

PUCRS

ESCOLA DE HUMANIDADES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
DOUTORADO EM FILOSOFIA

ANDREI FERREIRA DE ARAÚJO LIMA

OS LIMITES DA AUTONOMIA DO PACIENTE E A ARQUITETURA DA ESCOLHA

Porto Alegre
2022

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE HUMANIDADES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
DOUTORADO EM FILOSOFIA

ANDREI FERREIRA DE ARAÚJO LIMA

**OS LIMITES DA AUTONOMIA DO PACIENTE E A ARQUITETURA DA
ESCOLHA**

Porto Alegre
2022

ANDREI FERREIRA DE ARAÚJO LIMA

**OS LIMITES DA AUTONOMIA DO PACIENTE E A ARQUITETURA DA
ESCOLHA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Escola de Humanidades da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de doutor em Filosofia.

Orientador: Prof. Dr. Thadeu Weber

Porto Alegre
2022

ANDREI FERREIRA DE ARAÚJO LIMA

**OS LIMITES DA AUTONOMIA DO PACIENTE E A ARQUITETURA DA
ESCOLHA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Escola de Humanidades da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de doutor em Filosofia.

Aprovada em: 31 de março de 2022.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Thadeu Weber – PUCRS (orientador)

Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza - PUCRS

Profa. Dra. Lívia Haygert Pithan - PUCRS

Profa. Dra. Elda Coelho Bussinguer – FDV

Prof. Dr. José Roberto Goldim – UFRGS

Porto Alegre
2022

Aos meus pais, a base s3lida e firme sobre a qual pude me desenvolver. Graças a
vocês, nunca houve desafio que não pudesse ser superado.

AGRADECIMENTOS

Chegando ao final de mais um ciclo de estudos, sendo esse, por motivos lógicos e inerentes à sua titulação, o mais trabalhoso de minha vida acadêmica, restam algumas certezas muito maiores do que qualquer tese, teoria ou proposição científica. Não há posições imutáveis no trabalho, não há, em verdade, na ciência, paradigma que possa ser tido como irrefutável. A evolução do conhecimento humano depende, em grande medida, de novas descobertas, de quebras de paradigmas, de validações, de diálogo, de tolerância, de polidez, de humildade e, por que não, de humanidade.

O trabalho tem, por certo, seus objetivos e proposições e buscará defendê-los com a devida propriedade. Mas nada disso teria grande valor, se por trás dos feriados de leituras, dos finais de semana em casa, e dos vários convites de amigos seguidos de um “não posso”, não houvesse uma rede de pessoas incríveis a me apoiar e incentivar, restando aí, nessa rede, as certezas de maior relevância.

Como filho de dois professores exemplares, adquiri, desde muito cedo, o gosto pelo estudo, pelo diálogo e pela sala de aula. Peço uma rápida concessão a vocês, meus maiores mestres, para agradecer, primeiramente, àquele que foi muito mais do que um grande professor nesses últimos 4 anos.

Prezado Prof. Thadeu, o senhor foi um verdadeiro orientador, um verdadeiro mestre. Sempre disponível para conversar, trocar ideias, incentivar a produção de artigos, além das brilhantes aulas ministradas ao longo do doutorado. Tive a sorte de conhecê-lo, há mais de 10 anos, em um projeto de pesquisa de iniciação científica. Maior sorte ainda por ter sido seu orientando no doutorado. Espero que essa tenha sido apenas mais uma etapa, entre outras que o ideal acadêmico leva a perseguir. O senhor se tornou, para mim, um exemplo de inteligência, polidez e humildade. A certeza de poder contar com seu apoio foi um incentivo constante.

Retomando o mais do que devido agradecimento aos meus pais, Moacir Costa de Araújo Lima e Lucia Helena Ferreira de Araújo Lima. Nunca será exagero afirmar e certificar que todas minhas conquistas passam diretamente por vocês. Além de verdadeiras referências como professores, vocês são os grandes responsáveis pelos valores que pautam minha vida. A ética, o amor, a coragem e a humildade que vocês me transmitiram são os pilares que sustentam a fé para encarar qualquer desafio. Obrigado pela solidez com que me ensinaram a construí-los.

Minha querida irmã Priscila Ferreira de Araújo Lima, igualmente incentivadora para encarar os mais variados desafios. Saibas que és grande fonte de inspiração. Tenho certeza de que não há desafio que tu não possas superar, e teu exemplo me dá forças para seguir adiante em momentos mais difíceis. Obrigado pela amizade e carinho. Que bom é ter a certeza de que posso sempre contar contigo.

Minha amada mulher Juliane dal Magro. Conhecemo-nos quando eu havia iniciado meu mestrado na Faculdade de Direito e o estudo que, aparentemente, previa a duração de 2 anos se converteu em 6. Os desafios que enfrentamos e superamos nos últimos anos, aliados a finais de semana dedicados exclusivamente ao estudo, guardam a certeza de que não há nada maior e mais belo do que o amor. E tu és a própria personificação deste sentimento.

É igualmente certo que o meio acadêmico possibilita a construção de amizades sólidas e sinceras que, por fim, acabam por contribuir com a elaboração da tese. Nesse sentido, não posso deixar de agradecer pelo apoio e pelo tempo disponibilizado para discussões acerca da pesquisa aos queridos amigos: Ataliba Carpes, Eduardo Kronbauer, Fernando Inglez de Souza Machado e Luis Rosenfield. Faz-se mister, ainda, manifestar minha profunda gratidão a professores que, mesmo não vinculados à pesquisa, disponibilizaram-se, em algum momento, para debater as ideias da tese: Prof. Pedro Guilherme Augustin Adamy, Prof. Elda Coelho de Azevedo Bussinguer e Prof. Draiton Gonzaga de Souza. A maior gratidão em relação ao meio acadêmico não está no conhecimento adquirido, mas sim nas amizades e laços afetivos construídos.

Como referido no início deste breve agradecimento, encerro essa etapa com mais certezas do que dúvidas. Não, necessariamente, em relação à tese, mas sim em relação àquilo que realmente faz a diferença em nossas vidas: o suporte familiar, o amor conjugal, as amizades sinceras, e apoio de professores inspiradores, com especial destaque ao meu caríssimo orientador, prof. Thadeu Weber.

Por fim, agradeço à Capes pelo suporte financeiro ao longo desses 4 anos, tornando possível a realização da presente pesquisa.

RESUMO

A presente tese, preocupada com a supervalorização do princípio da autonomia dentro do campo da Bioética, mormente em relação à corrente principialista, busca aprofundar a temática, de modo a encontrar limites mais claros ao poder decisório do paciente, sem que isso signifique uma retomada do paternalismo médico ou a supressão da autonomia. Em que pese as justas críticas endereçadas à Bioética baseada na autonomia e, conseqüentemente, aos postulados kantianos, que são em grande medida os fundamentos da referida corrente, a presente tese defende a manutenção do raciocínio das máximas do filósofo prussiano, ou seja, defende-se que a autonomia (capacidade de autodeterminação) é o fundamento da dignidade, e que essa, por sua vez, está diretamente ligada ao conceito do ser humano sempre como fim em si mesmo e nunca, simplesmente, como meio. Por outro lado, as críticas não podem ser ignoradas, principalmente aquelas advindas da neurociência que, a partir de estudos da economia comportamental, comprovaram que o ser humano não raramente age de modo inconsciente contra os seus próprios interesses, ou seja, a crença na racionalidade plena deve ser revisitada. Nesse sentido, a presente tese defende a inserção do conceito da arquitetura da escolha e da ética da influência, ambos vinculados ao paternalismo libertário, no ambiente médico-hospitalar e na relação médico-paciente. Trata-se de conceitos, cuja aplicação visa a auxiliar os sujeitos a tomarem as melhores decisões de acordo com seus melhores interesses, promovendo diálogo entre as pessoas envolvidas. Defende-se que a arquitetura da escolha seja a justa medida para harmonizar a autonomia do paciente com o paternalismo médico. Os limites à autonomia serão estabelecidos antes mesmo da formulação da arquitetura, restando, então, apenas as opções ética e legalmente cabíveis. Ao médico, neste segundo momento, caberá exercer a influência para que o paciente escolha o tratamento mais eficaz, deixando-o, contudo, livre para escolher outras possibilidades ou até mesmo recusá-las, promovendo sua autonomia, respeitando sua dignidade, tratando-o como fim em si mesmo.

Palavras-chave: Bioética. Autonomia. Paternalismo. Arquitetura da Escolha. Ética da Influência. Paternalismo Libertário.

ABSTRACT

The present thesis, concerned with the overrating of the principle of autonomy in the field of Bioethics, especially in relation to the principlist current, aims to deepen the theme in order to clarify the limits of the decision-making power of the patient, avoiding a resumption of the medical paternalism or the suppression of autonomy. Despite the fair criticisms addressed to Bioethics based on autonomy and, consequently, to the Kantian postulates, which are in a large extent the foundations of that current, the present thesis defends the maintenance of the logic of the Prussian philosopher's maxims, that is, it defends that autonomy (capacity for self-determination) is the foundation of dignity, and that dignity is directly linked to the concept of the human being, always as an end in itself and never simply as a mean. On the other hand, the critics cannot be ignored, especially those coming from neuroscience which, based on behavioral economics studies, have proven that human beings often unconsciously act against their own interests, that is, the belief in human rationality must be reviewed. In this sense, the current research defends the insertion of the concept of the architecture of choice and the ethics of influence, both linked to libertarian paternalism, in the hospital environment and in the doctor-patient relationship. The concepts aim to help subjects to make the best decisions according to their best interests, promoting dialogue between those involved in the environment. It is argued that the architecture of choice is the right measure to harmonize patient autonomy with the medical paternalism. The limits to autonomy will be established even before the architecture is formulated, leaving, then, only the ethically and legally applicable options. The doctor, in this second moment, will be responsible for promoting influence so that the patient chooses the most effective treatment, leaving him, however, free to choose other possibilities or even refuse them, promoting his autonomy, respecting his dignity, treating him as an end in itself.

Keywords: Bioethics. Autonomy. Paternalism. Choice Architecture. Ethics of Influence. Libertarian paternalism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 AS BASES KANTIANAS E O IMPÉRIO DA RAZÃO: LIBERDADE, AUTONOMIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA INCORPORAÇÃO NO CAMPO DA BIOÉTICA	17
2.1 LIBERDADE, AUTONOMIA E RAZÃO	18
2.1.1 Liberdade – ser livre é impor-se limites através da razão.....	20
2.1.2 Liberdade Negativa e Liberdade Positiva – o movimento em direção à autonomia.....	24
2.1.3 Autonomia e a saída da menoridade	30
2.1.4 Autonomia como fundamento da moralidade	34
2.2 AUTONOMIA E DIGNIDADE – O SER HUMANO COMO FIM EM SI MESMO ..	39
2.2.1 Autonomia da vontade e autodeterminação como fundamentos da dignidade da pessoa humana.....	41
2.2.2 Dignidade como princípio ou direito fundamental. A dupla dimensão da dignidade da pessoa humana e a identificação da raiz da discussão no campo da Bioética	46
2.2.3 Uma fórmula universal <i>a priori</i> . O imperativo categórico kantiano e o problema da exceção.....	53
2.3 KANT E A FUNDAMENTAÇÃO DA BIOÉTICA – DA AUTONOMIA PARA O CONSENTIMENTO.....	61
2.3.1 Autonomia, Autodeterminação e Dignidade da Pessoa Humana – A influência de Kant na Bioética	62
2.3.2 Autodeterminação – A insuficiência do conceito de autonomia na Bioética	66
2.3.3 O consentimento livre e esclarecido como o primeiro passo de aproximação entre a autonomia, heteronomia e o paternalismo libertário.....	70
3 AUTONOMIA, RACIONALIDADE, VIESES E ARQUITETURA DA ESCOLHA - UM CONCEITO DE AUTONOMIA PARA A BIOÉTICA SOB A ÓTICA DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO E DA ÉTICA DA INFLUÊNCIA.....	79
3.1 PATERNALISMO E LIBERALISMO – EM BUSCA DE UM CONSENSO QUANTO AO ALCANCE DA AUTONOMIA DO PACIENTE NA BIOÉTICA.....	81

3.1.1	Autonomia e liberalismo – a moldura da política liberal na tomada de decisão do paciente	83
3.1.2	O paternalismo médico – a relevância do conhecimento científico no auxílio da tomada de decisão.....	93
3.1.3	Paternalismo libertário como uma possível harmonização	95
3.2	NUDGES E ARQUITETURA DA ESCOLHA – A ÉTICA DA INFLUÊNCIA	96
3.2.1	Decisões irracionais – Cutuques (<i>Nudges</i>) como forma de implementação das escolhas	99
3.2.2	O problema da manipulação e a ética da Influência	108
3.2.3	Médico, o arquiteto da escolha – o consentimento livre e esclarecido como um documento a harmonizar a autonomia, a vulnerabilidade e o paternalismo	116
3.3	OS LIMITES DA AUTONOMIA DO PACIENTE – UM CONCEITO PRÁTICO A PARTIR DA ARQUITETURA DA ESCOLHA	121
3.3.1	Beneficência médica orientada ao melhor interesse do paciente e os limites da obstinação terapêutica irrazoável	123
3.3.2	Não-maleficência como um limite à autonomia do paciente	128
3.3.3	Os limites da autonomia frente à arquitetura da escolha.....	132
4	CONFLITOS E LIMITES REFERENTES À AUTONOMIA DO PACIENTE E À ARQUITETURA DA ESCOLHA – UMA ANÁLISE A PARTIR DE CASOS PRÁTICOS	134
4.1	INTRODUÇÃO AO DEBATE QUANTO A UM POSSÍVEL DIREITO À MORTE DIGNA.....	137
4.1.1	O conflito e a conformação entre a dignidade da pessoa humana, o direito fundamental à vida e ao livre desenvolvimento da personalidade. Há um direito à morte (digna)?	137
4.1.2	O juramento de Hipócrates – a eutanásia entre a autonomia do médico e a liberdade de escolha do paciente	147
4.2	O DIREITO À RECUSA DE UM TRATAMENTO – FUNDAMENTAÇÕES DE ORDEM RELIGIOSA E SECULAR	153
4.2.1	A possibilidade de recusa de tratamento de pacientes não terminais. Argumentação de ordem religiosa. - Testemunhas de Jeová	153
4.2.2	A possibilidade de recusa de tratamento de pacientes não terminais – argumentação de ordem secular	160

4.3 PACIENTES EM ESTADO VEGETATIVO PERMANENTE – A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DE SUA DIGNIDADE.....	164
4.3.1 Obstinação irrazoável e pacientes em estado vegetativo permanente - Caso Lambert.....	165
5 CONCLUSÃO.....	171
REFERÊNCIAS.....	177

1 INTRODUÇÃO

Em 1927 era empregado pela primeira vez o termo “Bioética”.¹ O autor alemão Fritz Jahr buscava o estabelecimento e o reconhecimento de obrigações éticas tanto no que respeita aos seres vivos quanto no que se refere ao meio ambiente. Em seu artigo intitulado “*Wissenschaft vom Leben und Sittenlehre*”, Jahr propõe, com clara influência kantiana, um “imperativo bioético”: “respeita todo ser vivo essencialmente como um fim em si mesmo e trata-o, se possível, como tal”.² Mias tarde, em 1970, Van Rensselaer Potter retoma o uso do vocábulo Bioética, porém ainda atrelado à ideia de manutenção do meio ambiente como forma de sobrevivência.³ Potter conceituava a Bioética como uma ética da vida, preocupada com toda a estrutura ecológica. Não por menos, posteriormente, quando o termo passou a entrar em conflito com conceitos vinculados à ética médica, esse mesmo autor passou a denominar sua tese como “Bioética Global”.⁴ Também na década de 70, a partir das pesquisas de André Hellegers, a Bioética passou a ser conhecida como a ciência que investiga os fenômenos tecnológicos na área da saúde e seus desdobramentos na vida cotidiana, bem como a proteção do ser humano em contraposição ao avanço da medicina a qualquer custo.⁵

A partir de então, o termo Bioética passou a se circunscrever a situações relacionadas à ciência médica e ao ser humano, bem como a questões de ética médica, afastando-se da proposição inicial de Jahr, assim como daquela defendida por Potter. Um estudo significativo no sentido de incorporar a Bioética à ética médica foi o Relatório Belmont (Belmont Report)⁶ publicado em 1979 por iniciativa do Governo e Congresso norte-americanos, onde restaram identificados três princípios éticos básicos a guiarem a relação médico-paciente: a) respeito pelas pessoas; b) beneficência e; c) justiça. O princípio do *respeito pelas pessoas*, segundo o *Relatório*, incorpora ao menos duas convicções éticas: a primeira: os indivíduos devem ser tratados como

¹ “[...] a Bioética surge no século 20 como uma proposta de integração do ser humano à natureza. A crescente complexidade das intervenções científicas, especialmente na área da saúde, provocou uma reflexão sobre essas questões. A Bioética, que antes era uma resposta a problemas, amplia a sua abrangência ao refletir pró-ativamente sobre novas situações, utilizando um amplo referencial teórico para dar suporte às suas discussões” (GOLDIM, José Roberto. Bioética: origens e complexidade. **Rev HCPA**, Porto Alegre, v. 26, n. 2, p. 86-92, 2006. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/complex.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2021, p. 86).

² JAHR, Fritz. Disponível em: <http://www.fritz-jahr.de/images/fj-1926-bioethik.jpg>. Acesso em: 3 abr. 2021. Tradução nossa.

³ POTTER, Van Rensselaer. **Global Bioethics – Building on the Leopold Legacy**. Michigan: Michigan State University Press, 1988.

⁴ POTTER, Van Rensselaer. **Bioética Global**. São Paulo: Edições Loyola, 2018.

⁵ GOLDIM, José Roberto. Bioética: origens e complexidade. **Rev HCPA**, Porto Alegre, v. 26, n. 2, p. 86-92, 2006. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/complex.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2021.

⁶ NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL. **Belmont Report**. 1979. Disponível em: <https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/index.html>. Acesso em: 20 set. 2021.

seres autônomos, dotados de autodeterminação; a segunda: as pessoas cuja autonomia esteja atenuada devem ser submetidas à proteção.⁷

Um ano mais tarde, em 1979, os autores Beauchamp e Childress lançaram a obra *Principles of Biomedical Ethics*⁸, na qual propõem o acréscimo de um quarto princípio a ser utilizado como fundamento para questões de ética médica: a não-maleficência. Em que pese os autores não terem elaborado um livro especificamente sobre a Bioética, a obra foi (e ainda é) extremamente relevante, dando início à corrente que ficou conhecida como principialismo. Temas como aborto, eutanásia, manipulação genética, consentimento livre e informado, autonomia do paciente, poder decisório do paciente passaram a ser discutidos sob uma nova perspectiva, invertendo a tradição até então dominante do paternalismo médico. Não mais simplesmente o paciente, mas a vontade do paciente passou a ser o centro dos princípios da Bioética. A autonomia ganhou papel de destaque, como se pode notar da leitura do artigo 5 da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos⁹ aprovada no ano de 2005, onde consta:

Autonomia e Responsabilidade Individual:

*Deve ser respeitada a autonomia dos indivíduos para tomar decisões, quando possam ser responsáveis por essas decisões e respeitem a autonomia dos demais. Devem ser tomadas medidas especiais para proteger direitos e interesses dos indivíduos não capazes de exercer autonomia.*¹⁰

Grande parte da inversão da lógica paternalista se deve à máxima kantiana que postula a consideração do ser humano sempre como fim em si mesmo e nunca, simplesmente, como meio, o que na relação médico-paciente, pode ser interpretado como o respeito à dignidade da pessoa humana, uma vez que essa se vincula diretamente ao conceito de autodeterminação. A

⁷ GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito à morte digna**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 22.

⁸ BEAUCHAMP, Tom. L; CHILDRESS, James F. **Principles of Biomedical Ethics**. 5th ed. New York: Oxford University Press, 2001.

⁹ Mesmo sem aprofundar a questão social, uma vez que não faz parte do escopo do trabalho, cabe salientar que, em razão de seu aspecto interdisciplinar, a Bioética passou a incorporar dentro do seu âmbito de estudo e análise, questões sociais e de saúde pública. Acesso universal à saúde básica e a promoção e a proteção dos direitos fundamentais à saúde se tornaram pautas da Bioética. Basta ver, nesse sentido, o artigo 14 da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, que dispõe: “a) A promoção da saúde e do desenvolvimento social para sua população é objetivo central dos governos, partilhado por todos os setores da sociedade” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA – UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Paris: UNESCO, 2005. Disponível em: https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 28 jan. 2022).

¹⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA – UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Paris: UNESCO, 2005. Disponível em: https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 28 jan. 2022, grifo nosso.

beneficência e a não-maleficência passaram a ser o melhor tratamento segundo as convicções do paciente. Autonomia e dignidade passaram a ser entendidos como princípios e direitos que se fortalecem mutuamente, de modo que respeitar a autonomia do paciente é respeitar sua dignidade, embora o contrário nem sempre seja verdadeiro. Mas essa aparente predileção pela autonomia seria o suficiente para respeitar qualquer escolha do paciente? Certamente não.

A questão controversa diz respeito aos limites da autonomia do paciente, ou seja, em quais situações uma escolha individual é passível de restrição. Poderá um médico ou o Estado, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana, limitar a autonomia do paciente, obrigando-o a realizar um tratamento contra sua vontade? Mesmo sendo esse tratamento o único capaz de salvar sua vida? Parece claro que em algumas situações, como se pretende analisar na presente tese, a dignidade poderá mitigar a autonomia, como, por exemplo, nos casos de obstinação terapêutica irrazoável. Caso a autonomia fosse identificada como a fundamentação única da dignidade e, portanto, apta a justificar qualquer escolha, desde que isso não prejudicasse um terceiro, não haveria qualquer problema em se realizar as mais variadas formas de terapia, mesmo que sabidamente irrazoáveis, desde que o paciente assim tivesse escolhido.

Frente a uma aparente supervalorização do princípio da autonomia e à dificuldade de se fundamentar os seus limites, muitas são as críticas, principalmente por parte de correntes de cunho comunitarista e feminista¹¹, endereçadas à Bioética baseada na autonomia, com destaque para três, a seguir: a primeira afirma ser a autonomia demasiadamente atomista, ignorando contextos e agentes sociais, bem como o impacto da decisão na família e na comunidade. A segunda condena a desconsideração quanto ao estado de vulnerabilidade do paciente bem como sua potencial incapacidade, mesmo que em plenas condições cognitivas, de compreender com clareza as consequências ao negar ou preterir um tratamento em relação a outro. O paciente, na maioria das vezes, é absolutamente leigo no que concerne a tratamentos médicos. A terceira que é a de maior relevância, questiona a real capacidade do ser humano de tomar decisões autônomas de acordo com seu melhor interesse, ou seja, o quão racionais são as escolhas dos pacientes. Diversos estudos de neurociência comprovaram que as pessoas, não raramente, realizam escolhas contra seus próprios interesses. Nesse sentido, dentre tantos outros questionamentos que se buscará responder, chama-se a atenção para os seguintes: seria o conceito de autonomia,

¹¹ Como aponta Thomas May: “Despite its foundational role in the development of the field of bioethics, the concept of autonomy has recently come under attack from a variety of nonliberal perspectives in bioethics, particularly communitarian, feminist, and ‘family-based decision-making’ perspectives” (MAY, Thomas. *The concept of Autonomy in Bioethics. An Unwarranted Fall from Grace. In: TAYLOR, James Stacey. Personal Autonomy. New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral philosophy.* New York: Cambridge University Press, 2005. p. 299-309, p. 299).

ou a compreensão do ser humano como um ente racional, um mero ideal inatingível? O quão autônomas e racionais são as escolhas individuais? Como sustentar uma Bioética baseada na autonomia quando essa é fundamentada na crença do ser humano racional, que por sua vez, apresenta grande tendência de agir de modo inconsciente? O paternalismo não seria uma forma de potencializar a autonomia? Qual o alcance do princípio do respeito pela autonomia do paciente dentro da Bioética?

Preocupada com esses questionamentos, a presente tese busca identificar os principais pontos de conflito no que concerne aos limites da autonomia do paciente para, ato contínuo, propor soluções práticas. Buscar-se-á responder quais são esses limites e, ainda mais importante, como fundamentá-los. A tese entende que a autonomia é o ponto de partida, mas não é o suficiente, de modo que o paternalismo, no melhor sentido de um terceiro preocupado com o melhor interesse da pessoa em questão, é necessário e inevitável. Dessarte, propõe-se a incorporação, no âmbito da tomada de decisão do paciente, do conceito da arquitetura da escolha, em conjunto com as formulações concernentes ao paternalismo libertário, apresentado na obra *Nudge*, de autoria de Richard Thaler e Cass Sunstein e sob as máximas da Ética da Influência. Esclarece-se, desde já, que paternalismo libertário não se confunde, em absoluto, com ideologias libertárias. Os próprios autores, Sunstein e Thaler, fazem questão de esclarecer essa drástica diferença. Cabe sublinhar que na última versão da obra *Nudge* são citados autores libertários como os maiores críticos da teoria do paternalismo libertário, demonstrando as profundas diferenças existentes entre os conceitos.

Em suma, a tese propõe o seguinte problema: quais são os limites da autonomia do paciente e como otimizá-la? E a seguinte hipótese: seria a arquitetura da escolha (dentro do paternalismo libertário e da Ética da Influência) um conceito apto a limitar e a potencializar a autonomia e, conseqüentemente, proteger a dignidade do paciente? O desmembramento da hipótese observa a seguinte lógica: a autonomia, já dentro de um espectro ético da tomada de decisão, é o ponto de partida. Incorpora-se a proposição de que o ser humano nem sempre está apto a tomar a melhor decisão, sendo desejável, e em alguns casos necessário, a participação e influência do profissional da saúde na escolha do tratamento, indicando ao paciente aquele com maior grau de efetividade, sem, em hipótese alguma, obrigá-lo a nada. Busca-se, a partir desses pressupostos, fundamentar a autonomia e dignidade da pessoa humana na Bioética, incorporando-as ao conceito de arquitetura da escolha, de modo que próprio paciente entenda os seus limites e tutele sua dignidade. Caso o paciente, mesmo após minuciosa deliberação, opte por um tratamento flagrantemente degradante, que por essa razão nem deveria estar disponível, uma vez que fere a ética da influência e a dignidade, deverá o médico impedi-lo. A autonomia

não é o suficiente para fundamentar toda e qualquer conduta como, por exemplo, uma solicitação de manutenção de tratamento claramente categorizado como obstinação terapêutica irrazoável. Isso vale igualmente para a equipe médica que não poderá utilizar a autonomia do paciente como subterfúgio para tratamentos e procedimentos reconhecidamente prejudiciais.

Em razão da necessidade de fundamentação de direitos e princípios fundamentais, bem como da análise de possíveis conflitos entre eles, com o objetivo de desenvolver soluções práticas, a presente pesquisa apresenta caráter interdisciplinar, mormente na tentativa de aproximação entre Filosofia e Direito. Naquela será possível encontrar os fundamentos para a elaboração de normas e regras pertinentes a este. Da fundamentação filosófica passar-se-á para a descrição normativa. Filosofia e Direito se encontram, nesse sentido, como áreas complementares. Não raramente, uma norma é entendida como injusta, tornando-se ilegal por se encontrar em desacordo com a defesa dos direitos fundamentais que, por seu turno, apresentam em grande medida uma justificativa de raiz filosófica.¹² Não se quer dizer com isso que a Filosofia e o Direito guardam entre si a condição necessária para resolver todos os problemas práticos de ordem social, especialmente no que diz respeito ao estudo da Bioética, campo de conhecimento majoritariamente entendido como interdisciplinar. Contudo, tendo em vista o recorte específico da presente tese, qual seja, os limites éticos e jurídicos da tomada de decisão pessoal na relação médico-paciente, optou-se por uma concentração nas referidas áreas. A ética encontra sua fundamentação na Filosofia, transmutando-se em norma, a partir do enquadramento jurídico.

Outro esclarecimento importante para o entendimento da presente tese diz respeito ao direito fundamental à saúde. Entende-se que, como todos os outros direitos fundamentais insculpidos na Carta Magna Brasileira, o direito à saúde merece proteção e promoção por parte do Estado. Advogar em prol do respeito à autonomia e à dignidade da pessoa humana é, em última análise, defender o amplo respeito por todos os direitos humanos e fundamentais. A presente tese parte do pressuposto de que o direito à saúde, seja de modo público ou privado, já foi devidamente assegurado, uma vez que o objeto de estudo se encontra em momento posterior, qual seja, na relação médico-paciente.

Em tempo, deve-se esclarecer que a pesquisa buscará responder questões vinculadas às decisões pessoais do paciente, que afetem exclusivamente a ele, de modo que questões como

¹² Diferentemente do entendido e defendido na presente tese a respeito dos direitos fundamentais, cita-se a teoria de Hans Kelsen, cujo objetivo era desenvolver uma teoria pura do direito, ou seja, sem qualquer influência de outras áreas do conhecimento. Para Kelsen, o aporte filosófico para a fundamentação de direitos fundamentais é desnecessário. Ver: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

aborto e eugenia, por exemplo, não serão contempladas, já que envolveriam outras problemáticas como o início da vida e o conceito de pessoa.

A respeito da estrutura da pesquisa e da divisão dos capítulos, têm-se a seguinte ordem. Buscar-se-á, em um primeiro momento, esclarecer o conceito de autonomia em Kant, pois como já referido, as teses do filósofo prussiano se encontram entre as principais bases de sustentação da Bioética baseada na autonomia. A relevância desse aprofundamento se encontra principalmente no fato de que a construção kantiana de modo algum se refere a um total livre-arbítrio, ou seja, a uma vontade desimpedida, no sentido de que o agente possa realizar o que bem entender, uma vez que se considera autônomo. A respeito da dignidade da pessoa humana, demonstrar-se-á o entendimento da presente tese no sentido de considerá-la como um princípio fundamental de dupla dimensão, uma objetiva e outra subjetiva, uma vinculada à autonomia e outra à heteronomia, aprofundando a possibilidade de conflito entre essas dimensões e respondendo se há ou não uma prevalência de uma em relação à outra. Por fim, no que concerne ao primeiro capítulo, demonstrar-se-á a influência de Kant na Bioética, bem como as reinterpretações propostas por alguns estudiosos do tema. Em suma, o segundo capítulo tem a intenção de posicionar o problema, apresentar o conceito de autonomia em Kant, a influência deste conceito na Bioética e as críticas a ele endereçadas.

No terceiro capítulo, levando em consideração as críticas relacionadas à Bioética principialista ou à Bioética baseada na autonomia do paciente, o presente trabalho irá incorporar parte desses questionamentos, pois, a partir de estudos da ciência comportamental, tornou-se inegável que, em muitas situações, o ser humano, em que pese seu caráter racional, promove escolhas contra o seu próprio interesse. Por mais que a presente tese defenda a autonomia do paciente como ponto de partida, isso não significa que ela deva ser ilimitada. Porém, como no caso da autonomia, essa limitação deve estar relacionada com padrões éticos e publicamente justificáveis. Nesse sentido, defender-se-á que o conceito da arquitetura da escolha, dentro do escopo do paternalismo libertário e da ética da influência, é o suficiente para proteger e promover a autonomia e a dignidade do paciente. A ética da influência entende que ao médico, arquiteto da escolha, cabe elucidar as possibilidades de tratamentos ao paciente, podendo inclusive influenciá-lo (*nudging*, ou seja, “cutucando-o” para tomar a melhor decisão de acordo com a ciência médica), sem jamais coagi-lo. A tese da influência, por outro lado, gera dúvidas quanto à possibilidade de se tratar de uma manipulação. Seria a arquitetura da escolha manipuladora? Será que tais cutuques (*nudges*), como denunciado por Sarah Conly na obra *Justifying Coercive Paternalism*, não seriam uma forma indevida de convencimento? Para responder a essa pergunta a presente tese irá recorrer à mesma justificativa proposta pelos criadores do conceito, qual seja,

a incorporação do princípio da publicidade elaborado por John Rawls¹³. A fim de proteger o paciente de uma arquitetura da escolha que se utiliza de ferramentas manipuladoras, é necessário que os princípios concernentes à disponibilização da escolha sejam publicamente justificáveis e aceitos, dando a real moldura da ética da influência. Ultrapassada a justificativa quanto a uma possível harmonização entre os direitos fundamentais, os princípios da ética médica, da Bioética e da arquitetura da escolha, dentro dos moldes do paternalismo libertário, pretende-se conceituar a autonomia do paciente, estabelecendo e esclarecendo os seus limites.

Ao longo do terceiro capítulo, buscar-se-á verificar a aplicabilidade do conceito proposto, a partir da análise de casos práticos. Elegeu-se, para a tanto, os casos de eutanásia, questionando-se se há um direito à morte digna e, em caso afirmativo, em quais situações e segundo quais pré-requisitos. Também serão analisados casos nos quais há a recusa de um tratamento, tanto a partir de uma fundamentação secular quanto religiosa, podendo tal atitude resultar no óbito do paciente. Seria a autonomia do paciente um direito fundamental suficiente para justificar que se aceite uma negativa de resultados tão trágicos? Pode um paciente Testemunha de Jeová negar a transfusão de sangue, por mais que esse seja o único tratamento disponível? Por fim, analisar-se-á questões relacionadas a pacientes em estado vegetativo permanente, envolvendo o prolongamento da vida em situações irreversíveis, nos casos em que tal conduta poderá se configurar como obstinação irrazoável.

Entender que a autonomia pode ser a bússola moral através da qual decisões éticas possam ser plenamente tomadas, talvez represente um conceito exageradamente otimista. Por outro lado, abandonar a autonomia como um primeiro pressuposto para uma construção ética dentro do campo da Bioética, por mais otimista que isso possa parecer, é, no entender da presente pesquisa, desrespeitar o que há de mais valioso no ser humano, o que realmente proporciona a noção de moral e ética, a possibilidade de autodeterminação. Por mais que se incorpore a crítica de que nem sempre as pessoas se encontram aptas a tomar a melhor decisão, tal constatação não deve se prestar como uma justificativa para a retirada da autonomia. Defende-se que a solução não está na retirada do poder de escolha do paciente, mas sim no auxílio, sendo cabível inclusive a sua limitação, mas jamais sua exclusão.

¹³ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 675.

2 AS BASES KANTIANAS E O IMPÉRIO DA RAZÃO: LIBERDADE, AUTONOMIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA INCORPORAÇÃO NO CAMPO DA BIOÉTICA

“Legítimo filho do iluminismo, aposta na autonomia da razão e na “maioridade” do homem. Encontra no ‘uso público’ da razão a defesa incondicional da liberdade.”¹⁴

Ao eleger Kant como marco teórico para o presente trabalho, assumiu-se, de pronto, a defesa de três direitos fundamentais, a saber: a liberdade, a autonomia e a dignidade da pessoa humana. Assim como argumentado pelo referido filósofo, não se irá sustentar uma prevalência entre eles, mas sim uma ordem lógica que desembocará na relação mútua e necessária entre os princípios.

A razão será a guia para o pleno respeito da liberdade, da autonomia e da dignidade. É em função da razão que se é verdadeiramente livre, uma vez que se pode agir de modo incondicionado e não simplesmente instintivo. É por força da razão que se é autônomo, capaz de dar-se a si mesmo a própria lei, capaz, ainda, de se autodeterminar, posicionando-se com fim em si mesmo, jamais como meio, sendo detentor de um valor intrínseco chamado dignidade.

Esses três direitos ou princípios fundamentais foram incorporados, de uma forma ou de outra, na grande maioria das constituições ocidentais.¹⁵ Não são raras as Cartas Magnas, ao menos no ocidente, que apresentam a liberdade, autonomia e dignidade como pressupostos básicos da constituição estatal. Mais do que isso, não são extraordinárias as fundamentações de tais direitos com base nos argumentos kantianos. Como bem asseverado por Sarlet, “o elemento nuclear da noção de dignidade continua sendo reconduzido, primordialmente, à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia, e na noção de autodeterminação da pessoa”.¹⁶

A influência que o filósofo prussiano exerceu sobre diversas Leis Fundamentais, a partir do entendimento do ser humano como fim em si mesmo, deve ser levada em consideração. Não seria exagero argumentar que trabalhar a temática da liberdade, da autonomia e da dignidade, excluindo as formulações kantianas, seria ignorar uma das fundações básicas desses direitos. Certo é que inúmeras críticas e reinterpretções já foram elaboradas, o que não exime o reexame

¹⁴ WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito**. Autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 15.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 85.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 56.

dos postulados, mormente no campo da Bioética, que se apropriou, ao menos no que concerne ao início do seu desenvolvimento, de muitos ideais kantianos.

