

DIREITO DE MORRER

Marcio Asbahr Miglioli

mamiglioli@yahoo.com.br

Mestrando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Advogado atuante nas áreas de contencioso cível e arbitragem.

Resumo: O presente trabalho esclarece sobre a dignidade da pessoa humana e o direito de viver com dignidade. Até que ponto devemos lutar para que uma pessoa em estado terminal continue viva? Discuti-se sobre quais as condutas médicas a serem tomadas em caso de enfermidade sem cura, cuja morte seja iminente, discutindo sobre dignidade da pessoa humana e suas implicações nas condutas médicas diante de doentes terminais. Além disso, discute-se sobre a conduta a ser tomada por uma gestante portadora de feto anencefálico. Há sempre um debate sobre dignidade da pessoa humana e vontade da pessoa em estado terminal.

Abstract: The present study explains about human dignity and the right to live with dignity. How far should we fight for a terminally ill person to continue living? Is discussing about which medical procedures to be taken in case of a disease with no cure, whose death is imminent, arguing about the dignity of the human person, and their implications in medical procedures before the terminally ill. Moreover, we discuss about the action to be taken before a pregnant woman carrying anencephalic fetus. There is always a debate about human dignity and the will of the terminally ill person.

Palavra-chave: Direito Constitucional. Dignidade da Pessoa Humana. Viver e Morrer dignamente. Direito de Morrer.

Key Words: Constitutional Law. Human Dignity Personal. Living and Dying with dignity. Right to Die.

Sumário: Introdução. 1.Dignidade da Pessoa Humana. 2.Direito de Viver com Dignidade. 3.Direito à Morte Digna. 4.Morte para o Direito Brasileiro. 5.Biodireito. 6.Eutanásia. 7.Suicídio Assistido. 8.Mistanásia. 9.Distanásia. 10.Ortotanásia. 11.Antecipação de Gestação de Feto Anencefálico. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Desde o nascimento a única certeza que temos é que iremos morrer. Entretanto, há certos casos em que essa morte é mais evidente e o processo é lento. Nos casos de doentes terminais, portadores de doenças sem cura cujo processo mortal se iniciou, discute-se muito sobre a conduta a se tomar nessas situações.

Existem algumas situações em que pais buscam a qualquer custo manter a vida de um filho, mesmo sabendo que a doença não tem cura e já tenha iniciado o processo mortal. Outra situação que ocorre seria a existência de uma pessoa em estado vegetativo, que somente respira e se alimenta por meio de aparelhos, sendo que a família pretende o desligamento desses aparelhos. Desses exemplos surge a pergunta se não haveria desrespeito à dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho visa discutir sobre quais as condutas médicas a serem tomadas em caso de uma enfermidade sem cura, cuja morte seja iminente, discutindo sobre a dignidade da pessoa humana, e suas implicações nas condutas médicas diante de doentes terminais.

Além disso, discute-se sobre a conduta a ser tomada diante de uma gestante portadora de feto anencefálico.

1.DIGINIDADE DA PESSOA HUMANA

Visando definir a dignidade da pessoa humana, muito oportuno a conceituação feita por Ingo W. Sarlet:

Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser

humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres, fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”¹

Da citação acima se pode concluir que a Dignidade da Pessoa Humana trata-se de condição inerente ao próprio ser humano, sendo essa qualidade irrenunciável e inalienável, muito menos suscetível de disposição.

É certo que mesmo diante dessas qualidades especiais não é ausente de violação, podendo a pessoa cometer ou sofrer atos indignos. Entretanto, isso não poderá gerar uma perda da dignidade. A declaração Universal dos Direitos Humanos é incisiva ao dispor em seu artigo 1º que *“todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”*.

Esclarecendo sobre a Dignidade da Pessoa Humana, João Batista Lopes afirma que *“É por ela que se designa a alma do projeto humano. Com dignidade da pessoa humana queremos traduzir a intangibilidade de cada um dos indivíduos que participam do ser homem. Para além de todas as circunstâncias de tempo e de lugar. Da cultura. Dos atributos étnicos. Do sexo. Da idade. Da saúde, do vício e da virtude. É ela que nos reportamos para condenar a tortura, as penas infamantes, o abandono, o ódio, o desprezo, o horror e a guerra. É ela que nos move a assistir os enfermos e os desabrigados. Acolher os oprimidos e alienar os que têm fome.”*²

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 236/237

² VILLELA, João Baptista. Variações Impopulares sobre a Dignidade da Pessoa Humana, Superior Tribunal de Justiça. Doutrina. Edição Comemorativa – 20 anos.

Diante da igualdade da dignidade entre os homens, sendo que estes têm o poder de se autodeterminar, fazendo-se assim uma confluência da dignidade da pessoa humana e a liberdade, há de se haver uma proteção tanto do Estado quanto da própria sociedade, podendo chamar-se de dimensão dúplice.

“É justamente nesse sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexas dimensão defensiva e prestacional da dignidade. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa de previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção.”³

Da explicação acima, pode-se concluir pela impossibilidade de o homem ser reduzido a objeto, bem como se extrai duas funções primordiais da dignidade da pessoa humana, quais sejam uma limitadora, vedando, na Sociedade, a prática de atos atentatórios à dignidade da pessoa humana (negativa), que deve ser observado por todos em qualquer relação intersubjetiva por ser um princípio cogente, e outra de forma positiva, que seria a prestacional, ou seja, uma obrigação do Estado e da Sociedade em dar condições para que o indivíduo se desenvolva e tenha uma vida com dignidade.

Essa função positiva do Estado compete promover condições para que os indivíduos da sociedade se desenvolvam, respeitando os direitos fundamentais como o direito à vida, à saúde, à propriedade, à liberdade, à segurança, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à previdência social, à proteção à

maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, à família, ao planejamento familiar, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – essencial à sadia qualidade de vida⁴.

