciência mental e, ainda, não tiver decidido sobre o final de sua vida, a legislação permite que a decisão sobre a suspensão ou não aplicação de tratamentos médicos possa ser tomada pelo seu cônjuge ou companheiro; ou por parentes consanguíneos até o primeiro grau (GIORGIS, online, 2009).

A legislação uruguaia prevê que o testamento vital seja assinado pelo testador na presença de duas testemunhas ou através de escritura pública ou ato notarial, sendo o mesmo anexado ao histórico clínico do declarante. A exemplo do que acontece com o testamento patrimonial, o testamento vital, segundo o ordenamento jurídico uruguaio, pode ser revogado a qualquer tempo pelo declarante, seja por ato escrito ou verbal. Deve, ainda, o médico, ao proceder com o cumprimento de um testamento vital, informar ao Comitê de Bioética da instituição de saúde em que trabalha para que o mesmo possa se manifestar quanto ao cumprimento da declaração. Para atestar quanto ao diagnóstico de doença terminal, é necessária a confirmação por um segundo profissional de saúde e, aí sim, dar efetivo cumprimento ao testamento (GIORGIS, online, 2009).

4. Da (des)necessidade da legislação do testamento vital no Brasil:

O instituto do testamento vital, aqui defendido como manifestação da liberdade individual, atualmente, não se encontra legislado em nosso ordenamento jurídico, o que podemos afirmar a existência de um “*vácuo legislativo*”, devendo, para tanto, pautar, fundamentalmente, nas orientações principiológicas.

Como dito, a manifestação da liberdade e da autonomia humana representam o próprio reconhecimento da dignidade humana em sua expressão, como direito inato, desde que tal manifestação não possa causar prejuízos aos interesses de outrem, na percepção defendida por STUART MILL.

Todavia, o trabalho legislativo não pode ser visto tão-somente como um trabalho limitativo ou restritivo dos direitos humanos. O legislador não pode ser mais visto como um agente de restrição das liberdades ou de inimigo dos direitos. O trabalho legislativo deve pautar em uma agenda de conformação de sua atividade com a previsão de direitos, de modo que a intervenção legislativa não seja apenas restritiva (CANOTILHO, 2008, p. 207 – 208).

Assim, ensina o mestre CANOTILHO (2008, p. 208):

(...) Este argumento reduz, em primeiro lugar, o sentido da conformação legislativa, pois a intervenção do legislador não é necessariamente restritiva. Pode ser “concretizadora”, “classificadora”, “densificadora”, “constitutiva” de direitos, e não apenas restritiva. Além disso, a ideia tradicional de que “só a lei pode restringir direitos, liberdades e garantias” exprime a ideia contrária, precisamente a de que, na senda da tradição liberal (lei como instrumento da defesa da liberdade e da propriedade), ainda confia ao legislador (e só a ele!) a tarefa ineliminável de restrição de direitos para a defesa de outros direitos.

Destacando a dignidade da pessoa humana, como elemento irradiador dos direitos fundamentais, SARLET (2010, p. 135) destaca que o uso da expressão “*proteção pela dignidade*” se refere à função do princípio da dignidade da pessoa humana “*no contexto dos assim denominados limites dos direitos fundamentais*”.

É certo, por parte da doutrina, que não existem direitos absolutos, no sentido de uma total imunidade a qualquer espécie de restrição. Mas a limitação imposta aos direitos fundamentais visa, justamente, a coibir eventual abuso que possa conduzir ao “*esvaziamento ou até mesmo à sua supressão*” (SARLET, 2010, p. 135).

Quando se fala em restrição aos direitos fundamentais, é importante ressaltar que estes podem sofrer referidas restrições, mas é certo que a essência da dignidade humana, existente em cada direito fundamental, deva ser mantida e imune a qualquer restrição e a qualquer violação. Assim aponta SARLET (2010, p. 137):

(...) uma violação do núcleo essencial – especialmente do conteúdo em dignidade da pessoa – sempre e em qualquer caso será desproporcional. É precisamente neste sentido – seja qual for o posicionamento adotado – que, nesta quadra da exposição, se poderá falar em proteção dos direitos fundamentais por meio da dignidade da pessoa, que, nesta perspectiva, opera como “limite dos limites” aos direitos fundamentais.

Para sintetizar essa ideia, é interessante destacar a lição de SCHOLLER *apud* SARLET (2010, p. 137), a respeito da aplicação do princípio da proporcionalidade em face do fundamento da dignidade da pessoa humana, quando aquele aponta para o fato de que, uma medida restritiva de direitos fundamentais, inadequada e desnecessária, não é vista como razoável ou apropriada, ou seja, não é proporcional em sentido estrito; mas, por outro lado, mesmo que seja uma restrição adequada e necessária, continuará a ser desproporcional (excessiva) quando implicar ofender a dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista que a matéria, até o presente momento, não foi legislada

de forma positiva, deve o intérprete fazer uso dos princípios, vez que, pela estrutura jurídica de nosso ordenamento vigente, os princípios são comandos que indicam “*estados ideais*” a serem alcançados (BARROSO, 2009, p. 355 – 356).

Segundo ANA PAULA BARCELOS *apud* BARROSO (2009, p. 354),

(...) os princípios “são espécies normativas que se ligam de modo mais direto à ideia de justiça. Assim, como esquema geral, é possível dizer que a estrutura das regras facilita a realização do valor *segurança*, ao passo que os princípios oferecem melhores condições para que a *justiça* possa ser alcançada.

Dentro de um ordenamento jurídico constitucional que prevê a constituição de um Estado Democrático de Direitos, os princípios e as regras desfrutam do mesmo *status* de norma jurídica e passam a integrar, sem qualquer grau de hierarquia, o sistema referencial do intérprete. Neste aspecto, é criado um ordenamento jurídico de equilíbrio entre a aplicação dos princípios e das regras positivadas (BARROSO, 2009, p. 355).

Desta forma, a normatização do testamento vital em nosso ordenamento jurídico, deve atender, em primeiro plano, a dignidade humana de um paciente em estado terminal, em quadro irreversível ou incurável e; em segundo plano, a norma, quando promulgada, deverá ser proporcional, adequada e necessária, justamente pelo fato de atender a este núcleo central de cada direito fundamental, em especial, o direito à vida e o direito ao término da vida também com dignidade.

Sem sombra de dúvida que a vida humana é um valor que deve ser defendido por qualquer grupo político que venha a assumir o poder, todavia, há um espaço jurídico para a interpretação que reconhece a existência da dignidade da pessoa humana em situações democráticas (BARROSO, 2009, p. 356).

Os princípios permitem a abertura de um espaço de indeterminação, no qual os fundamentos filosóficos e ideológicos do intérprete ganham espaço para a demarcação de seu conteúdo. Diante disso, é interessante a lição de BARROSO (2009, p. 356) a respeito das características que os princípios apresentam em um ordenamento jurídico democrático:

Essa característica dos princípios, aliás, é que permite que a norma se adapte, ao longo do tempo, a diferentes realidades, além de permitir a concretização do princípio da maioria, inerente ao regime democrático.

Como atesta MILL (2010, p. 134), o direito de morrer de forma digna,

amparado por uma legislação que reconhece como núcleo do direito fundamental a dignidade da pessoa humana, não afeta o patrimônio de ninguém, tendo em vista que a manifestação da autonomia é corolário do reconhecimento da própria condição humana.

Nesse sentido, SARLET (2010, p. 138) reconhece que a proteção deve ser dada em um âmbito individual e não podendo ser discutida em um âmbito coletivo:

Embora não se possa adentrar o debate com profundidade, entendemos que a prevalência da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial sempre é, em primeiro plano, de ser aferida na situação concreta, da pessoa diretamente atingida, não podendo ser dissolvida no contexto coletivo (...).

Desta feita, com fulcro nessas orientações doutrinárias é que defendemos a ideia da aplicação do testamento vital em nosso ordenamento jurídico, ainda que a matéria não se encontre legislada, mas pelo fato da integração interpretativa que pode ser construída em cima do tema, com respaldo, essencialmente, no fundamento da dignidade da pessoa humana e na proteção integral ao direito à vida digna, pois este somente estaria sendo violado se estivesse em um determinado estágio de qualidade ou em condições de propiciar ao seu titular momentos de prazer e deleite ou, até mesmo, recuperação física de seu quadro clínico.

O fato de estar encostado em um leito de hospital ou de uma clínica, em um estado vegetativo, sendo mantido por aparelhos e medicamentos e submetido a tratamentos sacrificantes, não representa qualquer qualidade de vida ao paciente e, quanto menos aos familiares e amigos que acompanham os momentos de angústia e de sofrimento.

Diante da situação de irreversibilidade do quadro, não se justifica a opção pela vida, pois o “viver” já deixou de ser digno e, neste aspecto, passa a afetar a própria dignidade da pessoa do paciente que sofre amargamente as incursões terapêuticas desnecessárias.

Os casos apontados pela classe médica, nessas situações, são orientativos para que o Legislativo brasileiro possa se sensibilizar com o caso e passar a discutir, de forma mais aberta e madura, sobre a possibilidade de permitir que o próprio indivíduo teste sobre o final de sua vida, caso venha a se encontrar em uma situação incurável.

Legislar sobre a hipótese de elaboração do testamento vital em nosso ordenamento apenas privilegia a aplicação do princípio da Bioética da autonomia dos pacientes, pois, *“abre-se a perspectiva deles participarem da decisão no que se refere ao tipo de atendimento que será prestado”* (PIVA; CARVALHO, online, 1993). Em outras palavras, é a possibilidade do paciente de decidir, de forma autônoma, sobre o pronunciamento de sua própria vida diante de situações extremas.

Em caso de legislação acerca do tema, o legislador deve ter o cuidado de taxar, de forma objetiva, os casos permissíveis e aceitáveis para o reconhecimento e validade de um testamento dessa natureza. Pois, como dizemos anteriormente, a decisão pela vida nos permite refletir posteriormente sobre o caminho tomado, mas o veredicto pelo testamento vital não nos permite uma segunda chance quando o mesmo é cumprido.

Ao lado desses fundamentos, deve ser levada em consideração, no caso de legislação do testamento vital, a observância e aplicação do princípio da justiça, ainda que não venha a ser o prevalente sobre os demais princípios norteadores. Porém, o *“mau uso dos princípios da beneficência, não-maleficência e autonomia pode levar a uma aplicação incorreta do princípio da justiça”* (PIVA; CARVALHO, online, 1993).