Com isso, quer-se dizer que o trabalho não se debruçará sobre uma perspectiva ortodoxa ou dogmática dos princípios kantianos. Como o próprio autor defende, “o dogmatismo [...] é o procedimento dogmático da razão pura *sem uma crítica prévia de sua própria faculdade*”.¹⁷ Buscar-se-á, assim, uma releitura dos postulados, a partir da própria base kantiana, à luz do entendimento de que as soluções para as questões contemporâneas da Bioética podem ser resolvidas pela reinterpretação daquilo que o próprio filósofo entendia como liberdade, autonomia e, principalmente, dignidade, uma vez que nela se concentram os maiores conflitos dentro da Bioética contemporânea.

Faz-se necessário, portanto, a verificação quanto a uma possível incorporação dos postulados kantianos para a resolução de tais conflitos. Pretende-se responder, neste primeiro capítulo, as seguintes questões: o que Kant entende como liberdade, razão, autonomia e dignidade? A autonomia fundamenta a dignidade ou a dignidade fundamenta a autonomia? Sendo a autonomia o ponto de partida para o respeito da dignidade, quais são os fundamentos a limitarem a livre escolha do paciente? Qual a grande contribuição de Kant para a Bioética e como defender a autonomia como o corolário da relação médico-paciente? O consentimento é a expressão da autonomia no ambiente hospitalar? É possível o estabelecimento de regras objetivas que respeitem a autonomia, sem ignorar o papel fundamental do médico, a partir da reinterpretação dos postulados kantianos?

2.1 LIBERDADE, AUTONOMIA E RAZÃO

*“A liberdade, entendida como independência de todo conteúdo empírico e como autonomia da vontade, é um pressuposto da ação moral.”*¹⁸

A fundamentação da ética pode ser equiparada à fundamentação da própria liberdade. O agir livre sem qualquer limite é vazio. Em outras palavras, o livre-arbítrio sem qualquer forma de reflexão ou reconhecimento em relação à ação carece de conteúdo ético. A liberdade só faz sentido quando fundamentada e devidamente limitada, tanto no âmbito coletivo quanto no âmbito individual.

¹⁷ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 39.

¹⁸ WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito**. Autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 83.

Essa limitação pode se dar de diversas formas, desde o medo de uma punição (moral repressiva), religiosa ou secular, passando pelo respeito à lei na crença de que ela seja justa (moral deontológica), até o fato de se obedecer à lei em razão de seu fundamento (moral reflexiva). Dentro do espectro de justificativa à obediência de uma lei, fora do âmbito da moral repressiva, pode-se citar três correntes básicas: 1. Utilitarista; 2. Ética das virtudes; 3. Deontológica.

Como referido, as formulações kantianas servirão como marco teórico da presente investigação. Entende-se que nenhum outro filósofo justificou de modo tão refinado os motivos pelos quais as pessoas, de modo autônomo, apresentam condições de justificarem seus atos. Nesse sentido, torna-se imperioso o estudo da teoria kantiana, uma vez que a principal preocupação do trabalho são os limites da autonomia do paciente, ou seja, até onde vai seu poder decisório, mesmo em questões que digam respeito unicamente ao seu próprio corpo. Questão em que poderia parecer absoluto seu poder decisório.

A deontologia, portanto, será aprofundada paralelamente às teorias kantianas, inserida no ideal de que o agir moral está vinculado a uma ação do dever pelo dever, que por sua vez se vincula a motivos racionais e não empíricos. A consequência positiva de uma ação não é o suficiente para justificar seu aspecto moral, pois o prazer, a alegria ou a felicidade, são subjetivas, logo, relativas. Kant busca uma moral universalizável, independente de experiências, independente de contextos, pautada unicamente na razão.¹⁹

O intuito da presente pesquisa é apresentar uma releitura dos postulados kantianos. Em outras palavras, parte-se da ideia de autonomia individual, buscando demonstrar que ela não é infalível, que carece, em diversas situações, principalmente naquelas de maior vulnerabilidade ou falta de conhecimento científico que permeia a decisão, de maior cuidado, que necessita, sem qualquer tipo de coação, de auxílio de um terceiro. A autonomia é o ponto de partida, mas ela não é, de modo algum, infalível.

¹⁹ A esse respeito, cabe ainda a lição de Popper, filósofo austríaco que se autodenomina kantiano e coloca em xeque teorias relativistas. Segundo o autor, “um dos aspectos mais perturbadores da vida intelectual do nosso tempo é a forma como tão profusamente se defende o irracionalismo e se consideram certas as doutrinas irracionalistas. Uma das componentes do irracionalismo moderno é o relativismo (doutrina segundo a qual a verdade é relativa à nossa formação intelectual que, supostamente, determinará de algum modo o contexto dentro da qual somos capazes de pensar: a verdade mudaria assim de contexto para contexto) e, em particular, a doutrina da impossibilidade de um entendimento mútuo entre culturas, gerações ou períodos históricos diferentes – inclusive na ciência, na física” (POPPER, Karl. **O Mito do Contexto**. Em Defesa da Ciência e da Racionalidade. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 67-68).

2.1.1 Liberdade – ser livre é impor-se limites através da razão

“[...] a razão nos foi dada como faculdade prática, isto é, como faculdade que deve exercer influência sobre a vontade, então o seu verdadeiro destino deverá ser produzir uma vontade, não só boa quiçá como meio para outra intenção, mas uma vontade boa em si mesma.”²⁰

A construção da filosofia kantiana apresenta a razão como o centro da fundamentação do agir humano, como a condicionante do agir livre e moral. A crítica de que o “dogmatismo, portanto, é o procedimento dogmático da razão pura sem uma crítica prévia de sua própria faculdade” é um ponto de partida esclarecedor. O uso dogmático da razão é crítico, é refletido, é justificável, diferente do dogmatismo, que traduz um uso irracional, acrítico, no sentido de se estabelecer algo como verdadeiro ou correto a partir de máximas irrefletidas.

A partir da razão, Kant propõe uma verdadeira revolução metodológica. A metafísica apresenta a possibilidade de a razão determinar a vontade. Isso não quer dizer que sentimentos e instintos não poderão determiná-la, mas a vontade livre e com valor moral é aquela determinada pela razão. A epistemologia passa a ser enfrentada a partir do paradigma da metafísica, sem desconsiderar, logicamente, o caráter fundamental das experiências no que concerne à apreensão do conhecimento. Porém, a experiência é apenas o que há de mais imediato, o que não implica dever ser ela o condicionante, até porque, se o conhecimento humano estivesse subordinado exclusivamente à experiência, poder-se-ia defender o completo fracasso da metafísica. Para Kant, portanto, o conhecimento empírico é insuficiente para a determinação do valor moral da ação, cabendo à razão ultrapassar as fronteiras das informações sensoriais. A crítica da razão pura estabelecerá os limites da razão a partir de seu uso teórico, cabendo à razão prática materializá-los, transmutando-se em ações estritamente motivadas na razão. Trata-se da passagem do fenômeno para a coisa em si.

Em outros termos, enquanto na crítica da razão pura há uma crítica negativa, ou seja, restrita aos conhecimentos da razão, na crítica da razão prática há uma crítica positiva, no sentido de se ultrapassar a experiência na busca de uma ação moral perfeita. O exercício reflexivo da razão é o suficiente para reconhecer a validade moral ou não de uma ação. Em que pese todo conhecimento ter como princípio a experiência, é na metafísica que serão encontrados os conceitos morais apriorísticos, passando a condicionar, a partir da razão, as ações humanas. O que antes era condicionado pelo empírico, passa a ser condicionado pela razão. O primeiro pressupõe uma heteronomia, ao passo que o segundo pressupõe a autonomia.

²⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa. Edições 70, 2011, p. 25-26.

Como já referido, o dogmatismo da metafísica não é o dogmatismo da razão. Fundamentos dogmáticos que não passaram pelo crivo da crítica da razão devem ser evitados. Afirmar que a crítica da razão é um dogma, é o mesmo que dizer que para toda a ação deve se realizar uma crítica, evitando-se uma fundamentação a partir daquilo que está posto. A experiência é a primeira fonte do conhecimento, mas o que fundamenta a ação é a razão.

Destarte, só há liberdade quando há o exercício reflexivo da ação. Agir por mero instinto, intuição ou interesse não é agir de modo livre, uma vez que o elemento motriz da ação está diretamente vinculado a vontades externas ou meramente naturais, isto é, uma heteronomia da vontade. Inegável que, em um primeiro momento, parece contraditória tal afirmação. A máxima do liberalismo clássico: “sobre si mesmo, sobre seu corpo e sua mente, o indivíduo é soberano”²¹ leva a crer que qualquer ação é moralmente aceitável, desde que não prejudique outrem. Kant, possivelmente, não formularia algum tipo de obstáculo à proposição liberal. Porém, certamente, diria que tal afirmação não tem completude, uma vez que carece de fundamentação racional, desvinculada de qualquer forma de empirismo.

Enquanto Mill entende que a esfera privada deve preponderar, desde que os agentes não exerçam qualquer ação que venha a prejudicar outrem²² e que não estejam sob a influência do egoísmo²³, Kant aprofundará o conceito de liberdade, promovendo maiores limitações. O agir correto não está vinculado ao dano necessariamente, mas sim ao valor moral da ação em si mesma.

A autonomia, por seu turno, só é possível mediante a ideia de liberdade. Trata-se de um ponto de partida para o exercício reflexivo autônomo. A liberdade, como pressuposto básico, é uma condição dada. Porém, agir livremente é algo distinto da ideia do mero livre-arbítrio. Para Kant, só é livre quem consegue abstrair todos os desejos e inclinações de cunho instintivo. Nesse sentido, ele propõe duas formas de liberdade: a liberdade negativa e a liberdade prática. A primeira delas diz respeito à necessidade de se afastar de tudo que é sensível (empírico), de tudo

²¹ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. A sujeição das mulheres. São Paulo: Clássicos Penguin Companhia, 2017, p. 83.

²² “[...] esse princípio é o de que a única finalidade para a qual a humanidade está autorizada, individual ou coletivamente, a interferir na liberdade de ação de qualquer de seus membros é a autoproteção. Que o único propósito para o qual o poder pode ser exercido com a justiça sobre qualquer membro da comunidade civilizada, contra sua vontade, é o de evitar dano a outros” (MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. A Sujeição das Mulheres. São Paulo: Clássicos Penguin Companhia, 2017, p. 82).

²³ “[...] como que instintivamente, o indivíduo se torna consciente de si mesmo com um ser que *naturalmente* leva os outros em consideração. O bem dos outros torna-se para ele algo que natural e necessariamente deve ser levado em conta, tal como qualquer uma das condições físicas de nossa existência” (MILL, John Stuart. **O Utilitarismo**. São Paulo: Iluminuras, 2020, p. 61-62). E ainda, quando expõe o seguinte: “pois, excetuando-se aqueles cuja mente é moralmente vazia, poucos poderiam orientar a sua vida conforme o seguinte princípio: não levar os outros em consideração, a não ser quando se é forçado pelo próprio interesse particular” (MILL, John Stuart. **O Utilitarismo**. São Paulo: Iluminuras, 2020, p. 64).

que possa se relacionar com desejos e com vontades ou até mesmo mandamentos externamente impostos. Quando fala em externamente, como heteronomia, Kant também trabalha com a ideia de instintos. Por mais que seja uma categoria com aparência de vontade própria, ou seja, autônoma e sem qualquer tipo de coação, na construção kantiana, toda vontade que não passa pelo crivo da racionalidade é uma forma de heteronomia, incluindo, portanto, ações meramente instintivas.

Já a segunda forma de liberdade pressupõe o uso prático da razão. A fim de compreender essa segunda categoria, é necessário ter em mente a construção teórica de Kant na obra *Crítica da Razão Pura*, bem como em *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Ele entende que o uso da razão prática é conforme o uso da razão pura, ou seja, desprovido de qualquer influência empírica. A crítica da razão pura criou a condição para o uso da razão prática.

Nesse sentido, a liberdade se encontra no agir conforme a lei moral (conforme a razão). Porém, resta saber como definir o que é o agir moral. Haveria uma fórmula universal e apriorística, assim como na Física, capaz de indicar a ação a ser tomada? Essa indagação levou Kant a desenvolver o imperativo categórico, uma fórmula a demonstrar, como uma “bússola”, qual o agir moral universalmente e aprioristicamente aceito, em outras palavras, uma ação guiada através do “dever pelo dever”, desprovida de qualquer inclinação sensível, capaz de ser definida a partir do uso puro da razão.

A fórmula do imperativo categórico apresenta contornos de infalibilidade. Todo ser agente que o utilizar como fórmula a orientar a sua ação chegará obrigatoriamente à mesma conclusão que todos os demais. Do formalismo, passa-se à descrição de normas. Note-se que as normas deverão estar de acordo com o imperativo categórico que, por sua vez, parte do pressuposto da razão pura como fundamento a razão prática.

Todo esse raciocínio pode e deve ser realizado de modo autônomo, pois como defendido por Kant, até o conhecimento mais vulgar tem condições de distinguir o certo do errado, de compreender o que fundamenta uma ação por dever e uma ação por inclinação.²⁴ Em outras palavras, poder-se-ia dizer que até mesmo o cidadão com baixa ou nenhuma instrução intelectual tem condições de aplicar o imperativo categórico na tomada de decisão. A consciência da liberdade, como definido por Kant, passa a desempenhar, portanto, papel fundamental no que se refere aos limites da autonomia. Um ser agente que não compreende a representação da liberdade em suas condutas não estará apto a realizar o exercício reflexivo da razão. A consequência dessa “incapacidade”, no sentido da falta de disposição, seguindo a tese kantiana, será o vazio moral

²⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa. Edições 70, 2011, p. 48.

das ações, convergindo por fim na incapacidade do ser humano de dar-se a própria lei. Kant chama essa dificuldade, ou falta de vontade reflexiva, de menoridade, conceito que será devidamente aprofundada em 2.2.1.

Ainda, como bem destacado por Weber, “a possibilidade do imperativo categórico kantiano tem na liberdade o seu pressuposto básico.”²⁵ Essa afirmação, se não aprofundada, poderá produzir a falsa impressão de que a liberdade é equivalente ao livre-arbítrio. Pois não é. Trata-se da liberdade após a crítica da razão pura, de uma liberdade despida de qualquer preconceito, desejo ou instinto. É essa liberdade, a liberdade do uso da razão prática, que irá possibilitar o imperativo categórico.

Na Fundamentação da Metafísica dos Costumes, a liberdade é considerada como a “chave de explicação da autonomia da vontade”²⁶. Para Kant, ser livre significa agir de modo autônomo. Porém, o que seria esse agir autônomo? Para o filósofo, “autonomia é a propriedade da vontade de ser lei para si mesma.”²⁷ Ou seja, o cidadão obedece a uma lei, não porque está sendo coagido ou agindo de modo egoísta (vinculado a sentimentos e interesses pessoais), mas sim porque compreende o valor moral da ação. A liberdade, portanto, só é plausível a partir do momento em que se entenda o ser humano como ser racional, capaz de definir seu papel no universo. Se não fôssemos seres racionais, nosso agir seria comparável à ação de qualquer outro animal, ou seja, meramente instintivo. Trata-se de uma visão inegavelmente antropocentrista, que para o presente trabalho, uma vez que preocupado com os desdobramentos da Bioética nos seres humanos, não gera qualquer prejuízo, em que pesem as inúmeras críticas e reformulações que buscam incorporar os direitos dos animais²⁸ nas concepções éticas kantianas, o que frisa-se, não faz parte do recorte da tese.

Adicione-se ainda o conceito do “Fato da Razão”. Uma vez que a moralidade de um ato deve ser colocada à prova no plano metafísico, a matéria da lei não pode ser entendida como um pressuposto. A busca por uma lei moral apriorística, exige que o agente reflita de acordo com uma fórmula, previamente concebida, que deverá servir de base reflexiva para a compreensão

²⁵ WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano**. Porto Alegre: EdiPucrs, 2009, p. 78.

²⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa. Edições 70, 2011.

²⁷ WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano**. Porto Alegre: EdiPucrs, 2009, p. 79.

²⁸ “[...] desde logo, verifica-se que é certamente possível questionar o excessivo antropocentrismo que informa tanto o pensamento kantiano quanto a tradição ocidental de um modo geral, especificamente confrontando-a com os novos valores ecológicos que alimentam as relações sociais contemporâneas e que reclamam uma nova concepção ética, ou, o que talvez seja mais correto, a redescoberta de uma ética de respeito à vida que já era sustentada por alguns” (SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 71-72).

da moralidade ou não de um ato. Como assevera Weber, “a consciência dessa lei, Kant chama de ‘Fato da Razão’. Isso porque não há como deduzi-la de dados empíricos, nem mesmo de quaisquer dados anteriores à razão”.²⁹ O uso da razão, segundo Kant, possibilitaria ao ser humano o pleno exercício da liberdade, pois estaria apto a promulgar as leis que ele, consciente das obrigações, viesse a obedecer. Trata-se da promoção da moral raciocinada e o afastamento da moral repressiva.

2.1.2 Liberdade Negativa e Liberdade Positiva – o movimento em direção à autonomia

Assim como Kant, outros autores propõem duas formas de liberdade, uma negativa e outra positiva. Porém, por mais que utilizem a mesma terminologia, não se trata de sinônimos. Iniciar-se-á com os conceitos desenvolvidos por Berlin, passando por outros autores como Mill e Gerard Dworkin, para, na sequência, aprofundar-se a noção kantiana.

Para Berlin, a liberdade não pode ser definida como o mero exercício da vontade individual, uma vez que este careceria de sentido ético. De modo a fundamentar a ação livre, ele propõe duas formas de liberdade, uma positiva e outra negativa. Em relação à primeira, tem-se que:

Eu desejo ser um instrumento de mim mesmo, não o ato de vontade de outros homens. Eu desejo ser um sujeito, não um objeto... decidindo, não sendo decidido por, autodirigido e não operado por uma natureza externa ou por outros homens como se eu fosse uma coisa, ou um animal, ou um escravo incapaz de representar o papel humano, isto é, de conceber objetivos e políticas próprias e realizá-los.³⁰

Quanto à liberdade negativa, Berlin assim a define:

[...] a coerção implica a interferência deliberada de outros seres humanos dentro da área em que eu poderia atuar de maneira diversa. Não se tem liberdade política ou liberdade apenas se alguém for impedido de atingir um objetivo por outros seres humanos. A mera incapacidade de se atingir um objetivo não é a falta de liberdade política. [...] O critério de opressão é aquele papel que acredito ser desempenhado por outros seres humanos, direta ou indiretamente, com ou sem intenção de fazê-lo, frustrando meus objetivos. Por ser livre, neste sentido, quero dizer não ser interferido

²⁹ WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano**. Porto Alegre: EdiPucrs, 2009, p. 80.

³⁰ BERLIN, Isaiah. **The Proper Study On Mankind: An Anthology of Essays**. Londres: Chatto and Windus, 1997, p. 203, tradução nossa. No original: “I wish to be an instrument of my own, not other men’s act of will. I wish to be a subject, not and object... deciding, not being decided for, self-directed and not acted upon by external nature or by other men as if I were a thing, or an animal, or a slave incapable of playing a human role, that is, of conceiving goals and policies of my own and realizing them”.

por outros. Quanto mais ampla for a área de não interferência, maior será minha Liberdade.³¹

Destarte, a liberdade positiva é a possibilidade de o agente definir sua própria ação, plenamente desimpedido para agir de acordo com sua vontade. Já a liberdade negativa é o pressuposto para a liberdade positiva, no sentido de impor a abstenção estatal em tudo que concerne à liberdade individual. Ela regula a ingerência estatal ou até mesmo de um ente privado nas decisões pessoais, enquanto a positiva será o pleno exercício da ação. O autor, contudo, não apresenta uma diferença conceitual entre autonomia e liberdade. A liberdade positiva pode ser comparada ao agir autônomo, uma vez que já ultrapassou a liberdade negativa, que é o desimpedimento de qualquer forma de coação injustificada.

Gerald Dworkin entende que agir de modo autônomo pressupõe o exercício reflexivo da racionalidade. Segundo o autor, o ser humano apresenta duas ordens de preferência. A primeira se relaciona com desejos, vontades e demais impulsos instintivos. Já a segunda é a capacidade de se realizar o exercício reflexivo a respeito das capacidades de primeira ordem. A partir dessa autorreflexão, o indivíduo consegue definir sua natureza, dar sentido e coerência à sua vida, bem como responsabilizar-se pela pessoa que é.³²

É fundamental estabelecer com clareza o que se entende por autonomia e liberdade, de modo a tornar inteligível o conceito de responsabilidade aplicado. Afirmar que uma pessoa é responsável por um determinado ato, pelo simples fato de ela tê-lo praticado de modo “autônomo”, é deveras simplista. Há de se estabelecer, inicialmente, o que se entende por autonomia e liberdade, para, ato contínuo, buscar a responsabilização. Dizer que uma pessoa, por exemplo, tem o direito de se escravizar, pois é uma escolha refletida, ou argumentar que um cidadão poderá vender alguns de seus órgãos pois deliberou largamente a esse respeito e tem a clareza da retidão de sua escolha, não condiz com os parâmetros éticos estabelecidos pela maioria dos autores que se dedicaram ao tema, inclusive no que concerne ao entendimento do presente trabalho.

³¹ BERLIN, Isaiah. **The Proper Study On Mankind**: An Anthology of Essays. Londres: Chatto and Windus, 1997, p. 203, tradução nossa. No original: “[...] coercion implies the deliberate interference of other human beings within the area in which I could otherwise act. You lack political liberty or freedom only if you are prevented from attaining a goal by human beings. Mere incapacity to attain a goal is not lack of political freedom. [...] The criterion of oppression is that part I believe to be played by other human beings, directly or indirectly, with or without the intention of doing so, in frustrating my wishes. By being free in this sense I mean not being interfered with by others. The wider the area of non-interference the wider my freedom”.

³² DWORKIN, Gerald. **The Theory and Practice of Autonomy**. New York: Cambridge University Press, 1997, p. 20.

Por mais que Mill tenha cunhado a máxima: “sobre si mesmo, sobre seu corpo e sua mente, o indivíduo é soberano”³³, situações limites podem ser impedidas pelo estado, a partir de uma postura paternalista, como no caso do escravo voluntário. Porém, aqui não se está a falar dos limites impostos pela razão. Tem-se em Mill a liberdade como um fundamento para a busca da felicidade, sendo essa, na melhor conceituação utilitarista, a ausência de dor e a busca pelo prazer. Kant, diversamente, fundamentará a autonomia a partir da razão, esclarecendo, inclusive, o porquê de uma ação ser imoral, mesmo em situações em que ela diz respeito apenas ao agente. Enquanto no liberalismo de Mill a preocupação estava, além do egoísmo, voltada ao conceito de não causar dano a outrem, Kant propõe uma nova fundamentação do agir moral, incluindo ações da pessoa sobre ela mesma.

Tem-se em Kant que a autonomia se diferencia da liberdade, uma vez que, enquanto exercício reflexivo da tomada de decisão, poderá ser o próprio limite da liberdade. Mas como fundamentá-lo? A liberdade, em si, não pressupõe conteúdo ético na ação. A liberdade é um princípio básico, fundamental para o desenvolvimento do cidadão e conseqüentemente da sociedade. Porém, isso não quer dizer que a liberdade seja um valor supremo ou absoluto, pois se assim o fosse, qualquer ação poderia ser justificada em seu nome, independente de sua relação com as outras pessoas. A liberdade está posta, mas o que é agir livremente ou, em outras palavras, de modo autônomo?

Para Kant, a liberdade encontra seu limite na própria autonomia, a partir do exercício reflexivo da razão. Poder-se-ia questionar, nesse sentido, se a autonomia passa a existir apenas após o exercício da racionalidade. Trata-se de uma afirmação incorreta. A autonomia é característica intrínseca do ser humano. Assim como a capacidade cognitiva, ao menos em termos metafísicos e ideais, a autonomia é característica distintiva dos seres humanos. É verdade que a autonomia é o estágio posterior à capacidade reflexiva, mas como seres aptos a autorreflexão, somos também, conseqüentemente, autônomos. Cabe exclusivamente a cada indivíduo o exercício de sua autonomia. Ela sempre esteve presente, o que não quer dizer que ela se basta para a ética. Seu exercício ético pressupõe o seu uso racional, no sentido de se verificar se uma ação é moralmente justificável ou não. Em termos kantianos, se a ação é universalizável ou não.

Nesse sentido, a ordem do raciocínio kantiano pode ser descrita da seguinte forma: o ser humano é livre e racional, pois tem a aptidão de se autodeterminar. Uma vez subjetivamente capaz de refletir sobre seus atos, torna-se autônomo. Porém a autonomia deve seguir padrões

³³ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. A Sujeição das Mulheres. São Paulo: Clássicos Penguin Companhia, 2017, p. 83.

éticos, no sentido de respeitar sua natureza racional, mantendo, acima de tudo, o ideal da liberdade. Nesse sentido, a autonomia deve sempre pressupor ações, nas quais o ser humano seja fim em si mesmo, jamais meio, pois outra característica distintiva de nossa espécie é a dignidade, fruto de nossa capacidade racional, o que impede que sejamos rebaixados à categoria de meros objetos.

A fundamentação segue uma ordem lógica de pré-condições que busca, em última análise, justificar e conceituar a autonomia, pois essa é, segundo Kant, o fundamento da dignidade. O agente racional, livre, que age de modo autônomo, visa o respeito da dignidade humana. A felicidade é sem dúvida um bem almejado, mas ela não poderá servir de fundamento, ela deve ser a consequência do fim, que é o agir moral.³⁴

A relação entre o agir moral, a liberdade e a autonomia, pressupõe, em Kant, um procedimento dentro da própria ideia de liberdade, de modo a se alcançar o pleno exercício da autonomia. Como analisado no ponto anterior, não há liberdade enquanto o ser humano age de acordo com seus impulsos sensíveis. De modo a demonstrar a possibilidade de total controle da razão sobre vontades instintivas, Kant irá desenvolver o conceito de liberdade negativa e liberdade positiva.

Em um primeiro momento se faz necessária a liberdade negativa, no sentido de se abster de qualquer ação motivada por meros impulsos instintivos. Uma vez tendo os sentimentos sob controle, poderá o ser humano agir de modo autônomo, através da razão, alcançando-se o que Kant chamou de liberdade como autonomia da vontade, como esclarece Weber: “a primeira (liberdade negativa) é a condição de possibilidade da segunda (liberdade como autonomia, que é a “determinação do livre-arbítrio pela simples forma legisladora universal”).³⁵ A partir desse exercício reflexivo, o sujeito agente estará apto a atuar de acordo com a lei moral. Para Kant, é na pureza da origem que reside a dignidade dos conceitos morais.³⁶ Nesse sentido, ele entende que a própria justificativa da responsabilidade de um ato passa pelo caráter racional. Agir de modo contrário à razão é um ato imoral. A fórmula está posta (imperativo categórico, aprofundado em 2.2.3) e o ser humano deve ser responsabilizado por atos que destoem dos pressupostos éticos.

³⁴ Como assevera Kant, ao responder a crítica recebida por Grave: “[...] o conceito de dever, para se fundar, não precisa de nenhum fim particular, antes suscita, pelo contrário, um outro fim para a vontade do homem, a saber: contribuir para todos os meios para o *soberano bem* possível no mundo (a felicidade geral no universo, associada à mais pura moralidade e conforme com ela)” (KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 71).

³⁵ WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano**. Porto Alegre: EdiPucrs, 2009, p. 81.

³⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa. Edições 70, 2011, p. 48.

Trata-se de um ponto de alta relevância para a presente pesquisa, uma vez que se busca compreender em que medida as pessoas podem ser responsabilizadas pelos seus atos. Pode uma vontade livre agir contra a lei? O que é agir livremente e quais os limites dessa ação? Segundo a interpretação que Paton faz de Kant,

não podemos definir a liberdade meramente como poder de escolher agir de acordo com a lei ou contra ela, embora a experiência nos dê vários exemplos do segundo. O poder de escolher agir contra a lei não é uma característica necessária da liberdade. Ele aparentemente pensa que tal poder num ser racional é ininteligível, como de fato o é.³⁷

A citação de Paton pode ser entendida a partir do seguinte raciocínio: uma pessoa só é livre quando capaz de abstrair todas as formas sensíveis de influência. Assim, encontra-se apta para, a partir da razão, e somente com a razão, e de forma autônoma (autodeterminada), verificar se a ação que pretende desempenhar apresenta conteúdo moral. Para realizar essa verificação, Kant expõe o imperativo categórico, que é a fórmula de investigação quanto à moralidade de um ato, uma “bússola” a indicar a validade universal de uma ação, assim descrita: “age como se a máxima da tua ação devesse tornar-se, através da tua vontade, uma lei universal”.³⁸ Kant acredita que a aplicação do imperativo categórico, que pode ser empregado até mesmo pelo conhecimento mais vulgar, é o suficiente para alcançar conclusões universais quanto à moralidade de uma ação. Somente as ações verdadeiramente morais passariam pelo teste. Logo, agir de modo contrário ao imperativo categórico é fazer uso indevido da fórmula, é, de algum modo, deixar-se influenciar por fatores externos, tornando a ação, em última análise, desprovida de real liberdade. Como conclui Weber, “não somos livres para escolher o mal. Isso seria algo que não é universalizável”.³⁹

E como resta a questão das escolhas? Se a liberdade está vinculada diretamente ao ético, que em última análise seria a realização do bem, é possível dizer que não se está atuando de modo livre quando se causa dano a alguém ou a si mesmo? Sim. Mas deve-se estar atento à questão das responsabilidades. Kant fundamenta o agir moral, indicando os motivos que tornam uma ação moralmente correta. O fato de uma pessoa agir de modo contrário ao imperativo

³⁷ PATON, H. J. **The Categorical Imperative**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1971, p. 214, tradução nossa. No original: “He insists that we cannot define freedom merely as a power of choosing to act for or against the law, although experience gives us many examples of the latter. The power of choosing to act against the law is not a necessary characteristic of freedom. He apparently thinks that such a power in a rational being is unintelligible, as indeed it is”.

³⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa. Edições 70, 2011, p. 62.

³⁹ WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano**. Porto Alegre: EdiPucrs, 2009, p. 86.

categórico é apenas a demonstração de que ela agiu em desacordo com a razão, deixando-se influenciar por outros motivos, agindo de modo heterônomo. Se a ação, por algum motivo, vier a lesar qualquer outra pessoa, evidente que o agente deve ser responsabilizado. Logo, as alternativas postas dentro do espectro da liberdade são invariavelmente vinculadas ao imperativo categórico. Ao escolher o mal, o agente contraria o imperativo, negando a racionalização e autodeterminação, atuando de modo contrário à liberdade e assumindo a responsabilidade de seus atos.⁴⁰ A liberdade passa a ser limitada e seu caráter ético pode ser encontrado no próprio conceito de autonomia, que é o maior predicado dos seres humanos.

Em que pese a refinada elaboração dos conceitos de autonomia e de liberdade, a teoria kantiana também é alvo de muitas críticas, dirigidas, mormente, ao que os críticos consideram o caráter excessivamente atomista na tomada de decisão. Muito se debate quanto ao fato de Kant considerar desnecessário o diálogo, no sentido de não se levar em consideração o reconhecimento da máxima por outros participantes da sociedade. Mas, teria Kant, realmente, ignorado a vontade de terceiros? Teria ele deixado de refletir a respeito da sociedade como um todo? Entendemos que não. Conforme Weber,

é importante chamar a atenção para a íntima relação entre a liberdade e o sentimento de respeito. [...] Se a razão determina *a priori* a vontade (sem mediação das inclinações), e isso é autonomia, é a própria razão que produz esse sentimento moral de respeito.⁴¹

Esse sentimento promove, inegavelmente, a tutela dos direitos fundamentais dos demais cidadãos. Interessante notar que essa percepção de respeito mútuo a partir do imperativo categórico irá retornar na última seção do capítulo quando se discutirá especificamente a influência de Kant na bioética.

Retomando o debate a respeito do conceito de liberdade, em Kant, cabe novamente salientar a interpretação de Weber:

Dizer, portanto, que as vontades dos agentes racionais são livres significa que não são determinadas por causas externas ou alheias a eles; significa dizer que o ser humano está livre da influência dos sentidos; significa que é determinado por pura razão; é a causalidade por liberdade. Essa liberdade, entendida como oposição à necessidade, é um conceito negativo. Ou seja, a liberdade em sentido prático “é a independência do arbítrio frente à coerção pelos impulsos da sensibilidade.”⁴²

⁴⁰ WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia Política**: Hegel e o Formalismo Kantiano. Porto Alegre: EdiPucrs, 2009, p. 86.

⁴¹ WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia Política**: Hegel e o Formalismo Kantiano. Porto Alegre: EdiPucrs, 2009, p. 90.

⁴² WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia Política**: Hegel e o Formalismo Kantiano. Porto Alegre: EdiPucrs, 2009, p. 80-81.

Uma vez esclarecido o fundamento da liberdade, é necessário compreender seu aspecto prático, ou seja, sua transmutação para a autonomia, verificando como obter a devida clareza quanto ao aspecto moral de uma ação. Como distinguir uma ação do “dever pelo dever” de uma ação por inclinação? Schneewind sustenta que “a concepção kantiana de liberdade e de moralidade desemboca na invenção da autonomia, antes que na sua descoberta”.⁴³ Resta saber os aspectos práticos dessa invenção.

2.1.3 Autonomia e a saída da menoridade

“É tão cômodo ser menor.”⁴⁴

A proposição de que a autonomia é uma invenção, como sugere Schneewind⁴⁵, pode gerar em um primeiro momento estranheza. De que modo inventada? Não seria, a autonomia, assim como a liberdade, uma conquista da História? Não seria um direito ou princípio fundamental naturalmente desenvolvido, bastando apenas seu reconhecimento nos ordenamentos jurídicos? Não seria até mesmo um direito natural, sendo desnecessária, portanto, sua positivação em constituições a fim de assegurá-lo como um direito basilar e autônomo? Em que pesem todas as justificativas e fundamentações que diversos filósofos buscaram atribuir ao termo, estaria a afirmação de Schneewind em desacordo com a realidade? Ou seria, ao menos, uma explicação plausível para um dos principais fundamentos de um período que ficou reconhecido como império da razão?

Pode-se dizer que a autonomia, assim como a liberdade, passou por diversos ciclos. Seu respeito e alcance são ainda largamente discutidos. Mesmo em países, nos quais as constituições preveem a autonomia ou o direito à autodeterminação como um direito básico do cidadão, não há uma clareza plena quanto aos seus limites. A todos é concedido o direito de decidir, de modo autônomo, sobre os rumos de sua vida, sobre planos pessoais, e tantas outras questões absolutamente íntimas. Porém outras escolhas pessoais são consideradas imorais, antiéticas e ilegais. Nesse sentido, questiona-se: qual a linha divisória entre uma ação autônoma moral e imoral? Por que uma ação, mesmo que diga respeito única e exclusivamente à pessoa que a

⁴³ SCHNEEWIND, Jerome B. **The Invention of Autonomy**. A History of Modern Moral Philosophy. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 14, tradução nossa.

⁴⁴ KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 10.

⁴⁵ SCHNEEWIND, Jerome B. **The Invention of Autonomy**. A History of Modern Moral Philosophy. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 14.

executa, de modo que os efeitos incidam somente sobre ela, pode ser proibida pelo Estado? Qual o limite entre o paternalismo e a autonomia individual? Há uma diferença entre livre-arbítrio e autonomia? Todas essas questões perpassam obrigatoriamente pela fundamentação da autonomia, que, a depender do referencial teórico, poderá promover conclusões diversas ou, até mesmo, diametralmente opostas.

Mas, afinal de contas, o que é a autonomia? Seria o mero exercício da liberdade? Seria o livre desenvolvimento da personalidade? Qual a sua relação com demais direitos ou princípios fundamentais? Onde se encontra a relação entre ética e moral com a ação deliberada de uma determinada pessoa?