Convém lembrar que não somente ao Estado pode ser exigida essa conduta positiva, mas também à sociedade. Sendo que o indivíduo seria limite e fundamento de uma república que tem como base a dignidade da pessoa humana, conforme ensina Canotilho:

Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídio étnicos), a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências metafísicas, o reconhecimento do **homo noumenon**, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais...A pessoa ao serviço da qual está a República também pode **cooperar** na República, na medida em que a pessoa é alguém que pode assumir a condição de **cidadão**, ou seja, um membro normal e plenamente cooperante ao longo da sua vida.”⁵

Entretanto, importante salientar, como leciona João Batista Villela, devemos tomar cuidado com relação à banalização da Dignidade da Pessoa Humana, por ser um argumento curinga, podendo ser utilizado para qualquer coisa, citando como exemplos alguém que pleiteia o recebimento de melhor salário, o requerimento de substituir um semáforo que se desregulou em razão de fortes chuvas, o despejo de um inquilino que atrasou com o pagamento do aluguel etc. Sendo que todos esses exemplos poderiam, os pedidos, ser fundamentados na Dignidade da Pessoa Humana. Esclarece que o STJ ao julgar o

³ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 232

⁴ SANTORO, Luciano de Freitas, Morte Digna – O Direito do Paciente Terminal - 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 70

Recurso Especial 471.958/RS⁶, decidiu questão referente a autoregramento patrimonial dos cônjuges, acabou por fundamentar-se em ofensa ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Portanto é certo que Dignidade da Pessoa Humana é algo inerente ao próprio ser humano, não podendo ser renunciado ou disposto. Trata-se do princípio mais importante do ordenamento jurídico, que não pode ser banalizado, devendo garantir o mínimo necessário para que o indivíduo viva dignamente.

2.DIREITO DE VIVER COM DIGNIDADE

Como visto, o direito à vida decorre diretamente da Dignidade da Pessoa Humana, sendo que somados chegaremos a uma conclusão de que seria a vida digna. Tanto esse direito quanto o princípio da dignidade da pessoa humana estão intrinsecamente ligados por serem inerente ao ser humano e acompanharem ele até o seu término, com a morte.

Importante ressaltar que o direito à vida não se refere somente ao estar vivo, mas de ter uma vida com condições mínimas de usufruí-la de acordo com as diretrizes da dignidade.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7 ed. 3. Reim. Coimbra: Almedina, 2003. P. 225

⁶ Processual civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Casamento. Regime da separação legal de bens. Cônjuge com idade superior a sessenta anos. Doações realizadas por ele ao outro cônjuge na constância do matrimônio. Validade.

- São válidas as doações promovidas, na constância do casamento, por cônjuges que contraíram matrimônio pelo regime da separação legal de bens, por três motivos: (i) o CC/16 não as veda, fazendo-no apenas com relação às doações antenupciais; (ii) o fundamento que justifica a restrição aos atos praticados por homens maiores de sessenta anos ou mulheres maiores que cinquenta, presente à época em que promulgado o CC/16, não mais se justificam nos dias de hoje, de modo que a manutenção de tais restrições representam ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; (iii) nenhuma restrição seria imposta pela lei às referidas doações caso o doador não tivesse se casado com a donatária, de modo que o Código Civil, sob o pretexto de proteger o patrimônio dos cônjuges, acaba fomentando a união estável em detrimento do casamento, em ofensa ao art. 226, §3º, da Constituição Federal. Recurso especial não conhecido.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, em seu artigo XXV é expressa nesse sentido:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Muito embora haja declaração universal sobre o direito de o homem viver uma vida digna, o que fazer se isso não ocorrer. Poderá a pessoa simplesmente abdicar da sua existência pondo fim à ela, optando pela morte? A resposta não seria simplesmente um sim ou não⁷. Como ensina Luciano de Freitas Santoro⁸, em casos em que a pessoa não consiga ter uma vida digna, deverá exigir do Estado a sua função prestacional, a fim de promover e dar condições para que essa pessoa possa viver com dignidade, pois sem isso poderá acontecer de a pessoa perder o seu amor próprio. Sendo que isso poderá refletir em toda a sociedade, pois se a pessoa não tiver amor por si própria não terá com os demais.

Dignidade da pessoa humana transcenderia o simples fato de viver, mas que seja com condições mínimas para tanto, devendo conferir ao paciente o máximo de bem-estar físico, mental, social e espiritual.

Tanto a Dignidade da pessoa humana quanto o direito à vida não são direitos absolutos. Direito à vida não quer dizer direito à uma vida eterna, até porque o homem é mortal. Na hipótese de o paciente encontrar-se em estado terminal, sendo que a morte é breve e inerente, haverá de fazer um juízo de ponderação entre a Dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

⁷ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do Biodireito. 2ªed. Saraiva: São Paulo. 2002, p. 319

⁸ SANTORO, Luciano de Freitas. Morte Digna: O direito do Paciente Terminal, Juruá, Curitiba, 2011, p 78/79

Obrigar o paciente a se submeter a tratamentos fúteis, cruéis e desumanos que não trarão resultado prático para que a pessoa possa exercer a vida com dignidade, ou seja, com o bem-estar social, físico, mental e espiritual, seria um pouco exagerado. Sendo que o direito à vida não poderia ser perseguido a qualquer custo, violando até a dignidade da pessoa humana.

Ao médico é imperioso o dever de intervir preservando a dignidade da pessoa humana visando o máximo de vida possível.

Utilizando tanto o juízo de ponderação quanto o de proporcionalidade, sopesando a Dignidade da Pessoa Humana e o direito à vida (a qualquer custo), entende-se que o primeiro deve prevalecer. Até porque, o direito à vida não é absoluto, podendo haver a sua relativização, em consonância com valores fundamentais, que é o caso da Dignidade da Pessoa Humana. Sendo que submeter a pessoa a um tratamento cruel e desumano, estará violando o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal procedimento poderá até ser comparado à tortura o que é vedado pela Constituição Federal - Art. 5º, III *“ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”*

Portanto, o médico teria o dever de submeter o paciente a determinados tratamentos, e conseqüentemente ao prolongamento da vida, na hipótese de vir a trazer um benefício ao paciente, sob pena de violar flagrantemente a dignidade da pessoa, com tratamentos fúteis, cruéis e desumanos.