Lepargneur *apud* MALUF (2010, p. 309) defende a ideia de regulamentação do testamento vital, com a mesma perspectiva:

(...) a proximidade da morte não significa a negação da vida – com todos os seus desdobramentos -, mas sim a interrupção paulatina da existência à qual a doença vem retirar toda a dignidade, onde num fervoroso debate bioético discute-se o prolongamento artificial de uma vida “vegetativa”.

Tal decisão, inclusive, beneficia a própria manutenção do sistema de saúde, o qual seria poupado por evitar esforços considerados desnecessários, todavia, este não é o ponto central desta discussão, o que permitiria um desvio do debate então proposto.

O trabalho legislativo deve assumir um comportamento de defensor dos direitos fundamentais com a sua essência definida na dignidade da pessoa humana, de modo a definir uma normatização pautada nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade sem se afastar do núcleo central dos direitos fundamentais, mantendo imperturbada a relação de possíveis colisões entre os *“direitos definitivos”*, de modo a exigir um comportamento de ponderação, de harmonização

de valores do legislador, e não de um “*legislador limitador*” (CANOTILHO, 2008, p. 208).

Desta forma, entendo que diante do sistema constitucional principiológico implantado pela Constituição da República de 1988, não há necessidade de legislar o referido instituto do testamento vital, bastando, para tanto, a invocação do fundamento republicano da dignidade da pessoa humana e do princípio da proteção à vida de forma digna, além dos princípios norteadores da Bioética e do Biodireito.

Em caso de legislação da matéria, acreditamos que a necessidade de tal medida legislativa se cinge, apenas, para fixar a forma da realização do ato e os casos taxativos que devem ser fixados para a lavratura do testamento, de modo que tal legislação, caso seja aprovada, não atinja o núcleo de direitos fundamentais e preserve os princípios então orientadores do instituto.

CONCLUSÃO

O testamento vital, no sentido de ser uma alternativa jurídica, se apresenta como instrumento para a preservação e valorização da autonomia humana, beneficência e justiça social, devendo prevalecer o bom-senso, diante situações irreversíveis ou incuráveis, consideradas como terminais, em homenagem ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Além do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, os princípios de ordem ética, tais como a beneficência, autonomia, não-maleficência e justiça devem ser preservados e servir de pauta para a tomada da decisão pela lavratura do testamento vital. Este, portanto, em uma *prima facie* se apresenta como uma alternativa que valoriza e reconhece o direito de qualquer indivíduo se manifestar sobre a possível intervenção médica ou não, no momento da terminalidade da sua vida. O reconhecimento da autonomia humana é o reconhecimento da própria condição humana.

Assumir a defesa do testamento vital como expressão do direito de morrer, não é negar a própria vida. A defesa sempre será pela vida com dignidade. A partir do momento em que a vida não se apresenta mais em condições digna de sua continuidade, o sofrimento, a dor, o abalo psicológico do paciente e dos membros da família, deve ser evitado ou abreviado.

Da mesma forma que o direito à vida é defendido, não só pela legislação vigente, mas também pela jurisprudência e doutrina pátria, deve-se partir para o discurso e a *práxis* da defesa do direito de morrer com dignidade diante de situações em que a vida natural encontra seus próprios limites.

O testamento vital ou a declaração antecipada de vontade serve para elevar a autonomia do poder decisório do indivíduo, fazendo com que sua manifestação de vontade perdure, atravessando todos os processos vitais e de morte do paciente. Nessa perspectiva, o testamento vital se apresenta como instrumento que permite que o indivíduo consciente estabeleça valores próprios para a sua vida e manifeste livremente a sua vontade sobre o fim de sua própria vida, sem que tal manifestação possa afetar interesses de alguém.

Defender o testamento vital como expressão do direito de morrer, não é negar a própria vida. A defesa sempre será pela vida com dignidade. A partir do

momento em que a vida não se apresenta mais em condições digna de sua continuidade, o sofrimento, a dor, o abalo psicológico do paciente e dos membros da família, deve ser abreviado.

A manifestação quanto à forma de ser tratado no momento da própria terminalidade é o reconhecimento da autonomia e liberdade individual como algo inerente à própria condição humana como direito fundamental.

Nas linhas do pensamento de JOHN MILL, a individualidade humana representa o somatório permitido do senso comum e da experiência, ou seja, o modo de abordar a própria existência é o melhor para cada indivíduo, pois é a própria vontade de cada indivíduo. Assim, a autonomia defendida na perspectiva de MILL, quando atingida, justifica-se levando em conta outros objetivos desejáveis, úteis à própria pessoa, sem que possa causar qualquer prejuízo aos interesses de outrem.

A lavratura do testamento vital ou da declaração de vontade antecipada, não afeta qualquer interesse de terceiros, uma vez que, na concepção de Heidegger, ninguém vive a morte do outro; o processo morte é um processo que se vive em si próprio. Portanto, as questões de ordem pessoal, tais como: a saudade de um parente ou a vontade de ter o ente próximo, não podem ser levadas em consideração, pois não estão vinculadas a qualquer questão jurídica que possa impedir do reconhecimento da vontade própria quanto ao fato de como terminar a vida.

A questão da liberdade individual para MILL é vista como o elemento fundamental para o desenvolvimento de toda humanidade. Através da liberdade, é possível a manifestação das diversidades, as quais se apresentam como ingredientes necessários para o alcance da verdade.

Apenas em um cenário jurídico democrático será possível permitir que a liberdade humana possa se transformar em felicidade e, conseqüentemente, autorizar que o próprio indivíduo manifeste sobre a sua terminalidade vital.

A individualidade humana, em especial, quanto da lavratura do testamento sobre a terminalidade da vida, é a representação da soma tolerável de senso comum e experiência, sendo que o seu próprio modo de abordar a sua existência é o melhor, não porque é o melhor em si mesmo, mas porque é o seu próprio modo. A liberdade de um indivíduo é elemento essencial para a manifestação de sua própria opinião. A ideia de individualidade humana é

contracenada com as ideias de costumes sociais, sendo que os desejos e os impulsos são particulares a determinado indivíduo, como expressões de sua própria natureza, desenvolvida e modificada por sua própria cultura.

A individualidade exige, assim, a mudança de comportamento costumeiro, de modo a permitir o surgimento de novos modos de ação e costumes sociais que sejam mais apropriados e dignos a cada forma do viver.

Por fim, destacamos trecho da Carta escrita na Congregação Católica para a Doutrina da Fé (*Donum Vitae*):

(...) também nessa área da ciência médica o critério fundamental deve ser a defesa e promoção do bem integral do homem, de acordo com a dignidade única que nos é conferida por nossa condição humana. Conseqüentemente, torna-se evidente que qualquer procedimento médico está sujeito a limites: não apenas os limites do que é tecnicamente possível, mas também limites determinados pelo respeito à própria natureza humana, assimilada em sua integralidade: “o que é tecnicamente possível não é, por aquela razão, moralmente admissível”.

BIBLIOGRAFIA

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Patrimônio Genético Humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Editora Método, 2004.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ANDRADE, Regis de Castro. *Kant: a liberdade, o indivíduo e a república, in: Os clássicos da política*. v. 2. Org.: Francisco C. Weffort. São Paulo: Editora Ática, 2006.

ARAÚJO, Ana Laura Vallarelli Gutierrez. *Biodireito Constitucional: uma introdução, in: Biodireito Constitucional: questões atuais*. Coord.: Garcia, Maria; et.al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

BALBACHEVSKY, Elizabeth. *Stuart Mill: liberdade e representação, in: Os clássicos da política*. v. 2. Org.: Francisco C. Weffort. São Paulo: Editora Ática, 2006.

BARBOUR, IAN G. *Quando a Ciência encontra a Religião: inimigas, estranhas ou parceiras?* Tradução: Paulo Salles. São Paulo: Editora Cultrix, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 8ª tiragem. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 34ª edição. Organizador Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil brasileiro*. 55ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte:

Editora Forum, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva. 2009.

_____. *Constituição Federal Anotada*. 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CÂMARA DOS DEPUTADOS FEDERAIS. Projeto de Lei nº 6.715/2009. Disponível: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465323>> Acesso em 13 de dezembro de 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1ª ed. brasileira; 2ª ed. portuguesa. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.480, de 21 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm> Acesso: 08 de dezembro de 2011.

_____. Resolução nº 1.931, de 13 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm> Acesso: 08 de dezembro de 2011.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Testamento Vital*. Disponível em: <<http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Destaques&id=131>> Acesso: 08 de dezembro de 2011.

DEUTSCHE WELLE. *Parlamento alemão aprova lei sobre testamento vital após longo debate ético*. 18 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,,4406450,00.html>> Acesso: 08 de dezembro de 2011.

DIÁRIO DE NOTÍCIAS. *Espanha aprovou 'testamento vital'*. 2005. Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/interior.aspx?content_id=610646> Acesso: 08 de dezembro de 2011.

_____. *Aprovada legislação sobre testamento vital e paliativos*. 16/09/2011. Disponível em: < http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=2000093> Acesso: 08 de dezembro de 2011.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. 6ª ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo, Revisão: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. *Ética e Ficção: de Aristóteles a Tolkien*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2010.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 4ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCIA, Maria. *Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: RT, 2004.

GEISLER, Norman; BOCCHINO, Peter. *Fundamentos Inabaláveis*. Tradução por Heber Carlos de Campos. São Paulo: Editora Vida, 2003.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *O testamento vital uruguaio*. 25 de março de 2009. Disponível em: < http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=14296> Acesso em 08 de dezembro de 2011.

GODINHO, Adriano Marteleto. *Testamento vital e o ordenamento brasileiro*. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15066/testamento-vital-e-o-ordenamento-brasileiro>> Acesso em: 30 de novembro de 2011.

GOLDIM, José Roberto. *Consentimento Informado: primeiro uso em sentença*. Núcleo Interinstitucional de Bioética da Universidade do Rio Grande do Sul. Hospital das Clínicas de Porto Alegre, Porto Alegre. Disponível em:<<http://www.ufrgs.br/bioetica/salgo.htm>> Acesso em: 30 de novembro de 2011.