Para responder às perguntas introdutórias do presente capítulo, a tese seguirá analisando Kant como principal referencial teórico, sem ignorar lições de outros autores de cunho liberal, mormente aqueles que buscam atualizar as proposições kantianas. A escolha se deve principalmente à grande influência que o filósofo de Königsberg exerceu, e ainda exerce, na fundamentação do Direito. Autonomia, livre desenvolvimento da personalidade, dignidade da pessoa humana⁴⁶ são direitos, cuja fundamentação, geralmente, é baseada nas formulações kantianas.

Um dos principais textos kantianos, quanto ao espírito de seu tempo, se chama: resposta à pergunta: que é iluminismo? Objetivamente, Kant responde:

o iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem. Tal menoridade é por culpa própria se a causa não reside na falta de entendimento, mas na falta de decisão e de coragem em se servir de si mesmo sem a orientação de outrem. “*Sapere aude!*” Tem a coragem de te servires do teu próprio entendimento! Eis a palavra de ordem do Iluminismo.⁴⁷

Como verificado em 2.1.1, a liberdade pode ser considerada como um direito dado. Ela está simplesmente posta, como um pressuposto de primeira ordem, que nada diz antes de sua efetivação, mas é base estruturante e fundamental de um ato que visa ser eticamente correto. O conceito de liberdade em Kant pressupõe a possibilidade de dar a si mesmo a própria lei, a partir do exercício reflexivo da razão. Esse movimento possibilitará que o ser humano seja autônomo,

⁴⁶ Como bem elucida Sarlet, “[...] o elemento nuclear da noção de dignidade continua sendo reconduzido, primordialmente, à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 56).

⁴⁷ KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 9.

livrando-se, nas palavras de Kant, de ações mecanizadas ou naturalizadas, que nada mais são do que os grilhões da menoridade.⁴⁸

O movimento livre é agir segundo a razão. Dessa lógica emerge a necessária noção de responsabilidade.⁴⁹ Ora, se os indivíduos são capazes de agir de acordo com a lei moral, uma vez que até mesmo o conhecimento mais vulgar pode diferenciar uma ação por dever de uma ação por inclinação, não há razões para que um agente não seja responsabilizado por seus atos. A lei moral e a liberdade são inseparáveis e mutuamente necessárias. A responsabilidade encontra-se exatamente nessa configuração, na escolha livre e raciocinada. Mas, para tanto, é necessário o movimento de emancipação, ou seja, da liberdade em inércia para a liberdade em movimento surgirá, como resultado, a autonomia. Esta pressupõe, em si, o ato reflexivo. Desse modo, autonomia não se confunde com a liberdade. Todos são livres, mas só é autônomo quem age segundo sua própria razão.

Trata-se da passagem da menoridade para a maioridade, que por sua vez pressupõe esforço reflexivo e coragem (*sapere aude*). Kant denuncia, contudo, que ao invés de os homens se apropriarem de sua liberdade, utilizando-a como uma ferramenta para o exercício pleno da autonomia, acabam aceitando que outros, como tutores, por exemplo, assumam-na.⁵⁰ Mas por que homens livres renunciam à sua liberdade e conseqüentemente à sua autonomia? Pois para Kant, é muito mais cômodo ser menor.⁵¹ Como muito bem exposto pelo filósofo, “se eu tiver um livro que tem entendimento por mim, um diretor espiritual que tem em minha vez consciência moral, um médico que por mim decide da dieta, etc., então não preciso de eu próprio me esforçar”.⁵² É preciso utilizar-se de todo o instrumento racional para abandonar a menoridade, os dons naturais, em si, não bastam.

Kant entende que uma vez dada a liberdade é quase impossível que o indivíduo ou o povo não se esclareça, pois é “vocação de cada homem para por si mesmo pensar”.⁵³ Ele parece, por vezes, excessivamente otimista em relação ao ser humano.⁵⁴ Porém, não se trata de um mero

⁴⁸ “[...] preceitos e fórmulas, instrumentos mecânicos do uso racional ou, antes, do mau uso dos seus dons naturais são os grilhões de uma menoridade perpétua. Mesmo quem deles se soltasse só daria um salto inseguro sobre o mais pequeno fosso, porque não está habituado a este movimento livre” (KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 9).

⁴⁹ WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano**. Porto Alegre: EdiPucrs, 2009, p. 79.

⁵⁰ KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 9.

⁵¹ KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 10.

⁵² KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 10.

⁵³ KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 11.

⁵⁴ “However he did it, Rousseau converted Kant permanently into a defender of the moral capacities of ordinary people” (SCHNEEWIND, Jerome B. **The Invention of Autonomy**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 490).

descolamento da realidade, mas sim de um pressuposto básico de sua tese, qual seja, todo e qualquer ser humano, ao menos em potencial, é capaz de individualmente dar a si a própria lei. O pensamento autônomo ou a crítica da razão é o primeiro passo para o homem abandonar a menoridade para, ato contínuo, realizar o uso público da razão.

O uso privado da razão diz respeito a ideias pré-estabelecidas que não possuem em si, ou no seu discurso, a proposição de fomentar o debate, de instigar os demais cidadãos a abandonarem a menoridade. Já, o uso público da razão pressupõe a absoluta liberdade para se expor ideias, principalmente aquelas vinculadas à emancipação da menoridade, “o uso *público* da própria razão deve sempre ser livre e só ele pode levar a cabo a ilustração entre os homens”.⁵⁵

Kant chama a atenção para o dever das gerações de eliminarem qualquer tipo de preconceito ou ideia pré-estabelecida em gerações anteriores, que se prestem a obstruir a evolução do ser humano. Pertence à natureza humana a ideia de constante evolução. Todas as resoluções ou dogmas que não se prestaram para a evolução da ilustração, são crimes e incompetências das gerações passadas⁵⁶, pois toda a lei deve partir dos pressupostos de que o povo que a obedece a daria a si mesmo. Uma lei que contradiz a ideia de justiça do povo que a obedece não pode ser julgada como moralmente válida. Kant irá defender que “o que não é lícito a um povo decidir em relação a si mesmo menos o pode ainda o monarca decidir sobre o povo, pois a sua autoridade legislativa assenta precisamente no facto de na sua vontade unificar a vontade conjunta do povo”.⁵⁷

Nesse sentido, parece claro seu posicionamento contrário ao paternalismo estatal. Em determinada passagem, o filósofo reafirma seu entendimento quanto à liberdade religiosa, e que o príncipe/monarca que deixa seus cidadãos plenamente livres para decidirem a respeito de suas preferências religiosas é efetivamente esclarecido, pois deu a cada qual a liberdade de se servir de sua própria razão em tudo o que é assunto de consciência.⁵⁸ Não há clareza quanto à extensão do termo “assunto de consciência”, mas acredita-se que pode ser comparado com aquilo que Dworkin chamou de “interesses fundamentais”.⁵⁹ Para Dworkin, não haveria maiores razões para intromissões paternalistas, tanto de cunho público quanto particular, em decisões que

⁵⁵ KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 12.

⁵⁶ “[...] uma época não pode coligar-se e conjurar para colocar a seguinte num estado em que se deve tornar impossível a ampliação dos seus conhecimentos (sobretudo os mais urgentes), a purificação dos erros e, em geral, o avanço progressivo na ilustração. Isto seria um crime contra a natureza humana, cuja determinação original consiste justamente neste avanço” (KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 14).

⁵⁷ KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 15.

⁵⁸ KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 16.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 271.

envolvam as questões mais íntimas e pessoais dos cidadãos, questões que dizem exclusivamente à formação cultural e intelectual da pessoa em si, desde que não violem direitos de terceiros.

Cabe sublinhar que o alcance poderá ser diferente entre as perspectivas de Kant e Dworkin. Kant, como já visto, propõe limites à ação mesmo quando não há um terceiro envolvido, ao passo que Dworkin parece se aproximar da máxima de Mill. De qualquer sorte, ambos entendem que o paternalismo deve ser limitado, principalmente em questões que dizem respeito exclusivamente à pessoa em si e suas convicções individuais.

O paternalismo que extrapola seus limites, segundo Kant, servirá apenas para que o ser humano siga em uma posição cômoda, aceitando verdades absolutas, muitas vezes contra seu próprio interesse e deixando de exercitar uma de suas maiores vocações, qual seja, a possibilidade de dar a si mesmo a lei moral.

2.1.4 Autonomia como fundamento da moralidade

“[...] a autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional.”⁶⁰

A questão que se pretende investigar na presente seção diz respeito à possibilidade de a autonomia ser o centro e fundamento da moralidade. Pretende-se aprofundar a máxima kantiana que diz: “[...] a autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”.⁶¹

Para o filósofo, o fato de o ser humano ser capaz de agir de modo autônomo é o grande diferencial em relação às demais espécies e, por conseguinte, o que o produz a moralidade da ação. Autônomo, não no sentido mecanizado, como uma máquina que exerce sua função sem qualquer estímulo externo, mas no sentido reflexivo, ou seja, após a apropriação racional do ato que se pretende colocar em prática. Aí reside a ideia de autonomia kantiana, que servirá como fundamento para a dignidade humana. Uma vez autônomo, o ser humano apresenta a qualidade distintiva que lhe permite refletir quanto ao valor moral de uma ação. A fórmula, o imperativo categórico, é a base para a reflexão em abstrato, cujo objetivo é a permanente condição do ser humano como fim em si mesmo. A dignidade surge, então, como uma qualidade e característica dos seres humanos.

⁶⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa. Edições 70, 2011, p. 84.

⁶¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa. Edições 70, 2011, p. 84.

Em Kant, a autonomia se relaciona diretamente com a ideia de autogoverno. Uma pessoa autônoma tem condições de criar e justificar as leis que obedece. Não haveria necessidade de uma coação externa para o agir moral. A moral repressiva, religiosa ou não, cede espaço para a moral reflexiva e auto justificável. O paternalismo passa a ser necessário apenas em situações limites. Como demonstrado no ponto anterior, cidadãos esclarecidos são vocacionados a agirem de modo autônomo. Como bem observado por Schneewind, tratava-se, para a época, de uma concepção inovadora de moralidade enquanto autonomia.⁶² O mesmo autor propõe relevante questionamento: “Como Kant conseguiu inventar um ponto de vista tão revolucionário, e pensar que isso poderia explicar a moralidade?”⁶³

É inegável o caráter inovador da ruptura proposta por Kant. O próprio autor demonstra grande entusiasmo à medida que vislumbra a possibilidade de comprovar a utilidade de sua teoria. Em carta escrita para Lambert, no ano de 1770, há a seguinte passagem:

“Eu resolvi... este inverno”, ele [Kant] diz, “colocar em ordem e completar minhas investigações sobre a filosofia moral pura, na qual nenhum princípio empírico será encontrado, a ‘Metafísica da Moral’.” Ele irá pavimentar o caminho a respeito de diversas questões para os pontos de vista mais importantes que envolvam a reconstrução da metafísica.⁶⁴

Em 1795, ele chegou à conclusão de que um princípio formal a evitar autocontradição prática deve estar no centro da moralidade.⁶⁵ A moralidade é definida como uma necessidade objetiva, que não pode repousar em qualquer vantagem que o ato promove. A vantagem da ação até poderá ser uma consequência, mas jamais o fundamento.⁶⁶ Certo é que antes de Kant outros filósofos já trabalhavam com a ideia de autonomia vinculada com a moralidade. Montaigne, por exemplo, é um dos principais autores a introduzir a inversão da moral repressiva para moral reflexiva, defendendo o conceito de autogoverno. Schneewind elucida que

⁶² SCHNEEWIND, Jerome B. **The Invention of Autonomy**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 483.

⁶³ SCHNEEWIND, Jerome B. **The Invention of Autonomy**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 484, tradução nossa. No original: “How did Kant come to invent such a revolutionary view, and to think that it could explain morality?”.

⁶⁴ SCHNEEWIND, Jerome B. **The Invention of Autonomy**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 485, tradução nossa. No original: “‘I have resolved... this winter’, he says, ‘to put in order and complete my investigations of pure moral philosophy, in which no empirical principles are to be found, the ‘Metaphysics of Morals’.’ It will in many respects pave the way for the most important views involved in the reconstruction of metaphysics”.

⁶⁵ SCHNEEWIND, Jerome B. **The Invention of Autonomy**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 485.

⁶⁶ SCHNEEWIND, Jerome B. **The Invention of Autonomy**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 486.

Contra os pressupostos motivacionais por trás das concepções de moralidade como obediência, os filósofos argumentaram que não somos egoístas por natureza e que temos desejos benevolentes ou a capacidade de obter satisfação desinteressada no bem-estar do outro, que é que a moralidade exige que avancemos.⁶⁷

Mas autogoverno e autonomia seriam sinônimos? Certamente não. A diferença fundamental entre autogoverno e autonomia não se encontra na capacidade reflexiva e de compreensão quanto à moralidade da lei, mas sim na capacidade autônoma de elaboração da lei. Enquanto cidadãos autogovernáveis entendem o valor moral da lei, cidadãos autônomos, além de compreenderem a moralidade da regra, também são os criadores da regra. No autogoverno todos os cidadãos apresentam condições de compreender a moralidade da lei e agem de modo coeso, não por medo ou coação, mas por compreenderem o valor moral da regra. Entendem, igualmente, que a coação é parte integrante de uma norma e cumpre papel relevante na sociedade. Já o cidadão autônomo, além da capacidade reflexiva quanto ao valor moral da lei, deve ser o criador da lei, o legislador universal, segundo Kant. Como muito bem exposto por Schneewind, “no autogoverno não há a necessidade do exercício reflexivo, apenas a compreensão do valor moral de uma ação”.⁶⁸

Hume e Rousseau deram grandes passos rumo à ideia da moral vinculada à autonomia. Para Schneewind, “Hume argumenta que isso ocorre simplesmente porque nossos sentimentos morais se projetam em um mundo neutro. Sendo morais, portanto, não estamos seguindo nenhuma ordem externa”.⁶⁹ Rousseau, elucida o autor, vai ainda mais longe, retratando o ser humano como autônomo: “Tornamo-nos livres porque podemos romper com a escravidão aos nossos desejos naturais e viver sob uma lei que nos demos”.⁷⁰ Mas qual a diferença fundamental entre as formulações de Hume e Rousseau e a autonomia concebida por Kant?

Para Hume o ser humano está pré-determinado a agir conforme a natureza. Se há harmonia, é porque estamos naturalmente condicionados. Já, para Rousseau, nós somos autônomos, apenas enquanto membros de uma forma especial de sociedade.⁷¹ Nós não somos

⁶⁷ SCHNEEWIND, Jerome B. **The Invention of Autonomy**. New York: Cambridge University Press, 2005, tradução nossa. No original: “Against the motivational assumptions behind conceptions of morality as obedience, philosophers argued that we are not selfish by nature and that we have benevolent desires or the capacity to take disinterested satisfaction in the well-being of other, which is what morality requires us to forward”.

⁶⁸ SCHNEEWIND, Jerome B. **The Invention of Autonomy**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 514, tradução nossa.

⁶⁹ SCHNEEWIND, Jerome B. **The Invention of Autonomy**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 514, tradução nossa.

⁷⁰ SCHNEEWIND, Jerome B. **The Invention of Autonomy**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 514, tradução nossa. No original: “We come to be free because we can break away from slavery to our natural desires and live under a law we have given ourselves”.

⁷¹ SCHNEEWIND, Jerome B. **The Invention of Autonomy**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 514.

individualmente autônomos por natureza. Cabe ao contrato social estabelecer os limites de nossa liberdade para compreender o campo de ação de nossa autonomia. Como bem chama a atenção Schneewind, “o autogoverno rousseauiano é vazio, bem como apenas contingentemente disponível”.⁷² Nesse sentido, Kant percebe em sua própria teoria o único caminho a defender a convicção de Rousseau, quanto à importância de honrarmos o entendimento moral comum.⁷³

A principal justificativa para o contrato social não estaria no empreendimento comum entre os seres humanos de buscarem um acordo a estabelecer a paz. Kant acredita que o que nos permite viver em comunidade, em que pese nossa agressividade, é que nós somos, por nossa própria natureza, mais do que seres racionais meio-fins. Simplesmente porque possuímos razão prática, podemos restringir nossos desejos em nome da lei que exige a aceitabilidade universal de nossos planos.⁷⁴ Entretanto, como muito bem ressaltado por Schneewind, “a adoção dos fins não pode ser por coação. A virtude precisa resultar da liberdade de escolha”.⁷⁵ Em outros termos, a moralidade, no domínio do Direito, diz respeito a agir de acordo com uma norma externa que esteja em harmonia com uma norma universal. Já a moralidade, no âmbito da virtude, trata especificamente da ação que leve em consideração o ser humano como fim em si mesmo.

Considerando o ser humano como fim em si mesmo, Kant foi o primeiro a defender a autonomia como capacitante da autolegislação e, ainda mais importante, vinculada puramente à racionalidade, sem qualquer tipo de condicionamento fora do escopo da razão. Em determinada passagem ele explica:

a determinação da causalidade dos deveres no mundo sensível como tal nunca podia ser incondicionada e, não obstante, deve necessariamente haver, para toda série das condições, algo de incondicionado, por conseguinte, também uma causalidade que se determina inteiramente por si mesma.⁷⁶

Em relação à crítica que recebeu⁷⁷ quanto ao caráter impraticável de sua teoria, principalmente pelo fato de defender um afastamento absoluto de *móviles* vinculados aos sentimentos, Kant respondeu de modo incisivo: “pelo contrário, transformar em máxima o

⁷² SCHNEEWIND, Jerome B. **The Invention of Autonomy**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 515, tradução nossa. No original: “Rousseauian self-government is empty as well as only contingently available”.

⁷³ SCHNEEWIND, Jerome B. **The Invention of Autonomy**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 515.

⁷⁴ SCHNEEWIND, Jerome B. **The Invention of Autonomy**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 522.

⁷⁵ SCHNEEWIND, Jerome B. **The Invention of Autonomy**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 526, tradução nossa. No original: “But the adoption of ends cannot in principle be compelled. Virtue must result from free choice”.

⁷⁶ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 75.

⁷⁷ Ver: KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 72.

fomento da influência de tais motivos sob o pretexto de que a natureza humana não tolera uma tal pureza (o que ele, no entanto, também não pode afirmar com certeza) é a morte de toda a moralidade”.⁷⁸

Dessarte, não é exagerada a atribuição que Schneewind faz a Kant como o inventor da autonomia como fundamento da moralidade. Ele entende que o filósofo prussiano foi o primeiro pensador a considerar a autonomia individual, aliada à capacidade cognitiva, como centro da ação moral. Em termos históricos, trata-se, verdadeiramente, de uma revolução. O ser humano elevado ao centro do universo e capaz de distinguir de modo autônomo uma ação segundo o dever de uma ação por inclinação, ou seja, quais ações são sempre moralmente corretas e quais ações são de uma moral duvidosa. Quais ações são perfeitas e quais são imperfeitas. Quais são autônomas e quais são heterônomas. Diferentemente de outros tantos filósofos, igualmente preocupados com a moralidade das ações humanas, Kant apela para a razão, para a metafísica, transcende o empírico e evita fundamentações a partir de uma concepção naturalista, empirista ou utilitarista.

Autonomia, para Kant, é, portanto, a capacidade de não se deixar influenciar por qualquer forma de sentimento ou instinto, concluindo pelo agir correto, ou seja, pela ação moral segundo o “dever pelo dever”, a partir do exercício reflexivo. Deve-se entender que Kant não ignora as paixões. Autonomia não é uma escolha totalmente independente de qualquer influência externa. A grande questão é que a força motriz ou o fundamento da tomada de decisão, não poderá ser outro se não o exercício reflexivo. Outra citação kantiana digna de transcrição é a que segue:

concedo de bom grado que nenhum homem pode tornar-se consciente com toda a certeza de *ter cumprido* o seu dever de um modo totalmente desinteressado, pois isso cabe a experiência interna, e para esta consciência do seu estado de alma seria preciso ter uma representação perfeitamente clara de todas as representações marginais e de todas as considerações associadas ao conceito de dever mediante a imaginação, o hábito e a representação.⁷⁹

Kant não nega a existência de sentimentos atrelados a uma ação. Por outro lado, as inclinações jamais poderão servir de fundamentação desta ação, sob o risco de se renunciar à capacidade racional humana e, conseqüentemente, à fundamentação da moralidade.

Gerald Dworkin, logo no início de sua obra, irá chamar a atenção para os variados conceitos que a autonomia recebeu ao longo da história. A depender do referencial teórico, teremos interpretações mais ou menos atomistas, mais ou menos subjetivas ou intersubjetivas,

⁷⁸ KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 73.

⁷⁹ KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 72.

mais ou menos vinculadas à racionalidade, mais ou menos vinculadas aos sentimentos, entre outras categorizações possíveis. Kant foi claro ao estabelecer a autonomia como principal fundamento da moralidade, o que não quer dizer, como já analisado, que ela seja desprovida de qualquer limitação.

Feinberg afirma que “eu seria autônomo se eu me governasse, e ninguém mais me governasse”.⁸⁰ Essa ideia básica de autonomia se assemelha fortemente à ideia de liberdade negativa, de Berlin, ou seja, no sentido de abstenção de qualquer imposição externa à vontade livre. Porém, parece que Feinberg, de modo muito similar aos autores do liberalismo clássico⁸¹, pressupõe a vontade externa apenas em termos de uma coação de terceiros, seja um ente particular ou o Estado, diferentemente de Kant, que define, inclusive ações instintivas como influências externas, o que seria, melhor dizendo, a influência de qualquer aspecto fora da razão.

A autonomia é, portanto, o centro da moralidade e o fundamento da dignidade. O ser humano deve ser sempre tratado como fim em si mesmo, principalmente por ele próprio, ou seja, pelo próprio ser agente. Essa relação entre autonomia e dignidade, em que pese sua aparente simplicidade e lógica, é motivo de grande discussão e debate, principalmente no campo da Bioética, pois, não raramente, a dignidade poderá servir de limite à autonomia, por mais que esta seja o fundamento daquela.

2.2 AUTONOMIA E DIGNIDADE – O SER HUMANO COMO FIM EM SI MESMO

Pode-se afirmar, após longa evolução e posituação nas constituições modernas, que a dignidade passou a ser o centro axiológico do sistema jurídico. Como defendido por Sarlet, acredita-se que a dignidade se encontra, ao menos em certa medida, em todos os direitos fundamentais.⁸² Destarte, ao se abordar temas da Bioética, cuja fundamentação, via de regra, se reporta aos direitos fundamentais, mormente quanto ao alcance da autonomia com base nos postulados kantianos, faz-se necessário um maior aprofundamento quanto ao conceito e alcance da dignidade da pessoa humana. Kress, por exemplo, preocupado com conflitos na área da ética

⁸⁰ FEINBERG, Joel. **Rights, Justice and the Bounds of Liberty**. New Jersey: Princeton University Press, 1980, p. 21, tradução nossa. No original: “I am autonomous if I ruled me, and no one else rules I”.

⁸¹ Por autores do liberalismo clássico, entende-se: Locke, Bentham, Mill, Smith, entre outros.

⁸² Segundo Sarlet, “[...] se, por um lado, consideramos que há como discutir – especialmente na nossa ordem constitucional positiva – a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações, constata-se, de outra parte, que os direitos e garantias fundamentais podem – em princípio e ainda que de modo e intensidade variáveis – ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 92-93).

médica, impõe a necessidade de incorporá-la ao debate, já que “a dignidade se tornou um conceito chave da ética moderna e da ordem constitucional”.⁸³

Uma vez entendido o papel de alta relevância desempenhado pela dignidade, questiona-se: qual a natureza da dignidade da pessoa humana? Trata-se de um direito ou princípio fundamental? Trata-se de um direito/princípio absoluto ou relativo? Sendo relativo, em que medida e sob quais condições? Qual a diferença entre a dimensão subjetiva e a dimensão objetiva da dignidade da pessoa humana?

Ao mesmo tempo em que se compreende sua relevância no ordenamento jurídico, considerando-a como o verdadeiro ponto de Arquimedes da Constituição, entende-se que não se trata de um princípio absoluto ou, como defende Sarlet, intangível.⁸⁴ Logo, a dignidade poderá servir para fundamentar diferentes argumentações no conflito entre direitos fundamentais. Até porque, se considerássemos, em questões que envolvem a Bioética, a dignidade como um princípio simplesmente absoluto, como um critério objetivo, que não perpassa por questões subjetivas da pessoa em questão, a resolução de conflitos passaria a ser muito mais simples, bastando o apelo ao argumento de proteção à dignidade, para que um determinado tratamento médico fosse posto em prática. Ainda, uma concepção de dignidade como um princípio absoluto, vinculado a critérios objetivos, tende a fortalecer uma relação paternalista, no sentido de sempre se buscar tratamento que preserve a vida do paciente, independente de sua contrariedade a um determinado procedimento. Ao passo que relativizá-la⁸⁵, no sentido de se buscar compreender o significado da dimensão subjetiva, segundo o paciente, tende a fortalecer a autonomia individual. Considerar absoluto o princípio da dignidade, poderá, ao fim e ao cabo, proporcionar maiores controvérsias do que soluções, pois dificilmente há um consenso quanto ao seu conceito. Afirmar que um princípio é absoluto promove automaticamente a necessidade de justificá-lo como tal, o que parece ser uma difícil tarefa no que concerne àquele da dignidade da pessoa humana.

Necessário esclarecer, contudo, que advogar a respeito de uma possível relativização da dignidade, não quer dizer que ela possa ser invariavelmente violada ou reduzida, em razão de qualquer forma de discriminação. A dignidade pertence a todos seres humanos, sem qualquer

⁸³ KRESS, Hartmut. **Ética médica**. São Paulo: Loyola, 2008, p. 27.

⁸⁴ Elucida o autor: “[...] mesmo em se tendo a dignidade como valor supremo do ordenamento jurídico, daí não se segue, por si só e necessariamente, o postulado de sua absoluta intangibilidade” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 158).

⁸⁵ Ao considerar a possibilidade de relativizar a dignidade, não se está a defender que o conceito da dignidade depende exclusivamente da pessoa em questão. Acredita-se que inúmeros critérios socialmente compartilhados devem servir ao conceito da dignidade, cabendo a eles a imposição de limites à autonomia individual.

forma de distinção. Afirmar que ela poderá entrar em conflito com outros direitos fundamentais é estar de acordo com a constatação de que, assim como outros princípios ou direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana apresenta dupla dimensão, uma objetiva e outra subjetiva. Ou seja, de um lado pode-se defender a dignidade como o amplo respeito pela autonomia e de outro, ainda em seu nome, uma maior proteção individual por parte do estado. Note-se que relativizar a dignidade não é excluí-la da justificativa, mas sim, a possibilidade de fundamentá-la a partir de diferentes vieses, o que, em uma sociedade democrática e plural, parece razoável e de acordo com os direitos fundamentais. Certo é, que limites deverão ser impostos, e que nem toda justificativa poderá se prestar a uma defesa da dignidade, seja por parte do estado (critério objetivo) seja pelo indivíduo em questão (critério subjetivo).

Nesse sentido, é possível dizer que a grande questão se encontra no ponto de partida, na fundamentação da dignidade da pessoa humana. É necessário definir, com a devida clareza, se a autonomia fundamenta a dignidade ou se a dignidade fundamenta a autonomia, ou seja, em caso de conflito entre a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva da dignidade, qual delas deve prosperar, pois, a depender da fundamentação eleita, poder-se-á alcançar resultados diametralmente opostos.

2.2.1 Autonomia da vontade e autodeterminação como fundamentos da dignidade da pessoa humana

A incorporação da autonomia e conseqüentemente do direito à autodeterminação do paciente na Bioética parece ser irrevogável, o que não quer dizer que discussões quanto ao alcance do poder decisório daquele estejam igualmente pacificadas. O conflito da autonomia com os demais direitos fundamentais é plenamente possível, mormente no que respeita à proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. No âmbito da Bioética, acredita-se que a grande discussão, quanto aos limites da autonomia, se encontra exatamente no conceito de dignidade da pessoa humana, ou seja, no caráter subjetivo e objetivo da dignidade, sendo o primeiro vinculado à ideia de autonomia e o segundo à de heteronomia. É a partir da conformação de autonomia com dignidade que, segundo Tiedemann, surgem os principais conflitos no debate da Bioética.⁸⁶

⁸⁶ TIEDEMANN, Paul. **Was ist Menschenwürde?** Darmstadt: WBG, 2006, p. 39. No original: “Dieses Konzept von Menschenwürde ist von einflussreichen Staatsrechtslehrern in den 50er Jahren entwickelt worden, wird seitdem nachdrücklich vertreten und heute besonders in der Bioethikdebatte mobilisiert”.

A grande questão está em saber se a autonomia fundamenta a dignidade ou se a dignidade fundamenta a autonomia. Afirmar que a resposta a esse questionamento depende de cada situação seria uma grande contradição. Pode-se admitir que, a depender da situação, os limites impostos à autonomia poderão variar, mas a sua fundamentação deverá ser uma só. Isso não implica dizer que autores que entendam de modo contrário à presente tese não sejam considerados, ou que não poderão contribuir. O fato de não se concordar com o fundamento não quer dizer que os argumentos não poderão ser levados em consideração. A tese aqui desenvolvida defende a mesma linha de raciocínio kantiano, qual seja, a autonomia fundamenta a dignidade, o que não significa, que a segunda não possa servir de limite para a primeira. Dessarte, iniciar-se-á o debate a partir da autonomia como fundamento da dignidade, para, no ponto seguinte, debater-se a dignidade como fundamento da autonomia.

A interpretação literal da doutrina kantiana é clara no sentido de que a autonomia fundamenta a dignidade. A célebre máxima “[...] a autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”⁸⁷, aprofundada em 2.1.4, parece não deixar dúvidas. O ser humano é um ente racional, portanto capaz de se autodeterminar como fim em si mesmo, detentor, portanto, de uma dignidade especial.

A Bioética principialista parece ter se apropriado exatamente da referida máxima, uma vez que a dignidade, não elencada entre os princípios norteadores da Bioética, estaria na própria autonomia. Outros autores contemporâneos defendem o mesmo entendimento. Para Hufen qualquer forma de coação, portanto, de desrespeito à autonomia do paciente, pode ser interpretada como uma violação da dignidade. Até mesmo em casos de nutrição artificial contrária à vontade do paciente, que seria medida extrema para a manutenção da sua vida, o autor entende haver uma transgressão.⁸⁸ Seguindo na linha de negativas a tratamentos, Putz e Steldinger defendem que “[...] independentemente da violação da dignidade humana, o não cumprimento da vontade declarada de não tratamento [...] é, em qualquer caso, uma interferência no direito de autodeterminação”.⁸⁹

⁸⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa. Edições 70, 2011, p. 84.

⁸⁸ HUFEN, Friedhelm. In dubio pro dignitate. In: THIELE, Felix (org.). **Aktive und Passive Sterbehilfe: Medizinische, Rechtswissenschaftliche und Philosophische Aspekte**. München: Wilhelm Fink Verlag, 2010, p. 90. No original: “Das Sterben in Würde und die Beachtung eines freier Selbstbestimmung geäußerten Patientenswillen gehören zum Schutzbereich der Menschenwürde (Art. 1 I GG). Ein einseitig interpretierter Lebensschutz darf insofern den Schutz der Menschenwürde nicht verdrängen (in dubio pro dignitate). Die Menschenwürde kann insbesondere in Fällen der Zwangsbehandlung bzw. Zwangsernährung berührt sein”.

⁸⁹ PUTZ, Wolfgang; STELDINGER, Beate. **Patientenrechte am Ende des Lebens: Vorsorgevollmacht, Patientenverfügung, Selbstbestimmtes Sterben**. München: DTV, 2016, tradução nossa. No original: “Unabhängig von der Verletzung der Menschenwürde ist die Nichtbeachtung des erklärten Willens zur Nichtbehandlung und deren Bestätigung durch die Gerichte jedenfalls ein Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten”.

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional decidiu pelo direito de o paciente recusar tratamento em razão de convicção religiosa. No caso, o cônjuge, que não era Testemunha de Jeová, aprovou a transfusão de sangue contra a vontade de sua esposa, que havia manifestado documentalmente a recusa em relação ao tratamento.

Segundo o Tribunal,

[...] se os pacientes tiverem idade legal ou são plenamente capazes de tomar decisões, uma vez que tenham a visão necessária sobre as consequências de sua decisão, hoje a sua decisão é respeitada, embora a morte por cirurgia ou transfusão de sangue seja facilmente evitada.⁹⁰

Sunstein, preocupado com a otimização das escolhas pessoais e consciente da necessidade de fomento para que as pessoas estejam aptas a decidirem por si mesmas de acordo com seu melhor interesse, entende que mesmo frente a todas as descobertas da economia comportamental, no sentido de comprovar as falhas cognitivas no momento da escolha, cabe ao paciente a decisão final e que algumas formas de coação, ou seja, de violação à autonomia poderão se transmutar em um insulto à dignidade.⁹¹ Em 3.2.2 o trabalho aprofundará o conceito de ética da influência do referido autor, que parte da autonomia enquanto um fundamento básico, mas defende que nem toda forma de limitação à autonomia é, ipso facto, um insulto à dignidade.⁹²

Na Bioética, como defende, por exemplo, Engelhardt Jr.⁹³, o respeito pela autonomia encontra-se no consentimento informado e esclarecido, cuja base se solidifica no diálogo entre o médico e o paciente e no respeito pela autonomia do último. O consentimento seria o documento a impedir que o ser humano fosse tratado, no ambiente hospitalar, simplesmente como meio. Portanto, segundo Kant⁹⁴, um ser racional, que pode definir seus próprios interesses e se compreender como autodeterminável, capaz de realizar juízos de valores sobre suas próprias

⁹⁰ PUTZ, Wolfgang; STELDINGER, Beate. **Patientenrechte am Ende des Lebens**: Vorsorgevollmacht, Patientenverfügung, Selbstbestimmtes Sterben. München: DTV, 2016, p. 48, tradução nossa. No original: “Sind die Patienten volljährig oder voll entscheidungsfähig, weil sie die notwendige Einsicht in die Folgen ihrer Entscheidung haben, so wird heute ihre Entscheidung respektiert, obwohl der Tod durch die Operation oder die Bluttransfusion ohne Weiteres zu verhindern wäre”.

⁹¹ SUNSTEIN, Cass R. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 67. No original: “an infringement on autonomy might also be an insult to dignity”.

⁹² SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**: Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 67-68. No original: “but some infringements on autonomy do not insult dignity, and some insults to dignity do not really endanger autonomy”.

⁹³ ENGELHARDT JR, Hugo Tristram. **The foundations of bioethics**: An Introduction and Critique. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 90.

⁹⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa. Edições 70, 2011, p. 72.

escolhas existenciais, é um ente que não pode ser precificado, um ente detentor de uma dignidade intrínseca, de igual valor para todos, sem qualquer possibilidade de distinção.⁹⁵

A interpretação kantiana do conceito de dignidade é de suma importância para a evolução histórica do termo e, conseqüentemente, para a sua compreensão jurídico-constitucional. Sustenta Sarlet⁹⁶, que é no pensamento kantiano que tanto a doutrina nacional quanto a estrangeira, ainda hoje, “[...] parecem estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana”, de modo que “[...] o elemento nuclear da noção de dignidade continua sendo reconduzido, primordialmente, à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa”. Trata-se da ideia do ser humano autônomo e conseqüentemente legislador universal.

A Bioética, ramo de estudo responsável pela investigação da relação humana com novas tecnologias na área da saúde, parece também ter se apropriado dos conceitos kantianos de autonomia e de dignidade. Autores da corrente principialista entendem a autonomia como um dos três princípios a regular a relação médico-paciente. O documento referencial no que concerne a esse campo é o Relatório Belmont, publicado em 1978, apresentando os três princípios éticos básicos, quais sejam: 1. Respeito pelas pessoas; 2. Beneficência e 3. Justiça. O princípio do respeito pelas pessoas, de acordo com o relatório, incorpora ao menos duas convicções éticas: primeiro, os indivíduos devem ser tratados como seres autônomos, dotados de autodeterminação; segundo, as pessoas cuja autonomia seja atenuada devem ser submetidas à proteção.⁹⁷

Seguindo a tendência exposta pelo relatório, autores principialistas⁹⁸ desenvolvem o princípio da autonomia do paciente com clara vinculação à autonomia e à racionalidade de matriz kantiana. Como já citado anteriormente, Hufen, no artigo “In dubio pro dignitate. Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens”, defende que a “dignidade pode, especialmente em casos de tratamento compulsório, como por exemplo a nutrição artificial, ser

⁹⁵ Cite-se lição do próprio Kant: “[...] no reino dos fins tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade” (KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa. Edições 70, 2011, p. 82, grifos nossos).