3.DIREITO À MORTE DIGNA

O avanço tecnológico vem de forma incisiva dando condições para que as pessoas desfrutem de uma vida melhor. Entretanto tal tecnologia pode também afrontar a dignidade da pessoa humana ao submeter pacientes a tratamentos desumanos e cruéis, somente visando conquistar a vida a qualquer custo. Afasta-se, assim, do pensamento da vida qualitativa, consubstanciada na dignidade da pessoa, agarrando-se na vida quantitativa. Segundo Roxana

Cardoso Borges⁹, “*cabe indagar se se trata de prolongar a vida ou de prolongar a morte do paciente terminal*”.

Com efeito, em algumas situações médicos somente focados no desenvolvimento de tecnologia acabam por colocar a pessoa humana em segundo plano, sendo que o procedimento torna-se um fim em si mesmo. Essa conduta é totalmente reprovável, violando a dignidade da pessoa humana.

Convém lembrar que a Constituição protege o direito à vida, e não o dever à vida, restando disposto no caput do artigo 5º, da CF que “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*”

Além disso, o Código de Ética Médica – Resolução 1931/2009, é expresso no sentido de se evitar o sofrimento do paciente, conforme abaixo descrito:

Art. 6º - O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano, ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

Não poderia deixar de mencionar que o mesmo Código¹⁰ repudia a conduta médica na prática de tortura ou tratamentos cruéis, bem como o artigo

⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, Direitos da Personalidade e Autonomia Privada. 2ª Ed. São Paulo, 2007. P. 229

¹⁰ Código de Ética Médica: Art. 49 - Participar da prática de tortura ou de outras formas de procedimento degradantes, desumanas ou cruéis, ser conivente com tais práticas ou não as denunciar quando delas tiver conhecimento

2º da Resolução 1805/2006¹¹ determina que o médico deverá tratar de seu paciente em estado terminal, de maneira digna.

Laura Scalldafferri Pessoa em excelente monografia sobre o tema acaba distinguindo três condutas médicas a serem tomadas diante de um doente em estado terminal, quais sejam, a distanásia, a eutanásia e a ortotanásia, sendo que para ela somente as últimas duas preservariam a dignidade da pessoa humana¹²

Assim, tendo em vista ser assegurado pela Constituição Federal o direito à vida e não o seu dever, não se é admitido que o paciente seja obrigado a se submeter a determinado tratamento, mesmo na hipótese de ser este benéfico a ele, sob pena de violação das suas garantias constitucionais de liberdade, liberdade de consciência, inviolabilidade de intimidade e honra, e ainda mais, da dignidade da pessoa humana¹³.

4.MORTE PARA O DIREITO BRASILEIRO

Inicialmente no Brasil havia o entendimento de ser considerar morta uma pessoa em razão da ausência de batimento cardíaco e respiração. Entretanto com o avanço tecnológico, tal conceito foi devidamente modificado

¹¹ Artigo 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.

¹² PESSOA, Laura Scalldafferri. Pensar o final e honrar a vida: direito à morte digna. Dissertação de Mestrado Defendida em 2011 na Universidade Federal da Bahia, tendo como orientadora Profª Drª Monica Neves Aguiar da Silva p. 38

¹³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, Direitos da Personalidade e autonomia privada. 2ª Ed. São Paulo, 2007, p. 230

sendo que hoje o entendimento se reporta à morte encefálica¹⁴. Houve, portanto, um rompimento do vínculo morte e parada cardíaca.¹⁵

A morte não seria momento ou um evento, mas deve ser vista como um processo¹⁶, sendo que com o avanço da tecnologia esse processo encerra-se, nos dias atuais, após a constatação da morte encefálica, conforme disposto na Lei de Doação de Órgãos (Lei 9.434/97), mais especificamente em seu artigo 3º, que somente haverá o transplante de órgãos depois de constatar a morte encefálica¹⁷.

Entretanto, para um leigo isso poderia causar espanto no sentido que a pessoa ainda ter as funções cardíacas e respiratórias em funcionamento, porém é considerada morta, com possibilidade de remoção de seus órgãos¹⁸.

O mesmo autor visando evitar com que haja uma suposta indústria da morte, *“O princípio da prudência, que é um dos princípios fundamentais da Bioética, deve prevalecer. É necessário assegurar a intervenção duma entidade independente, não comprometida nem pessoal nem institucionalmente com aquela pesquisa, que comprove a morte cerebral. Uma*

¹⁴ Resolução 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina: A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias. Revoga-se a Resolução CFM nº 1.346/91. (D.O.U.; Poder Executivo, DF, nº 160, 21 ago. 1997. Seção 1, p. 18.227-8)

¹⁵ SOARES, Vladia Maria Moura. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana a Autonomia do paciente e o direito à morte digna. Dissertação de mestrado defendida em 2010, orientação Professora Maria Garcia, P. 129

¹⁶ SILVA, Roberto Baptista dias da. Uma Visão constitucional da Eutanásia – Tese de Doutorado em Direito Constitucional. Defendida em 2007, na Pontifícia Católica de São Paulo, tendo como orientadora Flavia Piovesan. P. 101

¹⁷ 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.

¹⁸ ACENSÃO, José de Oliveira. A terminalidade da vida. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 157

atuação unicamente com base no juízo do interessado na colheita não deve ser admitida.”¹⁹

No caso de o tratamento causar dano ao paciente, somente evitando-lhe que a morte chegue porém, sendo esta inevitável, indaga-se sobre o dever do médico em prosseguir com determinado tratamento. A Resolução 1805/06 do CFM²⁰ permite ao médico que, em caso de doente terminal, somente realize os procedimentos paliativos.

Não encontra nas leis da medicina qualquer determinação para que o médico utilize todo e qualquer procedimento médico, mas sim que acompanhe o paciente terminal até o seu fim, tentando afastar seu sofrimento e agonia. Não há um dever de curar a qualquer custo. Assim, para o direito penal, não há o preenchimento dos pressupostos jurídicos da omissão, afastando a imputação de crime de homicídio ao médico que evitar tratamentos fúteis.