_____. *Primeira sentença judicial sobre a necessidade do uso de consentimento*. Núcleo Interinstitucional de Bioética da Universidade do Rio Grande do Sul. Hospital das Clínicas de Porto Alegre, Porto Alegre. Disponível em:<<http://www.ufrgs.br/bioetica/conslate.htm>> Acesso em: 30 de novembro de

2011.

GOLDIM, José Roberto. *O direito de morrer*. Revista Consulex. Brasília, 15 de junho de 2010. Ano XIV, nº322.

HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*. Tradução: Karina Jannini. Revisão da Tradução: Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 5ª ed. Tradução rev. e apresentada por Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011.

HELMOCKT SOCIETY. 2011. Disponível em: <<http://www.hemlockflorida.org>> Acesso em 08 de dezembro de 2011.

HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos: uma história*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

IACOMINI, Vanessa. *Biodireito e o combate à Biopirataria*. Curitiba: Juruá. 2009.

JESUS, Carlos Frederico Ramos de. *Conceito de Direito em Kant, in: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 16, abril-junho de 2008, nº63. São Paulo: RT, 2008.

JONAS, Hans. *O Princípio Vida: fundamentos para uma biologia filosófica*. Tradução de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2004.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodium. 2011.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução por Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KIPPER, Délio José. *Os Problemas das decisões médicas envolvendo o fim da vida e propostas para nossa realidade*. In: Revista Bioética. v.7, nº01, ano 7, 1999. IS SN: 1983-8034. Disponível: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/issue/view/21> Acesso em 13 de dezembro de 2011.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *As liberdades de expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF, in: Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Coord.: Daniel Sarmiento e Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIMA, Carlos Vital. *Ortotanásia e cuidados paliativos: instrumentos de preservação da dignidade humana*. *Consulex*. Brasília, 15 de junho de 2010. Ano XIV, nº322.

LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. *Introdução ao Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira, et. al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva – IDP. 2007.

MILL, Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução: Ari R. Tank Brito. São Paulo: Hedra, 2010.

MORAIS, Inês Motta. *Autonomia pessoal e morte*. In: *Revista Bioética*. v. 18, nº 2. ISSN: 1983-8034. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/565> Acesso em 13 de dezembro de 2011.

MOREIRA, Luiz. *Dominação das consciências e teologização do Estado, in: Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia*. Organizadores: Günter Frankenberg; Luiz Moreira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MYSZEZUK, Ana Paula; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Bioética, Biodireito e interpretação (bio)constitucional; in: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Brasília: 2008.

PAIM, Antônio, et. al. *Introdução Histórica ao Liberalismo: formulação inicial na obra de Locke e Kant*. v. I. Rio de Janeiro: Editora Central da Universidade Gama Filho, 1996.

PIVA, Jefferson Pedro; CARVALHO, Paulo R. Antonacci. *Considerações éticas nos cuidados médicos do paciente terminal*. In: *Revista Bioética*. v.1, ano 2, 1993. ISSN: 1983-8034. Disponível: <

http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/search/advancedResults>
Acesso em 13 de dezembro de 2011.

PORTUGAL, República de. Disponível em:
<<http://tv1.rtp.pt/noticias/index.php?t=Aprovado-testamento-vital-na-Assembleia-da-Republica.rtp&article=222854&layout=10&visual=3&tm=9>> Acesso em 17 de agosto de 2011.

SANCHEZ, Jesús Hortal. et. al. *A Carta Encíclica Evangelium Vitae refletindo sobre o valor incomparável da vida humana*. Revista Magis: Cadernos de Fé e Cultura. ISSN: 1676-7748. Rio de Janeiro: PUC/RJ – Centro Loyola de Fé e Cultura. Disponível em: <<http://www.clfc.puc-rio.br/pdf/fc10.pdf>>, Acesso em 05 de dezembro de 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia*. In: *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos*. Coordenadores: Daniel Sarmiento e Flávia Piovesan. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudos de Direito Constitucional*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHUMACHER, Bernard N. *Confrontos com a morte: a filosofia contemporânea e a questão da morte*. Tradução: Lúcia Pereira de Sousa. São Paulo: Edições Loyola, 2009.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 116/2000. Disponível: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=43807>
Acesso em 13 de dezembro de 2011.

TERRA, Ricardo Ribeiro. *Ideia de uma História Universal de um ponto de vista cosmopolita*. Tradução por Rodrigo Naves e Ricardo Ribeiro Terra. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. *O princípio ético da solidariedade como fundamento para a cooperação internacional*, in: *Direitos Humanos: estudos em*

homenagem ao Professor Fábio Konder Comparato. Coord.: Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux. Salvador: JusPodium. 2010.

UNESCO. *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*. Disponível: <<http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/bioethics/bioethics-and-human-rights/>> Acesso em 30 de novembro de 2011.

ANEXOS



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 9.434, DE 4 DE FEVEREIRO DE 1997.

[Regulamento](#)

Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

[Mensagem de veto](#)

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo.

Art. 2º A realização de transplante ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderá ser realizada por estabelecimento de saúde, público ou privado, e por equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde.

Parágrafo único. A realização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos e partes do corpo humano só poderá ser autorizada após a realização, no doador, de todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação exigidos em normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Saúde. [\(Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001\)](#)

CAPÍTULO II

DA DISPOSIÇÃO POST MORTEM DE TECIDOS, ÓRGÃOS E PARTES DO CORPO HUMANO PARA FINS DE TRANSPLANTE.

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

§ 1º Os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames referentes aos diagnósticos de morte encefálica e cópias dos documentos de que tratam os arts. 2º, parágrafo único; 4º e seus parágrafos; 5º; 7º; 9º, §§ 2º, 4º, 6º e 8º, e 10, quando couber, e detalhando os atos cirúrgicos relativos aos transplantes e enxertos, serão mantidos nos arquivos das instituições referidas no art. 2º por um período mínimo de cinco anos.

§ 2º Às instituições referidas no art. 2º enviarão anualmente um relatório contendo os nomes dos pacientes receptores ao órgão gestor estadual do Sistema único de Saúde.

§ 3º Será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica.

Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. [\(Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001\)](#)

Parágrafo único. [\(VETADO\) \(Incluído pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001\)](#)

§ 1º [\(Revogado pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001\)](#)

§ 2º [\(Revogado pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001\)](#)

§ 3º [\(Revogado pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001\)](#)

§ 4º [\(Revogado pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001\)](#)

§ 5º [\(Revogado pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001\)](#)

Art. 5º A remoção post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa juridicamente incapaz poderá ser feita desde que permitida expressamente por ambos os pais, ou por seus responsáveis legais.

Art. 6º É vedada a remoção post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas.

Art. 7º [\(VETADO\)](#)

Parágrafo único. No caso de morte sem assistência médica, de óbito em decorrência de causa mal definida ou de outras situações nas quais houver indicação de verificação da causa médica da morte, a remoção de tecidos, órgãos ou partes de cadáver para fins de transplante ou terapêutica somente poderá ser realizada após a autorização do patologista do serviço de verificação de óbito responsável pela investigação e citada em relatório de necropsia.

Art. 8º Após a retirada de tecidos, órgãos e partes, o cadáver será imediatamente necropsiado, se verificada a hipótese do parágrafo único do art. 7º, e, em qualquer caso, condignamente recomposto para ser entregue, em seguida, aos parentes do morto ou seus responsáveis legais para sepultamento. [\(Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001\)](#)

CAPÍTULO III

DA DISPOSIÇÃO DE TECIDOS, ÓRGÃOS E PARTES DO CORPO HUMANO VIVO PARA FINS DE TRANSPLANTE OU TRATAMENTO

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. [\(Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001\)](#)

§ 1º [\(VETADO\)](#)

§ 2º [\(VETADO\)](#)

§ 3º Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões

vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

§ 4º O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada.

§ 5º A doação poderá ser revogada pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização.

§ 6º O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde.

§ 7º É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto.

§ 8º O auto-transplante depende apenas do consentimento do próprio indivíduo, registrado em seu prontuário médico ou, se ele for juridicamente incapaz, de um de seus pais ou responsáveis legais.

Art. 9º-A É garantido a toda mulher o acesso a informações sobre as possibilidades e os benefícios da doação voluntária de sangue do cordão umbilical e placentário durante o período de consultas pré-natais e no momento da realização do parto. [\(Incluído pela Lei nº 11.633, de 2007\).](#)

CAPITULO IV

DAS DISPOSIÇÕES COMPLEMENTARES

Art. 10. O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento. [\(Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001\)](#)

§ 1º Nos casos em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida da sua vontade, o consentimento de que trata este artigo será dado por um de seus pais ou responsáveis legais. [\(Parágrafo incluído pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001\)](#)

§ 2º A inscrição em lista única de espera não confere ao pretense receptor ou à sua família direito subjetivo a indenização, se o transplante não se realizar em decorrência de alteração do estado de órgãos, tecidos e partes, que lhe seriam destinados, provocado por acidente ou incidente em seu transporte. [\(Parágrafo incluído pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001\)](#)

Parágrafo único. Nos casos em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida de sua vontade, o consentimento de que trata este artigo será dado por um de seus pais ou responsáveis legais.

Art. 11. É proibida a veiculação, através de qualquer meio de comunicação social de anúncio que configure:

a) publicidade de estabelecimentos autorizados a realizar transplantes e enxertos, relativa a estas atividades;

b) apelo público no sentido da doação de tecido, órgão ou parte do corpo humano para pessoa determinada identificada ou não, ressalvado o disposto no parágrafo único;

c) apelo público para a arrecadação de fundos para o financiamento de transplante ou enxerto em benefício de particulares.

Parágrafo único. Os órgãos de gestão nacional, regional e local do Sistema único de Saúde realizarão periodicamente, através dos meios adequados de comunicação social, campanhas de esclarecimento público dos benefícios esperados a partir da vigência desta Lei e de estímulo à doação de órgãos.

Art. 12. [\(VETADO\)](#)

Art. 13. É obrigatório, para todos os estabelecimentos de saúde notificar, às centrais de notificação, captação e distribuição de órgãos da unidade federada onde ocorrer, o diagnóstico de morte encefálica feito em pacientes por eles atendidos.

Parágrafo único. Após a notificação prevista no caput deste artigo, os estabelecimentos de saúde não autorizados a retirar tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverão permitir a imediata remoção do paciente ou franquear suas instalações e fornecer o apoio operacional necessário às equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante, hipótese em que serão ressarcidos na forma da lei. [\(Incluído pela Lei nº 11.521, de 2007\)](#)

CAPÍTULO V

DAS SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS

SEÇÃO I

Dos Crimes

Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa.