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 72.

⁹⁷ APPEL, Camilla. Introdução. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito à morte digna**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 16.

⁹⁸ Autores de Bioética que trabalham o conceito de autonomia desenvolvido por Kant: Beauchamp; Childress; Hartmut Kress; Jeff McHaman; Wolfgang Putz e Beate Steldinger; Friedhelm Hufen; Ronald Dworkin; John Rawls; entre outros.

violada”.⁹⁹ Qualquer forma de tratamento sem o consentimento do paciente viola sua autonomia e conseqüentemente sua dignidade. Por mais que Hufen não cite diretamente Kant, é inegável a influência do filósofo de Königsberg como pano de fundo da arguição. Paton, ao interpretar o imperativo categórico kantiano, também afirma relativamente ao ser humano que “a autonomia é a base de seu valor absoluto, de sua dignidade, de prerrogativa, seu valor intrínseco ou qualidade ou mérito”.¹⁰⁰[tradução nossa]

Porém, essa mesma dignidade que fortalece a autonomia poderá servir como fundamento para uma heteronomia, ou seja, como fundamento para critérios objetivos e não meramente subjetivos. Nem tudo que a pessoa entende como correto, ou moralmente aceitável, (de modo subjetivo) poderá ser efetivado em nome da autonomia, pois muitas vezes, escolhas pessoais acabam por promover ações degradantes, mesmo em casos em que o agente é o único envolvido. Por mais que o presente trabalho parta do pressuposto da autonomia, não se pode ignorar essa faceta da dignidade, ou seja, seu caráter de limite à autonomia, a partir de critérios objetivos. É inegável a existência de um valor objetivo-social da dignidade.

Há de se esclarecer que a dignidade pode se manifestar de duas formas: uma dimensão objetiva e outra subjetiva. É relevante notar que poderão surgir conflitos entre essas duas dimensões, sem a necessidade precípua de choque com outro direito fundamental. Nesse ponto, a questão recebe maiores contornos de complexidade. Como pode uma determinada ação ou atividade ser proibida com fulcro na proteção da dignidade da pessoa humana, quando a própria pessoa que a exerce não percebe qualquer tipo de violação, ou seja, não considera a atividade degradante? Como pode a dignidade servir de próprio limite para a autonomia, quando, segundo Kant, é a autonomia que fundamenta a dignidade?

Como restaria a questão se uma pessoa, por exemplo, em nome de sua autonomia, quisesse vender seus órgãos, alegando estar plenamente consciente de seu ato? Acrescente-se ainda o fato de que ela não está a prejudicar absolutamente ninguém, uma vez que o órgão diz respeito exclusivamente a ela. Caso a dignidade fosse exclusivamente fundamentada na autonomia, ao ponto de se excluírem critérios sociais-objetivos, estar-se-ia a promover e

⁹⁹ HUFEN, Friedhelm. In dubio pro dignitate. Selbstbestimmung und Grundrechtschutz am Ende des Lebens. In: THIELE, Felix (org.). **Aktive und Passive Sterbehilfe**: Medizinische, Rechtswissenschaftliche und Philosophische Aspekte. München: Wilhelm Fink Verlag, 2010, p. 90. No original: “Das Sterben in Würde und die Beachtung eines in freier Selbstbestimmung geäußerten Patientenswillen gehören zum Schutzbereich der Menschenwürde (Art. 1 I GG). Ein einseitig interpretierter Lebensschutz darf insofern den Schutz der Menschenwürde nicht verdrängen (in dubio pro dignitate). Die Menschenwürde kann insbesondere in Fällen der Zwangsbehandlung bzw. Zwangsernährung berührt sein”.

¹⁰⁰ PATON, Herbert James. **The Categorical Imperative**. A Study in Kant’s Moral Philosophy. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1948, p. 189. No original: “This autonomy is the ground of their absolute value, their “dignity” or “prerogative”, their inner value or worth or worthiness”.

justificar os mais variados problemas de ordem moral, não apenas no âmbito individual, mas também no coletivo, o que certamente contraria os enunciados de Kant.

A fundamentação da imoralidade da venda de órgãos é trabalho de baixa complexidade. Não demanda grande esforço demonstrar a absoluta impossibilidade de universalizar tal conduta, principalmente pelo fato de se estar a trabalhar com o conceito de corpo e pessoa simplesmente como meio, provavelmente para se obter algum ganho monetário em situação de extrema vulnerabilidade. Trata-se de um exemplo relativamente simples, no mesmo sentido da proibição da escravidão voluntária, ou do conhecido caso do arremesso de anões a ser analisado no próximo capítulo.¹⁰¹ Em contrapartida, outras situações, principalmente no campo da Bioética¹⁰², não apresentam os conflitos entre a autonomia e a heteronomia de modo tão claro.

Para compreender com maior clareza onde se encontra o debate entre dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade é necessário verificar a interpretação dada pelo presente trabalho ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, a discussão passa necessariamente por sua fundamentação e conteúdo frente aos demais direitos fundamentais.

2.2.2 Dignidade como princípio ou direito fundamental. A dupla dimensão da dignidade da pessoa humana e a identificação da raiz da discussão no campo da Bioética

“Normalmente, a identificação da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais é processada segundo três direções principais que a seguir consideramos: a dignidade seria o fundamento dos direitos fundamentais; a dignidade constituiria o próprio conteúdo dos direitos fundamentais; a dignidade seria um verdadeiro direito fundamental, o direito à dignidade.”¹⁰³

É possível afirmar que o debate quanto aos limites da autonomia passa obrigatoriamente pelos diferentes entendimentos do alcance da dignidade da pessoa humana, sendo a proposição kantiana quanto ao tema, apenas uma das possíveis interpretações. E, mais do que isso, a própria

¹⁰¹ “[...] o chamado do *lançamento de anão* (*lancer de nain*), é normalmente apresentada como exemplo em que a lesão da dignidade, na perspectiva de coisificação da pessoa, é tão evidente que, à primeira vista, surge como situação pacífica de utilização do princípio enquanto fundamento legítimo e directo de intervenção restritiva em direitos fundamentais” (NOVAIS, 2018, p. 114, grifo do autor). Ainda, o mesmo autor, referindo-se à máxima kantiana, elucida: “diga-se que, numa primeira impressão, é difícil encontrar um exemplo mais intuitivamente ilustrativo da utilização do princípio da dignidade da pessoa humana à luz da *fórmula do objeto* kantiana, já que a *coisificação* e degradação do anão aparecem aqui evidentes: ele é cruamente tratado naquele espetáculo como se fosse uma coisa, um *peso* a ser lançado, e, para além disso, a perversidade dos praticantes é ultrajante, na medida em que o divertimento advém, mesmo, da consciência e da intenção de tratar deliberadamente uma pessoa como se fosse uma coisa” (NOVAIS, 2018, p. 116, grifos do autor).

¹⁰² TIEDEMANN, Paul. **Was ist Menschenwürde?** Darmstadt: WBG, 2006, p. 39. No original: “Dieses Konzept von Menschenwürde ist von einflussreichen Staatsrechtslehrern in den 50er Jahren entwickelt worden, wird seitdem nachdrücklich vertreten und heute besonders in der Bioethikdebatte mobilisiert”.

¹⁰³ NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018. v. 1. Dignidade e Direitos Fundamentais, p. 72.

teoria kantiana poderá ser interpretada de formas plurais, por vezes até mesmo contraditórias, pelos comentaristas. Há, contudo, um entendimento majoritário no sentido de se considerar a dignidade como um princípio jurídico-constitucional que fundamenta e se encontra no núcleo de todos os direitos fundamentais.¹⁰⁴ Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana não seria um direito fundamental autônomo, ou seja, não há como se falar em conflito entre dignidade e direitos fundamentais no sentido alexiano, por exemplo. Não haveria como sopesar a dignidade com o direito à vida, ou dignidade com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, uma vez que ela é o próprio fundamento de tais direitos e não os tutelar representaria a sua própria violação. De que modo, então, é possível recorrer à dignidade para fundamentar um possível conflito entre direitos fundamentais? Como é possível se utilizar do seu conceito para afirmar se há ou não um direito à morte digna? Se ela é o próprio fundamento dos direitos fundamentais, como ela poderia estar inserida no conflito? Buscar-se-á nas linhas seguintes demonstrar onde se encontra a raiz do possível conflito da dignidade da pessoa humana com direitos fundamentais.

Partindo do mesmo pressuposto, ou seja, de que a dignidade fundamenta os direitos fundamentais, autores defenderão que o livre desenvolvimento da personalidade, traduzido também como autonomia, poderá sustentar uma maior liberdade de escolha, inclusive a respeito de questões vinculadas a outros direitos fundamentais, como, por exemplo, no caso de conflito com o direito à vida, como ocorre nas discussões sobre a legalidade ou ilegalidade da eutanásia. Tais autores¹⁰⁵ consideram que o máximo respeito à autonomia é conseqüentemente o máximo respeito à dignidade, ao passo que outros¹⁰⁶, entendendo-a como um fundamento da autonomia, e, no exemplo da eutanásia, do próprio direito à vida, defenderão maiores limites às escolhas pessoais, mormente em relação àquelas que se apresentam contrárias à promoção da dignidade, uma vez que ela é o núcleo do próprio direito fundamental e, em nome dela, tal direito deve ser protegido.

Note-se, portanto, que a dignidade, como um princípio jurídico-constitucional, poderá servir de argumentação e justificação para a resolução de conflitos, cujos resultados práticos poderão ser opostos. Essa constatação só é possível, em grande medida, frente à dupla dimensão desse princípio. Assim como outros direitos fundamentais, ela apresenta uma dimensão subjetiva (*status negativo*), no sentido de se respeitar a autonomia do indivíduo e uma dimensão objetiva

¹⁰⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018. v. 1. Dignidade e Direitos Fundamentais, p 73.

¹⁰⁵ Ver.: Ronald Dworkin; Friedhelm Hufen; James McHaman; Hartmur Kress, entre outros.

¹⁰⁶ Ver: Marciano Vidal; Fernando Rey Martínez; David Cundiff, entre outros.

(*status* positivo), preocupada com padrões sociais de proteção do indivíduo inserido dentro de um contexto social amplo.¹⁰⁷ Enquanto a primeira privilegia maior liberdade (autonomia) e o mínimo de interferência estatal possível, a segunda privilegia padrões sociais e maior ingerência estatal nas decisões pessoais (heteronomia). É exatamente o conflito entre essas duas dimensões que tem gerado grande debate, com destaque para o campo da Bioética¹⁰⁸, onde autonomia do paciente e os limites à sua liberdade de escolha estão entre os grandes desafios para a resolução de casos práticos. Parece claro que a raiz dos grandes debates no campo da Bioética¹⁰⁹ se encontra no conflito entre as dimensões da dignidade da pessoa humana, traduzido também como o conflito entre autonomia e heteronomia.

Elucida-se que a dignidade, no sentido de autonomia, pode ser entendida como o direito do cidadão de desenvolver livremente sua personalidade, de acordo com sua filosofia de vida pessoal, sem que o Estado ou qualquer grupo social decida em seu lugar os rumos que ele mesmo quer dar para sua vida. Trata-se da proteção máxima da liberdade individual. A dignidade na sua dimensão de heteronomia, por seu turno, leva em consideração valores morais sociais no momento da tomada de decisão. Valores externos àqueles do próprio indivíduo. A ação deve levar em consideração estímulos externos e seu valor ético estará apoiado nos acordos ou convenções sociais. Há a expectativa de que o indivíduo atue de modo socialmente responsável.¹¹⁰

¹⁰⁷ Ainda a respeito das diferentes dimensões da dignidade, Radbruch esclarece que não apenas o referido princípio, mas “[...] toda norma legal implica, como obrigação externa, uma forma de heteronomia.”¹⁰⁷ [tradução nossa]. Radbruch, também percebendo a relação entre autonomia e heteronomia, explica: “se fala em direito como “heteronomia”, porque como vontade externa, implica em uma obrigação para os subordinados, e em direito como “autonomia” moral, porque sua lei será apenas para sua própria personalidade moral” (BOROWSKI, Martin *apud* TEIFKE, Nils. **Das Prinzip Menschenwürde**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 163).

¹⁰⁸ Em razão do alto grau de complexidade na resolução de conflitos na Bioética, autores como Goldim, defendem o conceito da Bioética complexa, cujo conceito, segundo o autor, pode ser descrito como: “[...] é possível afirmar que a Bioética é uma reflexão compartilhada, complexa e interdisciplinar sobre a adequação das ações que envolvem a vida e o viver” *in*: GOLDIM, José Roberto. **Bioética: Origens e Complexidade**. Revista HCPS, 2006, 26, p. 86-92. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/complex.pdf>. Acessado em: 24 de outubro de 2021.

¹⁰⁹ TIEDEMANN, Paul. **Was ist Menschenwürde?** Darmstadt: WBG, 2006, p. 39. No original: “Dieses Konzept von Menschenwürde ist von einflussreichen Staatsrechtslehrern in den 50er Jahren entwickelt worden, wird seitdem nachdrücklich vertreten und heute besonders in der Bioethikdebatte mobilisiert”.

¹¹⁰ Tiedemann irá definir dignidade como autonomia e dignidade enquanto heteronomia da seguinte forma: “[...] a interpretação heterônoma estabelece a dignidade do homem na sua capacidade de autodeterminação, desde que essa habilidade seja usada para projetar e viver sua vida de acordo com as exigências normativas que serão externamente impostas ao indivíduo. [...] de modo contrário à interpretação da heterônoma da dignidade humana, a concepção de autonomia não depende decisivamente da posição do homem nas demandas que lhes são colocadas pelas autoridades externas (Deus, comunidade, criação), mas na habilidade do homem para entender a lei e desenvolver suas próprias ações” (TIEDEMANN, Paul. **Was ist Menschenwürde?** Darmstadt: WBG, 2006, p. 39, tradução nossa). No original: “[...] im Gegensatz zu der deuteronomischen Deutung der Menschenwürde stellt die autonome Konzeption entscheidend nicht auf die Stellung des Menschen zu den Anforderungen ab, die von Äußeren Autoritäten (Gott, Gemeinschaft, Schöpfung) an ihn gestellt werden, sondern auf die Fähigkeit des Menschen, sich das Gesetz seines Handelns selbst zu geben”.

Independentemente da dimensão da dignidade da pessoa humana que se considere como a mais indicada para um determinado caso, esse conflito só faz sentido quando se entende o princípio da dignidade da pessoa humana como relativo. Uma construção argumentativa que confira um conteúdo absoluto à dignidade, no sentido de negar qualquer forma de tangibilidade, defenderá a inexistência do referido conflito, uma vez que sua defesa, no sentido objetivo, deverá prevalecer, de modo que determinados direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à vida, estarão no topo de uma possível ordem axiológica de direitos fundamentais. Não haveria, segundo esse entendimento, a necessidade de se verificar a possibilidade de conflito entre direito à vida e à autonomia, no sentido do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. O direito à vida sempre prevalecerá por ser absoluto com fulcro na dignidade da pessoa humana. Não haveria, em outras palavras, a possibilidade de cedência de um direito fundamental em detrimento do outro, em razão do caráter irrestrito da dignidade.

Adverte-se que esse não é o entendimento do presente de trabalho. Acredita-se que a dignidade não é um princípio absoluto e que o seu vínculo e conteúdo poderá variar entre os direitos fundamentais frente a diferentes situações, ensejando possíveis conflitos.¹¹¹ Alguns autores, em verdade, defendem a possibilidade de a própria dignidade ser um direito fundamental, que por sua vez, poderia entrar em conflito com outros direitos fundamentais. Como já referido, este não é o entendimento da presente pesquisa. Entende-se que formular o conteúdo jurídico de um possível direito fundamental à dignidade da pessoa humana é tarefa demasiadamente onerosa e improfícua.

A grande questão que se impõe no presente trabalho diz respeito à dignidade como um princípio de dupla dimensão, podendo estas dimensões entrar em conflito entre si e em relação ao conteúdo que cada uma delas confere a diferentes direitos fundamentais. Adverte-se, portanto, que ao se propor o debate quanto a um possível conflito da dignidade da pessoa humana com o direito à vida, ou da dignidade com a autonomia, não se está a promover um enfrentamento entre direitos fundamentais. O que se busca compreender é o alcance e os limites do princípio da dignidade da pessoa humana em cada um desses direitos e, principalmente, se esse princípio poderá servir de argumento a fomentar maior autonomia e poder de decisão

¹¹¹ Como muito bem explorado por Novais (NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018. v. 1. Dignidade e Direitos Fundamentais, p. 78), “se não existisse essa associação diferenciada e gradativa dos direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana nem sequer seria possível procurar resolver quaisquer conflitos ou colisões entre direitos fundamentais através de ponderação, já que a comum referência à margem inderrogável da dignidade da pessoa humana impediria qualquer cedência pontual recíproca, pelo menos nos termos da concepção que atribui uma relevância absoluta à dignidade da pessoa humana no confronto com outros valores”.

individual ou se poderá, ao contrário, promover maior controle estatal, restringindo determinadas escolhas em nome da proteção da dignidade da pessoa humana.

Como já referido, a dimensão objetiva da dignidade (heteronomia) poderá ser o próprio limite da dimensão subjetiva da dignidade (autonomia). Sarlet salienta que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais (vinculados à dimensão objetiva da dignidade) poderá sustentar uma ação estatal no sentido de proteger a pessoa contra ela mesma, inclusive quando essa pessoa age de modo autônomo e sem qualquer tipo de coação, pois

[...] o dever de proteção imposto – e aqui estamos a nos referir especialmente ao poder público – inclui até mesmo a proteção da pessoa contra si mesma, de tal sorte que o Estado se encontra autorizado e obrigado a intervir em face de atos de pessoas que, mesmo voluntariamente, atentem contra sua própria dignidade.¹¹²

A liberdade de escolha individual¹¹³, portanto, pode ser limitada mesmo quando não interfere em direitos de terceiros. Trata-se do limite imposto à autonomia individual quando o agente atua contra ele mesmo. Nos casos de eutanásia, por exemplo, quando constatado que o paciente está a realizar sua decisão final de modo irracional, leia-se, sem pleno gozo de suas capacidades cognitivas ou sob efeito de um quadro depressivo, a autonomia deve ser mitigada com fulcro na proteção de sua própria dignidade. Tiedemann, mesmo sustentando que autonomia fundamenta a dignidade e conseqüentemente argumentando no sentido da prevalência da dimensão subjetiva em detrimento da dimensão objetiva da dignidade, entende que nesses casos, há de existir um limitador da autonomia individual.¹¹⁴ Assim como a dignidade em seu aspecto heterônomo impõe certos limites ao exercício de direitos subjetivos¹¹⁵, a própria dimensão objetiva dos direitos fundamentais poderá coibir ações ditas autônomas, evitando o

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 135-136.

¹¹³ Sobre a dificuldade de se encontrar um equilíbrio adequado entre a liberdade e a dignidade, ver: ADORNO, Roberto. “**Liberdade**” e “**Dignidade**” da Pessoa: Dois paradigmas opostos ou complementares da Bioética? in: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Orgs). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 73-93.

¹¹⁴ TIEDEMANN, Paul. **Was ist Menschenwürde?** Darmstadt: WBG, 2006, p. 41.

¹¹⁵ Nesse sentido, para Sarlet: “[...] a dignidade implica também, em última *ratio* por força de uma dimensão intersubjetiva, a existência de um dever geral de respeito por parte de todos (e de cada um isoladamente) os integrantes da comunidade de pessoas para com as demais” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 136).

esvaziamento do direito em questão.¹¹⁶ Esclarece-se, portanto, que nem toda intromissão estatal em condutas privadas fere ou prejudica um determinado direito fundamental.¹¹⁷

Quando, por exemplo, defende-se que o respeito pela autonomia é o próprio respeito pela dignidade, há uma clara prevalência da dimensão subjetiva. Por outro lado, ao se argumentar sobre a necessidade de proteção da dignidade frente a uma atividade flagrantemente degradante, mesmo com o consentimento do agente, e, portanto, em desacordo com aquilo que se entende como moralmente aceitável, há uma prevalência da dimensão objetiva. Por mais que a presente tese parta de um pressuposto liberal e defenda que a autonomia fundamenta a dignidade, isso não implica dizer, que a dimensão objetiva não represente um papel de alta relevância e que sua função limitadora, no sentido de preservar a dignidade do agente, seja menos importante.

De modo a tornar ainda mais clara essa diferenciação e demonstrar a possibilidade de conflito entre as dimensões da dignidade, invoca-se o multicitado caso do arremesso de anões, no qual a dignidade objetiva desempenhou, corretamente, o limite à autonomia individual. Como muito bem lembrado por Novais, trata-se de apenas um, entre outros tantos casos em que tribunais, sem o apoio de legislações prévias, estabeleceram a dignidade da pessoa humana como um limite ao exercício da autonomia, mesmo frente ao pleno e amplo consentimento do agente.¹¹⁸ A citada atividade, que ocorria em casas noturnas na cidade de Morsang-sur-Orge, consistia no literal arremesso de pessoas com nanismo. Aquele que lançasse o anão mais longe, sagrava-se campeão.¹¹⁹ Em que pese os anões trajarem as mais variadas formas de proteção, de

¹¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 141.

¹¹⁷ A obrigação de se utilizar, por exemplo, o cinto de segurança é uma clara ingerência na autonomia privada, o que de modo algum prejudica o núcleo essencial desse direito, uma vez que não há nada de indigno ou que possa aviltar a dignidade da pessoa em questão. Por outro lado, se o Estado obrigasse seus cidadãos a praticarem determinada conduta considerada degradante ou indigna, ou tornasse a escravidão, por exemplo, conduta legal, ter-se-ia no primeiro caso uma violação da autonomia ao obrigar alguém a realizar algo notoriamente degradante, e no segundo caso a violação e o esvaziamento da própria concepção de dignidade, ao permitir que pessoas, mesmo que de modo autônomo, sejam instrumentalizadas por outras (LIMA, Andrei Ferreira de Araújo. **Dignidade da Pessoa Humana e Autonomia da Vontade**: um estudo interdisciplinar sobre os limites éticos e jurídicos nos casos de eutanásia. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) –Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 56).

¹¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018. v. 1 Dignidade e Direitos Fundamentais, p. 114.

¹¹⁹ “Na cidade de Morsang-sur-Orge era comum, em um estabelecimento comercial, “campeonatos de arremessões de anões”. A atividade se resumia a literalmente arremessar anões, de modo que aquele que lançasse mais longe seria o vencedor. O prefeito da cidade determinou a interdição do estabelecimento. Porém, por incrível que pareça, os anões demandaram contra a decisão ao Tribunal Administrativo, que anulou a medida do Poder executivo local. Por fim, o processo chegou ao Conselho de Estado da França, que reformou a decisão do Tribunal Administrativo, com fulcro na argumentação que estes campeonatos de anões não poderiam ser tolerados, por constituírem ofensa à dignidade da pessoa humana, considerando esta como elemento integrante da ordem pública, sendo irrelevante a voluntária participação dos anões no espetáculo, já que a dignidade constitui um bem fora do comércio e irrenunciável.” *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 129.

modo que sua integridade física era resguardada, e consentirem com a atividade, o Estado francês, entendendo se tratar de uma atividade degradante e que *coisificava* os anões, tratand-os, literalmente, como meio de diversão de outras pessoas, proibiu a atividade.

Durante o processo, contudo, surgiu um ponto de alta controvérsia. Os anões, desgostosos com a decisão da corte francesa, reivindicaram o direito, com fulcro em sua autonomia e por consequência em respeito à sua dignidade, de seguirem realizando o que eles consideravam um trabalho, uma vez que eram pagos para tanto. Segundo eles, os poderes públicos franceses, ao proibirem a atividade, estavam privando-os do único emprego ao seu alcance, impedindo-os de viver uma vida honesta, com autodeterminação e liberdade individual.¹²⁰ Surge, nesse momento, o profícuo debate quanto aos limites da autonomia individual com fulcro na dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, o argumento de que a dimensão objetiva da dignidade poderá, em situações específicas, limitar a autonomia individual.

Segundo as autoridades francesas a atividade reduzia os anões a mero objeto de entretenimento, um meio, como se um objeto fossem, uma verdadeira *coisificação* do ser humano. Frente a essa flagrante constatação, o tribunal francês manteve a proibição da competição de arremesso de anões, mesmo com o amplo consentimento daqueles que eram condicionados a mero objeto.

No entender do presente trabalho, principalmente por ter em Kant o principal marco teórico, qualquer atividade que de modo análogo ao arremesso de anões reduz o ser humano a mero objeto, deveria ser prontamente impedida. Nesse exato sentido, Novais apresenta crítica à decisão francesa. Para o jurista português o problema da *coisificação* só existiu pois se tratava de um anão. Fosse exatamente a mesma atividade desempenhada por alguém sem tais características físicas e que livremente consentisse com tal, o autor acredita que “a eventual violação da dignidade nem teria sido suscitada pelas autoridades administrativas.”¹²¹ Se, como defende Novais, a proibição ocorreu, predominantemente, em razão das características físicas dos anões, a argumentação parece conter um grave erro em relação àquilo que se entende, a partir dos postulados kantianos, a respeito da redução da pessoa a mero meio. Qualquer indivíduo, a despeito de sua condição física, social ou cognitiva, deve ser entendido e respeitado enquanto fim em si mesmo. Defender que um grupo de pessoas com determinada característica

¹²⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018. v. 1 Dignidade e Direitos Fundamentais, p. 114.

¹²¹ NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018. v. 1 Dignidade e Direitos Fundamentais, p. 118.

física não pode realizar uma determinada atividade, pois esta fere a sua dignidade, ao passo que outro grupo, com outras características, pode, parece se prestar a uma forma indevida de discriminação.

Salienta-se, contudo, que a decisão não apresenta qualquer argumento nesse sentido. O ponto levantado por Novais diz respeito a outras tantas atividades flagrantemente degradantes, mas que, possivelmente por serem desempenhadas por indivíduos sem qualquer tipo de deficiência, são plenamente aceitas, como por exemplo o espetáculo circense do *homem-bala* ou o pugilismo profissional, podendo-se acrescentar modernamente os campeonatos de Artes Marciais Mistas, conhecidos pela sigla em inglês como MMA (Mixed Martial Arts) que tem como objetivo agredir o adversário, mesmo que isso possa lhe provocar a própria morte.¹²² Certo é que o limite entre o que reduz o ser humano a mero meio e o que o posiciona como fim em si mesmo é tênue. Nesse sentido, uma vez que se entende que a autonomia fundamenta a dignidade, busca-se compreender quais são os limites dessa autonomia, mormente em relação àqueles impostos pela noção de proteção da própria dignidade. Como muito bem sublinhado por Novais, “[...] as possibilidades de o Estado interferir na liberdade e na autonomia individuais são limitadas, condicionadas, carentes de justificação e, por consequência, juridicamente controláveis”.¹²³ Busca-se compreender, se as justificativas atuais, no que concerne aos casos concretos no campo da Bioética, seriam o suficiente para limitarem determinadas escolhas dos pacientes.

2.2.3 Uma fórmula universal *a priori*. O imperativo categórico kantiano e o problema da exceção

“A representação de um princípio objetivo, enquanto obrigante para uma vontade, chama-se um mandamento (da razão), e a fórmula do mandamento chama-se Imperativo.”¹²⁴

Ultrapassada a etapa de análise da proposição kantiana a respeito da razão como grande característica distintiva do ser humano, desembocando na autonomia como fundamento da dignidade, resta saber como verificar ou colocar em prática, de modo autônomo, uma ação que

¹²² NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018. v. 1 Dignidade e Direitos Fundamentais, p. 118.

¹²³ NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018. v. 1 Dignidade e Direitos Fundamentais, p. 77.

¹²⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa. Edições 70, 2011, p. 51, grifo do autor.

esteja de acordo com o “dever pelo dever”. Kant foi claro ao definir uma ação com valor moral como aquela desprovida de qualquer interesse pessoal, de qualquer estímulo externo. Para verificar, a partir da razão, quais ações contemplam um valor moral incondicionado, logo moralmente perfeitas e categóricas, e quais apresentam um valor moral condicionado, portanto moralmente imperfeitas e hipotéticas, Kant apresenta o imperativo categórico, uma fórmula a demonstrar quais ações apresentam conteúdo moral. O imperativo categórico irá ordenar a vontade, independente de qualquer condição externa, considerando, como tal, também os sentimentos.¹²⁵ Se a fórmula proposta por Kant busca o caráter de infalibilidade, logicamente a felicidade, como proposta por outros filósofos, não pode ser o critério da moralidade. Dor e prazer são experiências subjetivas, que poderão variar drasticamente de um indivíduo para o outro, caindo-se invariavelmente em um grande relativismo, ao passo que o ponto central para Kant é a incondicionalidade, pois é ela que confere o caráter moral a uma determinada ação.¹²⁶

O imperativo categórico, portanto, precisa apresentar um mandamento que seja exatamente o mesmo para todos, uma lei que seja a mesma para todos. Para Kant “todos os imperativos se exprimem pelo verbo *dever* [sollen], e mostram assim a relação de uma lei objetiva da razão com uma vontade que segunda a sua constituição subjetiva e não é por ela necessariamente determinada (uma obrigação).”¹²⁷ Trata-se de proposições sintéticas *a priori*, pois podem ser verificadas sem a necessidade de testes empíricos. Para tanto, Kant desenvolveu três fórmulas básicas a verificar a validade de uma norma, ou seja, três imperativos categóricos.¹²⁸ O primeiro deles diz respeito à lei da universalização, qual seja: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal.”¹²⁹

A partir da lei universal, o filósofo apresenta outras duas fórmulas. A fórmula do ser humano enquanto fim em si mesmo: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca

¹²⁵ WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano**. Porto Alegre: EdiPucrs, 2009, p. 60.

¹²⁶ WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano**. Porto Alegre: EdiPucrs, 2009, p. 61.

¹²⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa. Edições 70, 2011, p. 51, grifo do autor.

¹²⁸ Esclarece-se que Paton, por exemplo, prefere trabalhar com o imperativo categórico a partir de cinco formulações. Porém, as duas adições propostas por ele são desdobramentos das três originais de Kant. Ver PATON, Herbert James. **The Categorical Imperative. A Study in Kant's Moral Philosophy**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1948, p. 129-133.

¹²⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa. Edições 70, 2011, p. 62.

simplesmente como meio”¹³⁰; e a fórmula do legislador universal: “age como se a máxima da tua ação devesse tornar-se, pela tua vontade, em lei universal da natureza”.¹³¹ Essa máxima também é conhecida como a formulação da autonomia, pois como bem elucidada Weber, “vontade autônoma é a que obedece à lei da qual é autora. Isso é liberdade.”¹³² Segundo Paton, pode-se ter a ideia de autonomia trabalhada nesta fórmula a partir da combinação entre a construção de lei expressada na primeira formulação e a construção de fim em si mesmo expressada na segunda formulação do imperativo categórico.¹³³ Percebe-se, assim, uma estreita correlação entre as três formulações do imperativo categórico, por isso entende-se acertado trabalhar com o imperativo e não imperativos. É o que se extrai, inclusive, do próprio texto de Kant ao afirmar que “O imperativo categórico é, portanto, só um único, que é este: *Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*”.¹³⁴

Outrossim, a Formulação do Reino dos Fins decorre desta última - “Age como se tua máxima devesse servir ao mesmo tempo de lei universal (de todos os seres racionais)”.¹³⁵ Ou seja, aqui também se percebe uma correlação com as duas formulações anteriores - universalização ou lei universal (da natureza) e fim em si mesmo.

O reino dos fins (comuns) consistira em um sistema concebido a partir da razão, em que seres racionais legislariam para si e para outros seres racionais, sempre com base na lei moral (razão). Retoma-se, assim, a ideia de leis autoimpostas, que consideram todos como um fim em si mesmos. Trata-se de uma sociedade ideal em que todos agem consoante a lei pública da moral¹³⁶, que por sua vez, advém da razão e da ideia de autonomia. Como muito bem resumido por Weber:

¹³⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa. Edições 70, 2011, p. 73.

¹³¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa. Edições 70, 2011, p. 62.

¹³² WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito**. Autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 21.

¹³³ PATON, Herbert James. **The Categorical Imperative**. A Study in Kant's Moral Philosophy. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1948, p. 181. No original: “Hence the formula II, in enjoining the pursuit of ends, implicitly asserts the autonomy of the will in making the laws which it ought to obey. Or if we prefer it, we may say that it is the combination of the Idea of law (as expressed in Formula I) and the Idea of an end in itself (as expressed in Formula II) which gives rise to the Idea of autonomy - the making of universal laws whereby I impose ends on myself”.

¹³⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa. Edições 70, 2011, p. 62, grifo do autor.

¹³⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa. Edições 70, 2011, p. 87.

¹³⁶ “Agir de tal modo que a máxima da vontade possa valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal é a mais completa formulação da lei moral. Ela é o princípio de justificação das regras de ação. Assim, poder-se-ia dizer que uma ação será efetivamente boa se qualquer um puder concordar com ela” (WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito**. Autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 21).

o relevante aqui é que o bem é definido nos termos de uma razão prática e seus princípios objetivos. Nisso consiste a autonomia. Esta não consiste na definição do que é bom ou mau, mas sim no fato de a razão se dar um procedimento (critério) a partir do que se decide o que é eticamente bom ou mau. Essa capacidade é o que fundamenta a dignidade humana.¹³⁷

Livre, portanto, é quem age segundo a lei que está de acordo com a sua reflexão moral transcendental, guiada pelo imperativo categórico. Agir livremente, é agir de acordo com a lei moral, é submeter-se à lei, não por coação, mas pela razão e de modo autônomo¹³⁸, ou seja, sem qualquer forma de influência externa.

Como buscou-se demonstrar, Kant, a partir do idealismo transcendental, entende ser possível alcançarmos ações morais perfeitas, de modo que exceções não são cabíveis. Ele dirá que qualquer exceção a uma regra já entendida como universalizável, não é uma ação moral perfeita, por sua vez contingente. A primeira trata de ações do dever pelo dever, movidas exclusivamente pela razão, com fundamento no imperativo categórico. Ao passo que a segunda versa sobre ações por inclinação, ou seja, movidas por sentimentos ou meramente instintivas, de cunho subjetivo, logo passíveis de relativizações. A contemplação de exceções retira do critério da universalidade seu principal fundamento e a subjetividade de cada caso particular implicará incontáveis verificações, a partir do imperativo categórico, por vezes, entre si, contraditórias. Porém, chama a atenção que muitos dos dilemas da Bioética versam exatamente sobre uma possível validade moral de uma ação excepcional, a partir dos postulados kantianos. Parece contraditório fundamentar uma ação, considerada por Kant como imoral, a partir dos próprios postulados kantianos. O suicídio, por exemplo, é trabalhado por Kant como um dever moral

¹³⁷ WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito**. Autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 80.