Com relação à Resolução 1.805/2006, na qual foi intentada Ação Civil Pública²¹ pelo Ministério Público visando a sua revogação, poderia supor que haveria uma dicotomia entre o caput ou proêmio com os parágrafos, na qual caberia somente ao médico a decisão de continuar ou não o tratamento. Entretanto, o médico tem o dever de prestar todas as informações necessárias para o paciente ou, em caso de incapacidade, seu representante legal, que exporá seu consentimento. Ascensão nesse caso continua sendo favorável à interceptação de uma entidade independente para a prestação de informações, em

¹⁹ ACENSÃO, José de Oliveira. A terminalidade da vida. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.158

²⁰ Preâmbulo da Resolução 1.805/2006: “Na fase terminal de doenças 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 duma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou do seu representante legal”

²¹ Na ACP 2007.34.00.014809-3 em trâmite perante a 14ª Vara Federal da Justiça Federal do distrito Federal, foi inicialmente concedida a tutela antecipada para suspender os efeitos da Resolução e, posteriormente a ação foi julgada improcedente cuja veiculação do DO se deu em 11.03.2011

razão de ser uma responsabilidade enorme conferida ao médico, cujas conseqüências podem ser gravíssimas.

5.BIODIREITO

O Biodireito está intrinsecamente ligado na bioética, que é formada por duas palavras, BIO que significa vida, bem supremo, e ÉTICA, “*Em geral, ciência da conduta*”²²

Uma das funções do Biodireito seria a de impor regras aos cientistas visando com que as pesquisas e os avanços tecnológicos não sejam completamente desarrazoados, chegando até a causar danos ao ser humano, ferindo direitos invioláveis, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o direito à vida.

Muito embora seja a liberdade atividade científica assegurada constitucionalmente no artigo 5, IX, esta liberdade não poderia atentar contra a vida ou à integridade física, o que violaria o Princípio da Dignidade Humana.

Ensina Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka²³ que à Bioética compete levantar as questões, registrar as inquietações, alinhar as possibilidades de acerto e de erro, de benefícios e malefícios decorrentes desse avanço desenfreado. Sendo que para o Biodireito resta a traçar exigências mínimas assegurando a compatibilização entre os avanços tecnológicos e a continuidade do reconhecimento da Humanidade enquanto como tal.

²² ABBAGNANO. Nicola, Dicionário de Filosofia: 3 ed. Martins fontes, São Paulo: 1988, P.380

²³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. REVISTA DO INSTITUTO DE PESQUISAS E ESTUDOS – DIVISÃO JURÍDICA –INSTITUTO TOLEDO DE ENSINO – Bauru – Dezembro de 2001 a Março de 2002 – n. 33. Artigo: “Bioética e Biodireito: Revolução Biotecnológica, Perplexidade Humana e Prospectiva Jurídica Inquietante.”

Existem quatro princípios básicos relacionados ao Biodireito, sendo dois deles de caráter deontológico, o da não maleficência e o da justiça, os outros dois de caráter teleológicos o da beneficência e o da autonomia²⁴.

Importante ressaltar que o Biodireito sempre estará atrasado em relação ao desenvolvimento científico e tecnológico, tendo em vista que primeiro há a descoberta da tecnologia e após isso o direito surge para regulamentar a situação. Além disso, não se pode esquecer que tanto a ética como a moral têm a sua variação de acordo com o lugar e com o tempo, sendo o direito um pacificador de conflitos.

Porém, independentemente dessa ausência de sincronia entre o avanço da tecnologia e a promulgação de novas regras, esse avanço não pode ir contra aos direitos fundamentais do ser humano, estando tanto este quanto a própria sociedade e o meio ambiente devidamente protegidos.

Com relação ao Princípio da Autonomia, hodiernamente a atitude paternalista do médico, na qual o médico assumia a figura do protetor do paciente, o que justificava todo e qualquer tratamento realizado, com ou sem o consentimento deste, acaba dando lugar ao respeito à autonomia do paciente, em razão do estudo e preocupação com a ética dos profissionais ligados ao setor de saúde.

Importante esclarecer que o paciente tem autonomia consubstanciada na sua liberdade individual de se negar a que determinado tratamento seja imposto contra sua vontade.

A Constituição Federal em seu artigos 5º, caput e incisos IV, VI VIII e X e art. 19, I, determina o direito de escolha para tratamento médico.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do Biodireito. 2ªed. Saraiva: São Paulo. 2002, p. 14/17

Nesse sentido a vontade do paciente, ou de seu representante legal deverá ser devidamente respeitada. Uma discussão muito acirrada refere-se à questão de transfusão de sangue em pessoas ligadas à testemunha de Jeová.

Conforme ensina Claus Roxin, sobre a autonomia do paciente:

*Se o paciente recusa, portanto, a operação que salvaria sua vida, ou a necessária internação numa unidade de tratamento intensivo, deve o médico abster-se de tais medidas e, se for o caso, deixar o paciente morrer. Esta solução é deduzida, corretamente, da autonomia da personalidade do paciente, que pode decidir a respeito do alcance e da duração de seu tratamento.*²⁵

O princípio da Beneficência decorre do comportamento do médico em prover o bem estar da pessoa adoentada, vem do latim *bonum facere* (fazer o bem).

É certo que tanto o respeito à Dignidade da Pessoa Humana quanto o respeito ao objetivar os benefícios do tratamento está previsto na Declaração Universal sobre a Bioética e Direitos Humanos:²⁶

Artigo 3 -

- 1. A dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser plenamente respeitados.*
- 2. Os interesses e o bem-estar do indivíduo devem prevalecer sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade.*

Artigo 4 - Na aplicação e no avanço dos conhecimentos científicos, da prática médica e das tecnologias que lhes estão associadas, devem ser maximizados os efeitos benéficos diretos e indiretos para os doentes, os participantes em investigações e os

²⁵ ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro. P. 7

²⁶ Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>> acessado em 14.nov.2011

outros indivíduos envolvidos, e deve ser minimizado qualquer efeito nocivo susceptível de afetar esses indivíduos.

No mesmo sentido o Código de ética²⁷ - Capítulo I – Princípios fundamentais, na qual o médico deverá fazer o bem ao enfermo, utilizando a melhora a sua capacidade profissional

Verifica-se, portanto, que esse Princípio da beneficência refere-se à necessidade de o médico promover o bem-estar do paciente, evitando causar-lhe dano sempre que possível, maximizando os benefícios.