§ 1.º Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 100 a 150 dias-multa.

§ 2.º Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido:

I - incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto:

Pena - reclusão, de três a dez anos, e multa, de 100 a 200 dias-multa

§ 3.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta para o ofendido:

I - Incapacidade para o trabalho;

II - Enfermidade incurável ;

III - perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

IV - deformidade permanente;

V - aborto:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

§ 4.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte:

Pena - reclusão, de oito a vinte anos, e multa de 200 a 360 dias-multa.

Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.

Art. 16. Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena - reclusão, de um a seis anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

Art. 17 Recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena - reclusão, de seis meses a dois anos, e multa, de 100 a 250 dias-multa.

Art. 18. Realizar transplante ou enxerto em desacordo com o disposto no art. 10 desta Lei e seu parágrafo único:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Art. 19. Deixar de recompor cadáver, devolvendo-lhe aspecto condigno, para sepultamento ou deixar de entregar ou retardar sua entrega aos familiares ou interessados:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Art. 20. Publicar anúncio ou apelo público em desacordo com o disposto no art. 11:

Pena - multa, de 100 a 200 dias-multa.

Seção II

Das Sanções Administrativas

Art. 21. No caso dos crimes previstos nos arts. 14, 15, 16 e 17, o estabelecimento de saúde e as equipes médico-cirúrgicas envolvidas poderão ser desautorizadas temporária ou permanentemente pelas autoridades competentes.

§ 1.º Se a instituição é particular, a autoridade competente poderá multá-la em 200 a 360 dias-multa e, em caso de reincidência, poderá ter suas atividades suspensas temporária ou definitivamente, sem direito a qualquer indenização ou compensação por investimentos realizados.

§ 2.º Se a instituição é particular, é proibida de estabelecer contratos ou convênios com entidades públicas, bem como se beneficiar de créditos oriundos de instituições governamentais ou daquelas em que o Estado é acionista, pelo prazo de cinco anos.

Art. 22. As instituições que deixarem de manter em arquivo relatórios dos transplantes realizados, conforme o disposto no art. 3.º § 1.º, ou que não enviarem os relatórios mencionados no art. 3.º, § 2.º ao órgão de gestão estadual do Sistema único de Saúde, estão sujeitas a multa, de 100 a 200 dias-multa.

§ 1º Incorre na mesma pena o estabelecimento de saúde que deixar de fazer as notificações previstas no art. 13 desta Lei ou proibir, dificultar ou atrasar as hipóteses definidas em seu parágrafo único. ([Redação dada pela Lei nº 11.521, de 2007](#))

§ 2.º Em caso de reincidência, além de multa, o órgão de gestão estadual do Sistema Único de Saúde poderá determinar a desautorização temporária ou permanente da instituição.

Art. 23. Sujeita-se às penas do art. 59 da [Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962](#), a empresa de comunicação social que veicular anúncio em desacordo com o disposto no art. 11.

CAPÍTULO VI

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 24. ([VETADO](#))

Art. 25. Revogam-se as disposições em contrário, particularmente a [Lei n.º 8.489, de 18 de novembro de 1992](#), e [Decreto n.º 879, de 22 de julho de 1993](#).

Brasília, 4 de fevereiro de 1997; 176.º da Independência e 109.º da República.

FERNANDO
Nelson
Carlos César de Albuquerque

HENRIQUE
A.

CARDOSO
Jobim

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 5.2.1997



RESOLUÇÃO CFM nº 1.480/97

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958 e,

CONSIDERANDO que a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, determina em seu artigo 3º que compete ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios para diagnóstico de morte encefálica;

CONSIDERANDO que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial;

CONSIDERANDO o ônus psicológico e material causado pelo prolongamento do uso de recursos extraordinários para o suporte de funções vegetativas em pacientes com parada total e irreversível da atividade encefálica;

CONSIDERANDO a necessidade de judiciosa indicação para interrupção do emprego desses recursos;

CONSIDERANDO a necessidade da adoção de critérios para constatar, de modo indiscutível, a ocorrência de morte;

CONSIDERANDO que ainda não há consenso sobre a aplicabilidade desses critérios em crianças menores de 7 dias e prematuros,

RESOLVE:

Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

Art. 2º. Os dados clínicos e complementares observados quando da caracterização da morte encefálica deverão ser registrados no "termo de declaração de morte encefálica" anexo a esta Resolução.

Parágrafo único. As instituições hospitalares poderão fazer acréscimos ao presente termo, que deverão ser aprovados pelos Conselhos Regionais de Medicina da sua jurisdição, sendo vedada a supressão de qualquer de seus itens.

Art. 3º. A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida.

Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia.

Art. 5º. Os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização da morte encefálica serão definidos por faixa etária, conforme abaixo especificado:

- a) de 7 dias a 2 meses incompletos - 48 horas
- b) de 2 meses a 1 ano incompleto - 24 horas
- c) de 1 ano a 2 anos incompletos - 12 horas
- d) acima de 2 anos - 6 horas

Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte

encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca:

- a) ausência de atividade elétrica cerebral ou,
- b) ausência de atividade metabólica cerebral ou,
- c) ausência de perfusão sangüínea cerebral.

Art. 7º. Os exames complementares serão utilizados por faixa etária, conforme abaixo especificado:

- a) acima de 2 anos - um dos exames citados no Art. 6º, alíneas "a", "b" e "c";
- b) de 1 a 2 anos incompletos: um dos exames citados no Art. 6º, alíneas "a", "b" e "c". Quando optar-se por eletroencefalograma, serão necessários 2 exames com intervalo de 12 horas entre um e outro;
- c) de 2 meses a 1 ano incompleto - 2 eletroencefalogramas com intervalo de 24 horas entre um e outro;
- d) de 7 dias a 2 meses incompletos - 2 eletroencefalogramas com intervalo de 48 horas entre um e outro.

Art. 8º. O Termo de Declaração de Morte Encefálica, devidamente preenchido e assinado, e os exames complementares utilizados para diagnóstico da morte encefálica deverão ser arquivados no próprio prontuário do paciente.

Art. 9º. Constatada e documentada a morte encefálica, deverá o Diretor-Clínico da instituição hospitalar, ou quem for delegado, comunicar tal fato aos responsáveis legais do paciente, se houver, e à Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos a que estiver vinculada a unidade hospitalar onde o mesmo se encontrava internado.

Art. 10. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação e revoga a Resolução CFM nº 1.346/91.

Brasília-DF, 08 de agosto de 1997.

WALDIR PAIVA MESQUITA
Presidente

ANTÔNIO HENRIQUE PEDROSA NETO
Secretário-Geral

Publicada no D.O.U. de 21.08.97 Página 18.227

IDENTIFICAÇÃO DO HOSPITAL

TERMO DE DECLARAÇÃO DE MORTE ENCEFÁLICA
(Res. CFM nº 1.480 de 08/08/97)

NOME: _____

PAI: _____

MÃE: _____

IDADE: _____ ANOS _____ MESES _____ DIAS DATA DE
NASCIMENTO ____/____/____

SEXO: M F RAÇA: A B N Registro Hospitalar: _____

A. CAUSA DO COMA

A.1 - Causa do Coma:

A.2. Causas do coma que devem ser excluídas durante o exame

a) Hipotermia () SIM () NÃO

b) Uso de drogas depressoras do sistema nervoso central () SIM () NÃO

Se a resposta for sim a qualquer um dos itens, interrompe-se o protocolo

B. EXAME NEUROLÓGICO - Atenção: verificar o intervalo mínimo exigível entre as avaliações clínicas, constantes da tabela abaixo:

IDADE INTERVALO

7 dias a 2 meses incompletos 48 horas

2 meses a 1 ano incompleto 24 horas

1 ano a 2 anos incompletos 12 horas

Acima de 2 anos 6 horas

(Ao efetuar o exame, assinalar uma das duas opções SIM/NÃO. obrigatoriamente, para todos os itens abaixo)

Elementos do exame neurológico Resultados

1º exame 2º exame

Coma aperceptivo ()SIM ()NÃO ()SIM ()NÃO

Pupilas fixas e arreativas ()SIM ()NÃO ()SIM ()NÃO

Ausência de reflexo córneo-palpebral ()SIM ()NÃO ()SIM ()NÃO

Ausência de reflexos oculocefálicos ()SIM ()NÃO ()SIM ()NÃO

Ausência de respostas às provas calóricas ()SIM ()NÃO ()SIM ()NÃO

Ausência de reflexo de tosse ()SIM ()NÃO ()SIM ()NÃO

Apnéia ()SIM ()NÃO ()SIM ()NÃO

C. ASSINATURAS DOS EXAMES CLÍNICOS - (Os exames devem ser realizados por profissionais diferentes, que não poderão ser integrantes da equipe de remoção e transplante.

1 - PRIMEIRO EXAME 2 - SEGUNDO EXAME

DATA: ___/___/___ HORA: ___:___

DATA: ___/___/___ HORA: ___:___

NOME DO MÉDICO: _____ NOME DO

MÉDICO: _____

CRM: _____ FONE: _____

CRM: _____ FONE: _____

END.: _____

END.: _____

ASSINATURA: _____ ASSINATURA: _____

D. EXAME COMPLEMENTAR - Indicar o exame realizado e anexar laudo com identificação do médico responsável.

1. Angiografia Cerebral 2. Cintilografia Radioisotópica 3. Doppler Transcraniano 4. Monitorização da pressão intra-craniana 5. Tomografia computadorizada com

xenônio

6. Tomografia por emissão de foton único 7. EEG 8. Tomografia por emissão de positrons 9. Extração Cerebral de oxigênio 10. outros (citar)

E. OBSERVAÇÕES

1 - Interessa, para o diagnóstico de morte encefálica, exclusivamente a arreatividade supraespinal. Consequentemente, não afasta este diagnóstico a presença de sinais de reatividade infraespinal (atividade reflexa medular) tais como: reflexos osteotendinosos ("reflexos profundos"), cutâneo-abdominais, cutâneo-plantar em flexão ou extensão, cremastérico superficial ou profundo, ereção peniana reflexa, arrepio, reflexos flexores de retirada dos membros inferiores ou superiores, reflexo tônico cervical.

2 - Prova calórica

2.1 - Certificar-se de que não há obstrução do canal auditivo por cerumem ou qualquer outra condição que dificulte ou impeça a correta realização do exame.