¹³⁸ Não são raras as críticas que consideram a máxima kantiana excessivamente subjetivista. Habermas, por exemplo, irá justificar que a “regra de ouro” kantiana só fará sentido mediante o discurso, a partir do reconhecimento dos demais em relação à máxima produzida. Segundo Habermas (HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007 p. 13), “[...] com sua noção de autonomia, o próprio Kant já introduz um conceito que só pode explicitar-se plenamente dentro de uma estrutura intersubjetivista. E como essa ideia está indissociavelmente ligada ao conceito de razão prática, e ambas colaboram para constituir o conceito de personalidade, parece-me que só podemos preservar a substância mesma da filosofia de Kant dentro de uma estrutura que nos impeça de desenvolver a concepção de subjetividade independentemente de quaisquer relações internas desta com a intersubjetividade”. Rawls, por seu turno, sustentará que a máxima kantiana é o suficiente para a elaboração de um procedimento, cujo resultado será validação ou não de uma ação moral não menos preocupada com todos, por mais que a reflexão possa ser individual. Para Rawls (RAWLS, John. **História da Filosofia Moral**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 240): “A julgar pela terceira formulação, Kant necessariamente supõe que, em um reino dos fins, cada pessoa reconhece que todas as outras não apenas honram sua obrigação de justiça e seus deveres de virtude, mas igualmente legislam, por assim dizer, a lei para sua comunidade moral. Pois todos sabem, sobre si mesmos e sobre os outros, que são razoáveis e racionais, e esse fato é mutuamente reconhecido. Embora esse reconhecimento mútuo seja evidente em virtude do que Kant diz, e suponho que constitui um traço do reino dos fins, ele não o afirma explicitamente. Se ele pensou que não valia a pena expressá-lo por ser demasiado óbvio, enganou-se: se na medida em que deixa de chamar explicitamente a atenção para o reconhecimento mútuo da lei moral no papel público da cultura moral de uma sociedade, esse aspecto acaba por ser negligenciado. Hegel enfatizará justamente esse ponto”.

imperfeito, uma vez que não passa pelo teste da universalização e do ser humano enquanto fim em si mesmo. Porém, alguns autores de Bioética e Direitos Fundamentais utilizam a autonomia e dignidade em Kant para sustentarem um possível direito à morte digna (o tema é aprofundado em 4.1.1. Agora, analisar-se-á apenas a discussão em torno de uma possível exceção universalizável).

Uma das principais discussões sobre o imperativo categórico diz respeito ao seu caráter excessivamente formal, não deixando margem, propositadamente, para qualquer exceção. Mas, se uma exceção se apresenta como plenamente racional, sendo, na verdade, passível de universalidade, desde que analisada nas mesmas condições da situação anterior (responsável pela exceção), como negar a plausibilidade de seu valor moral e até mesmo seu *status* de ação moral perfeita? Acredita-se, assim como alguns comentaristas de Kant, que o próprio princípio do imperativo categórico poderá servir de argumento para a universalização de ações que sejam extraídas de exceções.

Nesse ponto, cabe breve referência a um dos exemplos kantianos mais debatidos, qual seja, o dever universal de jamais mentir. Kant entende que qualquer ação que manipule os fatos, tornando-os inverídicos, independente das circunstâncias, viola o princípio moral de sempre dizer a verdade. Nesse sentido, questiona-se: mesmo que dizer a verdade deva valer aprioristicamente, não seria possível abriremos uma exceção, mentir para salvar um inocente, por exemplo, de acordo com as regras do *dever pelo dever*? Segundo Kant, não.¹³⁹ Porém, como se analisará na sequência, alguns autores sustentam que exceções podem ser universalizáveis, sem que ocorra uma necessária contradição.

Uma vez que o trabalho busca soluções dentro do campo da Bioética, voltar-se-á o foco ao exemplo do suicídio, abordado por Kant. Importante ressaltar, antes de se analisar o exemplo propriamente, que o surgimento da Bioética se deve à necessidade de uma resposta à rápida evolução da ciência médica. Paulatinamente, esse campo, que iniciou dentro do âmbito da Ética Médica, passou a se debruçar sobre os mais variados conflitos da ciência médica com o ser humano, ou do próprio ser humano com ele mesmo, frente às variadas possibilidades de tratamento e temas controversos a respeito do início e do fim da vida, por exemplo.

Novos paradigmas dentro da relação médico-paciente passaram a surgir, com destaque para o fim da relação paternalista, abrindo margem para maior autonomia e poder decisório do

¹³⁹ “Quem, pois, mente, por mais bondosa que possa ser a sua disposição, deve responder pelas consequências, mesmo perante um tribunal civil, e por ela se penitenciar, por mais imprevistas que essas consequências possam também ser; porque a veracidade é um dever que tem de se considerar como a base de todos os deveres a fundar num contrato e cuja lei, quando se lhe permite a mínima exceção, se toma vacilante e inútil” (KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 188).

paciente. Não raramente, essa significativa inversão é fundamentada a partir dos postulados kantianos. Beauchamp e Childress, referências teóricas no que concerne ao início de uma Ética Médica voltada ao paciente, citam Kant como o grande responsável a inspirar uma maior autonomia do paciente no âmbito médico-hospitalar.¹⁴⁰ Retomando o debate sobre uma possível exceção universalizável, mormente em relação à máxima kantiana contrária ao suicídio¹⁴¹, Rawls, um dos principais comentaristas de Kant, demonstra certo ceticismo quanto à validade da referida máxima:

[...] não penso que essa passagem assevere que o suicídio é sempre errado. Afirma antes que é sempre necessário um título moral para tanto, que não pode ser conferido pelos fins pretendidos pela inclinação natural. Das questões casuísticas que Kant enumera nessa seção, infere-se que esse título pode ser conferido por bases conflitantes de obrigação; pois elas podem por vezes ser mais fortes que os fundamentos pelos quais não tiramos nossas vidas. [...]. Embora a doutrina de Kant exclua o suicídio cujas razões se baseiem exclusivamente em nossas inclinações naturais, não o proíbe independentemente das razões. O que se exige são razões muito fortes baseadas em fins obrigatórios, que podem ser conflitantes em determinadas circunstâncias. [...]. O que podemos dizer, todavia, é que, dado esse argumento, seria verdade que o suicídio corresponde à interpretação negativa. Significaria que a humanidade em nós – nossa sensibilidade moral e faculdades da razão prática pura – não poderia endossar nossa ação suicida, se esta fosse impelida por nossas inclinações naturais.¹⁴²

Assim como Rawls, entende-se que outros valores morais poderão entrar em conflito com o dever de não cometer suicídio. Um paciente com doença incurável e sob grave sofrimento físico e psíquico pode entender que sua condição não é condizente, tendo em vista os referidos critérios objetivos, com uma vida minimamente digna. Casos de obstinação irrazoável, do

¹⁴⁰ “Kant argumentou que o respeito pela autonomia decorre do reconhecimento de que todas as pessoas têm valor incondicional, cada uma com a capacidade de determinar seu próprio destino moral. Violar a autonomia de uma pessoa é tratar essa pessoa apenas como um meio, isto é, de acordo com os objetivos de outros sem levar em conta os objetivos da própria pessoa” (BEAUCHAMP, Tom. L; CHILDRESS, James F. **Principles of Biomedical Ethics**. 5th ed. New York: Oxford University Press, 2001, p. 64, tradução nossa).

¹⁴¹ “[...] conservar cada qual a sua vida é um dever, e é além disso uma coisa para que toda a gente tem inclinação imediata. Mas por isso mesmo é que o cuidado, por vezes ansioso, que a maioria dos homens lhe dedicam não tem nenhum valor intrínseco e a máxima que o exprime nenhum conteúdo moral. Os homens conservam a sua vida *conforme ao dever*, sem dúvida, mas não *por dever*. Em contraposição, quando as contrariedades e o desgosto sem esperança roubaram totalmente o gosto de viver; quando o infeliz, com fortaleza de alma, mais enfadado do que desalentado ou abatido, deseja a morte, e conserva, contudo a vida sem a amar, não por inclinação ou medo, mas por dever, então a sua máxima tem um conteúdo moral” (KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa. Edições 70, 2011, p. 28, grifos do autor). E ainda, “o homem não pode renunciar à sua personalidade enquanto for um sujeito do dever e, portanto, enquanto viver. É uma contradição que ele tenha o título moral de se retirar de toda obrigação, isto é, de agir livremente como se não precisasse de nenhum título moral para essa ação. Destruir o sujeito da moralidade em sua própria pessoa é erradicar do mundo a existência da própria moralidade, na medida do seu poder; e, no entanto, a moralidade é um fim em si mesma. Assim, dispor de si mesmo como um mero meio para um fim arbitrário (um fim da inclinação natural) é aviltar a humanidade em sua própria pessoa (homo noumenon), a qual, entretanto, foi confiada ao homem como ser no mundo da natureza (homo phenomenon) para que fosse preservada” (KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa. Edições 70, 2011, p. 28).

¹⁴² RAWLS, John. **História da Filosofia Moral**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 222-223.

mesmo modo, podem se opor a uma ideia de proteção da dignidade, tendo, em verdade, efeito contrário.¹⁴³ Como proposto por Dworkin, acredita-se que “[...] obrigar uma pessoa viver de um modo que agrada aos outros, mas que, a seu ver, contradiz a sua própria dignidade, é uma forma grave, injustificada e desnecessária de tirania”.¹⁴⁴ Uma vez que a autonomia é o próprio fundamento da dignidade, não há como negar ao paciente que seus interesses sejam levados a sério. Para Dworkin, a defesa da dignidade passa exatamente pelo reconhecimento dos interesses fundamentais do paciente em questão, mesmo que, por vezes, esse interesse possa ser o término de sua vida.¹⁴⁵

Paton, ao interpretar o trabalho de Kant, assevera que “a base argumentativa para fundamentar a inexistência de um direito ao suicídio é o seu argumento mais fraco”.¹⁴⁶ O autor sustenta que Kant, ao tratar do suicídio, já parte do pressuposto de que se trata de uma ação invariavelmente imoral, uma vez que a ideia de amor-próprio, vinculada à razão, impediria o indivíduo de promover tal intenção. Porém Kant ignora situações nas quais o indivíduo possa se encontrar em um estado irreversível de sofrimento, no qual a mesma ideia de amor-próprio poderia sustentar o direito à morte. Paton, ainda questiona: “por que a mesma Providência, que nos conferiu o amor-próprio como uma característica intrínseca, não nos permitiria uma morte misericordiosa frente a uma condição de sofrimento contínuo?”¹⁴⁷

Percebendo a evolução e o novo conceito da conformação entre autonomia e dignidade proposta por Kant, McHaman, após analisar a possibilidade de suicídio com fulcro no imperativo categórico, questiona: “[...] será que a opinião de Kant é a melhor versão do kantismo?”¹⁴⁸ O autor defende que pacientes em estágio avançado de enfermidade, ou até mesmo terminais, que estejam sob grande sofrimento físico e psíquico, tenham o direito de definir o momento e a forma de sua morte. Dessarte, o autor propõe uma nova versão das proposições kantianas, nas quais, o

¹⁴³ LIMA, Andrei Ferreira de Araújo; WEBER, Thadeu. Autonomia e Dignidade em Kant – O suicídio como uma violação do “dever pelo dever” e suas novas interpretações no campo da Bioética. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 03, p. 1001-1038, 2021.

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 234.

¹⁴⁵ “[...] o fato de entender que a dignidade significa reconhecer os interesses críticos de uma pessoa, como uma coisa distinta de fomentar esses interesses, nos proporciona uma leitura útil do princípio kantiano” (DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 339).

¹⁴⁶ PATON, Herbert James. **The Categorical Imperative. A Study in Kant’s Moral Philosophy**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1971, p. 154, tradução nossa. No original: “this is the weakest of Kant’s arguments”.

¹⁴⁷ PATON, PATON, Herbert James. **The Categorical Imperative. A Study in Kant’s Moral Philosophy**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1971, p. 154. No original: “why should it not be a merciful dispensation of Providence that the same instinct which ordinarily leads to life might lead to death when life offered nothing but continuous pain?”.

¹⁴⁸ MCHAMAN, Jeff. **A ética no ato de matar: problemas às margens da vida**. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 500.

direito à morte, a partir das concepções do próprio filósofo prussiano, seria possível:

[...] há, no entanto, uma compreensão alternativa do respeito pela dignidade de uma pessoa. Respeitar uma pessoa, de acordo com essa compreensão, seria uma questão de respeito tanto pelo seu bem quanto pelas determinações de sua vontade autônoma. Seria aceitar que o bem de uma boa pessoa é tão importante quanto o bem de qualquer outra pessoa, e que a vontade autônoma dessa pessoa possui autoridade em relação ao modo como a vida dela deve ser tratada. De acordo com essa compreensão, a razão pela qual matar uma pessoa seria normalmente uma violação da exigência do respeito pela sua dignidade é que esse ato seria contrário tanto ao seu bem quanto à sua vontade.¹⁴⁹

Como se nota, com a análise da interpretação dos autores mencionados, não seria uma conduta imoral auxiliar alguém ao suicídio, desde que essa conduta fosse benéfica àquele que o solicita, de acordo com suas próprias convicções, ou seja, respeitando sua autonomia e principalmente sua autodeterminação. Não se trata, contudo, de um incentivo ao suicídio ou de interpretações descompromissadas com critérios objetivos.

Assim, como proposto por Kant, entende-se que não há uma racionalidade intrínseca à natureza humana que promova um possível direito ao suicídio. Não há, *a priori*, um fundamento racional que perpassa pelo imperativo categórico ao ponto de abrir uma exceção para um direito à morte. Porém, o avanço da tecnologia médica, aliado a inúmeras formas de manutenção da vida, possivelmente jamais imaginadas por Kant, apresentam um novo cenário, exigindo uma reinterpretção, ou até mesmo uma nova versão do kantismo, no que se refere aos conflitos e harmonizações da dignidade e autonomia na Bioética. Forçar uma pessoa a sobreviver, sob uma condição que a seu ver é indigna, na qual há comprovação de critérios objetivos como: irreversibilidade da doença, dores constantes e agudas, sofrimento físico e conseqüentemente psíquico parece diminuir a autonomia individual, aviltando a dignidade e não promovendo-a. Nesse sentido, a afirmação de que a dignidade de uma pessoa seria confirmada ou afirmada por sua mera persistência no sofrimento parece incoerente.¹⁵⁰

A discussão quanto à existência ou não de um direito à morte é retomada em 4.1. Neste primeiro momento, principalmente por se tratar de um capítulo introdutório, tinha-se a intenção de demonstrar que mesmo o imperativo categórico kantiano poderá ser alvo de exceções. Assim como no exemplo da eutanásia, acredita-se ser possível universalizar uma máxima que aceite uma mentira direcionada a um malfeitor, com a intenção de salvar um inocente. O formalismo excessivo de Kant, mesmo com a nobre intenção de não apresentar qualquer forma de

¹⁴⁹ MCHAMAN, Jeff. **A ética no ato de matar**: problemas às margens da vida. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 500.

¹⁵⁰ MCHAMAN, Jeff. **A ética no ato de matar**: problemas às margens da vida. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 500. p. 506.

controvérsia, poderá, em algumas situações, impor ao agente uma ação flagrantemente prejudicial. A regra universal da ação do dever pelo dever não pode se tornar o fundamento para obrigar um ser humano a agir contrariamente à defesa e promoção dos seus direitos fundamentais ou até mesmo de terceiros, como no caso da mentira.

Como já referenciado, este é um dos principais objetivos do trabalho, qual seja, reinterpretar os postulados kantianos a partir das máximas do próprio autor, incorporando possíveis críticas e reinterpretações dos grandes comentaristas do filósofo prussiano. Abordar o tema da autonomia e dignidade, seja qual for a área, sem buscar maiores elucidações a partir de Kant, é ignorar a própria raiz da questão.

Certo é que, além de comentaristas que sustentam uma reinterpretação de Kant a ponto de fundamentarem a possibilidade de um direito à morte com fulcro na autonomia e na dignidade, outros, como Martínez, partirão igualmente da autonomia, no caso, da falta de autonomia, uma vez que é uma atitude intrinsecamente irracional, para justificarem uma atitude paternalista e protetiva do Estado evitando que o paciente tenha seu desejo realizado.¹⁵¹

Em que pesem as diferentes interpretações, a presente pesquisa se filia à corrente que busca reinterpretar a autonomia e dignidade kantiana, como possíveis fundamentos a um direito à morte digna, desde que, importa salientar, de acordo com critérios objetivos claros e pré-determinados, que levem em consideração não apenas a autonomia e a dignidade do paciente, mas também sua capacidade cognitiva, quadro clínico e demais pré-requisitos que serão pormenorizadamente discutidos em 4.1. Como sugerido por Rawls, outros valores com fim em si mesmos poderão entrar em conflito e a vida a qualquer custo nem sempre sobrepor-se-á. Isso não fere o imperativo categórico kantiano, uma vez que as circunstâncias referidas para justificar a abreviação da vida são universalizáveis. Logo, não mais exceções.¹⁵²

2.3 KANT E A FUNDAMENTAÇÃO DA BIOÉTICA – DA AUTONOMIA PARA O CONSENTIMENTO

¹⁵¹ “La prohibición de la eutanasia (como límite a la autonomía del sujeto) podría justificarse de modo paternalista en que un sujeto que la pide no es auténticamente competente (el comportamiento autodestructivo se produce en un elevado número de casos en circunstancias mentales y/o emocionales críticas que hacen dudar la autonomía del individuo)” (MARTÍNEZ, Fernando Rey. **Eutanasia y derechos fundamentales**. Madrid: Tribunal Constitucional – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 168).

¹⁵² LIMA, Andrei Ferreira de Araújo; WEBER, Thadeu. Autonomia e Dignidade em Kant – O suicídio como uma violação do “dever pelo dever” e suas novas interpretações no campo da Bioética. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 03, p. 1001-1038, 2021.

Potter, em 1971, foi o primeiro autor a utilizar o termo Bioética como uma nova ciência. Sua preocupação, no entanto, estava centrada no meio ambiente como um todo, em ética global da vida¹⁵³, levando em consideração toda a natureza e a relação do ser humano com o ecossistema, conhecida hoje como bioética profunda. Autores que trabalham com os direitos dos animais ou do meio ambiente (direito ambiental) usualmente recorrem a Potter como um marco teórico fundamental. Já o termo Bioética aplicado à ciência médica encontra no Relatório Belmont e nos autores Beauchamp e Childress os principais referenciais históricos. Entre 1978 e 1979 os citados autores, que também participaram da redação do supracitado relatório, propuseram uma nova forma de Ética Médica, rompendo o paradigma do paternalismo médico e incorporando o interesse pessoal do paciente como um dos principais fundamentos. Não se estava ainda a falar especificamente de uma Bioética, mas sim de um novo paradigma para a Ética Médica. Uma ética voltada à autonomia do paciente e não mais ao paternalismo. O melhor tratamento deixou de ser necessariamente aquele entendido pelo médico como o mais benéfico. Agora, o paciente, como fim em si mesmo, passou a ser o avalista final. Kant, se não diretamente, teve grande grau de influência na bioética principialista, ao ponto de as críticas a essa corrente, geralmente, voltaram-se aos postulados kantianos. Tendo em mente essa premissa, passa-se a analisar a influência do conceito de autonomia, de dignidade e de autodeterminação, de Kant, no início da Bioética, bem como as críticas que daí se seguiram para, por fim, buscar um meio termo a partir da incorporação do consentimento livre, esclarecido em conformidade com o conceito de arquitetura da escolha¹⁵⁴ e paternalismo libertário¹⁵⁵.

2.3.1 Autonomia, Autodeterminação e Dignidade da Pessoa Humana – A influência de Kant na Bioética

¹⁵³ POTTER, Van Rensselaer. **Bioética Global**. São Paulo: Edições Loyola, 2018.

¹⁵⁴ Trata-se da tese criada e desenvolvida pelos autores Richard Thaler e Cass Sunstein, que visa auxiliar as pessoas envolvidas em uma tomada de decisão a elegerem aquela mais benéfica de acordo com parâmetros científicos de saúde, bem-estar, satisfação, felicidade e tantos outros temas relacionados às decisões pessoais e à qualidade de vida. Os autores são favoráveis à total e livre escolha da pessoa em questão, mas entendem que pequenos cutuques (*nudges*), no sentido de promover a escolha mais racional, podem ser implementados pelos arquitetos da escolha, que são as pessoas, instituições ou até mesmo o governo envolvidas de modo direto ou indireto com a escolha. Ver: THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. **Nudge**. The Final Edition. New York: Penguin Books, 2021.

¹⁵⁵ Trata-se de conceito teórico-político defendido cunhado por Richard Thaler e Cass Sunstein, que postula a necessidade de se incorporar ao debate as opiniões das pessoas direta ou indiretamente envolvidas no tratamento. O paternalismo encontra-se na necessidade da participação de um terceiro, um *expert* no assunto, a auxiliar a pessoa a tomar a melhor decisão. O libertário encontra-se na manutenção da liberdade de escolha, ou seja, por mais que o *expert* influencie alguém a eleger uma determinada opção, a pessoa é livre para acatar ou rejeitar a indicação. Ver: THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. **Nudge**. The Final Edition. New York: Penguin Books, 2021.

“Em termos filosóficos, podemos dizer que a autonomia de que nos falava Kant, o respeito fundamental pela pessoa como fim em si, logo como ente que não se pode vender, destruir, manipular é apropriado pela Bioética, que claramente surge como expressão de uma forma de consciência solidária que recusa a manipulação da pessoa doente.”¹⁵⁶

Antes mesmo da fundamentação dos princípios da Bioética ou da Ética Médica propostos no Relatório Belmont (1978) e no ano seguinte por Beauchamp e Childress, o alcance da autonomia do paciente já era discutido. Em 1914 a Suprema Corte Norte-Americana julgou o seguinte caso: Uma paciente (Sra. Schloendorff) foi diagnosticada com câncer e se posicionou de modo contrário ao tratamento, ou seja, não autorizou qualquer forma de cirurgia ou intervenção médica. Mesmo contra a vontade da paciente, a equipe médica decidiu levar a cabo o procedimento. Em razão de complicações, durante a cirurgia não consentida, a paciente teve os dedos da mão amputados, o que a motivou a ingressar com um processo, solicitando danos morais. Um dos principais votos que compôs a maioria favorável ao entendimento de que qualquer ser humano em idade adulta e em plenas condições cognitivas deve ter sua vontade respeitada, mesmo que essa vontade seja a não realização de um procedimento supostamente benéfico, foi do juiz Benjamin Cardozo, no qual ele afirma: “todo ser humano de idade adulta e com plena consciência tem o direito de decidir o que pode ser feito com seu próprio corpo”.¹⁵⁷

Em que pese a máxima liberal, do ser humano como soberano sobre o seu próprio corpo, ser encontrada em estudos e teorias políticas desde o século XVII¹⁵⁸, a Ciência Médica ou a Ética Médica, principalmente em razão do Juramento de Hipócrates e sua interpretação paternalista, tardou a incorporar tal entendimento. Foi apenas a partir da década de 1960 que a autonomia em consonância com a ideia de consentimento passou a receber o devido destaque, tendo como base argumentativa fundamental as formulações kantianas a respeito da autonomia, dignidade e racionalidade.

Os grandes responsáveis pela inclusão da autonomia, como um princípio fundamental da Bioética, foram os autores Beauchamp e Childress, influenciados, é verdade, pelo Relatório Belmont, de cuja redação e publicação participaram um ano antes do lançamento de sua obra, *Principles of Biomedical Ethics*. Nela os autores propuseram 4 fundamentos básicos na relação médico-paciente, quais sejam: respeito pela autonomia; não maleficência; beneficência e justiça.

¹⁵⁶ PORTOCARRERO, Maria Luísa. Bioética e Filosofia: o Princípio de Autonomia e os Desafios da Fragilidade. *Revista Filosófica de Coimbra*, Coimbra, n. 44, p. 397-416, 2013.

¹⁵⁷ Disponível em: <https://casetext.com/case/schloendorff-v-new-york-hospital>. Acessado em: 14/11/2021.

¹⁵⁸ John Locke, por exemplo, em 1689, já advogava a respeito de cada ser humano ser proprietário de si. No Segundo Tratado do Governo Civil, o autor descreve: “embora a terra e todas as criaturas inferiores pertençam em comum a todos os homens, no entanto todo homem tem a propriedade de sua própria pessoa. A esta mais ninguém tem direito senão ele” (LOCKE, John. *Dois Tratados do Governo Civil*. Lisboa: Edições 70, 2019, p. 251).

Por considerar esses quatro princípios como fundamentos básicos da ética médica, bem como suficientes para a resolução de conflitos, essa corrente ficou conhecida como principialista. Interessante notar que os autores não abordam explicitamente a dignidade da pessoa humana. Por outro lado, entendem que a dignidade está dentro do princípio da autonomia, logo, a fundamentação de uma passa a ser o suficiente para o respeito e promoção da outra. Percebe-se, assim, o claro vínculo com Kant. Em determinada passagem da obra, Beauchamp e Childress, não necessariamente se filiando à corrente kantiana, mas elucidando o papel da autonomia na Bioética, parecem concordar com o filósofo prussiano:

Kant argumentou que o respeito pela autonomia decorre do reconhecimento de que todas as pessoas têm valor incondicional, cada uma com a capacidade de determinar seu próprio destino moral. Violar a autonomia de uma pessoa é tratar essa pessoa apenas como um meio, isto é, de acordo com os objetivos de outros sem levar em conta os objetivos da própria pessoa.¹⁵⁹

Na sequência elucidam que

Como alguns kantianos contemporâneos declaram, a exigência de que tratemos os outros como fins em si mesmos, exige que auxiliemos as pessoas a alcançar seus fins e promovamos suas capacidades como agentes, não apenas que evitemos tratá-las como meio para nossos fins.¹⁶⁰

Durand, ao abordar o tema da Bioética Norte-Americana, esclarece que o emprego atual da autonomia, princípio fundamental da Bioética principialista, remonta sobretudo ao filósofo Immanuel Kant.¹⁶¹ O principialismo, nesse sentido, pode ser definido como uma corrente da Bioética com base intelectual nos EUA, que está fortemente atrelada ao início da Bioética, como uma filosofia moral preocupada com a relação médico-paciente. Dentre as principais quebras de paradigma propostas pelos autores, a inversão da lógica paternalista é a mais significativa. Há de se esclarecer, contudo, que o paternalismo médico (o tema é retomado com maior profundidade em 3.1.2) não é, em si, um problema. É um conceito que se entrelaça com o princípio da beneficência, presente no Juramento de Hipócrates, no melhor sentido de prestar

¹⁵⁹ BEAUCHAMP, Tom. L.; CHILDRESS, James F. **Principles of Biomedical Ethics**. 5th ed. New York: Oxford University Press, 2001, p. 64, tradução nossa. No original: “Kant argued that respect for autonomy flows from the recognition that all persons have unconditional worth, each having the capacity to determine his or her own moral destiny. To violate a person’s autonomy is to treat that person merely as a mean, that is, in accordance with others’ goals without regard to that person’s own goals”.

¹⁶⁰ BEAUCHAMP, Tom. L.; CHILDRESS, James F. **Principles of Biomedical Ethics**. 5th ed. New York: Oxford University Press, 2001, p. 64, tradução nossa. No original: “As some contemporary Kantians declare, the demand that we treat others as ends requires that we assist persons in achieving their ends and foster their capacities as agents, not merely that we avoid treating them solely as means to our ends”.

¹⁶¹ DURAND, Guy. **Introdução Geral à Bioética**. História, conceitos e instrumentos. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2014, p. 176.

assistência ao paciente, vislumbrando o restabelecimento da sua saúde. Trata-se de um dos princípios clássicos da medicina: *Primum non nocere*. Segundo Durand, “ele indica uma espécie de exigência mínima [...], agir sempre em função do maior benefício possível para o paciente”.¹⁶²

Por outro lado, questiona-se: será o médico sempre capaz de saber o que é o melhor para o paciente? Em termos de técnica médica, muito provavelmente. Mas não no sentido de estar de pleno acordo com aquilo que o paciente considera o mais vantajoso e alinhado com suas convicções pessoais, como, por exemplo, nos casos de recusa de transfusão de sangue. O principialismo surge, nesse sentido, como uma resposta a uma ética excessivamente baseada no paternalismo médico. A autonomia do paciente, com fundamentação muito similar àquela proposta por Kant, passa a ser um princípio basilar, voltado à autodeterminação e à proteção da dignidade. Respeitar a escolha do paciente é, segundo os autores, respeitar sua capacidade de autodeterminar-se e, conseqüentemente, sua dignidade. Ocorre que Beauchamp e Childress não foram claros quanto aos limites dessa autonomia, dando margem a grandes debates e à formulação de novas correntes dentro da própria Bioética.

Como já analisado, o fato de a autonomia ser o fundamento da dignidade não impede que a última sirva de argumento a impor limites à primeira, mormente quando se discute o conflito entre as dimensões objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais, sem olvidar que conflitos entre as dimensões da própria dignidade poderão ocorrer. A (re)interpretação da noção de dignidade da pessoa, a partir do conceito de autonomia em Kant, é, portanto, extremamente atual, mormente nas questões relacionadas à Bioética. Dadalto e Savoï, por exemplo, filiando-se aos autores que entendem a autonomia a partir de uma matriz kantiana, defendem sua ampla proteção e promoção, evitando que o paciente seja transformado em um mero objeto, de acordo com a vontade do médico:

[...] a equipe de saúde deve sempre priorizar o respeito à vontade do paciente, vez que conforme definido por Kant, todo indivíduo é um fim em si mesmo e, como tal, não deve servir de instrumento à satisfação dos interesses de outros indivíduos, ainda que os outros indivíduos sejam familiares.¹⁶³

Kress, atento à evolução dos conceitos dentro da Bioética e da Ética Médica, percebe igualmente a grande influência que Kant passou a desempenhar nas discussões a respeito do alcance da autonomia do paciente. Para o autor alemão “[...] uma ideia de liberdade apoiada em

¹⁶² DURAND, Guy. **A Bioética**. Natureza, Princípios e Objetivos. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2008, p. 49.

¹⁶³ DADALTO, Luciana; SAVOI, Cristiana. Distanásia: entre o real e o irreal. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito à morte digna**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017. p. 151-166.

Kant e na Filosofia do Esclarecimento desempenha um papel fundamental na nova ética médica”.¹⁶⁴ E complementa:

Pertence à dignidade humana que cada um que possua condições – portanto cada indivíduo adulto e com faculdade de juízo – possa determinar por si próprio suas ações e seu destino. O direito à liberdade e à autodeterminação pessoal é expressão da dignidade humana que todo o ser humano possui.¹⁶⁵

Além dos autores supracitados, outros tantos como McHaman, Hufen, O’Neil, Jonas, incorporam os conceitos kantianos à discussão de autonomia. Como muito bem sublinhado por Singer na obra *Ética Prática*, onde aborda, entre outros temas, questões relacionadas à Bioética, “há uma corrente de pensamento ético ligado à Kant, incluindo muitos autores modernos que não são kantianos, segundo a qual o respeito pela autonomia é um princípio moral básico”.¹⁶⁶ Portanto, não somente aqueles autores que se intitulam kantianos, mas também outros que não se filiam a um único referencial teórico, acabam por citá-lo e muitas vezes fundamentam suas conclusões com base no filósofo de Königsberg, abordando a autonomia e a dignidade como mútuas e inseparáveis. Dessarte, não é exagero afirmar que ao se trabalhar os conceitos de autonomia, dignidade e moral, se está, automaticamente, mesmo de que de modo implícito, a discutir as bases kantianas.

Dworkin, por exemplo, em que pese não realizar uma estruturação lógica de sua argumentação a partir de Kant, não deixa de pontuar, em sua obra *Domínio da vida*, na qual aborda questões relacionada à Bioética, que “o fato de entender que a dignidade significa reconhecer os interesses críticos de uma pessoa como uma coisa distinta de fomentar esses interesses nos proporciona uma leitura útil do princípio kantiano”.¹⁶⁷

A influência kantiana na Bioética é inegável. Como muito bem salientado por Portocarrero: “em termos filosóficos, podemos dizer que a autonomia de que nos falava Kant, [...] é apropriada pela Bioética que claramente surge como expressão de uma forma de consciência solidária que recusa a manipulação da pessoa doente”.¹⁶⁸

2.3.2 Autodeterminação – A insuficiência do conceito de autonomia na Bioética

¹⁶⁴ KRESS, Hartmut. *Ética médica*. São Paulo: Loyola, 2008, p. 30.

¹⁶⁵ KRESS, Hartmut. *Ética médica*. São Paulo: Loyola, 2008, p. 30.

¹⁶⁶ SINGER, Peter. *Ética prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 26.

¹⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 339.

¹⁶⁸ PORTOCARRERO, Maria Luísa. Bioética e Filosofia: o Princípio de Autonomia e os Desafios da Fragilidade. *Revista Filosófica de Coimbra*, Coimbra, n. 44, p. 397-416, 2013.

“Com efeito, esse princípio de raiz kantiana, tendo sido assumido pela Bioética, como medida de proteção dos vulneráveis e expressão de respeito pela dignidade, acaba, hoje, transformando, muitas vezes, num simples pró-forma ou numa expressão pura e simples vontade subjetiva.”¹⁶⁹

Como se pode analisar até o presente ponto, a autonomia se apresentou, inegavelmente, como uma solução plausível aos excessos do paternalismo médico. O desenvolvimento da Bioética como um campo de estudo aplicado aos avanços da medicina e preocupado com a relação médico-paciente, demonstrou a relevância de se tratar o paciente como fim em si mesmo, ou seja, sua vontade, se não totalmente respeitada, deveria no mínimo ser levada em consideração. Como defendido por Jonas, “o corpo é o objetivo, mas o que importa é o sujeito”.¹⁷⁰

Considerar o paciente como centro da medicina era uma consequência lógica. Após séculos de um *ethos* voltado à cura a qualquer custo¹⁷¹, independentemente da vontade do paciente, era natural uma resposta que propusesse a inversão da lógica, afastando-se, inicialmente, de um possível meio termo. Daí tem-se a Bioética principialista de cunho primordialmente liberal, centrada no poder decisório do paciente e na sua capacidade de autodeterminação. A crença de que ninguém melhor do que o próprio paciente para decidir por si qual o tratamento mais adequado passou a ser defendida de modo semelhante a um dogma.

Autores comunitaristas e feministas¹⁷² passaram a desferir críticas ao paradigma da autonomia, denunciando a insuficiência do conceito e o excesso de responsabilidade deslocado a uma pessoa, via de regra, absolutamente leiga em assuntos médicos. O atomismo kantiano, inserido na Bioética, também passou a enfrentar resistência e a máxima do diálogo parecia paulatinamente se tornar um meio termo viável entre o paternalismo médico e a autonomia do paciente.

Até certo ponto, a discussão parecia restrita a ideologias políticas, ou seja, à fundamentação da ética. Por um lado, tinha-se defensores da primazia dos direitos fundamentais

¹⁶⁹ PORTOCARRERO, Maria Luísa. Bioética e Filosofia: o Princípio de Autonomia e os Desafios da Fragilidade. *Revista Filosófica de Coimbra*, Coimbra, n. 44, p. 397-416, 2013.

¹⁷⁰ JONAS, Hans. *Técnica, Medicina e Ética*. Sobre a prática do princípio da responsabilidade. São Paulo: Paulus, 2013, p. 158.

¹⁷¹ GAWANDE, Atul. *Mortais: nós, a medicina e o que realmente importa no final*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

¹⁷² Entre outras autoras feministas, ver: WOLF, Susan. *Feminism and bioethics: beyond reproduction*. Oxford: Oxford university Press, 1996; SCHERWIN, Susan. *No Longer Patient: Feminism Ethics and Health Care*. Philadelphia: Temple University Press. 1992; DINIZ, Débora. GUILHEM, Dirce. *Bioética Feminista na América Latina: a contribuição das mulheres*. Revista Estudos Feministas. Agosto de 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/hFScd4DfPPhm7nVH3wZn8Ks/?lang=pt> Acesso em 21/10/2021. Entre outros autores, ver: CONLY, Sarah. *Against Autonomy*. Justifying Coercive Paternalism. New York: Cambridge University Press, 2013; HARDWIG, John. *What About Family*. Hasting Center Report, 1990. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/20836719_What_About_the_Family. Acesso em: 05/02/2022.

e individuais em relação à ideia de bem comum. Ao passo que, de outra banda, tinha-se a prevalência do bem comum sobre direitos individuais. Dificilmente se chegará a um consenso, em se tratando de fundamentações políticas sociais. Por mais que a presente tese busque uma solução que escape da necessidade de contextualizações, ao se abordar as diferentes escolas de fundamentação da ética, é temerário afirmar de modo peremptório a proeminência de uma em relação à outra. Como já explorado anteriormente, uma Bioética de cunho liberal irá defender a autonomia do paciente, ao passo que uma Bioética comunitarista irá promover o ideal do bem comum.¹⁷³ Parece clara a distinção entre o caráter subjetivo e objetivo dos direitos fundamentais.