O Princípio da não maleficência, de cunho teleológico, decorre do princípio estudado acima, Princípio da beneficência, vindo também do latim, *primum no nocere* (primeiro não prejudicar). Visa com que o médico ao ministrar qualquer tipo de tratamento evite, intencionalmente, causar dano ao paciente.

Tanto o princípio anterior quanto este são essenciais para conduta do médico, para que não submeta, de forma intencional, seu paciente a qualquer dano, expondo-o a um risco desnecessário com condutas invasivas, intempestivas ou iatrogênicas sem que isso traga qualquer benefício ao enfermo. Sendo que esses princípios devem acompanhar toda a conduta do médico, especialmente quando estiver diante de um doente em fase terminal, na qual terá que sopesar entre o princípio da dignidade do enfermo e o direito à vida.

Assim, o médico não deve, diante de um paciente onde a morte é inadiável e iminente, realizar procedimentos que trarão mais danos que benefícios a ele, na ânsia de manter vivo o paciente a qualquer custo, devendo

²⁷ Resolução CFM n. 1.931/2009: 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.

nesses casos cuidar de seu paciente para que não sofra, aplicando cuidados paliativos.

E por fim, mas não menos importante, há o princípio da justiça, para evitar qualquer benefício aos mais favorecidos em detrimento aos menos favorecidos. As obrigações sociais devem ser distribuídas de forma equitativa. Esse é o entendimento disposto no artigo 10 da Declaração Universal sobre Bioética e direitos Humanos:

Art. 10: Igualdade, justiça e equidade

“A igualdade fundamental de todos os seres humanos em dignidade e em direitos deve ser respeitada para que eles sejam tratados de forma justa e equitativa”

Esse princípio reflete a “*verdadeira expressão da justiça distributiva*”²⁸, objetivando com que os médicos tratem de forma equitativa seus pacientes, não preterindo os menos favorecidos, diferenciando-os em razão de sua diferença social, financeira ou cultural, e proporcionando um tratamento igualitário entre todos.

Nesse instante, feitas as ponderações sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, esclarecendo o momento em que se dá a morte para o direito brasileiro, bem como expondo de forma breve a questão da bioética e do biodireito, convém conceituar e diferenciar eutanásia, mistanásia, distanásia e ortotanásia.

6.EUTANÁSIA

Eutanásia vem do grego, da junção da preposição eu = boa e thanatus = morte. Foi utilizado esse termo pela primeira vez por Francis Bacon em 1623, na sua obra *Historia vitae et mortis*. Corresponde a antecipar o tempo

²⁸ SANTORO, Luciano de Freitas. Morte Digna: O direito do Paciente Terminal, Juruá, Curitiba, 2011, p. 105.

natural da morte com o fim encerrar a situação degradante em que o paciente terminal se encontra.

Importante diferenciar alguns tipos de eutanásia, existindo do ativo e passivo, sendo que a primeira correspondente a uma conduta ativa do agente, empregando meios para causar a morte e aliviar o sofrimento do enfermo terminal. Há, portanto, uma conduta ativa do terceiro. Citamos como exemplo um médico que injeta determinada droga no paciente terminal, causando-lhe a morte. A segunda corresponde a ausência de assistência ao paciente terminal.

Existem alguns autores que incluem outra classificação para a eutanásia, separando-a em (i) eugênica; (ii) criminal; (iii) econômica; (iv) experimental, e; (v) solidária.

Entretanto, convém lembrar que esses comportamentos não podem ser tidos com o objetivo de por fim à vida de um paciente terminal para que este pare de sofrer, tendo um caráter solidário e altruísta.

Assim, não se pode admitir uma classificação da eutanásia senão a de por fim a um enfermo portador de doença incurável, visando evitar com que sofra, tendo uma morte sem dor ou sofrimento, mediante o consentimento do doente ou de seu representante. Trata-se de um ato de compaixão, sempre buscando o bem para o paciente.

Pode-se distinguir também a eutanásia ativa em direta e indireta. Nesta, muito embora haja a utilização de medicamentos a fim de aliviar a dor e o sofrimento do paciente, ao final estes medicamentos ocasionarão a morte do paciente. Não obstante haja uma conduta de caráter positivo, os efeitos secundários dos analgésicos levarão à abreviatura da vida do enfermo. Diferentemente da conduta na eutanásia ativa direta, na qual a conduta é negativa, visando antecipar a morte do paciente terminal.

Dentre os países em que é legalizada a realização da eutanásia, pode citar em primeiro lugar a Holanda, cuja lei foi sancionada em 2002, logo após e no mesmo ano a Bélgica acompanhou esse entendimento.

7.SUICÍDIO ASSISTIDO

Trata-se o suicídio assistido a conduta na qual o próprio paciente terminal põe fim à sua vida, com a ajuda de terceiros. Sendo que essa ajuda pode ser tanto material quanto moral. Importante ressaltar que o terceiro não realizará o ato de matar, mas somente auxiliará, induzirá ou instigará o paciente.

Essa distinção é importante, pois o Código Penal Brasileiro sanciona de maneira diversa homicídio e auxílio ao suicídio. Sendo que se não houver a participação de terceiro, haverá simplesmente suicídio.

Sempre há de se lembrar que no caso de suicídio assistido, o terceiro que auxiliar o faz em razão de um espírito misericordioso, sempre objetivando o bem do paciente, a fim de por fim ao sofrimento de uma maneira indolor.

Um caso que teve grande repercussão na Europa, foi o suicídio assistido de Ramon Sampedro²⁹, um tetraplégico desde os 26 anos, que requerendo à justiça espanhola pleiteava a autorização para a realização da eutanásia. Entretanto, em razão de esse procedimento não ser permitido na Espanha, a ordem lhe foi negada. Não suportando mais viver, com a ajuda de amigos, ingeriu cianureto causando-lhe a morte. Nota-se que Ramon era tetraplégico, não movimentava nem pernas nem braços, necessitando necessariamente da ajuda de terceiro para se suicidar.

Uma amiga de Ramon foi incriminada por homicídio. Entretanto, por haver um movimento enorme contra a sua condenação, e milhares de pessoas enviaram cartas confessando o mesmo crime, a justiça acabou por arquivar o processo por ausência de provas.