2.2 - Usar 50 ml de líquido (soro fisiológico, água, etc) próximo de 0 grau Celsius em cada ouvido.

2.3 - Manter a cabeça elevada em 30 (trinta) graus durante a prova.

2.4 - Constatar a ausência de movimentos oculares.

3 - Teste da apnéia

No doente em coma, o nível sensorial de estímulo para desencadear a respiração é alto, necessitando-se de pCO_2 de até 55 mmHg, fenômeno que pode determinar um tempo de vários minutos entre a desconexão do respirador e o aparecimento dos movimentos respiratórios, caso a região ponto-bulbar ainda esteja íntegra. A prova da apnéia é realizada de acordo com o seguinte protocolo:

3.1 - Ventilar o paciente com O_2 de 100% por 10 minutos.

3.2 - Desconectar o ventilador.

3.3 - Instalar catéter traqueal de oxigênio com fluxo de 6 litros por minuto.

3.4 - Observar se aparecem movimentos respiratórios por 10 minutos ou até quando o pCO_2 atingir 55 mmHg.

4 - Exame complementar. Este exame clínico deve estar acompanhado de um exame complementar que demonstre inequivocadamente a ausência de circulação sanguínea intracraniana ou atividade elétrica cerebral, ou atividade metabólica cerebral. Observar o disposto abaixo (itens 5 e 6) com relação ao tipo de exame e faixa etária.

5 - Em pacientes com dois anos ou mais - 1 exame complementar entre os abaixo mencionados:

5.1 - Atividade circulatória cerebral: angiografia, cintilografia radioisotópica, doppler transcraniano, monitorização da pressão intracraniana, tomografia computadorizada com xenônio, SPECT.

5.2 - Atividade elétrica: eletroencefalograma.

5.3 - Atividade metabólica: PET, extração cerebral de oxigênio.

6 - Para pacientes abaixo de 02 anos:

6.1 - De 1 ano a 2 anos incompletos: o tipo de exame é facultativo. No caso de eletroencefalograma são necessários 2 registros com intervalo mínimo de 12 horas.

6.2 - De 2 meses a 1 ano incompleto: dois eletroencefalogramas com intervalo de 24 horas.

6.3 - De 7 dias a 2 meses de idade (incompletos): dois eletroencefalogramas com intervalo de 48 h.

7 - Uma vez constatada a morte encefálica, cópia deste termo de declaração deve obrigatoriamente ser enviada ao órgão controlador estadual (Lei 9.434/97, Art. 13).

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Secretaria Geral Parlamentar
Departamento de Documentação e Informação

LEI Nº 10.241, DE 17 DE MARÇO DE 1999

(Projeto de lei nº 546/97, do deputado Roberto Gouveia - PT)

Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO:
Faço saber que a Assembléia Legislativa decreta e eu promulgo a seguinte lei:

Artigo 1º - A prestação dos serviços e ações de saúde aos usuários, de qualquer natureza ou condição, no âmbito do Estado de São Paulo, será universal e igualitária, nos termos do artigo 2º da Lei Complementar nº 791, de 9 de março de 1995.

Artigo 2º - São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo:

- I - ter um atendimento digno, atencioso e respeitoso;
- II - ser identificado e tratado pelo seu nome ou sobrenome;
- III - não ser identificado ou tratado por:
 - a) números;
 - b) códigos; ou
 - c) de modo genérico, desrespeitoso, ou preconceituoso;
- IV - ter resguardado o segredo sobre seus dados pessoais, através da manutenção do sigilo profissional, desde que não acarrete riscos a terceiros ou à saúde pública;
- V - poder identificar as pessoas responsáveis direta e indiretamente por sua assistência, através de crachás visíveis, legíveis e que contenham:
 - a) nome completo;
 - b) função;
 - c) cargo; e
 - d) nome da instituição;
- VI - receber informações claras, objetivas e compreensíveis sobre:
 - a) hipóteses diagnósticas;
 - b) diagnósticos realizados;
 - c) exames solicitados;
 - d) ações terapêuticas;
 - e) riscos, benefícios e inconvenientes das medidas diagnósticas e terapêuticas propostas;
 - f) duração prevista do tratamento proposto;
 - g) no caso de procedimentos de diagnósticos e terapêuticos invasivos, a necessidade ou não de anestesia, o tipo de anestesia a ser aplicada, o instrumental a ser utilizado, as partes do corpo afetadas, os efeitos colaterais, os riscos e

- conseqüências indesejáveis e a duração esperada do procedimento;
- h)** exames e condutas a que será submetido;
- i)** a finalidade dos materiais coletados para exame;
- j)** alternativas de diagnósticos e terapêuticas existentes, no serviço de atendimento ou em outros serviços; e
- l)** o que julgar necessário;
- VII** - consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados;
- VIII** - acessar, a qualquer momento, o seu prontuário médico, nos termos do artigo 3º da Lei Complementar nº 791, de 9 de março de 1995;
- IX** - receber por escrito o diagnóstico e o tratamento indicado, com a identificação do nome do profissional e o seu número de registro no órgão de regulamentação e controle da profissão;
- X** - vetado;
- a)** vetado;
- b)** vetado;
- c)** vetado;
- d)** vetado;
- e)** vetado; e
- f)** vetado;
- XI** - receber as receitas:
- a)** com o nome genérico das substâncias prescritas;
- b)** datilografadas ou em caligrafia legível;
- c)** sem a utilização de códigos ou abreviaturas;
- d)** com o nome do profissional e seu número de registro no órgão de controle e regulamentação da profissão; e
- e)** com assinatura do profissional;
- XII** - conhecer a procedência do sangue e dos hemoderivados e poder verificar, antes de recebê-los, os carimbos que atestaram a origem, sorologias efetuadas e prazo de validade;
- XIII** - ter anotado em seu prontuário, principalmente se inconsciente durante o atendimento:
- a)** todas as medicações, com suas dosagens, utilizadas; e
- b)** registro da quantidade de sangue recebida e dos dados que permitam identificar a sua origem, sorologias efetuadas e prazo de validade;
- XIV** - ter assegurado, durante as consultas, internações, procedimentos diagnósticos e terapêuticos e na satisfação de suas necessidades fisiológicas:
- a)** a sua integridade física;
- b)** a privacidade;
- c)** a individualidade;
- d)** o respeito aos seus valores éticos e culturais;
- e)** a confidencialidade de toda e qualquer informação pessoal; e
- f)** a segurança do procedimento;
- XV** - ser acompanhado, se assim o desejar, nas consultas e internações por pessoa por ele indicada;
- XVI** - ter a presença do pai nos exames pré-natais e no momento do parto;
- XVII** - vetado;
- XVIII** - receber do profissional adequado, presente no local, auxílio imediato e oportuno para a melhoria do conforto e bem estar;
- XIX** - ter um local digno e adequado para o atendimento;

XX - receber ou recusar assistência moral, psicológica, social ou religiosa;
XXI - ser prévia e expressamente informado quando o tratamento proposto for experimental ou fizer parte de pesquisa;
XXII - receber anestesia em todas as situações indicadas;
XXIII - recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida;

e
XXIV - optar pelo local de morte.

§ 1º - A criança, ao ser internada, terá em seu prontuário a relação das pessoas que poderão acompanhá-la integralmente durante o período de internação.

§ 2º - A internação psiquiátrica observará o disposto na Seção III do Capítulo IV do Título I da Segunda Parte da Lei Complementar nº 791, de 9 de março de 1995.

Artigo 3º - [Vetado:](#)

I - [vetado:](#)

II - [vetado;](#) e

III - [vetado.](#)

Parágrafo único - [Vetado.](#)

Artigo 4º - [Vetado:](#)

I - [vetado;](#) e

II - [vetado.](#)

Parágrafo único - [Vetado.](#)

Artigo 5º - [Vetado.](#)

Parágrafo único - [Vetado.](#)

Artigo 6º - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação. Palácio dos Bandeirantes, 17 de março de 1999.

MÁRIO COVAS

José da Silva Guedes

Secretário da Saúde

Celino Cardoso

Secretário-Chefe da Casa Civil

Antonio Angarita

Secretário do Governo e Gestão Estratégica

Publicada na Assessoria Técnico - Legislativa, aos 17 de março de 1999.

Lei nº 10.241, de 17 de março de 1999

(Projeto de lei nº 546, de 1997, do Deputado Roberto Gouveia - PT)

Partes vetadas pelo Senhor Governador do Estado e mantidas pela Assembléia Legislativa, do projeto que se transformou na [Lei nº 10.241, de 17 de março de 1999](#), dispondo sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado de São Paulo e dando outras providências

O presidente da Assembléia Legislativa:
Faço saber que a Assembléia Legislativa decreta e eu promulgo, nos termos do artigo 28, § 8º, da Constituição do Estado, os seguintes dispositivos da Lei nº 10.241, de 17 de março de 1999, da qual passam a fazer parte integrante:

.....
Artigo 3º - É vedado aos serviços públicos de saúde e às entidades públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas pelo Poder Público:

I - realizar, proceder ou permitir qualquer forma de discriminação entre os usuários dos serviços de saúde;

II - vetado;

III - manter acessos diferenciados para os usuários do Sistema Único de Saúde e quaisquer outros usuários, em face de necessidades de atenção semelhantes.

Parágrafo único - O disposto no inciso III deste artigo compreende também as portas de entrada e saída, salas de estar, guichês, listas de agendamento e filas de espera.

Artigo 4º - Os serviços públicos de saúde e as entidades privadas, conveniadas ou contratadas pelo Poder Público têm que garantir a todos os pacientes e usuários:

I - a igualdade de acesso, em idênticas condições, a todo e qualquer procedimento para a assistência à saúde, médico ou não, inclusive administrativo, que se faça necessário e seja oferecido pela instituição;

II - o atendimento equânime em relação à qualidade dos procedimentos referidos no inciso anterior.

Parágrafo único - O direito à igualdade de condições de acesso a todos os serviços, exames, procedimentos e à sua qualidade, nos termos desta lei, é extensivo às autarquias, institutos, fundações, hospitais universitários e demais entidades públicas ou privadas, que recebam, a qualquer título, recursos do Sistema Único de Saúde.

Artigo 5º - O descumprimento do disposto nesta lei implicará sanções administrativas, civis e penais.