Porém, a discussão quanto ao alcance da autonomia do paciente ganha contornos de maior complexidade, quando não mais apenas as teorias sociais colocam em xeque o poder de autodeterminação individual, mas também o faz a própria ciência comportamental¹⁷⁴. Em outras palavras, quando os questionamentos do verdadeiro poder de escolha individual deixam de ser uma questão meramente ideológica, passando a figurar entre os próprios estudos científicos a respeito do comportamento humano, a questão se expande do âmbito subjetivo-interpretativo para o âmbito objetivo-científico. Mesmo autores liberais, como Sunstein, se veem obrigados a levar em consideração questões cientificamente comprovadas a partir da economia

¹⁷³ WITTCKIND, Ellara Valentini; BERNARDI, Vanessa de Oliveira; BUNCHAFT, Maria Eugenia. A moralidade kantiana questionada por Hegel: Fundamentos para a Bioética como Filosofia Moral. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 16, n. 3, p. 785-815, set./dez. 2016.

¹⁷⁴ Segundo a enciclopédia Britannica, “a ciência comportamental trabalha com qualquer uma das várias disciplinas que lidam com o assunto das ações humanas, geralmente incluindo os campos da sociologia, antropologia social e cultural, psicologia e aspectos comportamentais da biologia, economia, geografia, direito, psiquiatria e ciência política. O termo ganhou força na década de 1950 nos Estados Unidos; muitas vezes é usado como sinônimo de “ciências sociais”, embora alguns escritores distingam entre elas. O termo ciências do comportamento sugere uma abordagem mais experimental do que aquela conotada pelo termo mais antigo ciências sociais.” **Encyclopedia Britannica**. Disponível em: <https://www.britannica.com/science/behavioral-science>. Acesso em: 20/04/2022. SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 21, tradução nossa. No original: “To qualify as a nudge, an intervention must not impose significant material incentives. [...] To count as such, a nudge must preserve freedom of choice”. Para maior aprofundamento a respeito dos vieses dentro da economia comportamental, ver: KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**. Duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2020; ARIELY, Dan. **Predictably Irrational**. The Hidden Forces That Shape Our Decisions. New York: HarperCollins Publishers, 2009; THALER, Richard. **Misbehaving**. A Construção da Economia Comportamental. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

comportamental¹⁷⁵ a respeito da racionalidade das escolhas. Mas e a Bioética, o que ela tem a ver com isso?

Com o advento da economia comportamental nas mais variadas áreas sociais, principalmente no terreno da interação e da tomada de decisão, é necessário, se não imprescindível, levá-la em consideração também no ambiente hospitalar, no qual o paciente e o médico se veem necessariamente obrigados a realizarem escolhas, muitas vezes, de grande impacto físico e psíquico. A economia comportamental expõe algumas das razões de as escolhas individuais nem sempre estarem de acordo com o interesse do próprio agente. Não raramente, as pessoas acreditam estar tomando uma decisão em conformidade com aquilo que entendem como o melhor para si, quando, em verdade, por motivos inconscientes, decidem por uma ação oposta ao seu melhor interesse. Com a demonstração de plausibilidade das formulações da ciência comportamental, não há como ignorar a necessidade de uma melhor estruturação das possibilidades de escolhas. A falibilidade da autodeterminação parece encontrar um forte argumento nos estudos dos vieses.

Agora, o fato de o paciente não estar apto a tomar a melhor decisão de acordo com suas convicções pessoais, ou, ainda, acreditar que uma escolha está de acordo com seus princípios de vida, quando em verdade a consequência será exatamente o oposto, não poderá servir como pretexto para um retorno ao paternalismo médico. As conclusões de autores que se dedicaram ao tema como Kahneman, Thaler, Sunstein, Ariely, Sibony, entre outros, não podem ser no sentido de inversão do ponto de partida defendido na presente tese, qual seja, a autonomia do paciente. Por mais insuficiente que ela possa vir a ser, tais conclusões devem ser empregada no sentido de implementá-la e não de a excluir. Sunstein advoga nesse sentido a partir do seguinte raciocínio:

¹⁷⁵ Área dedicada, em suma, à compreensão do comportamento humano frente a diferentes estímulos. Em contraposição à econômica clássica, a economia comportamental parte do pressuposto que o ser humano apresenta diversas formas de vieses, ou seja, preconceções a respeito de um determinado tema, de modo que, nem sempre toma uma decisão de modo racional, mas sim de modo automatizado e preconcebido. Para um maior aprofundamento a respeito do início da economia comportamental como uma ciência social, sugere-se a leitura do primeiro capítulo da obra **Missbehaving**, onde é possível encontrar, entre outras conclusões a respeito da economia comportamental, a seguinte análise: “[...] as premissas sobre as quais a teoria econômica se fundamenta são falhas. Em primeiro lugar, os problemas de otimização que as pessoas comuns enfrentam são muitas vezes difíceis demais para que elas os resolvam ou sequer cheguem perto de resolver. Até mesmo uma ida a uma mercearia de tamanho razoável oferece ao comprador milhões de combinações de itens que estão dentro do orçamento familiar. Será que a família realmente escolhe melhor? E, é claro, nós nos deparamos com problemas muito mais difíceis do que uma ida à mercearia, tais como escolher uma carreira, a hipoteca da casa ou um cônjuge. Dados os índices de fracasso que observamos em todos esses domínios, seria difícil defender o ponto de vista de que todas essas escolhas são ideais. in: THALER, H. Richard. **Missbehaving. A construção da economia comportamental**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019, p. 20.

com certeza, a ciência comportamental levanta questões sobre essas afirmações, na medida em que descobre que os seres humanos frequentemente tomam decisões que prejudicam seu próprio bem-estar. Algumas de nossas escolhas são profundamente autodestrutivas. [...] Mas, na sociedade livre, Mill e Hayek oferecem um bom ponto de partida.¹⁷⁶

As questões levantadas pela economia comportamental servem, portanto, como um alerta, mas não como um argumento para uma revogação do paradigma da autonomia do paciente. O justo meio termo parece se encontrar na figura do consentimento informado, que será o processo a levar em consideração a autonomia do paciente, sem se olvidar dos aspectos técnicos e científicos da medicina. Surge, nesse contexto, a ideia de arquitetura da escolha, na qual o profissional que detém o conhecimento científico sobre o tema em questão irá expor as possibilidades de escolha à pessoa responsável pela decisão final, mor das vezes, aquela que sofrerá diretamente as consequências.

No ambiente hospitalar, o médico passa a ser o arquiteto e o paciente o responsável pela escolha final. Entre eles, como um elo, encontra-se o consentimento livre e esclarecido, enfrentando o atomismo kantiano e evitando padrões morais objetivos que definam o que é o melhor para uma pessoa adulta, a ponto de lhe retirar o poder de escolha.

2.3.3 O consentimento livre e esclarecido como o primeiro passo de aproximação entre a autonomia, heteronomia e o paternalismo libertário

“Consinto, logo existo.”¹⁷⁷

O ponto de contato entre o paternalismo médico e a autonomia do paciente, ou, em outras palavras, entre o que é melhor para o paciente segundo a ciência (critérios objetivos) e segundo sua filosofia de vida (critérios subjetivos) parece se encontrar na figura do consentimento. Tem-se o respeito pela decisão do paciente, sem se olvidar que, na maioria das vezes, ele não tem condições de obter uma absoluta e completa compreensão dos desdobramentos dos tratamentos disponíveis.

Como fundamento basilar do próprio conceito, o consentimento pressupõe um diálogo, ainda que mínimo, até em circunstâncias cujo tratamento apresenta uma única opção. Mesmo nesses casos, o paciente deve ser devidamente esclarecido e anuir com o procedimento. O consentimento é o instrumento legal a criar a ponte entre a autonomia e o respeito pela dignidade,

¹⁷⁶ SUNSTEIN, Cass. **On Freedom**. New Jersey: Princeton University Press, 2019, p. 27.

¹⁷⁷ ENGELHARDT JR, Hugo Tristram. **The foundations of bioethics: An Introduction and Critique**. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 401.

estabelecendo o contato entre o médico e o paciente, e principalmente, entre critérios objetivos e subjetivos. Salienta Portocarrero que “assim se transformou o respeito pela autonomia em seu corolário fundamental, o princípio do consentimento informado, no novo lema da ética médica”.¹⁷⁸ Porém certo é que o consentimento nem sempre se basta. Outros aspectos deverão ser levados em consideração, como será discutido em capítulo específico. Neste primeiro momento, buscar-se-á demonstrar de que modo o consentimento se encaixa naturalmente na proposta que o trabalho se propõe a apresentar, principalmente em relação ao paternalismo libertário, à arquitetura da escolha e à ideia do ser humano como fim em si mesmo.

Um dos primeiros autores a denunciar a abordagem excessivamente atomista, ou seja, um conceito de Bioética exageradamente vinculado à autonomia do paciente, foi Engelhardt Jr. Em sua obra, o autor defende que por mais que a escolha de um tratamento diga respeito exclusivamente ao corpo do paciente, uma decisão médica é composta por, no mínimo, dois atores morais (o médico e o paciente), sem se excluir a relevância da opinião de familiares e de outras pessoas que estejam profissionalmente ou emocionalmente envolvidas no caso. Não se trata, portanto, no entendimento de Engelhardt Jr., de uma decisão exclusivamente autônoma, mas, sim, de um consentimento, pois o paciente, após ser esclarecido a respeito das possibilidades de tratamento, irá consentir ou não com a conduta, muitas vezes considerando a opinião de familiares. Enquanto a autonomia pressupõe o agente afastado das demais pessoas, o consentimento, de acordo com o seu próprio conceito, pressupõe o diálogo. Nesse sentido, o autor supracitado defende ter rebatizado o “princípio da autonomia” como o “princípio do consentimento”.¹⁷⁹

O problema da supervalorização da autonomia não fica subordinado a questões de cunho excessivamente atomista. A encosta escorregadia, ou seja, a possibilidade da adoção de critérios cada vez mais brandos a limitarem a vontade do paciente, ao ponto de em um curto período se perder o controle sobre critérios objetivos, deve ser enfrentada com a devida seriedade. Deixar a decisão exclusivamente a cargo do paciente como se este tivesse absoluta e irrestrita autonomia, não é apenas um problema de ordem moral teórica, mas, principalmente, prática. Hufen, nesse sentido, e preocupado com situações nas quais o paciente não se encontra mais em plenas condições cognitivas, salienta que “essa vontade esclarecida pode e deve ser

¹⁷⁸ PORTOCARRERO, Maria Luísa. **Bioética e Filosofia: o Princípio de Autonomia e os Desafios da Fragilidade**. Revista Filosófica de Coimbra – nº44, p. 397-416, 2013.

¹⁷⁹ “[...] o ‘princípio da autonomia’ como o ‘princípio do consentimento’ para indicar melhor que o que está em jogo não é algum valor possuído pela autonomia ou pela liberdade, mas o reconhecimento de que a autoridade moral secular deriva do consentimento dos envolvidos em um empreendimento comum” (ENGELHARDT JR, Hugo Tristram. **The foundations of bioethics: An Introduction and Critique**. Oxford: Oxford University Press. 1986, p. 401. tradução nossa).

implementada através da participação de um tutor, dos médicos e de as demais pessoas envolvidas.”¹⁸⁰ Até mesmo Beauchamp e Childress, em edições posteriores ao lançamento da obra *Principles of Biomedical Ethics*, passaram a afirmar que a autonomia havia se convertido para o consentimento. Nesse sentido, acredita-se que há uma grande aproximação com o conceito do paternalismo libertário de Sunstein e Thaler e, conseqüentemente, com a noção de arquitetura da escolha.

A arquitetura da escolha não foi pensada, precipuamente, para o ambiente médico. Trata-se da tese que advoga no sentido de possibilitar a melhor escolha à(s) pessoa(s) envolvida(s) de acordo com parâmetros científicos de saúde, bem-estar, satisfação, felicidade e tantos outros temas relacionados às decisões pessoais e à qualidade de vida. Os autores são favoráveis à total e livre escolha da pessoa em questão, mas entendem que pequenos cutuques (*nudges*), no sentido de promover a escolha mais racional, podem ser implementados pelos arquitetos da escolha, que são as pessoas, instituições ou até mesmo o governo envolvidas de modo direto ou indireto com a escolha.

Nesse sentido, o médico ou a equipe médica, no momento de expor as possibilidades de tratamento aos pacientes, devem orientá-los sobre os malefícios e benefícios de cada um deles, indicando, inclusive, qual o procedimento com a maior chance de êxito, sem retirar do paciente o direito de escolha.

Sunstein e Thaler levaram em consideração estudos da economia comportamental para o desenvolvimento e fundamentação do conceito de arquitetura da escolha. Diversos estudos na referida área passaram a demonstrar que as pessoas, mesmo em plenas condições cognitivas, nem sempre tomam as melhores decisões por si. Muitas vezes, em verdade, escolhem contra o seu próprio interesse. Cientes de tal realidade, mas igualmente preocupados em manter o maior nível de liberdade possível, leia-se autonomia, os autores propuseram o conceito de paternalismo libertário, que visa apontar quais seriam as melhores decisões, de acordo com um entendimento científico ou majoritário de bem-estar, sem coagir ou impossibilitar a escolha mesmo que sabidamente mais prejudicial, desde que não se oponha a procedimentos éticos e legais.

A influência passa a ser peça fundamental na arquitetura da escolha. É importante esclarecer, contudo, que, até mesmo quando o arquiteto visa o fomento do melhor interesse da pessoa envolvida, a influência não poderá ser efetivada sem um mínimo de ética, no sentido de manter a pessoa absolutamente livre para escolher, pois, caso contrário, estar-se-ia incorrendo

¹⁸⁰ HUFEN, Friedhelm. In dubio pro dignitate. Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens. P. 95 In: THIELE, Felix (org.). **Aktive und Passive Sterbehilfe**: Medizinische, Rechtswissenschaftliche und Philosophische Aspekte. München: Wilhelm Fink Verlag, 2010, p. 85-116..

no risco de considerar alguém um simples meio para atingir o fim de um terceiro, ou seja, que a escolha final fique a cargo exclusivo do arquiteto, dando margem apenas para aspecto do “paternalismo”, e olvidando o ideal “libertário”.

Dessarte, pode-se afirmar que o paternalismo libertário incentiva a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. Consentir nada mais é do que uma atitude autônoma, no melhor sentido do ser humano enquanto fim em si mesmo. Não por menos, no que concerne ao escopo da tese, Kant passa a ser lembrado e analisado em conjunto com a proposta de Sunstein e Thaler. A mudança do paradigma da autonomia para o do consentimento parece estar de pleno acordo com a segunda formulação do imperativo categórico: “age de tal forma que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e ao mesmo tempo como fim e nunca simplesmente como meio”. Muito se discute quanto a um atomismo exacerbado na teoria kantiana. Porém os críticos parecem não levar em consideração à máxima “tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro” (grifo nosso). “O outro” está claramente incluso na teoria kantiana, como já sugerido por Mill, em 1871,

quando Kant [...] propõe, como princípio fundamental da moral: “age de tal maneira que tua regra de conduta possa ser adotada como lei por todos os seres racionais”, ele reconhece, virtualmente, que o interesse da humanidade como coletividade, ou pelo menos da humanidade considerada indistintamente, deve estar presente na mente do agente quando este decide conscientemente sobre a moralidade de um ato. De outro modo, Kant teria empregado palavras sem significado: pois não é plausível sustentar que uma regra, mesmo do mais exacerbado egoísmo, não tem *possibilidade* de ser adotada por todos os seres racionais, que há um obstáculo insuperável na natureza das coisas para a sua adoção. Para conferir significado ao princípio de Kant, será preciso entendê-lo no seguinte sentido: devemos moldar a nossa conduta por uma regra que todos os seres racionais possam adotar como benefício para os seus interesses coletivos.¹⁸¹

Inseridas em uma concepção de coletividade, as decisões só passam a fazer sentido quando todos os envolvidos estão dispostos a dialogar e assegurar a autonomia individual de cada participante. A racionalidade, característica fundamental para a elaboração da tese kantiana, pressupõe a possibilidade de imaginar a máxima inserida em uma coletividade. É verdade que Kant não expõe explicitamente a necessidade de diálogo. O autor explora o aspecto racional individual, mas sem esquecer da humanidade ou dignidade de cada cidadão. O diálogo e interação, nesse sentido, não prejudicam em nada o imperativo categórico.¹⁸² Daí a possibilidade

¹⁸¹ MILL, John Stuart. **O Utilitarismo**. São Paulo: Iluminuras, 2020, p. 85, grifo do autor.

¹⁸² Habermas entende que o imperativo categórico só passa a fazer sentido a partir do diálogo. Trata-se de uma complementação e não de uma negação do imperativo. (HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.)

de o consentimento livre e informado ser incorporado ao ambiente médico/hospitalar para que, no melhor sentido kantiano, todos sejam respeitados como fim em si mesmos.

Tugendhat irá sustentar que a segunda formulação do imperativo categórico pode ser traduzida como “não instrumentalizes ninguém”¹⁸³. Assim como Weber irá asseverar que “[...] posso usar o outro como meio, desde que ele concorde com minha ação [...] a pesquisa com seres humanos, por exemplo, requer o consentimento livre e informado por parte daquele que se submete aos testes”.¹⁸⁴ Trata-se, segundo o autor, de “[...] um indicativo claro do respeito à autonomia dos pacientes”.¹⁸⁵

O consentimento parte do pressuposto de que algo já foi previamente ofertado. Dentro das possibilidades de tratamentos descritos, todos devem estar em sintonia com a melhor técnica médica. Não pode o paciente, com fulcro em sua autonomia, exigir novas condutas fora do escopo científico. O paciente acaba por aceitar um determinado tratamento ou experimento em uma pesquisa médica, a partir de sua autonomia, mas a proposição das possibilidades de tratamentos parte sempre do médico e não o contrário.

A proposição de que a única pessoa capaz de decidir o que pode ser feito com seu corpo é o próprio paciente é fortalecida a partir do consentimento. É necessário, contudo, que o paciente, mesmo que leigo na área médica, seja minimamente orientado e esclarecido, podendo inclusive ignorar a etapa informativa, confiando a escolha exclusivamente ao médico. Apenas após essa etapa, o paciente deixa de ser um mero objeto, passando a ser fim em si mesmo, uma vez que sua vontade foi respeitada. Claro que em algumas situações médicas, principalmente em tratamentos experimentais, o paciente poderá ser um meio de pesquisa. Nesse caso o consentimento também é necessário. Isso implica dizer que o paciente poderá ser um meio, desde que de acordo com padrões éticos e com consentimento, mas nunca simplesmente um meio.

Weber, em sua obra, em linha similar àquilo que defende Paton, apresenta o exemplo do carteiro. Trata-se de uma profissão cuja atividade é claramente de meio, qual seja, levar correspondências aos destinatários finais. Em que pese essa realidade, não há qualquer problema ético no desempenho da referida função. Não há nenhuma forma de violação da dignidade, não há, desde que ele desempenhe a função por livre e espontânea vontade, qualquer transgressão em relação à autonomia. O que se quer demonstrar com o exemplo é que não há intrinsecamente um problema moral ao tratar alguém como meio. Kant foi cauteloso e não adicionou o termo

¹⁸³ TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre Ética**. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 81.

¹⁸⁴ WEBER, Thadeu. Autonomia e dignidade da pessoa em Kant. **Revista de Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 9, p. 232-259, out./dez. 2009.

¹⁸⁵ WEBER, Thadeu. Autonomia e dignidade da pessoa em Kant. **Revista de Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 9, p. 232-259, out./dez. 2009.

“*bloß*” no original, traduzido majoritariamente como “simplesmente”, por mero acaso. É certo que em algumas profissões, quiçá na maioria, o agente exerce uma função de meio. Exigir que todos desempenhem uma função que seja um fim em si mesmo é uma máxima impraticável, porém exigir que todas as pessoas tenham consciência de sua atividade e se encontrem enquanto fim em si mesmas no sentido da autonomia kantiana é um ideal realista e que deve sempre ser almejado. A função até poderá ser de meio, mas a consciência deve sempre considerar o ser humano como fim em si mesmo, evitando qualquer forma de trabalho degradante que objetifique a pessoa. O termo “simplesmente” exige a racionalidade e autonomia de quem desempenha a atividade. A coação, ou seja, a não anuência, é o desrespeito à máxima.

Uma vez que a autonomia passa a ser exercida a partir do consentimento, é necessário esclarecer quais são os seus pressupostos fundamentais, de modo que a autonomia não seja somente respeitada, mas também promovida. O paternalismo, sob essa nova perspectiva, abandona a proposta de centralização da escolha na figura do profissional da saúde, delegando-a ao paciente, sem excluir, contudo, a participação do médico que tem o dever de informação e inclusive de demonstrar qual o procedimento mais indicado, sem existir qualquer problema ético nessa forma de influência, uma vez o direito do paciente, com fulcro em sua autonomia, de negar qualquer uma das possibilidades ou delegar ao médico a escolha¹⁸⁶, não deixou de existir.

Mais do que o respeito à autonomia do paciente, no consentimento há igualmente a proteção da autonomia do médico. Dentre as possibilidades de tratamentos descritos devem constar apenas aquelas que estejam de acordo com a ciência e com a ética médica. Mesmo em âmbito experimental, o médico e o paciente estão vinculados a um empreendimento comum, que deve respeitar normas de saúde, direitos fundamentais e até mesmo convicções pessoais de todos os participantes. Por óbvio não se está a afirmar que, em situações limites, o médico não esteja obrigado, em razão de sua função, a realizar procedimentos, tanto contra a vontade do paciente, quanto, até mesmo, contra suas convicções filosóficas pessoais. Estudar-se-á com maior profundidade os casos limites no ponto 4. Por enquanto, cabe salientar que a autonomia do médico também é plenamente respeitada no momento que ele expõe as possibilidades para o paciente, uma vez que, a princípio, ele está de acordo com aquelas opções, e as opções de acordo com a ética médica. Não ficando, entretanto, o médico submisso a ela, podendo recusar em razão de sua própria autonomia, indicando outro profissional.

¹⁸⁶ Para Beauchamp e Childress, “o princípio do respeito pela autonomia como um correlato direito de escolha (não há um dever obrigatório de realizar a escolha). [...] mesmo que o paciente delegue a outra pessoa, a escolha de delegar é autônoma.” *in*: BEAUCHAMP, Tom. L; CHILDRESS, James F. **Principles of Biomedical Ethics**. 5th ed. New York: Oxford University Press, 2001, p. 121, tradução nossa.

E se o médico e o paciente não concordam, ou seja, não há um consenso e, portanto, não há um consentimento? Qual posicionamento deverá prevalecer? Não se tratando de casos limites, e, por vezes, até mesmo neles, a vontade do paciente deverá prevalecer. O ponto de partida é a autonomia do paciente e não o contrário. Não significa que ela seja ilimitada, mas em caso de conflito e não se tratando de situações limites, a escolha do paciente deve preponderar, pois é ele quem irá sofrer as consequências do tratamento e somente ele sabe o impacto que uma intervenção médica poderá causar em sua vida, seja de ordem física, psíquica ou até mesmo social.

É importante esclarecer que se o paradigma da autonomia do paciente fosse largamente transposto para o paradigma da heteronomia, a partir da noção do consentimento, certamente estar-se-ia a criar um problema. A autonomia poderá ser limitada pelo consentimento, mas não substituída. Caso a necessidade de anuência absoluta entre todas as pessoas interessadas no tratamento fosse um pré-requisito, duas questões poderiam ser apontadas. Primeiramente as decisões poderiam levar muito tempo para serem tomadas, vide o caso Lambert, a ser analisado no ponto 4. E, em segundo lugar, ainda mais grave, o paciente não estaria com sua autonomia plenamente respeitada, uma vez que vinculada ao aceite de todos os demais interessados, que poderão ter uma concepção de vida absolutamente diversa da dele.

O conceito de consentimento passa a fazer sentido quando inserido dentro da proposta da arquitetura da escolha, pois não cabe ao arquiteto, no caso o médico, realizar a escolha, mas sim otimizá-la. O consentimento promove o diálogo entre os interessados e a escolha final do paciente. Como já referido, não se afirma que a escolha seja intransferível. Ao contrário, é parte da autonomia a possibilidade de transferência da escolha ao médico de confiança.

Verificada a possibilidade de harmonização entre autonomia, consentimento e arquitetura da escolha, cabe a análise de algumas críticas endereçadas a essa fundamentação. A primeira delas diz respeito ao pré-requisito de se transmitir todo o conteúdo de todos os possíveis tratamentos ao paciente, o que muitas vezes, segundo os críticos, é uma tarefa de difícil concretude, mormente pelo fato de o paciente ser absolutamente leigo em questões médicas, abrindo margem para possíveis demandas judiciais em razão de o paciente não ter recebido todas as informações concernentes ao caso. Trata-se de uma crítica pertinente. Porém, a obrigação de informar já seria uma máxima de respeito à autonomia, inserida ou não no conceito da arquitetura da escolha.

Acredita-se que o paternalismo libertário promove o diálogo e por mais difícil que possa ser a total compreensão das informações por parte do paciente, trata-se de um pré-requisito indispensável. Como afirmar que houve o consentimento quando informações foram

negligenciadas? O contrário da falta de informação promove a retomada do paternalismo, no qual o médico decide pelo paciente, instrumentalizando a escolha de quem realmente sofrerá as consequências. Importante sublinhar que não é necessário que o paciente compreenda as razões, mas sim os efeitos. Não se trata de uma aula de medicina, mas sim de esclarecimentos práticos, sem se olvidar que o paciente pode delegar sua escolha ao médico, sem a necessidade de maiores esclarecimentos técnicos.

Outra crítica, dentro da lógica do paternalismo libertário na relação médico-paciente, se refere ao alcance do papel do médico. Para alguns autores, o profissional da saúde passou a ser um mero provedor de informações, como uma plataforma de busca na internet, ou até mesmo como um *maître* a explicar um menu a um cliente, retirando-lhe o aspecto de participação ativa na decisão final. Cassel, por exemplo, entende que “o papel do médico passou a ser tão imparcial que parece se assemelhar a uma página de internet”.¹⁸⁷ Portocarrero, criticando o paradigma da autonomia como fundamento da dignidade, entende que a dignidade deveria promover o diálogo, mas não no sentido da autodeterminação e sim no sentido de proteção dos vulneráveis, ou seja, vinculada à ideia de confiança e de convencimento do médico, quanto àquilo que é melhor para o paciente.¹⁸⁸

Levando-se em consideração as bem fundamentadas críticas ao paradigma do consentimento, a partir da autonomia da vontade, parece clara a necessidade de se estabelecer limites do conceito do consentimento livre e esclarecido, nos mesmos moldes da autonomia e do paternalismo. Defender que o consentimento é o respeito pela autonomia do paciente é absolutamente vazio. É necessário esclarecer as questões éticas a permearem esse documento.

Propõe-se que o consentimento seja a melhor expressão da arquitetura da escolha e da ética da influência, ou seja: Primeiramente, caberá ao médico a apresentação das possibilidades, sendo que todas elas devem estar de acordo com padrões éticos e morais da ciência médica. Não poderá ser ofertado ao paciente algum tipo de tratamento sabidamente ineficaz, prejudicial ou degradante, ou seja, aspectos da beneficência e não-maleficência devem ser levados em consideração pelo médico. Ultrapassada esta primeira etapa, caberá ao paciente realizar a escolha dentre as possibilidades elencadas. Nesse momento decisório, o médico poderá exercer sua influência, indicando o tratamento mais eficaz. Em caso de apenas uma possibilidade, é

¹⁸⁷ CASSELL, Eric. La Persona como sujeto de la medicina. **Cuadernos de la Fundació Grifols i Lucas**, Barcelona, n. 19, p. 48, tradução nossa. No original: “su papel acaba resultando tan imparcial que parece asemejarse al de una página de Internet.”

¹⁸⁸ “[...] e se a dignidade do homem tivesse muito mais a ver com a sua vulnerabilidade e com a abertura para o outro do que com a razão e a capacidade de se autodeterminar?” (PORTOCARRERO, Maria Luísa. **Bioética e Filosofia: o princípio de autonomia e os desafios da fragilidade**. In: Revista Filosófica de Coimbra, vol.44, 2013).

possível que o paciente decline. Ainda, durante o momento de anuência ou não, em relação às propostas feitas pelo médico, não cabe ao paciente a sugestão de uma outra possibilidade que extrapole o escopo da ética médica. A autonomia do paciente não é direito ou princípio a fundamentar qualquer forma de tratamento. As possibilidades já foram postas pelo médico, o que não impossibilita ajustes durante o diálogo. Ainda nessa etapa, poderá o paciente delegar por completo sua escolha ao médico. Por fim, com a escolha do melhor tratamento segundo a concepção do paciente, há o estabelecimento do elo entre a autonomia e a heteronomia, entre o melhor para o paciente (critérios subjetivos) dentre as possibilidades disponíveis naquele momento (critérios objetivos). O consentimento passa a ser a expressão da autonomia, já limitada pelas possibilidades previamente estabelecidas pelo médico.

3 AUTONOMIA, RACIONALIDADE, VIESES E ARQUITETURA DA ESCOLHA - UM CONCEITO DE AUTONOMIA PARA A BIOÉTICA SOB A ÓTICA DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO E DA ÉTICA DA INFLUÊNCIA

Ultrapassada a primeira etapa do trabalho que buscava demonstrar as razões pelas quais os postulados kantianos foram e ainda são tão influentes na Bioética, passa-se a analisar os limites que podem e devem ser impostos à autonomia. Como se buscou esclarecer, a autonomia kantiana de modo algum sustenta um absoluto livre-arbítrio do agente. Autonomia é um ato de mais pura racionalidade que deve estar de acordo com o imperativo categórico, caso contrário, não poderá assim ser considerado. Agir de modo autônomo exige uma série de constrictões, principalmente aquelas vinculadas aos sentimentos.

Porém, até que ponto essa fé na racionalidade dos agentes encontra respaldo prático? Será que as pessoas decidem, de modo autônomo, o agir moral? Mais do que isso, será que os agentes sempre deliberam de acordo com seu melhor interesse? Kant acreditava que qualquer pessoa, independentemente do grau de instrução, teria condições de aplicar o imperativo categórico e, dessa forma, definir o que é uma ação por dever, portanto com valor moral, e o que é uma ação por inclinação, logo, sem valor moral. Por mais que Kant acreditasse profundamente na capacidade racional do ser humano e na sua aptidão para desvelar a ação moralmente válida, estudos da economia comportamental passaram a comprovar que o ser humano, mesmo quando em plenitude cognitiva, ou seja, absolutamente apto a tomar a melhor decisão, acaba por, muitas vezes, realizar exatamente o contrário.

A conclusão a que alguns autores da referida ciência chegaram é que não raramente as pessoas tomam decisões baseadas em vieses. Muitas escolhas são tomadas com uma moldura de racionalidade, quando na verdade partem de pré-compreensões ou, até mesmo, de estímulos inconscientes. O agente irá perceber o erro de sua escolha apenas após as consequências, que por vezes, principalmente em termos da Bioética, poderão ser trágicas.

Preocupados com essa realidade, mas igualmente interessados em manter o maior nível de autonomia possível do agente, Sunstein e Thaler desenvolveram o conceito de Paternalismo Libertário. A partir de estudos relacionados à economia comportamental, os autores passaram a defender a ideia de arquitetura da escolha, na qual, a pessoa encarregada de apresentar as possibilidades de escolha ao agente, deve promover alguns *cutuques* (*nudges*) no sentido de influenciar a pessoa a tomar a melhor decisão segundo padrões científicos de saúde, bem-estar, planejamento financeiro e tantas outras questões atreladas às consequências da escolha. Até

porque, na maioria das vezes, as pessoas são leigas a respeito de inúmeras decisões que devem tomar.

No ambiente hospitalar, ou clínico, o médico passa a ser o arquiteto da escolha, indicando ao paciente as possibilidades de tratamento, podendo influenciá-lo a tomar a melhor decisão de acordo com os parâmetros médicos e científicos atuais, porém sem jamais coagir, mantendo o paciente absolutamente livre para decidir por si qual o melhor tratamento. Nesse ponto, tem-se além da figura do consentimento livre e esclarecido a necessidade de se estabelecer uma ética da influência, pois se está a advogar no sentido de que o médico deve auxiliar o paciente a tomar a melhor decisão, logo, tal diálogo não poderá ocorrer sem uma ética mínima.

Note-se, portanto, que o presente capítulo do trabalho pretende aprofundar questões relacionadas à autonomia, à liberdade, ao consentimento, ao paternalismo e à ética da influência. Iniciar-se-á a partir da concepção de paternalismo libertário, apontando o que autores de Bioética entendem como valores a serem preservados em sociedades liberais. No ponto seguinte aprofundar-se-á questões relacionadas à arquitetura da escolha e à ética da influência, esclarecendo que nem toda forma de paternalismo fere a autonomia do paciente. Por fim, a partir de uma harmonização entre interesses fundamentais do paciente (autonomia e dignidade) e paternalismo médico (arquitetura da escolha), tem-se a intenção de estabelecer quais são os limites da autonomia do paciente.

Importante ressaltar que em todos esses pontos buscar-se-á, como é o principal objetivo do trabalho, estabelecer paralelos com a teoria kantiana, visando demonstrar que a autonomia segue sendo o ponto de partida, mas que influências externas, desde que de modo ético e não cogente podem ser incorporadas na tomada de decisão, sem que isso signifique uma espécie de retrocesso ou retomada do paternalismo médico e consequente afastamento da autodeterminação do paciente.

3.1 PATERNALISMO E LIBERALISMO – EM BUSCA DE UM CONSENSO QUANTO AO ALCANCE DA AUTONOMIA DO PACIENTE NA BIOÉTICA

A tensão entre paternalismo e liberalismo¹⁸⁹ aponta para um tema central da Bioética contemporânea, uma vez que o ponto de partida para a análise do poder decisório do paciente tem o condão de produzir conclusões diametralmente opostas. Autores preocupados com a vulnerabilidade do paciente e a conseqüente diminuição de seu poder decisório, frente a uma situação de alto grau de estresse em razão de uma doença, entendem que o médico deve ser o responsável pela escolha, sem ignorar o consentimento do paciente. Por outro lado, autores que

¹⁸⁹ Importante esclarecer que ao se abordar o tema do liberalismo, diversas correntes poderão ser suscitadas frente à rápida e profícua evolução da referida ideologia. Diversas abordagens acabaram por surgir ao longo dos séculos, podendo-se falar, contemporaneamente, em liberalismo clássico, liberalismo igualitário, liberalismo libertário, paternalismo libertário, sem, com isso, se esgotar outras possíveis variantes. Destarte, adverte-se que a pesquisa parte do liberalismo moderno desenvolvido por Kant e comentado por Rawls (liberalismo igualitário), Dworkin (liberalismo), entre outros, observa as lições do paternalismo libertário de Sunstein, que por sua vez, como demonstra em sua obra *On Freedom* parece guardar grande simpatia pelos liberais clássicos como Mill. Para Sunstein, “com certeza, a ciência comportamental levanta questões sobre essas afirmações, na medida em que descobre que os seres humanos frequentemente tomam decisões que prejudicam seu próprio bem-estar. Algumas de nossas escolhas são profundamente autodestrutivas. [...] Mas, na sociedade livre, Mill e Hayek oferecem um bom ponto de partida” (SUNSTEIN, Cass. **On Freedom**. New Jersey: Princeton University Press, 2019, tradução nossa). No original: “to be sure, behavioral Science raises questions about these claims insofar as it finds that human beings often make decisions that impair their own well-being. Some of our choices are profoundly self-destructive. [...] But in a free society, Mill and Hayek nonetheless provide a good place to start”. Ainda, de modo a não gerar maiores controvérsias, elucida-se que a o paternalismo libertário de Sunstein não guarda maiores relações com o liberalismo libertário de Nozick, por exemplo, que não seja o ponto de partida vinculado à autonomia individual. Enquanto Nozick defende uma estrutura estatal mínima, Sunstein defende a presença do Estado como um facilitador. Ambos sustentam um conceito de Estado que não tome decisões em nome do indivíduo. Por mais que o ponto inicial seja basicamente o mesmo, qual seja, liberdade ampla e irrestrita de escolha, Nozick irá defender uma abstenção estatal, ao passo que Sunstein e Thaler irão defender uma influência estatal. Os conceitos cunhados pelos próprios autores facilitam a compreensão e diferenciação das teorias. Segundo Nozick: “O Estado mínimo nos trata como indivíduos invioláveis, que os outros não podem usar de determinadas maneiras como meios, ferramentas, instrumentos ou recursos; ele nos trata como pessoas que possuem direitos individuais, com a dignidade que isso representa. Tratando-nos com consideração ao respeitar nossos direitos, ele nos permite, individualmente ou com quem decidirmos, decidir nossa vida e realizar nossos objetivos e a ideia que fazemos de nós mesmos, na medida de nossas capacidades, auxiliados pela cooperação voluntária de outros indivíduos que têm a mesma dignidade. Nenhum Estado ou grupo de indivíduos *ousaria* fazer mais. Nem menos” (NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 430, grifo do autor). Já o paternalismo libertário, segundo os próprios autores: “quando usamos o termo libertário para modificar a palavra paternalismo, nós simplesmente queremos assegurar a preservação da liberdade. E quando nos referimos à preservação da liberdade, nós realmente queremos dizer isso. Os paternalistas libertários querem tornar mais fácil para as pessoas seguirem seus próprios caminhos; eles não querem sobrecarregar aqueles que desejam exercer sua liberdade. [...] As políticas paternalistas que defendemos visam influenciar as escolhas de uma forma que proporcione uma melhor condição aos eleitores, sendo eles os próprios julgadores. Este é um paternalismo de meio, não de fins; tais políticas auxiliam as pessoas a chegar ao destino de sua preferência” (THALER, Richard. H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**. The Final Edition. New York: Penguin Books, 2021, p. 6-7, tradução nossa). No original: “when we use the term *libertarian* to modify the word *paternalism*, we simply mean liberty-preserving. And when we say liberty-preserving, we really mean it. Libertarian paternalists want to make it easy for people to go their own way; they do not want to burden those who want to exercise their freedom. [...] The paternalistic policies that we favor aim to influence choices in a way that will make choosers better off, *as judged by the choosers themselves*. This is a paternalism of means, not of ends; those policies help people reach their own preferred destination”.

percebem na autonomia um ponto de partida para a defesa da dignidade e do respeito do ser humano enquanto fim em si mesmo, tendem a sustentar o maior respeito possível ao poder decisório do paciente.