²⁹ GOLDIM, José Roberto. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/sampedro.htm>> Acesso em: 30 novembro 2011.

Nos Estados Unidos da América, no Estado de Oregon³⁰ foi editada uma lei em 1.994, permitindo a realização do suicídio assistido - The Oregon Death with Dignity Act.

Muito embora, esse comportamento de terceiro, seja movido pelo espírito de amor e respeito ao próximo, a fim de que a este possa cessar o seu sofrimento, tal conduta, é penalmente reprovada aqui no Brasil.

8.MISTANÁSIA

Esse termo corresponde à morte ocorrida de pessoas carentes que não têm condições de terem um plano de saúde ou que não conseguem ter um atendimento médico do Estado, ou por este serviço não existir ou em razão de ser precário.

Pode ser conhecido como eutanásia social, sendo que Maria Helena Diniz o definiu como sendo “*a morte do miserável, fora e antes de seu tempo, que nada tem de boa ou indolor*”³¹

Existem vários fatores que podem levar à mistanásia, tais como a fome, ausência de saneamento básico, desemprego. Como se pode notar refere-se à ausência da prestação do Estado no cumprimento de promover a dignidade da pessoa humana.

³⁰ On October 27, 1997 Oregon enacted the Death with Dignity Act which allows terminally-ill Oregonians to end their lives through the voluntary self-administration of lethal medications, expressly prescribed by a physician for that purpose. The Oregon Death with Dignity Act requires the Oregon Health Authority to collect information about the patients and physicians who participate in the Act, and publish an annual statistical report. [tradução livre Em 27 de outubro de 1997 Oregon promulgou a Lei da Morte com Dignidade, que permite terminais-tratos Oregonians para acabar com suas vidas através da voluntária auto-administração de medicamentos letais, expressamente prescrito por um médico para esse efeito. A Morte Oregon com a Lei da Dignidade exige a Autoridade de Saúde de Oregon para coletar informações sobre os pacientes e médicos que participam do ato, e publicar um relatório estatístico anual.] Disponível no site: <http://public.health.oregon.gov/ProviderPartnerResources/EvaluationResearch/DeathwithDignityAct/Pages/index.aspx> - acessado em 30.11.2011

³¹ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do Biodireito. 2ªed. Saraiva: São Paulo. 2002, p.335

Como visto a dignidade da pessoa humana é dever o Estado e direito da pessoa em ter uma vida digna e com qualidade, independente de nível cultural ou financeiro.

Pode-se, também, falar em mistanásia em casos de erro médico, independente se ocorrer no Sistema Único de Saúde, em clínicas médicas ou em hospitais renomados. Trata-se de uma conduta errada cometida pelo médico que gera a morte do paciente.

Conforme esclarecer Maria Helena Diniz sobre o assunto³²:

“diagnostico errôneo, falta de conhecimento dos avanços na área de analgesia e cuidado da dor, prescrição de tratamento sem realização de exame, uso de terapia paliativa inadequada, procedimento médico sem esclarecimento e consenso prévio, abandono etc”

Importante ressaltar que o erro médico leva tanto o profissional quanto ao hospital à responderem civilmente pelos danos materiais e morais causados. Sendo que nesse caso haveria uma responsabilidade subjetiva do médico havendo a necessidade de se comprovar a negligência, imperícia e imprudência do profissional. Haveria também uma responsabilidade penal e administrativa desse profissional. No caso da responsabilidade do hospital, este responderia objetivamente, não havendo a necessidade de se provar a culpa.

Há, ainda, a mistanásia, na qual o médico submete, intencionalmente, o paciente a uma morte precoce e/ou dolorosa, afastando por completo a dignidade da pessoa humana³³. Pode-se citar como exemplo a ausência de cuidados com idosos ou pacientes terminais, antecipando-lhes a morte; retirar órgãos a fim de ser realizado transplante, sem a ocorrência da morte encefálica, contrariando a Lei de doação de órgãos (Lei 9.437/97); com o objetivo, simplesmente, de liberar vaga no hospital, o médico dá alta ao paciente.

³² DINIZ, Maria Helena. O estado atual do Biodireito. 2ªed. Saraiva: São Paulo. 2002, p.335

9.DISTANÁSIA

Quando o médico excede os limites do razoável, com a realização de procedimentos médicos, na qual somente irá causar mais danos ao paciente terminal, retardando a morte natural sem qualquer utilidade, está diante da distanásia. Há, portanto uma obstinação terapêutica.

Importante ressaltar que o avanço tecnológico visa conceder ao ser humano uma melhor qualidade de vida, e conseqüentemente retardando o desgaste natural tanto do corpo quanto da mente, aumentando a expectativa de vida. Entretanto, pode haver que determinados médicos, utilizem tal procedimento a fim de retardar a morte da pessoa, porém, diante do quadro clínico do paciente, portador de doença incurável, em estado terminal, cuja morte é iminente, esse procedimento somente iria causar-lhe danos ao invés de benefício, havendo uma manutenção quantitativa da vida e não uma vida com qualidade, desrespeitando a dignidade da pessoa.

Sobre o tema segue as lições esclarecedoras de Maria Helena Diniz³⁴:

“tratamento médico fútil seria aquele que: a) não consegue seu objetivo imediato ou o do paciente; b) é ineficaz; c) não é capaz de oferecer uma qualidade de vida mínima ou, pelo menos, algum benefício médico; d) não oferece uma razoável probabilidade de sobrevida. A futilidade quantitativa invoca a probabilidade de que determinado objetivo seja alcançado, e isso só o médico pode julgar. A futilidade qualitativa analisa a natureza do objetivo médico a ser alcançado, mas o julgamento de que os caracteres desse escopo fiquem abaixo de um certo nível mínimo envolve conceitos como o do benefício para o paciente e o da qualidade de vida.”

O médico não pode impor ao paciente a realização de determinado tratamento, sem que informe corretamente os motivos e conseqüências dele. Cabe ao paciente, ou ao seu representante decidir sobre a realização ou não do procedimento. Sendo que, em caso negativo, não pode o

³³ SANTORO, Luciano de Freitas. Morte Digna: O direito do Paciente Terminal, Juruá, Curitiba, 2011, p. 279.

médico desrespeitar a autonomia do paciente consubstanciada na sua liberdade individual de negar que determinado tratamento seja imposto contra sua vontade.