Parágrafo único - Qualquer pessoa é parte legítima para comunicar os casos de descumprimento desta lei ao Conselho Estadual de Saúde.

.....
Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, aos 10 de setembro de 2001.

a) WALTER FELDMAN - Presidente

Publicada na Secretaria da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, aos 10 de setembro de 2001.

a) Auro Augusto Caliman - Secretário Geral Parlamentar

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805/2006

(Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169)

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

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO que os Conselhos de Medicina são ao mesmo tempo julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar, por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente;

CONSIDERANDO o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil;

CONSIDERANDO o art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”;

CONSIDERANDO que cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes;

CONSIDERANDO que o art. 1º da Resolução CFM nº 1.493, de 20.5.98, determina ao diretor clínico adotar as providências cabíveis para que todo paciente hospitalizado tenha o seu médico assistente responsável, desde a internação até a alta;

CONSIDERANDO que incumbe ao médico diagnosticar o doente como portador de enfermidade em fase terminal;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido em reunião plenária de 9/11/2006,

RESOLVE:

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Brasília, 9 de novembro de 2006

EDSON DE OLIVEIRA ANDRADE
Presidente

LÍVIA BARROS GARÇÃO
Secretária-Geral

RESOLUÇÃO CFM Nº 1931/2009

(Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90)

(Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173)

Aprova o Código de Ética Médica.

O **CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**, no uso das atribuições conferidas pela Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto n.º 44.045, de 19 de julho de 1958, modificado pelo Decreto n.º 6.821, de 14 de abril de 2009 e pela Lei n.º 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e, consubstanciado nas Leis n.º 6.828, de 29 de outubro de 1980 e Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999; e

CONSIDERANDO que os Conselhos de Medicina são ao mesmo tempo julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar, por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente;

CONSIDERANDO que as normas do Código de Ética Médica devem submeter-se aos dispositivos constitucionais vigentes;

CONSIDERANDO a busca de melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade;

CONSIDERANDO as propostas formuladas ao longo dos anos de 2008 e 2009 e pelos Conselhos Regionais de Medicina, pelas Entidades Médicas, pelos médicos e por instituições científicas e universitárias para a revisão do atual Código de Ética Médica;

CONSIDERANDO as decisões da IV Conferência Nacional de Ética Médica que elaborou, com participação de Delegados Médicos de todo o Brasil, um novo Código de Ética Médica revisado.

CONSIDERANDO o decidido pelo Conselho Pleno Nacional reunido em 29 de agosto de 2009;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido em sessão plenária de 17 de setembro de 2009.

RESOLVE:

Art. 1º Aprovar o Código de Ética Médica, anexo a esta Resolução, após sua revisão e atualização.

Art. 2º O Conselho Federal de Medicina, sempre que necessário, expedirá Resoluções que complementem este Código de Ética Médica e facilitem sua aplicação.

Art. 3º O Código anexo a esta Resolução entra em vigor cento e oitenta dias após a data de sua publicação e, a partir daí, revoga-se o Código de Ética Médica aprovado pela Resolução CFM n.º 1.246, publicada no Diário Oficial da União, no dia 26 de janeiro de 1988, Seção I, páginas 1574-1579, bem como as demais disposições em contrário.

Brasília, 17 de setembro de 2009

EDSON DE OLIVEIRA ANDRADE

Presidente

LÍVIA BARROS GARÇÃO

Secretária-Geral

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

PREÂMBULO

I – O presente Código de Ética Médica contém as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão, inclusive no exercício de atividades relativas ao ensino, à pesquisa e à administração de serviços de saúde, bem como no exercício de quaisquer outras atividades em que se utilize o conhecimento advindo do estudo da Medicina.

II - As organizações de prestação de serviços médicos estão sujeitas às normas deste Código.

III - Para o exercício da Medicina impõe-se a inscrição no Conselho Regional do respectivo Estado, Território ou Distrito Federal.

IV - A fim de garantir o acatamento e a cabal execução deste Código, o médico comunicará ao Conselho Regional de Medicina, com discipção e fundamento, fatos de que tenha conhecimento e que caracterizem possível infração do presente Código e das demais normas que regulam o exercício da Medicina.

V - A fiscalização do cumprimento das normas estabelecidas neste Código é atribuição dos Conselhos de Medicina, das comissões de ética e dos médicos em geral.

VI - Este Código de Ética Médica é composto de 25 princípios fundamentais do exercício da Medicina, 10 normas diceológicas, 118 normas deontológicas e quatro disposições gerais. A transgressão das normas deontológicas sujeitará os infratores às penas disciplinares previstas em lei.

Capítulo I PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

I - A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.

II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

III - Para exercer a Medicina com honra e dignidade, o médico necessita ter boas condições de trabalho e ser remunerado de forma justa.

IV - Ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da Medicina, bem como pelo prestígio e bom conceito da profissão.

V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.

VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu

benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.

IX - A Medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio.

X - O trabalho do médico não pode ser explorado por terceiros com objetivos de lucro, finalidade política ou religiosa.

XI - O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei.

XII - O médico empenhar-se-á pela melhor adequação do trabalho ao ser humano, pela eliminação e pelo controle dos riscos à saúde inerentes às atividades laborais.

XIII - O médico comunicará às autoridades competentes quaisquer formas de deterioração do ecossistema, prejudiciais à saúde e à vida.

XIV - O médico empenhar-se-á em melhorar os padrões dos serviços médicos e em assumir sua responsabilidade em relação à saúde pública, à educação sanitária e à legislação referente à saúde.

XV - O médico será solidário com os movimentos de defesa da dignidade profissional, seja por remuneração digna e justa, seja por condições de trabalho compatíveis com o exercício ético-profissional da Medicina e seu aprimoramento técnico-científico.

XVI - Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.

XVII - As relações do médico com os demais profissionais devem basear-se no respeito mútuo, na liberdade e na independência de cada um, buscando sempre o interesse e o bem-estar do paciente.

XVIII - O médico terá, para com os colegas, respeito, consideração e solidariedade, sem se eximir de denunciar atos que contrariem os postulados éticos.

XIX - O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência.

XX - A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo.

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

XXIII - Quando envolvido na produção de conhecimento científico, o médico agirá com isenção e independência, visando ao maior benefício para os pacientes e a sociedade.

XXIV - Sempre que participar de pesquisas envolvendo seres humanos ou qualquer animal, o médico respeitará as normas éticas nacionais, bem como protegerá a vulnerabilidade dos sujeitos da pesquisa.

XXV - Na aplicação dos conhecimentos criados pelas novas tecnologias, considerando-se suas repercussões tanto nas gerações presentes quanto nas futuras, o médico zelará para que as pessoas não sejam discriminadas por nenhuma razão vinculada a herança genética, protegendo-as em sua dignidade, identidade e integridade.

Capítulo II DIREITOS DOS MÉDICOS

É direito do médico:

I - Exercer a Medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza.

II - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente.

III - Apontar falhas em normas, contratos e práticas internas das instituições em que trabalhe quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais a si mesmo, ao paciente ou a terceiros, devendo dirigir-se, nesses casos, aos órgãos competentes e, obrigatoriamente, à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

IV - Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará imediatamente sua decisão à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina.

V - Suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina.

VI - Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo Conselho Regional de Medicina da pertinente jurisdição.

VII - Requerer desagravo público ao Conselho Regional de Medicina quando atingido no exercício de sua profissão.

VIII - Decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser dedicado ao paciente, evitando que o acúmulo de encargos ou de consultas venha a prejudicá-lo.

IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

X- Estabelecer seus honorários de forma justa e digna.

Capítulo III **RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL**

É vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

Art. 2º Delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivos da profissão médica.

Art. 3º Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente.

Art. 4º Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu

representante legal.

Art. 5º Assumir responsabilidade por ato médico que não praticou ou do qual não participou.

Art. 6º Atribuir seus insucessos a terceiros e a circunstâncias ocasionais, exceto nos casos em que isso possa ser devidamente comprovado.

Art. 7º Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria.

Art. 8º Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave.

Art. 9º Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por justo impedimento.

Parágrafo único. Na ausência de médico plantonista substituto, a direção técnica do estabelecimento de saúde deve providenciar a substituição.

Art. 10. Acumpliciar-se com os que exercem ilegalmente a Medicina ou com profissionais ou instituições médicas nas quais se pratiquem atos ilícitos.

Art. 11. Receitar, atestar ou emitir laudos de forma secreta ou ilegível, sem a devida identificação de seu número de registro no Conselho Regional de Medicina da sua jurisdição, bem como assinar em branco folhas de receituários, atestados, laudos ou quaisquer outros documentos médicos.

Art. 12. Deixar de esclarecer o trabalhador sobre as condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos empregadores responsáveis.

Parágrafo único. Se o fato persistir, é dever do médico comunicar o ocorrido às autoridades competentes e ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.

Art. 14. Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País.

Art. 15. Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética.

§ 1º No caso de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários.

§ 2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos:

I – criar seres humanos geneticamente modificados;

II – criar embriões para investigação;

III – criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras.

§ 3º Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo.

Art. 16. Intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica, excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação genética da descendência.

Art. 17. Deixar de cumprir, salvo por motivo justo, as normas emanadas dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina e de atender às suas requisições administrativas, intimações ou notificações no prazo determinado

Art. 18. Desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los.

Art. 19. Deixar de assegurar, quando investido em cargo ou função de direção, os direitos dos médicos e as demais condições adequadas para o desempenho ético-profissional da Medicina.

Art. 20. Permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade.

Art. 21. Deixar de colaborar com as autoridades sanitárias ou infringir a legislação pertinente.

Capítulo IV DIREITOS HUMANOS

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Art. 25. Deixar de denunciar prática de tortura ou de procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis, praticá-las, bem como ser conivente com quem as realize ou fornecer meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que as facilitem.

Art. 26. Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la.

Art. 27. Desrespeitar a integridade física e mental do paciente ou utilizar-se de meio que possa alterar sua personalidade ou sua consciência em investigação policial ou de qualquer outra natureza.

Art. 28. Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade.

Parágrafo único. Caso ocorram quaisquer atos lesivos à personalidade e à saúde física ou mental dos pacientes confiados ao médico, este estará obrigado a denunciar o fato à autoridade competente e ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 29. Participar, direta ou indiretamente, da execução de pena de morte.

Art. 30. Usar da profissão para corromper costumes, cometer ou favorecer crime.