Nesse ponto, a discussão também se estabelece entre autores da corrente comunitarista e da corrente liberal. Defensores da primeira, normalmente, buscam parâmetros de maior abrangência social, fundamentam a eficácia dos direitos fundamentais a partir de um viés coletivo e impõem maiores limites à autonomia do agente individual, a partir do conceito de bem comum. Não raramente, a partir dessa corrente, a esfera objetiva dos direitos fundamentais apresenta maior abrangência. Já a segunda corrente pressupõe maior liberdade individual. Entende que o indivíduo deve ter maior poder decisório em relação às suas escolhas pessoais, de modo que o caráter subjetivo dos direitos fundamentais poderá se sobrepor a valores morais coletivos.

Em suma, na primeira temos uma maior preocupação do poder estatal em relação às escolhas pessoais, uma busca por valores morais sociais e a supremacia do bem comum sobre a liberdade individual. Na segunda, o indivíduo ganha destaque, seu poder decisório e seus valores pessoais apresentam maior relevância e a crença no ser humano racional e capaz de exercer o seu autogoverno são pressupostos básicos.

Com isso não se quer implicar que autores comunitaristas se interessam em menor grau pelo tema da autonomia. A autonomia, a liberdade, o livre-arbítrio, o livre desenvolvimento da personalidade, a defesa da dignidade, o respeito do ser humano enquanto fim em si mesmo, entre outros termos análogos a respeito da tomada de decisão individual, são igualmente explorados por ambas as ideologias. Porém, como já referido, a grande diferença se encontra no alcance ou prevalência concedida à autonomia individual ou aos bens sociais, traduzidos também como autonomia subjetiva e autonomia intersubjetiva.¹⁹⁰ Uma vez que a tese parte do princípio de que a autonomia fundamenta a dignidade e que, portanto, qualquer forma de interferência nos direitos individuais deve ser publicamente justificada, a Bioética Liberal apresenta maior convergência com o estudo aqui proposto, filiando-se à seguinte proposição de Rawls,

¹⁹⁰ Habermas defende o imperativo categórico a partir de um viés social, no qual as máximas universais sejam atingidas a partir de um discurso amplo e não simplesmente a partir do indivíduo descolado da realidade social. Segundo Habermas: “Quanto à liberdade subjetiva, não é difícil imaginar que algumas pessoas possam gozar de liberdade e outras não, ou que algumas possam ser mais livres do que outras. A autonomia, ao contrário, não é um conceito distributivo e não pode ser alcançado individualmente. Nesse sentido enfático, uma pessoa só pode ser livre se todas as demais o forem igualmente. A ideia que pretendo sublinhar é a seguinte: com sua noção de autonomia, o próprio Kant já introduz um conceito que só pode explicitar-se plenamente dentro de uma estrutura intersubjetiva” (HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 15).

como já afirmei, a concepção política mais razoável para um regime democrático deverá ser, em termos amplos, liberal. Isso significa que protege os direitos fundamentais conhecidos e lhes atribui uma prioridade especial. Também inclui medidas para garantir que todos os cidadãos tenham meios materiais suficientes para fazer o uso efetivo desses direitos fundamentais.¹⁹¹

Em que pese a defesa de uma Bioética liberal, tal servirá apenas como um ponto de partida, já que o estudo buscará incorporar as críticas comunitaristas.¹⁹² Para tanto, no capítulo que segue apresentar-se-á o entendimento de autores liberais em relação à Bioética, bem como o que se entende por paternalismo médico, para, por fim, buscar uma harmonização entre essas duas correntes, culminando no conceito de paternalismo libertário.

3.1.1 Autonomia e liberalismo – a moldura da política liberal na tomada de decisão do paciente

“A estrutura política do liberalismo estabelece o paradigma da autonomia porque rejeita uma perspectiva privilegiada que possa ser imposta.”¹⁹³

A autonomia, como o ponto de partida para a moralidade, está longe de ser uma unanimidade. As críticas são as mais variadas¹⁹⁴, desde concepções teóricas do agir moral, até questões práticas. O agir autônomo pressupõe uma série de pré-requisitos, que, por vezes, poderão se afastar da realidade, no sentido de uma difícil transposição para a vida prática. A racionalidade e consciência plena dos atos é um projeto virtuoso, muito bem elaborado por Kant. Porém, não são raras as situações nas quais o agente acredita estar realizando a melhor escolha, quando está a deliberar exatamente de modo contrário. O atomismo kantiano, como alguns autores sugerem, deve ser superado. A questão que se impõe é saber se o atomismo deve ser superado ou refinado? Deve-se abandonar o paradigma da autonomia e a partir de uma base heterônoma justificar a moralidade de um ato ou deve-se incorporar aspectos sociais à autonomia?

¹⁹¹ RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 185.

¹⁹² Sugere-se como uma leitura introdutória à bioética fundamentada em Kant (liberal) e em Hegel (comunitarista) o texto: WITTCKIND, Ellara Valentini; BERNARDI, Vanessa de Oliveira; BUNCHAFT, Maria Eugênia. A Moralidade Kantiana questionada por Hegel: Fundamentos para a Bioética como Filosofia Moral. Revista Jurídica Cesumar, v. 16, n. 3, p. 758-815, set./dez. 2016.

¹⁹³ MAY, Thomas. The concept of Autonomy in Bioethics. An Unwarranted Fall from Grace. In: TAYLOR, James Stacey. **Personal Autonomy**. New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral philosophy. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 299-309, tradução nossa. No original: “The political framework of liberalism establishes the paradigm of autonomy because it rejects a privileged perspective that might be imposed”.

¹⁹⁴ Habermas, por exemplo, critica a aplicação do imperativo categórico a partir do indivíduo descolado da realidade social. Ver: HABERMAS, Jürgen. **A Ética e a Discussão da Verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Acredita-se que a autonomia deve ser preservada como o ponto de partida, pois essa, atrelada à racionalidade, é a grande característica distintiva do ser humano. Por outro lado, isso não quer dizer que aspectos sociais, influências externas e o diálogo não possam incorporar a tomada de decisão. Ao contrário, entende-se que o refinamento da autonomia, eleita como ponto de partida, incorpora, em um segundo momento, todos os aspectos de caráter objetivo que podem influenciar e até mesmo limitar a esfera subjetiva.

Na Bioética, muitos autores vêm buscando o referido refinamento. O consentimento livre e informado passou a ser o grande instituto a inter-relacionar aspectos subjetivos e objetivos. Porém, o conteúdo e o alcance das decisões que concordam ou não com o consentimento, ainda são motivo de grandes discussões e a moralidade da imposição ou da recusa de um tratamento não resta pacificada. Como já demonstrado, a autonomia surgiu como um princípio chave da Bioética e da Ética Médica Moderna. Os autores pareciam se ancorar principalmente em pensadores de cunho liberal, preocupados com imposições de tratamento contrários à vontade de quem os receberia tais procedimentos. Citou-se, em 2.3.1, o caso Schloendorf, como um dos primeiros julgamentos contrários a imposições médicas. No voto, o relator Benjamin Cardozo fez clara referência à máxima liberal de Mill.

A fundamentação da Bioética principialista, em que pese não citar diretamente autores liberais ou o próprio Kant, pode ser facilmente relacionada a eles¹⁹⁵, ao ponto de a crítica se voltar não raramente aos próprios postulados kantianos, mormente ao conceito de autonomia. May elucida um dos principais pontos de discussão em relação à corrente que ficou conhecida também como Bioética baseada na autonomia:

apesar de seu papel fundamental no desenvolvimento do campo da bioética, o conceito de autonomia foi recentemente atacado por uma variedade de perspectiva não liberais em bioética, particularmente a perspectiva comunitarista, feminista e “tomada de decisão baseada na família”.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Singer chama a atenção para este fato, ou seja, muitos autores que trabalham o conceito de autonomia na Bioética acabam por, mesmo que de modo implícito, articular com os postulados kantianos: “há uma corrente de pensamento ético, ligada a Kant mas incluindo muitos escritores modernos que não são kantianos, segundo a qual o respeito pela autonomia é um princípio moral básico” (SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 37).

¹⁹⁶ MAY, Thomas. The concept of Autonomy in Bioethics. An Unwarranted Fall from Grace. In: TAYLOR, James Stacey. **Personal Autonomy**. New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral philosophy. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 299-309, tradução nossa. No original: “despite its foundational role in the development of the field of bioethics, the concept of autonomy has recently come under attack from a variety of nonliberal perspectives in bioethics, particularly communitarian, feminist, and ‘family-based decision making’ perspective”.

May chama a atenção para duas das principais críticas: primeiramente, autores contrários à supervalorização da autonomia argumentam que o conceito é estritamente atomista, ignorando o contexto social de identidade pessoal. Numa segunda crítica, entendem que a prevalência da autonomia negligencia a dimensão social dos tratamentos à saúde, particularmente quanto ao impacto de decisões que deveriam contemplar também a família.¹⁹⁷

Críticos comunitaristas, segundo May, entendem que o conceito de autonomia incorporado pela Bioética é de matriz kantiana, descolado, portanto, de uma realidade social, deliberativa e mais inclusiva. May explica que a crítica feminista, por sua vez, entende que o conceito de autonomia é de matriz excessivamente masculina, preocupado com questões individuais, ao passo que o paradigma do feminismo demonstra maior preocupação com as relações.¹⁹⁸ Esses são os dois principais motivos que levam comunitaristas e feministas a criticarem o conceito de autonomia na Bioética, ou, nas palavras do próprio autor “a promoverem a queda da autonomia em desgraça”.¹⁹⁹

Em que pese a argumentação apontar para verdadeiros problemas do conceito de autonomia na corrente principialista, não cabendo negligenciá-los, acredita-se que a crítica não inverte a lógica da autonomia como um pressuposto básico da Bioética, mas auxilia a aprimorá-la. A autonomia, mesmo em sociedades liberais, poderá respeitar e incorporar questões levantadas por autores comunitaristas ou feministas. O cerne da discussão não diz respeito a possíveis influências, mas sim a exigências na tomada de decisão, no sentido de se averiguar até que ponto o paternalismo pode superar a escolha individual. Nesse sentido, May sublinha dois erros de interpretação das correntes que criticam o paradigma da autonomia na Bioética. Primeiramente, argumenta o autor, há uma identificação equivocada entre relações morais e obrigações políticas; e, em segundo lugar, há uma visão de autonomia baseada em uma abordagem que promove o isolamento do indivíduo como um ideal, o que não é defendido pela Bioética baseada na autonomia. Não há uma defesa do descolamento do indivíduo como criticam autores de outras correntes filosóficas.

¹⁹⁷ MAY, Thomas. The concept of Autonomy in Bioethics. An Unwarranted Fall from Grace. In: TAYLOR, James Stacey. **Personal Autonomy**. New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral philosophy. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 299-309.

¹⁹⁸ MAY, Thomas. The concept of Autonomy in Bioethics. An Unwarranted Fall from Grace. In: TAYLOR, James Stacey. **Personal Autonomy**. New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral philosophy. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 299-309.

¹⁹⁹ MAY, Thomas. The concept of Autonomy in Bioethics. An Unwarranted Fall from Grace. In: TAYLOR, James Stacey. **Personal Autonomy**. New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral philosophy. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 299-309, tradução nossa.

May sustenta que há uma diferença entre um requerimento moral e um direito político.²⁰⁰ Moralmente falando, ao se tomar uma decisão, seja qual ela for, dever-se-ia levar em consideração as pessoas envolvidas. Mesmo em questões médicas, que dizem respeito somente ao corpo do paciente, é relevante, no sentido moral, a participação da família. Porém, isso não significa que o paciente tenha obrigação de comunicar a todas as pessoas direta ou indiretamente interessadas a sua decisão. Em outras palavras, por mais que seja moralmente recomendável a mais ampla consideração possível, o paciente tem o direito de decidir por si, consultando apenas o médico, qual o tratamento que deseja receber.²⁰¹ May acredita que a decisão autônoma prevalece sobre requerimentos morais, como, por exemplo, a anuência da família para um determinado tratamento. Claro que se está, neste momento, a trabalhar com a ideia de um paciente civilmente capaz e em pleno exercício de suas capacidades cognitivas. Por outro lado, essa constatação não promove uma autonomia absoluta ao paciente. Limites poderão, e em certas ocasiões deverão, ser impostos, mas não necessariamente baseados em opiniões de terceiros que possam se sentir emocionalmente prejudicados com a decisão do paciente. No liberalismo, defende May:

o indivíduo é considerado o centro do julgamento moral e isso requer apenas que se reconheça uma diversidade de pontos de vista sobre questões morais, optando por uma estrutura política que permaneça neutra entre estes, independente de quem (ou mesmo mais) destes esteja correto.²⁰²

Para o autor, defensores do comunitarismo tendem a associar requerimentos morais com obrigações políticas. Nesse sentido, ele defende que requerimentos morais devam ser levados em consideração, mas não há uma obrigação política, ou seja, uma imposição legal. O exemplo apresentado pelo autor, citando a obra de Hardwig, parece esclarecedor. Sustenta Hardwig que

²⁰⁰ “Os limites políticos estabelecem limites fundamentais em aplicações sociais de crenças morais. Nós precisamos reconhecer a relevância fundamental dos contornos políticos para a tomada de decisão na medicina. Isso significa que, às vezes, nós precisamos reconhecer obrigações políticas como tomando precedência sobre crenças morais quando estruturando decisões em contextos sociais” (MAY, Thomas. *The concept of Autonomy in Bioethics. An Unwarranted Fall from Grace. In: TAYLOR, James Stacey. Personal Autonomy. New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral philosophy. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 299-309, tradução nossa).*

²⁰¹ “As implicações da estrutura liberal para a tomada de decisão médica são claras: embora incentivemos o paciente a decidir ou a rejeitar o tratamento, considerando o impacto dessa decisão na comunidade ou na família, não podemos exigir que assim o faça” (MAY, Thomas. *The concept of Autonomy in Bioethics. An Unwarranted Fall from Grace. In: TAYLOR, James Stacey. Personal Autonomy. New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral philosophy. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 299-309, tradução nossa).*

²⁰² MAY, Thomas. *Bioethics in a Liberal Society. The political framework of bioethics decision making. Maryland: The John Hopkins University Press, 2002, p. 2, tradução nossa.*

eu sou um marido, um pai, e ainda um filho, e ninguém irá argumentar que eu deveria ou de modo responsável poderia decidir por tirar um período sabático, mudar de emprego ou até mesmo realizar uma viagem de final de semana sozinho com base naquilo que eu quero para mim mesmo.²⁰³

Uma decisão que envolve a estrutura familiar deveria ser tomada, a partir do ponto de vista moral, de modo conjunto. Porém, isso não quer dizer que um pai, como no exemplo apresentado, não possa decidir, a qualquer tempo, realizar uma das atividades propostas. O aspecto moral da decisão desse pai é claramente duvidoso e julgamentos negativos por certo serão impostos pelos membros da família. Mas não há uma lei, ou seja, uma obrigação política que diga que esse pai, ou qualquer outro membro da família civilmente capaz, não possa realizar as atividades descritas no exemplo. Há, por certo, como já referido, diversos problemas de ordem moral. Trata-se de uma atitude altamente reprovável, mormente pelo egoísmo circunscrito à tomada de decisão, mas não cabe ao Estado qualquer tipo de represália. Não há qualquer justificativa para uma coação estatal no sentido de frear a referida tomada de decisão. Hardwig, preocupado com tomadas de decisões excessivamente individualistas, transporta a crítica para o ambiente médico

alguns pacientes, motivados por uma preocupação profunda e duradoura com o bem-estar de suas famílias, sem dúvida, irá considerar os interesses de outros membros da família... Mas nem todos os pacientes se sentirão assim.²⁰⁴

[...]

o paradigma da tomada de decisão médica deve ser deslocado daquele que coloca o único *locus* da tomada de decisão médica nos valores e direitos de um paciente individual, em direção a um paradigma que incorpora os valores da família e outros cujos interesses são afetados.²⁰⁵

A importância moral de se levar em consideração a opinião das demais pessoas afetadas pela decisão do paciente não poderá, a princípio, sustentar uma limitação à sua autonomia. Reitera-se que ele será o sujeito a receber o tratamento, de modo que nenhum tipo de procedimento físico será imposto aos familiares. Não se está, portanto, a concluir com isso que os familiares não perceberão algum tipo de sofrimento psicológico, vinculado, por exemplo, à perda de um ente querido que preferiu não dar prosseguimento a um tratamento. Mas isso não pode servir como limitador da autonomia. Como sustentado por May, acredita-se que

²⁰³ HARDWIG *apud* MAY, Thomas. **Bioethics in a Liberal Society**. The political framework of bioethics decision making. Maryland: The John Hopkins University Press, 2002, p. 300.

²⁰⁴ HARDWIG *apud* MAY, Thomas. The concept of Autonomy in Bioethics. An Unwarranted Fall from Grace. In: TAYLOR, James Stacey. **Personal Autonomy**. New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral philosophy. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 299-309, tradução nossa.

²⁰⁵ HARDWIG *apud* MAY, Thomas. The concept of Autonomy in Bioethics. An Unwarranted Fall from Grace. In: TAYLOR, James Stacey. **Personal Autonomy**. New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral philosophy. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 299-309, tradução nossa.

“sociedades liberais rejeitam a defesa de um sistema de valores substantivos em nível social; e, ao invés disso, uma pluralidade de valores coexistem, e a nenhum deles, por fins sociais, é dada uma posição privilegiada [...]”.²⁰⁶

Um exemplo muito interessante, que pode contribuir com a presente discussão, diz respeito à Lei do Planejamento Familiar, Lei Federal nº 9.263/1996. Respalhada pelo Art. 226, §7º da Constituição Federal²⁰⁷, a referida lei exige uma série de pré-requisitos para que se possa levar a cabo uma cirurgia contraceptiva, como: idade mínima de 25 anos ou pelos menos dois filhos; prazo mínimo de 60 dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico; consentimento, no qual o paciente expresse sua vontade, contendo informações sobre os riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldade de sua reversão e opções de contracepção reversível; anuência do cônjuge; acompanhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar o paciente, além de demais orientações vinculadas ao procedimento.

Os métodos contraceptivos mais comuns são a laqueadura tubária, para as mulheres, e a vasectomia, para os homens. Em ambos os casos os pré-requisitos são os mesmos, com uma única ressalva no caso das mulheres. Mesmo que preenchidos todos os pré-requisitos, durante o estado gravídico puerperal, ou seja, durante ou logo após a gestação, não poderá a parturiente ser submetida a cirurgia contraceptiva. Isso ocorre porque o estado gravídico puerperal é considerado um momento de aguda alteração hormonal, o que influencia diretamente o estado emocional e, conseqüentemente, a manifestação racional da gestante. Uma vez que o principal critério para que uma decisão autônoma seja considerada válida é a plena condição cognitiva e deliberativa de quem irá realizar a escolha, parece razoável o referido impedimento.

O código de ética médica aborda o tema em apenas um artigo, no qual o principal foco é o respeito pela autonomia do paciente: “Art. 41. É vedado ao médico desrespeitar o direito do paciente decidir livremente sobre o método contraceptivo ou conceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método”.²⁰⁸

Em que pese o tema ainda não ter sido objeto de votação no Congresso Nacional, diversos são os projetos de lei que buscam a alteração dos pré-requisitos para a realização da referida cirurgia, todos eles fundamentados na autonomia do paciente, e com ao menos três pontos em

²⁰⁶ MAY, Thomas. The concept of Autonomy in Bioethics. An Unwarranted Fall from Grace. In: TAYLOR, James Stacey. **Personal Autonomy**. New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral philosophy. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 299-309, tradução nossa.

²⁰⁷ Art. 226, §7º C.F.: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas”.

²⁰⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília: CFM, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 24 out. 2021.

comum, quais sejam: a retirada da necessidade de anuência do cônjuge para a realização do procedimento, a redução da idade mínima e a redução do prazo (dias) entre a solicitação e a realização da cirurgia contraceptiva. Dentre os projetos de lei apresentados, os seguintes podem ser destacados: PL 4515/20, PL 5276/20, PL 4083/20, PL 986/21, PL 390/21.

Tecidas essas observações iniciais, há de se destacar o art. 2º da lei em questão, no qual o direito ao planejamento familiar ganha contornos de grande respeito à autonomia individual, posicionando, tanto o homem quanto a mulher em um patamar de igualdade: “para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.²⁰⁹

Porém, ao se analisar em conjunto com o art. 10, §5º, é possível notar uma prevalência do interesse do casal em detrimento da autonomia pessoal, pois uma medida contraceptiva, tratando-se de uma pessoa casada, só poder ser realizada mediante a anuência do cônjuge.

Art. 10º. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: I. em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce; [...] §5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.

O preceito do artigo 10º pode ser considerado como uma medida excessivamente paternalista? Ou, ao revés, a possibilidade de se realizar a esterilização sem o consentimento do cônjuge, seria medida excessivamente atomista? Para a presente tese, trata-se de um conflito inevitável, que a depender da fundamentação ética e jurídica, poderá encontrar soluções opostas, sem que seja possível, de modo peremptório, assinalar qual a mais adequada.

A presente tese defende que a autonomia do paciente não é irrestrita. Limites legislativos, preferencialmente não coercitivos, podem ser não só eticamente corretos como também necessários para a manutenção de valores fundamentais da sociedade. O casamento é um contrato publicamente reconhecido e o consentimento entre o casal, naturalmente, projeta certos limites à autonomia individual, de modo que existem bons argumentos a sustentarem a manutenção da lei.²¹⁰ Por outro lado, a anuência do cônjuge para a realização de uma cirurgia

²⁰⁹ BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 20/04/2022.

²¹⁰ Nesse sentido, ver: SANCHES, Mário Antônio (org.). **Bioética e Planejamento Familiar**. Perspectiva e escolhas. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

contraceptiva pode se encaixar no exemplo acima exposto, onde foi possível observar a diferença entre valores políticos e valores morais. Como já referido, entende-se que questões pessoais, que não ultrapassam a proteção da dignidade da própria pessoa, por mais questionáveis que possam ser, não deveriam ser objeto de proibições estatais. A cirurgia contraceptiva é medida que certamente exige pré-requisitos mínimos e levá-la a cabo, sem a prévia anuência do cônjuge, é uma atitude moralmente reprovável, mas que permanece dentro do âmbito privado, tanto do indivíduo quanto do casal. Esclarece-se que o exemplo carece de maior aprofundamento, pois como já referido, o casamento poderá extrapolar os limites da autonomia privada, condicionando a pessoa, agora casada, a novas obrigações. O principal objetivo, neste ponto, foi demonstrar a possibilidade de aspectos políticos e morais entrarem em conflito e qual seria a resposta a partir de um paradigma do liberalismo, que, saliente-se, é apenas o ponto de partida da tese, não o único caminho a ser percorrido.

O paternalismo libertário, conceito teórico-político defendido pela tese, ultrapassando em certa medida o liberalismo, postula a necessidade de se incorporar ao debate, as opiniões das pessoas direta ou indiretamente envolvidas no tratamento. A arquitetura da escolha só passa a existir frente à máxima que aceita certo nível de paternalismo, principalmente pela falibilidade humana e a conseqüente necessidade de suporte para a tomada de decisão. Dentro do paternalismo libertário, não seria exagero alocar a anuência do cônjuge como um pré-requisito, uma vez que dentro da arquitetura da escolha, é desejável que o médico converse com o/a paciente a respeito da opinião do cônjuge.

O indivíduo, enquanto um ente absolutamente autônomo, no melhor sentido de autossuficiente, não condiz com a realidade e nem mesmo com a natureza humana. Quando se afirma que o ser humano é capaz de individualmente definir o que é uma ação moral, não se entende que ele não dependa de outras pessoas para atingir seus objetivos, até porque, ao definir a ação moral, ele está a levar em consideração todos os demais como fins em si mesmos. Acredita-se, além do mais, que a dependência relacional vai além da necessidade de se levar em consideração a opinião dos demais. Ela também integra o aspecto do próprio interesse pessoal na tomada de decisão, pois não raramente as pessoas decidem contra o seu próprio interesse ou não têm o conhecimento científico necessário para otimizar as escolhas, dependendo da influência ou da participação de um terceiro para atingir um fim de acordo com sua vontade. Essa dependência sugere que as pessoas devem ser auxiliadas, no sentido de informadas e devidamente esclarecidas, fomentando a melhor escolha de acordo com seus interesses pessoais. O fato de se reconhecer a falibilidade da autonomia no momento da escolha não deve servir como argumento para diminuí-la, mas sim para orientá-la. A própria noção de responsabilidade

ganha novos contornos, uma vez que ao agente e eleitor final das opções foram esclarecidas as possibilidades e consequências, inclusive a opção de não escolher, confiando-a ao médico. A autonomia inserida em um contexto liberal, portanto, “requer que considerações externas, como regras, leis, normas sociais e outras influências possam ser levadas em consideração de forma consistente com uma atribuição de responsabilidade com base na autonomia”.²¹¹

A influência das pessoas envolvidas, inclusive do médico, passa a desempenhar papel fundamental dentro do paternalismo libertário e vai ao encontro daquilo que May defende como uma conduta médica adequada em sociedades liberais:

as implicações de uma moldura liberal para a tomada de decisão médica são claras: enquanto nós podemos encorajar o paciente a decidir aceitar ou rejeitar tratamento considerando o impacto dessa decisão na comunidade ou família, nós não devemos exigir isso. O direito da autonomia do “consentimento ou recusa informada” permite a paciente adultos e competentes a fundamentarem suas decisões em seja qual valor eles escolheram para estruturar suas vidas.²¹²

A autonomia, a partir do ideário liberal, segundo o que se extrai dos argumentos tecidos por May, não defende um ser descolado da sociedade que negligencia opiniões diversas e não leva em consideração possíveis contribuições de terceiros. Nesse sentido, o autor busca esclarecer duas formas distintas de autonomia, uma no sentido de autogoverno e outra no sentido de autossuficiência. A primeira, acredita o autor, é condizente com a realidade, pois, ao menos em princípio, toda a pessoa adulta tem condições de definir os rumos de sua própria vida ou, ao menos, deveriam ter a liberdade para assim fazer. Já a segunda formulação parte de uma premissa excessivamente atomista. Por mais autossuficiente que uma pessoa possa vir a ser, a própria vida em sociedade exige que em variadas situações ela leve em consideração a opinião dos demais. O simples fato de fazer parte de uma organização social permite afirmar que a noção de autossuficiência não pertence intrinsecamente à condição humana. A autonomia vista como autogoverno expõe as limitações humanas, permitindo “apelos à autoridade em áreas da vida nas quais nos faltam habilidade e conhecimento”²¹³, como, por exemplo, na área médica.

²¹¹ MAY, Thomas. The concept of Autonomy in Bioethics. An Unwarranted Fall from Grace. In: TAYLOR, James Stacey. **Personal Autonomy**. New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral philosophy. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 299-309, tradução nossa. No original: “This very role of autonomy within the liberal framework requires that external considerations such as rules, laws, social norms, and other external influences be able to be taken into consideration consistent with an ascription of responsibility based on autonomy”.

²¹² MAY, Thomas. The concept of Autonomy in Bioethics. An Unwarranted Fall from Grace. In: TAYLOR, James Stacey. **Personal Autonomy**. New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral philosophy. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 299-309, tradução nossa.

²¹³ MAY, Thomas. The concept of Autonomy in Bioethics. An Unwarranted Fall from Grace. In: TAYLOR, James Stacey. **Personal Autonomy**. New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral philosophy. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 299-309, tradução nossa.

A autonomia, portanto, segue atrelada a uma tomada de decisão dialógica. Reitera-se que o diálogo é necessário, o consentimento livre e informado só passa a existir quando ao menos uma opção é elucidada ao paciente, o que não quer dizer que ele esteja obrigado a aceitá-la. Charlesworth, nesse sentido, sustenta que

a essência do liberalismo é a convicção moral de que, por serem pessoas ou agentes morais autônomo, as pessoas devem, tanto quanto possível, ser livres para escolher por si mesmas, mesmo que suas escolhas sejam, objetivamente falando, equivocadas; e ainda, que o estado não deve impor uma posição moral ou religiosa a toda a comunidade, mas deve, desde que elas não violem ou causem dano à autonomia pessoal de outros, tratar de modo igualitário.²¹⁴

Retomando a discussão a respeito da distinção entre obrigações políticas e obrigações morais, May busca fundamentar seu ponto de vista a partir de outros autores liberais, como John Rawls. O autor entende que Rawls, “ao enfatizar a prioridade do ‘justo’, [...] não pressupõe uma concepção privilegiada de bem, mas tenta fornecer um quadro político no contexto do bem, como entendido por referência ao julgamento dos indivíduos”.²¹⁵ Pode-se afirmar, a partir do paradigma liberal, que os limites à autonomia do agente estão subordinados ao âmbito político, ou seja, ao âmbito legal. Morais abrangentes, que não passaram pelo crivo do poder legislativo, não devem, a princípio, barrar uma escolha individual que não extrapole os limites do político. Os limites da autonomia, segundo May, encontram-se no âmbito político e não moral.²¹⁶

Reitera-se que não se ignora a possibilidade de um conflito moral, mesmo em decisões em absoluto acordo com a letra da lei. Discutiui-se em 2.2.2. a possibilidade de conflito entre a autonomia e a heteronomia. Uma escolha, cuja influência na vida dos demais é completamente ignorada pelo paciente, pode ser comparada a um comportamento egoísta. Em contrapartida, uma decisão pessoal que dependa da anuência de outra(s) pessoa(s), poderá transportar o mesmo sentimento para o outro lado da relação. Em casos de pacientes terminais, por exemplo, não raramente se faz referência ao sentimento de um familiar que gostaria de manter a todos os custos o tratamento, já ineficaz, de um parente, como egoísta, no sentido de evitar o seu próprio sofrimento com uma perda. De um lado, há um egoísmo exageradamente atomista, enquanto, do outro um egoísmo paternalista. Reforça-se, com isso, a necessidade da busca de uma harmonização.

²¹⁴ CHARLESWORTH, Max. **Bioethics in a Liberal Society**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 6, tradução nossa.

²¹⁵ MAY, Thomas. **Bioethics in a Liberal Society**. The political framework of bioethics decision making. Maryland: The John Hopkins University Press, 2002, p. 2, tradução nossa.

²¹⁶ MAY, Thomas. **Bioethics in a Liberal Society**. The political framework of bioethics decision making. Maryland: The John Hopkins University Press, 2002, p. 303.

Como defendido por O'Neill, o suposto triunfo da autonomia na Bioética faliu. Com isso, a autora não defende um abandono da autonomia ou uma crítica à Bioética fundamentada na teoria kantiana. Ela busca demonstrar que o imperativo categórico foi mal interpretado dentro da Bioética e críticas à autonomia kantiana não estão de acordo com o conceito desenvolvido pelo filósofo. Elucida O'Neil que “a concepção distintiva de autonomia de Kant é bem diferente da concepção eticamente inadequada de autonomia individual tão comumente atribuída a ele”.²¹⁷ A autora entende que a segunda formulação do imperativo categórico não estabelece um ser desconectado da sociedade, mas sim, um ser racional que a partir do exercício reflexivo estabelece normas e regras universais, cujo resultado será, além da fundamentação do dever pelo dever, a ética da confiança.²¹⁸

3.1.2 O paternalismo médico – a relevância do conhecimento científico no auxílio da tomada de decisão

Como se pode notar, a partir da análise do ponto anterior, o respeito pela autonomia do paciente encontra-se no cerne da estruturação da Bioética como uma ciência aplicada à relação médico-paciente. Não por menos, teorias contrárias à corrente principialista focam, geralmente, na crítica ao conceito de autonomia do paciente. Como já referido, o triunfo da autonomia se devia a uma resposta aos longos anos de paternalismo médico, a uma conduta na qual o profissional da saúde decidia em nome do paciente qual era a melhor opção de tratamento. O melhor procedimento era aquele atrelado às convicções científicas, ou até mesmo pessoais, do médico responsável pelo atendimento. Kraut explica que esse comportamento fazia parte da própria formação dos profissionais das ciências da saúde, sendo a medicina uma profissão tradicionalmente paternalista.²¹⁹

Esclarece-se, contudo, que o termo “paternalismo” não contém *a priori* uma conotação negativa. Paternalismo corresponde a um comportamento de cuidado, no melhor sentido da relação entre pai e filho, de modo que aquele sempre busca o melhor para este. Como analisado no ponto anterior, a partir das lições de May, o ser humano não é autossuficiente, de modo que é absolutamente natural a interação social e o diálogo. No caso específico, entende-se que o

²¹⁷ O'NEIL, Onora. **Autonomy and Trust in Bioethics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 73-74, tradução nossa.

²¹⁸ O'NEIL, Onora. **Autonomy and Trust in Bioethics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 73-74.

²¹⁹ KRAUT, Jorge Alfredo. **Los derechos de los pacientes**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. Para Kraut (1997, p. 69), “[...] la profesión médica ha sido tradicionalmente paternalista. La evolución hacia un modelo diferente, basado en la información, el consentimiento y, en última instancia, la autonomía, supone conflictos en la práctica médica”.

paciente não é autossuficiente, ao menos na maioria das vezes, para decidir por si qual o melhor tratamento, não só por seu desconhecimento técnico-científico, mas também por sua situação de vulnerabilidade causada pela doença. Portocarrero chama a atenção exatamente para esse fato: “é preciso mesmo perceber, [...], que com a autonomia e o consentimento, acabamos muitas vezes por esquecer que a doença é o maior ladrão da autonomia”.²²⁰ Por mais que uma doença não esteja vinculada diretamente à área cognitiva do paciente, uma enfermidade física e os tratamentos que ela exige, ou simplesmente o diagnóstico de uma doença grave, pode causar tamanho impacto, que a própria autonomia poderá ser prejudicada.

Nesse contexto, deve-se buscar, a partir do diálogo e apoio médico, a retomada do poder decisório, no melhor sentido de auxiliar o paciente a decidir aquilo que é de seu interesse, influenciando-o para agir de modo autônomo, isso é, de modo racional. Essa interpretação só será possível quando o médico for percebido como alguém apto a ajudar na tomada de decisão e não como alguém a tomar a decisão. Fala-se em um esforço do médico para auxiliar o paciente a compreender a situação em que se encontra e influenciá-lo a eleger a melhor escolha. Dentro do paradigma inescapável da fragilidade do paciente, a figura do médico, visto como um profissional preocupado com a recuperação daquele, passa a ser fundamental. O paternalismo no sentido da influência é absolutamente necessário.²²¹

Fala-se, nesse sentido, a respeito da ética da vulnerabilidade²²². Segundo Portocarrero é “aquilo que na condição humana faz com que a autonomia se transforme numa tarefa a se alcançar na relação com o outro e nunca num dado adquirido por um simples exercício de reflexão?”²²³ Note-se que os apontamentos sustentados pela autora portuguesa não promovem a transmutação da autonomia para o paternalismo. Sua preocupação é, a partir da relação com o outro, proporcionar o melhor exercício reflexivo possível, que seria, em outros termos, o pleno exercício da autonomia.