Obrigar o paciente a realizar tratamento extraordinário, somente em razão da obstinação terapêutica do médico, tal ato pode ser equiparado à tortura, o que é vedado constitucionalmente no artigo 5º, III, da Constituição Federal³⁵.

Com efeito, tanto a eutanásia quanto a mistanásia antecipam a morte do paciente terminal, enquanto a distanásia, contrariamente, prolonga a vida, porém de maneira somente quantitativa, afastando a dignidade da pessoa. Melhor seria que fosse buscado um meio-termo, respeitando momento da morte natural da pessoa, a fim de preservar tanto a vida digna quanto a morte digna.

10.ORTOTANÁSIA

O termo ortotanásia vem do grego “ortos”, que significa correto e “thanatus”, que significa morte, correspondendo, portanto, a uma morte correta e justa, ocorrida em seu tempo oportuno. Diferentemente da antecipação ocorrida pela Eutanásia e no suicídio assistido ou de seu retardamento, ocorrido na distanásia.

Para Maria Helena Diniz³⁶, ortotanásia trata-se da *“eutanásia por omissão, consistente no ato de suspender medicamentos ou medidas que aliviem a dor, ou de deixar de usar os meios artificiais para prolongar a vida de um paciente em coma irreversível, por ser intolerável o prolongamento de uma vida vegetativa sob o prisma físico, emocional e econômico, acatando a solicitação do próprio enfermo ou de seus familiares”*.

³⁴ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do Biodireito. 2ªed. Saraiva: São Paulo. 2002, p. 338

³⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

³⁶ DINIZ, Maria Helena. O estado Atual do Biodireito, 2 ed., São Paulo: saraiva, 2002, p 330

Assim, diante de um quadro de doença irreversível, cuja morte é iminente, o médico suspende o tratamento, com o consentimento do paciente ou de seu representante, realizando somente o tratamento analgésico, com o objetivo de o paciente ter uma morte correta, em seu tempo e, principalmente, sem agonizar e sofrer, estando diante de uma morte digna.

O médico apenas ministra um tratamento paliativo, não interferindo na morte do paciente. Este virá à falecer tranquilamente, em seu tempo natural, não havendo uma antecipação de sua morte, nem mesmo a obstinação terapêutica, com o prolongamento da vida à qualquer custo.

O Código Ético da Medicina em seu artigo 41, parágrafo único é expresso ao dispor que *“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.*

Importante ressaltar que se houver alguma chance de o médico salvar a vida do paciente, sem que realize procedimentos inúteis, este deverá fazê-lo, continuando o tratamento.

Leo Pessini afirma sobre os cuidados paliativos que “Os CP [cuidados paliativos] não apressam e nem adiam a morte. Intervenções de CP [cuidados paliativos] não devem ser para abreviar a vida prematuramente. Da mesma maneira que as tecnologias disponíveis na moderna prática médica não são aplicadas para prolongar a vida de forma não natural. Os médicos não são obrigados a continuar tratamento que são considerados fúteis e excessivamente onerosos para os pacientes. Da mesma forma, os paciente não podem recusar tratamentos médicos. Em CP [cuidados paliativos], o objetivo é assegurar a melhor qualidade de vida possível. Quando o processo da doença conduz a vida para um fim natural, os doentes devem receber conforto físico, emocional e espiritual. Especificamente, presta-se atenção ao dato de que a eutanásia e o

suicídio assistido não estão incluídos em nenhuma definição de CP [cuidados paliativos].”³⁷

Há autores³⁸ que diferenciam a ortotanásia da eutanásia omissiva. Essa diferença refere-se ao início do processo mortal. Enquanto na ortotanásia esse processo já se iniciou, na eutanásia passiva o paciente entrará no processo mortal em razão da omissão do médico.

Com relação à distanásia, a diferença refere-se ao tempo da morte. Enquanto no primeiro, há um prolongamento exacerbado, diante da obstinação terapêutica, o segundo a morte se dá em seu tempo natural, de maneira digna e não degradante, bem como com os cuidados paliativos evita-se o sofrimento e a agonia do enfermo.

11. ANTECIPAÇÃO DE GESTAÇÃO DE FETO ANENCEFÁLICO

O último ponto a ser abordado no presente trabalho refere-se à antecipação de gestação de feto anencefálico. Trata-se de se evitar que uma gestante, que carrega em seu ventre um embrião com plenitude certeza que não terá chance de ter vida extrauterina, ser obrigada a dar à luz a esse feto sem calota craniana.

É sabido que toda gestação pode causar tanto danos físicos como psicológicos na gestante, sendo que na hipótese de ser uma gestação de feto anencefálico essa probabilidade aumenta. Essa gravidez é considerada de alto risco.

Além disso, convém salientar que após nove meses uma mãe grávida, que pode sofrer danos psíquicos e físicos, dá à luz ao seu filho, um dos maiores, se não o maior, presente que uma mulher pode receber. Ao contrário ocorre no caso de gestação de feto anencefálico, na qual a gestante que o carrega, chegará ao nono mês, com grande chance de sofrer um dano psicológico como

³⁷ PESSINI, Leo. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Problemas de Bioética. 7^a ed. Edições Loyola, São Paulo: 2005, p. 362/363

³⁸ Apenas exemplificando: Luciano de Freitas Santoro e Maria Elisa Villas-bôas.

físico nesse ínterim, em razão de ser considerada uma gravidez de alto risco, e ao final terá um morto, na qual precisará dar-lhe um nome, providenciar tanto o registro civil, quanto a certidão de óbito e pior, deverá realizar o seu enterro.

Obrigam a uma gestante carregar por nove meses um feto que não terá condições de ter vida extrauterina, além de ser degradante à gestante, violando o Princípio da dignidade, tal fato poderia ser equiparado à tortura, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico, previsto no Artigo 5º, III, da CF.

Convém frisar, como mencionado, o conceito de morte para o nosso ordenamento jurídico é a morte encefálica. Note-se que no caso de gestação de feto anencefálico estaria diante de um feto sem cérebro, portanto no caso em apreço, não há vida.