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 de iminente risco de morte.

Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

Art. 33. Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo.

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. 35. Exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos.

Art. 36. Abandonar paciente sob seus cuidados.

§ 1º Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou a seu representante legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder.

§ 2º Salvo por motivo justo, comunicado ao paciente ou aos seus familiares, o médico não abandonará o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável e continuará a assisti-lo ainda que para cuidados paliativos.

Art. 37. Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento.

Parágrafo único. O atendimento médico a distância, nos moldes da telemedicina ou de outro método, dar-se-á sob regulamentação do Conselho Federal de Medicina.

Art. 38. Desrespeitar o pudor de qualquer pessoa sob seus cuidados profissionais.

Art. 39 Opor-se à realização de junta médica ou segunda opinião solicitada pelo paciente ou por seu representante legal.

Art. 40. Aproveitar-se de situações decorrentes da relação médico-paciente para obter vantagem física, emocional, financeira ou de qualquer outra natureza.

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

Parágrafo 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.

Capítulo VI

DOAÇÃO E TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS

É vedado ao médico:

Art. 43. Participar do processo de diagnóstico da morte ou da decisão de suspender meios artificiais para prolongar a vida do possível doador, quando pertencente à equipe de transplante.

Art. 44. Deixar de esclarecer o doador, o receptor ou seus representantes legais sobre os riscos decorrentes de exames, intervenções cirúrgicas e outros procedimentos nos casos de transplantes de órgãos.

Art. 45. Retirar órgão de doador vivo quando este for juridicamente incapaz, mesmo se houver autorização de seu representante legal, exceto nos casos permitidos e regulamentados em lei.

Art. 46. Participar direta ou indiretamente da comercialização de órgãos ou de tecidos humanos.

Capítulo VII

RELAÇÃO ENTRE MÉDICOS

É vedado ao médico:

Art. 47. Usar de sua posição hierárquica para impedir, por motivo de crença religiosa, convicção filosófica, política, interesse econômico ou qualquer outro, que não técnico-científico ou ético, que as instalações e os demais recursos da instituição sob sua direção, sejam utilizados por outros médicos no exercício da profissão, particularmente se forem os únicos existentes no local.

Art. 48. Assumir emprego, cargo ou função para suceder médico demitido ou afastado em represália à atitude de defesa de movimentos legítimos da categoria ou da aplicação deste Código.

Art. 49. Assumir condutas contrárias a movimentos legítimos da categoria médica com a finalidade de obter vantagens.

Art. 50. Acobertar erro ou conduta antiética de médico.

Art. 51. Praticar concorrência desleal com outro médico.

Art. 52. Desrespeitar a prescrição ou o tratamento de paciente, determinados por outro médico, mesmo quando em função de chefia ou de auditoria, salvo em situação de indiscutível benefício para o paciente, devendo comunicar imediatamente o fato ao médico responsável.

Art. 53. Deixar de encaminhar o paciente que lhe foi enviado para procedimento especializado de volta ao médico assistente e, na ocasião, fornecer-lhe as devidas informações sobre o ocorrido no período em que por ele se responsabilizou.

Art. 54. Deixar de fornecer a outro médico informações sobre o quadro clínico de paciente, desde que autorizado por este ou por seu representante legal.

Art. 55. Deixar de informar ao substituto o quadro clínico dos pacientes sob sua responsabilidade ao ser substituído ao fim do seu turno de trabalho.

Art. 56. Utilizar-se de sua posição hierárquica para impedir que seus subordinados atuem dentro dos princípios éticos.

Art. 57. Deixar de denunciar atos que contrariem os postulados éticos à comissão de ética da instituição em que exerce seu trabalho profissional e, se necessário, ao Conselho Regional de Medicina.

Capítulo VIII **REMUNERAÇÃO PROFISSIONAL**

É vedado ao médico:

Art. 58. O exercício mercantilista da Medicina.

Art. 59. Oferecer ou aceitar remuneração ou vantagens por paciente encaminhado ou recebido, bem como por atendimentos não prestados.

Art. 60. Permitir a inclusão de nomes de profissionais que não participaram do ato médico para efeito de cobrança de honorários.

Art. 61. Deixar de ajustar previamente com o paciente o custo estimado dos procedimentos.

Art. 62. Subordinar os honorários ao resultado do tratamento ou à cura do paciente.

Art. 63. Explorar o trabalho de outro médico, isoladamente ou em equipe, na condição de proprietário, sócio, dirigente ou gestor de empresas ou instituições prestadoras de serviços médicos.

Art. 64. Agenciar, aliciar ou desviar, por qualquer meio, para clínica particular ou instituições de qualquer natureza, paciente atendido pelo sistema público de saúde ou dele utilizar-se para a execução de procedimentos médicos em sua clínica privada, como forma de obter vantagens pessoais.

Art. 65. Cobrar honorários de paciente assistido em instituição que se destina à prestação de serviços públicos, ou receber remuneração de paciente como complemento de salário ou de honorários.

Art. 66. Praticar dupla cobrança por ato médico realizado.

Parágrafo único. A complementação de honorários em serviço privado pode ser cobrada quando prevista em contrato.

Art. 67. Deixar de manter a integralidade do pagamento e permitir descontos ou retenção de honorários, salvo os previstos em lei, quando em função de direção ou de chefia.

Art. 68. Exercer a profissão com interação ou dependência de farmácia, indústria farmacêutica, óptica ou qualquer organização destinada à fabricação, manipulação, promoção ou comercialização de produtos de prescrição médica, qualquer que seja sua natureza.

Art. 69. Exercer simultaneamente a Medicina e a Farmácia ou obter vantagem pelo encaminhamento de procedimentos, pela comercialização de medicamentos, órteses, próteses ou implantes de qualquer natureza, cuja compra decorra de influência direta em virtude de sua atividade profissional.

Art. 70. Deixar de apresentar separadamente seus honorários quando outros profissionais participarem do atendimento ao paciente.

Art. 71. Oferecer seus serviços profissionais como prêmio, qualquer que seja sua natureza.

Art. 72. Estabelecer vínculo de qualquer natureza com empresas que anunciam ou comercializam planos de financiamento, cartões de descontos ou consórcios para procedimentos médicos.

Capítulo IX

SIGILO PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

Art. 74. Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente.

Art. 75. Fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir pacientes ou seus retratos em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos, em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do paciente.

Art. 76. Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou de instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

Art. 77. Prestar informações a empresas seguradoras sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, além das contidas na declaração de óbito, salvo por expresso consentimento do seu representante legal.

Art. 78. Deixar de orientar seus auxiliares e alunos a respeitar o sigilo profissional e zelar para que seja por eles mantido.

Art. 79. Deixar de guardar o sigilo profissional na cobrança de honorários por meio judicial ou extrajudicial.

Capítulo X DOCUMENTOS MÉDICOS

É vedado ao médico:

Art. 80. Expedir documento médico sem ter praticado ato profissional que o justifique, que seja tendencioso ou que não corresponda à verdade.

Art. 81. Atestar como forma de obter vantagens.

Art. 82. Usar formulários de instituições públicas para prescrever ou atestar fatos verificados na clínica privada.

Art. 83. Atestar óbito quando não o tenha verificado pessoalmente, ou quando não tenha prestado assistência ao paciente, salvo, no último caso, se o fizer como plantonista, médico substituto ou em caso de necropsia e verificação médico-legal.

Art. 84. Deixar de atestar óbito de paciente ao qual vinha prestando assistência, exceto quando houver indícios de morte violenta.

Art. 85. Permitir o manuseio e o conhecimento dos prontuários por pessoas não obrigadas ao sigilo profissional quando sob sua responsabilidade.

Art. 86. Deixar de fornecer laudo médico ao paciente ou a seu representante legal quando aquele for encaminhado ou transferido para continuação do tratamento ou em caso de solicitação de alta.

Art. 87. Deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente.

§ 1º O prontuário deve conter os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro do médico no Conselho Regional de Medicina.

§ 2º O prontuário estará sob a guarda do médico ou da instituição que assiste o paciente.

Art. 88. Negar, ao paciente, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros.

Art. 89. Liberar cópias do prontuário sob sua guarda, salvo quando autorizado, por escrito, pelo paciente, para atender ordem judicial ou para a sua própria defesa.

§ 1º Quando requisitado judicialmente o prontuário será disponibilizado ao perito médico nomeado pelo juiz.

§ 2º Quando o prontuário for apresentado em sua própria defesa, o médico deverá solicitar que seja observado o sigilo profissional.

Art. 90. Deixar de fornecer cópia do prontuário médico de seu paciente quando de sua requisição pelos Conselhos Regionais de Medicina.

Art. 91. Deixar de atestar atos executados no exercício profissional, quando solicitado pelo paciente ou por seu representante legal.

Capítulo XI AUDITORIA E PERÍCIA MÉDICA

É vedado ao médico:

Art. 92. Assinar laudos periciais, auditoriais ou de verificação médico-legal quando não tenha realizado pessoalmente o exame.

Art. 93. Ser perito ou auditor do próprio paciente, de pessoa de sua família ou de qualquer outra com a qual tenha relações capazes de influir em seu trabalho ou de empresa em que atue ou tenha atuado.

Art. 94. Intervir, quando em função de auditor, assistente técnico ou perito, nos atos profissionais de outro médico, ou fazer qualquer apreciação em presença do examinado, reservando suas observações para o relatório.

Art. 95. Realizar exames médico-periciais de corpo de delito em seres humanos no interior de prédios ou de dependências de delegacias de polícia, unidades militares, casas de detenção e presídios.

Art. 96. Receber remuneração ou gratificação por valores vinculados à glosa ou ao sucesso da causa, quando na função de perito ou de auditor.

Art. 97. Autorizar, vetar, bem como modificar, quando na função de auditor ou de perito, procedimentos propedêuticos ou terapêuticos instituídos, salvo, no último caso, em situações de urgência, emergência ou iminente perigo de morte do paciente, comunicando, por escrito, o fato ao médico assistente.

Art. 98. Deixar de atuar com absoluta isenção quando designado para servir como perito ou como auditor, bem como ultrapassar os limites de suas atribuições e de sua competência.

Parágrafo único. O médico tem direito a justa remuneração pela realização do exame pericial.