Ressalta que há a vida da mãe de um lado e do outro não há a vida do feto, uma vez que esse não tem cérebro. Não estamos diante de conflito de princípios, mas tão-somente limitando a liberdade da mãe consubstanciada na sua autonomia da vontade, que carrega em seu ventre em feto, com 100% de chance de não ter qualquer condições de vida extrauterina. Obrigando-a a carregar essa cruz pelo longo período de 9 (nove) meses.

E por fim, é certo que toda gestante tem direito à saúde, arrolado pela Constituição Federal em seu artigo 6º, como um dos direitos sociais, e mais adiante no artigo 196 que dispõe que “*a saúde é direito de todos e dever do Estado..*”.

A Organização Mundial da Saúde já declarou que saúde não é sinônimo de evitar doenças, mas um completo bem estar físico, mental e social.

No caso de se negar a antecipação de gestação de feto anencefálico não estaria alcançando o objetivo consubstanciado na Constituição Federal referente ao direito à saúde da gestante, pois, como exposto, não existe a possibilidade de vida extrauterina, determinando que a gestante carregue esse

fardo por nove meses. Frisa-se que o feto não tem condições de viver sem a utilização de aparelhos, sendo que no caso o aparelho é a própria mãe.

Norberto Bobbio³⁹, com propriedade observa que. *“A função do direito na sociedade não é mais servir a um determinado fim (aonde a abordagem funcionalista do direito resume-se, em geral, a individualizar qual é o fim específico do direito), mas a de ser um instrumento útil para atingir os mais variados fins. Kelsen não se cansa de repetir que o direito não é um fim, mas um meio. Precisamente como meio ele tem a sua função: permitir a consecução daqueles fins que não podem ser alcançados por meio de outras formas de controle social”*

Encontra-se em tramitação a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS (ADPF 54), objetivando justamente a declaração de inconstitucionalidade da interpretação dos arts. 124, 126, 128, I e II, do CP, como impeditivos de antecipação da gestação de feto anencefálico.

CONCLUSÃO

Pode-se afirmar que a situação em que haja uma pessoa portadora de uma doença que não há cura, sendo a morte iminente, é sempre delicada, tanto para o paciente, quanto para a família, bem como para o próprio médico.

É certo que toda pessoa tem direito à uma vida digna, direito esse resguardado expressamente pela Constituição Federal. Sendo que diante de um paciente terminal o médico tem o dever de dar todo o suporte a ele.

A morte é um processo e a única certeza que temos é que todos nós morreremos. Porém, com o avanço da tecnologia, a qualidade da vida vem melhorando e a expectativa de vida se prolongando. O que se deve ter cuidado é

³⁹ - BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de Teoria do Direito*. São Paulo: Manole, 2007, p. 53

o avanço desenfreado dessa tecnologia sem a devida verificação de seus efeitos. Para tanto, vem sendo cada vez mais estudada a Bioética e conseqüentemente surgindo novas normas ligadas ao Biodireito. Entretanto, salienta-se que essas normas do Biodireito sempre vêm após o surgimento da tecnologia.

Os pacientes terminais também são beneficiados com o avanço da tecnologia. Porém, em alguns casos os médicos tentam a qualquer custo manter a vida biológica do enfermo, aplicando novas técnicas e tratamentos que causam muito mais sofrimento à pessoa que benefícios. A obstinação terapêutica agride frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Diametralmente oposto à distanásia encontra-se a eutanásia, na qual o médico antecipa o processo da morte natural do paciente. Muito embora as pessoas que conduzem a eutanásia visam o bem-estar do enfermo, encerrando com o sofrimento, tendo sempre um cunho altruísta e solidário, tal conduta é penalmente reprovada.

Tanto a distanásia com o prolongamento da vida a qualquer custo como a eutanásia antecipação da morte, modificam o modo e o tempo da morte natural e afrontam a dignidade da pessoa humana, sendo tais condutas repudiadas pela prática médica.

Por fim, como visto todos nós temos o direito não somente à uma vida digna, mas também à uma morte digna, sendo que na hipótese de um enfermo cuja morte é iminente, há necessidade de o médico aplicar os cuidados paliativos visando uma morte tranqüila e sem sofrimento. Nesse caso haverá uma morte digna e não degradante.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola, Dicionário de Filosofia: 3 ed. Martins fontes, São Paulo: 1988.

ACENSÃO, José de Oliveira. A terminalidade da vida. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de Teoria do Direito. São Paulo: Manole, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, Direitos da Personalidade e Autonomia Privada. 2ª Ed. São Paulo, 2007

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7 ed. 3. Reim. Coimbra: Almedina, 2003

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do Biodireito. 2ªed. Saraiva: São Paulo. 2002

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. REVISTA DO INSTITUTO DE PESQUISAS E ESTUDOS – DIVISÃO JURÍDICA –INSTITUTO TOLEDO DE ENSINO – Bauru – Dezembro de 2001 a Março de 2002 – n. 33. Artigo: “Bioética e Biodireito: Revolução Biotecnológica, Perplexidade Humana e Prospectiva Jurídica Inquietante.”.

PESSINI, Leo. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Problemas de Bioética. 7ª ed. Edições Loyola, São Paulo: 2005

PESSOA, Laura Scaldaferrri. Pensar o final e honrar a vida: direito à morte digna. Dissertação de Mestrado Defendida em 2011 na Universidade Federal da Bahia, tendo como orientadora Profª Drª Monica Neves Aguiar da Silva

SANTORO, Luciano de Freitas, Morte Digna – O Direito do Paciente Terminal - 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Roberto Baptista dias da. Uma Visão constitucional da Eutanásia – Tese de Doutorado em Direito Constitucional. Defendida em 2007, na Pontifícia Católica de São Paulo, tendo como orientadora Dra. Flavia Piovesan

SOARES, Vladia Maria Moura. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana a Autonomia do paciente e o direito à morte digna. Dissertação de mestrado defendida em 2010, orientação Professora Maria Garcia.

VILLELA, João Baptista. Variações Impopulares sobre a Dignidade da Pessoa Humana, Superior Tribunal de Justiça. Doutrina. Edição Comemorativa – 20 anos