Capítulo XII ENSINO E PESQUISA MÉDICA

É vedado ao médico:

Art. 99. Participar de qualquer tipo de experiência envolvendo seres humanos com fins bélicos, políticos, étnicos, eugênicos ou outros que atentem contra a dignidade humana.

Art. 100. Deixar de obter aprovação de protocolo para a realização de pesquisa em seres humanos, de acordo com a legislação vigente.

Art. 101. Deixar de obter do paciente ou de seu representante legal o termo de consentimento livre e esclarecido para a realização de pesquisa envolvendo seres humanos, após as devidas explicações sobre a natureza e as consequências da pesquisa.

Parágrafo único. No caso do sujeito de pesquisa ser menor de idade, além do consentimento de seu representante legal, é necessário seu assentimento livre e esclarecido na medida de sua compreensão.

Art. 102. Deixar de utilizar a terapêutica correta, quando seu uso estiver liberado no País.

Parágrafo único. A utilização de terapêutica experimental é permitida quando aceita pelos órgãos competentes e com o consentimento do paciente ou de seu representante legal, adequadamente esclarecidos da situação e das possíveis consequências.

Art. 103. Realizar pesquisa em uma comunidade sem antes informá-la e esclarecê-la sobre a natureza da investigação e deixar de atender ao objetivo de proteção à saúde pública, respeitadas as características locais e a legislação pertinente.

Art. 104. Deixar de manter independência profissional e científica em relação a financiadores de pesquisa médica, satisfazendo interesse comercial ou obtendo vantagens pessoais.

Art. 105. Realizar pesquisa médica em sujeitos que sejam direta ou indiretamente dependentes ou subordinados ao pesquisador.

Art. 106. Manter vínculo de qualquer natureza com pesquisas médicas, envolvendo seres humanos, que usem placebo em seus experimentos, quando houver tratamento eficaz e efetivo para a doença pesquisada.

Art. 107. Publicar em seu nome trabalho científico do qual não tenha participado;

atribuir-se autoria exclusiva de trabalho realizado por seus subordinados ou outros profissionais, mesmo quando executados sob sua orientação, bem como omitir do artigo científico o nome de quem dele tenha participado.

Art. 108. Utilizar dados, informações ou opiniões ainda não publicados, sem referência ao seu autor ou sem sua autorização por escrito.

Art. 109. Deixar de zelar, quando docente ou autor de publicações científicas, pela veracidade, clareza e imparcialidade das informações apresentadas, bem como deixar de declarar relações com a indústria de medicamentos, órteses, próteses, equipamentos, implantes de qualquer natureza e outras que possam configurar conflitos de interesses, ainda que em potencial.

Art. 110. Praticar a Medicina, no exercício da docência, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, sem zelar por sua dignidade e privacidade ou discriminando aqueles que negarem o consentimento solicitado.

Capítulo XIII PUBLICIDADE MÉDICA

É vedado ao médico:

Art. 111. Permitir que sua participação na divulgação de assuntos médicos, em qualquer meio de comunicação de massa, deixe de ter caráter exclusivamente de esclarecimento e educação da sociedade.

Art. 112. Divulgar informação sobre assunto médico de forma sensacionalista, promocional ou de conteúdo inverídico.

Art. 113. Divulgar, fora do meio científico, processo de tratamento ou descoberta cujo valor ainda não esteja expressamente reconhecido cientificamente por órgão competente.

Art. 114. Consultar, diagnosticar ou prescrever por qualquer meio de comunicação de massa.

Art. 115. Anunciar títulos científicos que não possa comprovar e especialidade ou área de atuação para a qual não esteja qualificado e registrado no Conselho Regional de Medicina.

Art. 116. Participar de anúncios de empresas comerciais qualquer que seja sua natureza, valendo-se de sua profissão.

Art. 117. Apresentar como originais quaisquer idéias, descobertas ou ilustrações que na realidade não o sejam.

Art. 118. Deixar de incluir, em anúncios profissionais de qualquer ordem, o seu número de inscrição no Conselho Regional de Medicina.

Parágrafo único. Nos anúncios de estabelecimentos de saúde devem constar o nome e o número de registro, no Conselho Regional de Medicina, do diretor técnico.

Capítulo XIV

DISPOSIÇÕES GERAIS

I - O médico portador de doença incapacitante para o exercício profissional, apurada pelo Conselho Regional de Medicina em procedimento administrativo com perícia médica, terá seu registro suspenso enquanto perdurar sua incapacidade.

II - Os médicos que cometerem faltas graves previstas neste Código e cuja continuidade do exercício profissional constitua risco de danos irreparáveis ao paciente ou à sociedade poderão ter o exercício profissional suspenso mediante procedimento administrativo específico.

III - O Conselho Federal de Medicina, ouvidos os Conselhos Regionais de Medicina e a categoria médica, promoverá a revisão e atualização do presente Código quando necessárias.

IV - As omissões deste Código serão sanadas pelo Conselho Federal de Medicina.



Observações internas		

Testamento Vital

Página 1 de 3

Para o caso de, devido a uma eventual debilidade ou perda de consciência, eu deixar de ter capacidade para exprimir os meus desejos e as minhas posições aos médicos, emito o seguinte

Testamento Vital

(alternativamente I ou II)

Caso eu (Constituinte)

<input type="text"/>	<input type="text"/>
Nome próprio	Apelido
<input type="text"/>	<input type="text"/>
Data de nascimento	Lugar de nascimento

residente em

<input type="text"/>	
Rua	<input type="text"/>
<input type="text"/>	<input type="text"/>
CP	Localidade

devido a perda de consciência ou entorpecimento mental em consequência de doença, acidente ou outras circunstâncias, deixo temporária ou permanentemente de ter capacidades para exprimir a minha vontade, dou por intermédio deste instrumento plenos poderes a

(Procurador constituído)

<input type="text"/>	<input type="text"/>
Nome próprio	Apelido
<input type="text"/>	<input type="text"/>
Data de nascimento	Lugar de nascimento

residente em

<input type="text"/>	
Rua	<input type="text"/>
<input type="text"/>	<input type="text"/>
CP	Localidade

para me representar em todos os assuntos médicos.

O meu procurador constituído tem poderes para dar o seu consentimento em todas as medidas para o diagnóstico e o tratamento de uma doença, para recusar ou revogar o consentimento neste âmbito, para consultar as documentações médicas e para consentir a entrega das mesmas a terceiros. Para este efeito, liberto os médicos que me tratam e os seus trabalhadores que não sejam médicos do dever de sigilo profissional face ao meu procurador constituído.

As decisões do meu procurador constituído são vinculativas e obrigatórias para os médicos.

Esta procuração é revogável em qualquer altura sem forma especial.



Caso eu seja incapaz de exprimir a minha vontade e o procurador constituído esteja impedido, decido, depois de me ter informado sobre as consequências medicinais e jurídicas, o seguinte:

Alternativa I. ou II.

I. Solicitação da aplicação de todas as medidas possíveis dentro da técnica medicinal para prolongar a vida

Solicito que sejam esgotadas todas as possibilidades de tratamento médico para que a minha vida seja mantida o mais duradouramente possível, também com a utilização de todas as possibilidades da medicina intensiva.

Sim Não

OU

II. Solicitação de medidas limitadas de prolongamento da vida, para que possa morrer com dignidade se a minha situação de doença não tiver possibilidades de cura

A aplicação de medidas de prolongamento da vida, em especial operações, respiração e alimentação artificiais, incluindo a sonda gástrica, bem como a manutenção da função cerebral, não deve ser realizada se **dois médicos** tiverem diagnosticado, independentemente um do outro,

- por favor assinalar com uma cruz o que pretende -

Sim Não que me encontro, inelutavelmente, no processo directo de falecimento, no qual qualquer terapia de manutenção da vida iria adiar a morte ou prolongar o sofrimento sem perspectiva de melhoramento, ou

Sim Não que me encontro em coma sem perspectiva de recuperação da consciência, ou

Sim Não que com muita probabilidade se dê uma lesão permanente do cérebro, ou

Sim Não que no meu corpo há uma falha permanente de funções vitais que não pode ser tratada.

Nestes casos, o tratamento e o cuidado devem ser direccionados de forma a aliviar dores, inquietação e medo, mesmo que através do tratamento necessário das dores não se possa excluir um encurtamento da vida. Eu gostaria de poder morrer com dignidade e em paz, se possível no meu ambiente familiar.

Eu desejo acompanhamento da assistência religiosa de

Apelido, nome próprio

Endereço

Número de telefone

Por favor informe

Apelido, nome próprio

Endereço

Número de telefone

para me prestar assistência pessoal.



As decisões contidas neste testamento vital foram tomadas após uma reflexão profunda e representam a minha posição fundamental ética em relação a questões de um cancelamento de tratamento. Numa situação concreta, na qual seja necessário decidir sobre um cancelamento das medidas de tratamento que são aplicadas na minha pessoa, solicito aos meus médicos que aceitem este testamento vital como vinculativo e procedam de acordo com a minha vontade. Outra decisão que não a que aqui foi formulada não tem para mim qualquer interesse.

Importante: se, devido a leis alternantes, esta decisão tenha que ser tomada por um tribunal, nesse caso concedo plenos poderes ao procurador constituído para obter o consentimento do tribunal também com a ajuda de um advogado.

Local e data	Assinatura do constituinte	Assinatura do procurador constituído

Testemunho

Eu/Nós confirmo/confirmamos que a senhora/o senhor
estava em poder da capacidade de discernimento quando redigiu este testamento vital.

Nome próprio	Apelido
Data de nascimento	Lugar de nascimento

residente em

Rua	
CP	Localidade

Local e data	Assinatura da testemunha	Event. assinatura da 2ª testemunha

Confirmação futura

Local e data	Assinatura do constituinte

Confirmação futura

Local e data	Assinatura do constituinte

A DVZ - DEUTSCHE VERFUEGUNG SZENTRALE AG é um banco de dados que arquiva por sua ordem estes testamentos preventivos tal como é seu desejo. Nós encarregamo-nos de que, em caso de necessidade, os seus testamentos preventivos sejam encontrados pelas autoridades e pelos médicos competentes e, dessa forma, a sua vontade seja obtida. Com a sua ordem de depósito do testamento vital assegura o seu futuro pessoal.

DVZ - DEUTSCHE VERFUEGUNG SZENTRALE AG
Königstr. 5a · 01097 Dresden · Alemanha
Tel. +49 (0)351 811 7444 · Fax +49 (0)351 811 7445