O paternalismo médico, portanto, quando analisado a partir de alguns limites, não produz qualquer forma de conflito com a autonomia e a dignidade do paciente, pois incorpora a opinião

²²⁰ PORTOCARRERO, Maria Luísa. Bioética e Filosofia: o Princípio de Autonomia e os Desafios da Fragilidade. **Revista Filosófica de Coimbra**, Coimbra, n. 44, p. 397-416, 2013.

²²¹ “A vivência da doença liga assim a liberdade à vulnerabilidade e ameaça seriamente o nosso poder de existir e compreender. Por outro lado, este esforço impotente do doente para ser si mesmo é simultaneamente a esperança de poder ser por meio da ajuda do outro” (PORTOCARRERO, Maria Luísa. Bioética e Filosofia: o Princípio de Autonomia e os Desafios da Fragilidade. **Revista Filosófica de Coimbra**, Coimbra, n. 44, p. 397-416, 2013).

²²² A respeito da preocupação da vulnerabilidade na Bioética, mormente em relação a aspectos sócio-culturais, e a crítica à Bioética baseada na autonomia, ver: GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora. **Bioética, poder e injustiça: por uma ética de intervenção**. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. **Bioética e Injustiça**. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 35-44.

²²³ PORTOCARRERO, Maria Luísa. Bioética e Filosofia: o Princípio de Autonomia e os Desafios da Fragilidade. **Revista Filosófica de Coimbra**, Coimbra, n. 44, p. 397-416, 2013.

de um terceiro interessado, seja o médico ou a família, evitando assim o atomismo, auxiliando os pacientes a tomarem a melhor decisão. Pode-se incorporar as críticas comunitaristas e feministas no sentido de se refinar o conceito de autonomia, mantendo o paternalismo médico entre as condutas eticamente aceitáveis. Isso que, por sua vez, não tem qualquer relação com a retomada do paradigma do paternalismo e afastamento da autonomia.

3.1.3 Paternalismo libertário como uma possível harmonização

A análise do desenvolvimento da Bioética e conseqüentemente da relação médico-paciente, bem como da própria construção teórica, a propósito da necessidade de respeito à autonomia deste, evidenciou um impasse na atividade médica. Como uma profissão marcada tradicionalmente por um caráter eminentemente paternalista pode se adequar à necessidade de se respeitar tamanha autonomia dada ao paciente? Neste cenário, propõe-se a implementação do que Sunstein e Thaler denominaram de “paternalismo libertário”.

Os já citados autores da obra *Nudge* desenvolveram o conceito de “arquitetura da escolha”, no qual o profissional, por seu maior conhecimento técnico e científico a propósito de determinado assunto, é o responsável pela ambientação do outro, devendo não só fornecer todas as informações necessárias à pessoa, fora de sua área de conhecimento, mas aconselhá-la e instigá-la à melhor tomada de decisão, segundo parâmetros técnicos e científicos.

Frisa-se que tal aconselhamento e instigação não pode implicar um constrangimento da pessoa que busca amparo do *expert*. Em nenhum momento, Sunstein e Thaler defendem que o arquiteto da escolha deva impor suas ideias, apenas que ele apresente todas as possibilidades, podendo expressar sua própria opinião, inclusive indicando determinado comportamento como o de sua preferência, porém nunca de forma a resultar em uma coação. Com isso, tem-se o paternalismo na instigação e indução a determinada conduta, mas a liberdade de escolha individual, donde decorre a formulação da expressão paternalismo libertário.

Trazendo tal formulação ao contexto médico-hospitalar, o paternalismo libertário é articulado a partir da figura do profissional médico, afinal ele é o detentor do conhecimento técnico e científico, cabendo a ele o papel de “arquiteto da escolha”. Compete ao médico familiarizar o paciente com o quadro clínico que este apresenta, passando todas as informações pertinentes e necessárias a uma adequada compreensão do diagnóstico e dos possíveis tratamentos e procedimentos cabíveis, bem como as conseqüências de uma não intervenção. Inclusive, o profissional deve indicar, a partir da exposição dos riscos, das chances de sucesso e da efetividade de cada tratamento, a opção, segundo parâmetros técnicos e científicos, mais

eficaz, confiando a escolha, contudo, ao paciente. Note-se que o próprio Código de Ética Médica³¹ prevê uma conduta em conformidade com a noção de paternalismo libertário. No Capítulo II do CEM, Dos Direitos dos Médicos, fica disposto que é direito do médico “II – Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente”. Da mesma forma, no Capítulo IV, Direitos Humanos, o art. 24 do Código de Ética Médica estabelece que é vedado ao médico “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”, que deve ser lido conjuntamente com o art. 34 que obriga o médico a “informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano”, bem como o art. 13, *in verbis*: é vedado ao médico “Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença”. Também, nesse sentido, o art. 22 exige que o médico obtenha o consentimento do paciente ou de seu representante legal para determinado tratamento, exigência essencial ao respeito da autonomia do paciente.

Os conceitos de paternalismo médico e arquitetura da escolha se encontram em pleno acordo com aquilo que a ética médica entende como o mais adequado no ambiente hospitalar. Contudo pode-se afirmar que uma solução definitiva ainda não foi encontrada. Limites devem ser impostos ao próprio conceito de arquitetura da escolha, pois tanto o médico quanto o paciente devem estar atentos a questões éticas e morais subordinadas às escolhas. Nesse sentido, passa-se a analisar no capítulo seguinte o conceito de *Nudges* (cutuques em tradução livre) e a ética da influência, ou seja, até que ponto poderá o médico influenciar o paciente sem ultrapassar os limites da ética, de modo que não haja uma confusão entre influência, retirada da autonomia e coação.

3.2 NUDGES E ARQUITETURA DA ESCOLHA – A ÉTICA DA INFLUÊNCIA

No capítulo anterior foi demonstrada a possível harmonização entre aspectos liberais e comunitários dentro da Bioética. Defendeu-se a autonomia como ponto de partida, sem se ignorar as críticas comunitaristas que poderão servir de limite ao seu exercício. Um dos principais aspectos a incorporarem o debate quanto ao alcance da autonomia se refere ao conceito de *nudge* defendido por Sunstein e Thaler. Trata-se, em tradução livre, de um “cutuque” ou um “leve empurrão”, no sentido de instigar a pessoa a tomar a melhor decisão segundo padrões cientificamente comprovados. Importante esclarecer que se utilizará ao longo da

presente pesquisa, além do próprio termo “*nudge*”, os vocábulos *cutuque*, *empurrão* e *influência* para designar um incentivo no sentido daquela que seria a melhor opção.

Em que pese a tese acreditar que os referidos *cutuques* poderão auxiliar o paciente no momento da tomada de decisão e, portanto, otimizar a sua autonomia, nem toda forma de influência pode ser considerada ética, mesmo que preocupada com o melhor interesse da pessoa que irá sofrer a ação. O fato de o *nudge* não ser uma coação, mantendo em aberto variadas opções, não impede um maior aprofundamento quanto a seus aspectos morais. Não basta que o *cutuque* seja bem-intencionado, ele deve respeitar uma série de requisitos para que possa se enquadrar como uma influência eticamente aceitável.

Reitera-se que os *cutuques* devem ser promovidos dentro daquilo que Sunstein e Thaler definiram como arquitetura da escolha. Cabe ao arquiteto, sendo ele o *expert* no assunto, propor as opções, disponibilizando-as de modo a influenciar a pessoa em questão a tomar a melhor decisão. À primeira vista, a arquitetura da escolha parece um conceito relativamente simples, de certo modo intuitivo e até mesmo óbvio, pois não raramente as pessoas são de alguma forma influenciadas em suas rotinas diárias. Porém, ao se abordar abertamente a possibilidade de se realizar *cutuques* para que alguém seja instigado a realizar uma escolha em detrimento de outra, é necessário aprofundar os aspectos éticos e legais dessa influência, uma vez que a possibilidade do uso de técnicas manipuladoras passa a ser uma ameaça real dentro da arquitetura da escolha.

Levando-se em consideração o exemplo da cantina, apresentado na obra *Nudge*, que disponibiliza os produtos mais saudáveis na altura dos olhos, pode-se argumentar que o cliente está realizando tal escolha não por uma questão racional, no sentido de compreender que aquela é a melhor para sua saúde, mas porque está sendo manipulado, sem dar-se conta para adquirir o produto mais “chamativo”. Nesse sentido, questiona-se: A arquitetura da escolha, uma vez que se baseia nos conceitos da economia comportamental e nos estudos dos vieses, é manipuladora e conseqüentemente portadora de uma base antiética? Caso o arquiteto se utilize de ferramentas de influência vinculadas apenas ao sistema 1²²⁴, que segundo Kahneman opera de modo automatizado, estaria ele a promover irremediavelmente uma influência manipuladora? Nesse

²²⁴ Segundo Kahneman: “o Sistema 1 opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntários. O Sistema 2 aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos. As operações do Sistema 2 são muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração. Quando pensamos em nós mesmos, nos identificamos com o Sistema 2, o eu consciente, raciocinador, que tem crenças, faz escolhas e decide o que pensar e o que fazer a respeito de algo. [...] Descrevo o Sistema 1 como originando sem esforço as impressões e sensações que são as principais fontes de crenças explícitas e escolhas deliberadas do Sistema 2. As operações automáticas do Sistema 1 geram padrões de ideais surpreendentemente complexos, mas apenas o Sistema 2, mais lento, pode construir pensamentos em séries ordenadas de passos” (KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**. Duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2020, p. 29).

sentido, só deve ser entendido como válida a arquitetura da escolha que pressupõe uma influência a partir do sistema 2, segundo o mesmo autor, regido por atividades mentais laboriosas, que levem a uma escolha?

Sunstein e Thaler admitem que, em certa medida, uma minoria de *nudges* pode ser considerada como manipuladora e que, sim, há um problema em relação a isso. Por outro lado, os autores citados defendem que a grande maioria dos cutuques são transparentes e buscam influenciar o eleitor a partir do Sistema 2, afastando-se de uma influência meramente inconsciente, além do fato de que os cidadãos tendem a aceitar com maior facilidade cutuques vinculados ao sistema racional, embora haja igualmente uma aprovação de *nudges* associados ao Sistema 1, especialmente se eles buscam combater problemas de autocontrole, como, por exemplo, etiquetas gráficas estampadas nos pacotes de cigarro advertindo os riscos de seu consumo.²²⁵ Mesmo em se tratando de um estímulo automatizado os autores entendem que pré-requisitos mínimos como: transparência, publicidade, justificção pública e grau de nocividade, poderão assegurar um caráter ético para uma influência, até então entendida como manipuladora. Como bem sublinhado por Sunstein, “nada deve ser escondido ou encoberto”.²²⁶

Trata-se, sem dúvida, de uma crítica muito pertinente e que deve ser aprofundada, pois sendo verdadeira, a base fundamental da arquitetura da escolha, qual seja, a proteção das pessoas e a implementação de sua autonomia e dignidade, bem como de seu bem-estar, restará muito frágil e passível de desaparecimento.

Dessarte, a presente tese buscará, nos capítulos que seguem, aprofundar a referida crítica, analisando se a arquitetura da escolha é realmente manipuladora ou se, como defendem os autores supracitados, promove a autonomia e dignidade das pessoas. Buscar-se-á responder quais são os limites dos *nudges*, defendendo-se que cabe ao arquiteto da escolha a observância de pré-requisitos mínimos vinculados à ética da influência. Nem todo cutuque, por mais benéfico que possa ser, é ético ou legalmente correto.

²²⁵ SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 157.

²²⁶ SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 201, tradução nossa.

3.2.1 Decisões irracionais – Cutuques (*Nudges*) como forma de implementação das escolhas

“além de que se de facto é verdade que cada pessoa tem o direito de deliberar, a partir dos fins que visa e dos valores que quer promover, também é verdade e sabemos-lo hoje, que ninguém se resume à sua racionalidade, que o inconsciente tem um grande papel muito importante no processo de decisão.”²²⁷

“Para ser qualificada como um cutuque, uma intervenção não pode impor incentivos materiais significativos. [...] Para ser considerado como tal, um cutuque deve preservar a liberdade de escolha.”²²⁸

Durante a análise dos temas propostos nos capítulos anteriores, pode-se notar a relevância da autonomia do paciente na bioética contemporânea. O seu respeito e tutela foi um passo importante no sentido da proteção dos direitos fundamentais individuais. Por outro lado, o excesso de autonomia passou a apresentar alguns problemas de ordem moral, social e, até mesmo, uma falta de conteúdo ético, de modo que a fundamentação da ética baseada exclusivamente na autonomia parece insuficiente. Além do mais, decisões excessivamente atomistas e limites cada vez mais brandos expuseram uma questão há muito discutida e, nos últimos anos aprofundada, com o advento dos estudos relacionados à neurociência e à economia comportamental, qual seja: o quão autônomas e racionais são as decisões pessoais? Será que as pessoas sempre agem de acordo com seus melhores interesses? A resposta encontrada foi negativa, conforme já referido.

Esse fenômeno ocorre por uma série de motivos, mas principalmente em razão daquilo que ficou conhecido em psicologia, e mais tarde incorporado pela economia comportamental, como vieses²²⁹, termo utilizado para definir ações com um certo grau de previsibilidade e concebidas, geralmente, de modo inconsciente. Frente à constatação de que a deliberação humana, em face de uma tomada de decisão, nem sempre é realizada do modo ideal, qual seja, racional²³⁰, Sunstein e Thaler, preocupados em otimizar as escolhas e em potencializar a

²²⁷ PORTOCARRERO, Maria Luísa. Bioética e Filosofia: o Princípio de Autonomia e os Desafios da Fragilidade. *Revista Filosófica de Coimbra*, Coimbra, n. 44, p. 397-416, 2013.

²²⁸ SUNSTEIN, Cass. *The Ethics of Influence*. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 21, tradução nossa. No original: “To qualify as a nudge, an intervention must not impose significant material incentives. [...] To count as such, a nudge must preserve freedom of choice”.

²²⁹ Para maior aprofundamento a respeito dos vieses dentro da economia comportamental, ver: KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*. Duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2020; ARIELY, Dan. *Predictably Irrational*. The Hidden Forces That Shape Our Decisions. New York: HarperCollins Publishers, 2009; THALER, Richard. *Misbehaving*. A Construção da Economia Comportamental. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

²³⁰ Como longamente demonstrado no segundo capítulo, a tese defende uma racionalidade no melhor estilo kantiano do termo, ou seja, desprovida de qualquer estímulo externo ou vinculada a emoções. Uma racionalidade pura, no sentido de plenamente refletida e consciente das consequências do ato.

autonomia dos agentes, desenvolveram o conceito de *nudge*, que visa representar sutis cutuques a influenciarem as pessoas a tomarem as melhores decisões, de acordo com padrões científicos e sociais de bem-estar, sem, com isso, lhes retirar a possibilidade de escolherem de modo diverso. O conceito de *nudge* é aprofundado em obra²³¹ com esse mesmo título, na qual os autores também apresentam o conceito de paternalismo libertário, já aprofundado na presente tese em 3.1.3. Um *nudge* representa o exato aspecto paternalista na teoria da Sunstein e Thaler, pois busca auxiliar as pessoas a tomarem as melhores decisões de acordo com seus melhores interesses, influenciando a autonomia individual. Críticos do aspecto paternalista da referida influência acreditam que ela tende a retirar das pessoas sua liberdade de escolha, ocasionando uma violação da autonomia. Sunstein e Thaler, respondendo à crítica, argumentam que as pessoas céticas em relação ao paternalismo e defensoras da ampla liberdade de escolha partem da presunção falsa que

quase todas as pessoas, quase o tempo todo, fazem escolhas que são do seu melhor interesse ou na pior das hipóteses são melhores do que escolhas que seriam feitas por outra pessoa. Afirmamos que essa suposição é falsa, na verdade, obviamente falsa. Na verdade, não achamos que alguém acredite nisso de modo refletido.²³²

Como já referido, não raramente as pessoas optam contra o seu melhor interesse, o que leva a crer que o auxílio de um profissional ou *expert* em um determinado assunto não é uma intromissão indevida na autonomia individual. Instigar as pessoas a realizarem a melhor escolha é uma forma de potencializar a sua autonomia e não o contrário. Nesse sentido, o paternalismo libertário propõe que indivíduos com conhecimento técnico ou com maior experiência sejam os responsáveis pela promoção da escolha, desempenhando o papel de influenciar quem irá tomar a decisão final a partir de *nudges*, que, por sua vez, não podem ser confundidos com qualquer forma de coação. Esse processo de influência foi chamado por Thaler e Sunstein de arquitetura da escolha, pois o *expert* no assunto, no caso da presente pesquisa o médico, deve preparar o ambiente com o objetivo de influenciar o paciente a optar pela melhor decisão de acordo com padrões médico-científicos. O médico, contudo, deve respeitar a escolha final do paciente, desde que, é claro, essa opção de tratamento ou recusa, não extrapole os limites éticos da medicina ou dos próprios direitos fundamentais do paciente, como se aprofundará no 3.2.2.

²³¹ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**. The Final Edition. New York: Penguin Books, 2021.

²³² THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**. The Final Edition. New York: Penguin Books, 2021, p. 9, tradução nossa. No original: “almost all people, almost all of the time, make choices that are in their best interest or at the very least are better than the choices that would be made by someone else. We claim that this assumption is false – indeed, obviously false. In fact, we do not think that anyone believes it on reflection”.

Mas qual seria, afinal de contas, o conceito de *nudge*, e como enquadrá-lo como uma prática ética e legal dentro da arquitetura da escolha? Para que uma influência na tomada de decisão possa ser considerada como um “*nudge*”, ela “não pode impor incentivos materiais significativos. [...] para valer como tal, um cutuque deve preservar a liberdade de escolha”.²³³ Incentivos materiais, como isenção ou aumento de impostos ou benefícios monetários, não podem ser consideradas como *nudges*. Idealmente, os autores buscam atrelar qualquer forma de cutuque à racionalidade da tomada de decisão, no melhor sentido do consentimento livre e esclarecido. Porém, os próprios admitem que algumas formas minoritárias de *nudge* não pressupõem, necessariamente, o convencimento racional do eleitor. Mesmo nesses casos, Sunstein e Thaler defendem que não se trata de cutuques manipuladores, uma vez que outras regras, como a transparência, estão inseridas na arquitetura. Convém esclarecer que a presente tese, fulcrada na relação médico-paciente, defende a arquitetura da escolha vinculada exclusivamente com cutuques relacionadas ao já explicitado Sistema 2, já que a própria ideia de consentimento pressupõe uma reflexão mínima acerca do tratamento a ser realizado.

A afirmação de que o principal objetivo dos cutuques é a promoção do bem-estar tanto no nível individual quanto social poderá suscitar questionamentos quanto à sua eficácia e aplicabilidade. Será que o bem-estar do indivíduo não estaria atrelado à ampla e irrestrita preservação do seu poder decisório? Ou, por outro lado, será que a retirada de algumas possibilidades de menor eficácia e a manutenção apenas daquelas sabidamente mais benéficas não seria a melhor opção?²³⁴ Levando em consideração a moldura do liberalismo, Sunstein e Thaler defendem a manutenção das opções, mas com a possibilidade de se influenciar o agente eleitor. Eles entendem que uma boa arquitetura da escolha permite às pessoas decidirem por si e expressarem sua vontade, logo, promovendo sua dignidade²³⁵, insistindo que tratar o ser humano enquanto fim em si mesmo é auxiliá-lo a realizar as melhores escolhas, influenciando-o, jamais coagindo-o. Além do mais, Sunstein e Thaler acreditam que cutuques, diferentemente de medidas coercitivas, tendem a proporcionar uma maior bem-estar, uma vez que os cidadãos se sentem respeitados e responsáveis por seus atos. Segundo Sunstein “se nós queremos

²³³ SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 21. No original: “to qualify as a nudge, an intervention must not impose significant material incentives. [...] To count as such, a nudge must preserve freedom of choice”.

²³⁴ SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 20.

²³⁵ “In ordinary language, the antonym of autonomy is coercion; the antonym of dignity is humiliation” (SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 17).

promover o bem-estar, há um bom argumento de que o autogoverno é o melhor instrumento”²³⁶, sem se olvidar que o fato de o ser humano ser apto a autogovernar-se não o torna autossuficiente, cabendo aqui, novamente, a lição de May apresentada em 3.1.1, qual seja: “esta concepção de autonomia como autogoverno permite apelos à autoridade em áreas da vida nas quais nos faltam habilidades e conhecimento”.²³⁷ Buscar auxílio, ou ser influenciado para se atingir o melhor interesse, de modo algum viola a autonomia do indivíduo.

Parece claro que a ética da influência promove a autonomia, por entender que esta fundamenta o conceito de dignidade. Porém essa conclusão não permite dizer que qualquer limite à autonomia do paciente seja necessariamente uma violação de sua dignidade.²³⁸ Como muito bem exposto pelo Sunstein, “o fato de que cutucadas preservam a liberdade de escolha, e não impõem qualquer tipo de mandamento, não deve ser interpretado como uma licença para se fazer qualquer coisa”.²³⁹ Mas por que, então, não se estabelecer alguns mandamentos a respeito de escolhas flagrantemente danosas? Por que defender a implementação de cutuques, em detrimento de uma possível coação, quando esta busca evitar um erro de escolha? Parece possível imaginar que alguma forma de coação seja mais eficaz do que um mero *nudge* para se evitar a escolha nociva.

A principal justificativa de Sunstein para se manter a maioria das opções em aberto é a promoção e proteção da autonomia e da dignidade. Para o autor, deixar as pessoas livres para escolherem de acordo com suas convicções é uma atitude de respeito, que protege a autonomia e a dignidade, de modo muito similar à máxima kantiana do ser humano como fim em si mesmo. A questão da responsabilidade e aprendizado a partir dos seus próprios atos, também é um tema recorrente na obra de Sunstein. Em determinada passagem, este defende que “mesmo que o bem-estar das pessoas seja promovido por um mandato, elas têm o direito de escolher por si mesmos e cometer seus próprios erros.” Ainda, quando compara cutuques com mandamentos, ele defende que “se (alguns) cutuques podem comprometer a dignidade, o mesmo parece ser ainda mais claro para os mandatos, que podem deixar de tratar as pessoas como agentes merecedores

²³⁶ SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 72, tradução nossa.

²³⁷ MAY, Thomas. **Bioethics in a Liberal Society**. The political framework of bioethics decision making. Maryland: The John Hopkins University Press, 2002, p. 308, tradução nossa. No original: “Importantly, this conception of ‘autonomy as self-rule’ allows for appeals to authority in areas of life in which we lack skills and knowledge”.

²³⁸ SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 67-68.

²³⁹ “here again, the fact that nudges preserve freedom of choice, and do not impose any kind of mandate, should not be taken as a license to do anything at all”. (SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 68, tradução nossa).

de respeito”.²⁴⁰ Note-se que mais grave do que um cutuque que parte de premissas erradas é uma coação que desrespeita a vontade do paciente. Enquanto um *nudge* mantém as outras possibilidades em aberto, pois é de sua essência apenas instigar, uma coação retira por completo as outras escolhas. O cutuque pressupõe que o arquiteto da escolha poderá falhar. Uma coação entende que o legislador sabe, definitivamente, o que é o melhor para as pessoas. Um outro risco que um mandamento pode representar e que não se percebe na ética da influência diz respeito ao aspecto democrático do cutuque, pois ele

deve informar às pessoas ou alocar alguma pressão benéfica sobre algum viés comportamental, mas se algum subgrupo quiser seguir seu próprio caminho, ele se mantém apto a tanto. Um mandato não tem essa virtude; ele poderá impor uma uniformidade sufocante.²⁴¹

Ainda, no que concerne ao conceito de *nudge* cabe a passagem completa, na qual Sunstein explora a conexão entre cutuques, autonomia e dignidade:

cutuques reconhecem que a liberdade de escolha pode ser vista, e regularmente é vista, como um bem intrínseco. Muitas pessoas insistem que a autonomia e a dignidade têm valores independentes e não são simplesmente parte de uma vasta categoria de bens que as pessoas apreciam. Se o governo deve respeitar a autonomia das pessoas, ou tratá-las com dignidade, ele não deveria privá-las da liberdade. Ele deve tratá-las como adultas, ao invés de crianças ou bebês.²⁴²

Excluindo-se, portanto, qualquer forma de coerção, a transparência passa a ser o segundo ponto de maior relevância em relação à ética da influência e, conseqüentemente, aos *nudges*. Por mais que a intenção da arquitetura da escolha, juntamente com a possibilidade de se influenciar o eleitor, seja promover a autonomia e dignidade, é imprescindível que sejam estabelecidos os contornos éticos e jurídicos dos cutuques. Assim como em 2.2 buscou-se defender a

²⁴⁰ SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**: Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 188, tradução nossa. No original: “of course it is true that those who emphasize autonomy and dignity might have a quite different view. They might believe that even if people’s welfare would be promoted by a mandate, they have a right to choose for themselves and to make their own mistakes. Those who believe in welfare might accept this view if they think that mistakes produce learning, and hence benefits over a lifetime. But if autonomy and dignity are central, mandates might be unacceptable whether or not people learn. If (some) nudges can compromise dignity, the same would appear to be even more clearly true of mandates, which might fail to treat people as agents deserving respect”.

²⁴¹ SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 188, tradução nossa.

²⁴² SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 191, tradução nossa. No original: “[...] nudges recognize that freedom of choice can be seen, and often is seen, as an intrinsic good. Many people insist that autonomy and dignity have independent value and are not merely part of a large category of goods that people enjoy. If government is to respect people’s autonomy, or to treat them with dignity, it should not deprive them of freedom. It should treat them as adults, rather than children or infants”.

fundamentação da dignidade a partir da autonomia, sem que isso implicasse dizer que a primeira não pudesse limitar a segunda. Enfrenta-se, agora, a questão quanto aos limites da influência na autonomia da vontade, por mais que a primeira se preste à otimização da segunda. Nesse sentido, questiona-se: Como assegurar que a influência não está a desvirtuar o que seria a melhor escolha para o paciente e passando a se vincular à melhor opção segundo o médico ou a família? Ainda, como se evitar que cutuques sejam manipuladores?²⁴³ Acredita-se que grande parte das respostas a tais questionamentos, encontra-se na obra *The Ethics of Influence. Government in the Age of Behavioral Science* (A Ética da Influência. Governo na Era da Ciência Comportamental, tradução livre), que servirá de base para a análise que segue.

Qualquer forma de influência disposta a respeitar a autonomia deve buscar o amplo esclarecimento das consequências de cada uma das possíveis opções. Só é livre para escolher quem obtém todas as informações necessárias acerca da escolha. Aqui, fala-se novamente na dificuldade ou na real necessidade de se expor ao paciente todas as circunstâncias a respeito dos possíveis tratamentos. Sabe-se que é um pré-requisito de difícil postulação prática, o que não deve significar privilegiar a opção por sua desistência. Quando se advoga no sentido da maior transparência possível, quer-se dizer que é incumbência do médico estar disponível para prestar todo e qualquer esclarecimento, cabendo ao paciente a decisão quanto à utilização ou não de cada uma das possibilidades. A inegável dificuldade de se explicar a uma pessoa absolutamente leiga sobre os desdobramentos de tratamentos médicos não pode servir, em hipótese alguma, como argumento para negar tais informações. A omissão é tão grave quanto a coação. Como muito bem pontuado por Sunstein:

deixar de cutucar pode ser eticamente problemático e, de fato, abominável, pelo menos se não insistirmos em distinções controversas (e possivelmente incoerentes) entre atos e omissões. Normalmente, é inaceitável não avisar as pessoas antes de submetê-las a riscos graves.²⁴⁴

Desrespeitar a autonomia do paciente, sob o argumento de que é muito difícil que ele venha a entender a totalidade das informações referentes a tratamentos, é violar a própria condição humana, desrespeitando-se o caráter racional, bem como a noção de ser humano como fim em si mesmo. Agora, se o paciente, consciente de sua falta de conhecimento técnico e

²⁴³ SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 68.

²⁴⁴ SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 16, tradução nossa. No original: “a failure to nudge might be ethically problematic and indeed abhorrent, at least if we do not insist on controversial (and possibly incoherent) distinctions between acts and omissions. It is usually unacceptable not to warn people before subjecting them to serious risks; a failure to warn is a failure to use an appropriate default rule, certainly if we aim to promote people’s welfare”.

científico, delegar exclusivamente ao médico a escolha do tratamento, renunciando a qualquer informação inerente a diferentes procedimentos, não haverá qualquer constrangimento à sua autonomia ou à sua dignidade.

Reitera-se que um dos principais pontos da ética influência é assegurar, independentemente da forma de consentimento que se esteja a trabalhar, o compromisso com a manutenção da autodeterminação do paciente. O arquiteto da escolha deve ter em mente essa necessidade.²⁴⁵ Para Sunstein “o antônimo de autonomia é coerção, e o antônimo de dignidade é humilhação”.²⁴⁶ Logo um dos principais conteúdos éticos da influência é a não coerção e a abominação de qualquer forma de humilhação. Ao estabelecer a arquitetura da escolha e a ética da influência como ferramentas para o desenvolvimento da autodeterminação, Sunstein aposta em cutuques que promovam uma escolha livre e esclarecida que depende, por outro lado, da mais ampla transparência. Dentro do contexto da ética da influência, ela é a única forma de se evitar comportamentos manipuladores. A liberdade de escolha, no sentido de se manter a possibilidade de se deliberar de forma distinta daquela motivada pela maior influência, aliada à transparência, são a salvaguarda contra ações mal motivadas ou tolas, incluindo cutuques mal elaborados.²⁴⁷

O médico, na qualidade de detentor do conhecimento técnico e científico a respeito do melhor tratamento não está imune a falhas no momento do diagnóstico. A transparência, nesse sentido, passa a ser também uma forma de se evitar que o paciente se vincule a um único profissional, podendo, a partir do parecer do primeiro, buscar a opinião de um segundo e assim sucessivamente, até que se sinta efetivamente seguro. A falta de transparência poderá acarretar inúmeros prejuízos ao paciente e, inclusive, ao médico, que na conclusão equivocada sobre um diagnóstico e sem compartilhá-la com o paciente, mantendo-a apenas consigo, utiliza aquele como mero meio a receber um tratamento contrário à melhor prática no caso em epígrafe.

A arquitetura da escolha exige que as formas de influência sejam transparentes e, portanto, claras. O paciente deve receber esclarecimentos sempre que necessário e o médico deve estar disposto a fornecê-los. Porém isso não quer dizer que o médico deva explicar a todo e qualquer momento os desdobramentos de cada tratamento ou medicamento. Concorda-se,

²⁴⁵ SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 72. No original: “but whatever its foundations the commitment of self-government must be kept in mind by those who devise various forms of choice architecture”.

²⁴⁶ SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 67, tradução nossa. No original: “but some infringements on autonomy do not insult dignity, and some insults to dignity do not really endanger autonomy”.

²⁴⁷ “We have seen that transparency is a safeguard against ill-motivated or foolish action, including nudging.” SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 73.

nesse sentido, com Sunstein, quando o autor argumenta que “se as pessoas tivessem que obter educação suficiente sobre todas as questões que afetam suas vidas, elas rapidamente ficariam sem tempo”.²⁴⁸ E, igualmente, quando ele defende o cuidado com o excesso de informação, pois “se as pessoas são informadas sobre a mesma coisa a cada hora ou mesmo todos os dias (por exemplo, pelo cônjuge, pelo médico ou por algum funcionário público), elas podem legitimamente sentir que sua dignidade não está sendo respeitada”.²⁴⁹ Alguém que receba de modo reiterado as explicações acerca de um determinado tratamento pode se sentir infantilizado. Transparência, fundamentalmente, significa dizer que a informação está disponível, não que ela deva ser, obrigatoriamente, elucidada a todo e qualquer tempo. Tratar o ser humano como fim em si mesmo é educá-lo, de modo que possa, individualmente, realizar escolhas éticas. Como muito bem exposto por Feinberg, “[...] o desenvolvimento de um indivíduo será tolhido se não lhe for dada, em primeiro lugar, a liberdade de escolha, por terem-no mantido na ignorância, ou por estar aterrorizado pelo brandir de baionetas”.²⁵⁰ Ou seja, tanto o medo vinculado a uma coação, quanto a ignorância pela falta de transparência e esclarecimento, prejudicam o desenvolvimento intelectual do indivíduo.

Cutuques são, portanto, uma peça-chave a assegurar a autonomia e a dignidade do paciente, em um contexto no qual o médico é o arquiteto da escolha. A partir dos *nudges* Sunstein e Thaler defendem um meio termo entre o paternalismo e o liberalismo. Pode-se dizer que na estrutura do paternalismo libertário, *nudges* são necessários e até mesmo inevitáveis. Frente a esta constatação, cabe, ainda, aprofundar os riscos de a ética da influência se converter em uma ferramenta manipuladora, para se atingir o que o arquiteto quer e não o que o agente, no caso o paciente, entende como o melhor para si. Dessarte, passa-se à análise dos critérios que asseguram a arquitetura da escolha como um método a influenciar o paciente e não a manipulá-lo, principalmente pelo fato de, não raramente, o paciente se encontrar em um estado de vulnerabilidade, carente de uma proteção e promoção, ainda mais efetiva, dos seus direitos fundamentais.

Sunstein não demonstra contrariedade em relação a algumas formas de proibição. Em que pese sua tese favorável à manutenção das mais variadas opções, ele admite que, em alguns

²⁴⁸ SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 62, tradução nossa. No original: “But if people had to obtain sufficient education on all of the issues that affect their lives, they would quickly run out of time”.

²⁴⁹ SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 68, tradução nossa. No original: “if people are informed of the same thing every hour or even every day (say, by their spouse, by their doctor, or by some public official), they might legitimately feel that their dignity is not being respected”.

²⁵⁰ FEINBERG, Joel. **Filosofia Social**. Tradução de Alzira Soares da Rocha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 41.

casos, nudges não serão plenamente eficazes, ao passo que proibições poderão não apenas promover um estado de maior bem-estar, como também de maior liberdade. Uma pessoa que seja viciada em algum produto ou hábito poderá ter dificuldade de abandoná-lo a partir de cutuques, sendo necessário, nesses casos específicos, um incentivo de maior eficácia, uma proibição, por exemplo. Não raramente, as pessoas deixam de fazer algo não porque deliberaram profundamente e verificaram os malefícios atrelados àquele produto ou hábito, mas sim, por medo da punição vinculada à proibição. O exemplo apresentado por Sunstein, diz respeito a uma jovem que compulsivamente lê e escreve mensagens no celular enquanto dirige. Por mais que ela entenda os inúmeros riscos atrelados a essa atitude, ela não consegue evitar. Seu Estado, também consciente dos perigos de dirigir e mexer no celular ao mesmo tempo, bem como diante dos números alarmantes de acidentes ocasionados exatamente por esse motivo, promulgou uma lei proibindo o uso de celular ao volante. Por mais que tenha sido uma imposição, a jovem sente-se satisfeita, pois foi a lei quem a incentivou a abandonar essa prática.²⁵¹ Como bem referido por Sunstein, trata-se de um problema de autocontrole e nem sempre cutuques serão o suficiente para motivar a pessoa a levar adiante a sua própria decisão (que é a sabidamente mais adequada, como deixar de fumar, por exemplo). Uma proibição que auxilia uma pessoa a atingir o seu fim, não apenas reforça seu estado de bem-estar como também amplia sua liberdade. Vícios escapam ao critério da tomada de decisão raciocinado. No melhor sentido kantiano, uma lei que proíbe ou desestimula vícios é uma lei que potencializa a autonomia.

Preocupados, precipuamente, com as consequências práticas de possíveis respostas aos referidos questionamentos, Sunstein e Thaler acabaram por concluir que a manutenção da autonomia individual, porém com amplo espaço para influências eticamente sustentadas, é o melhor caminho. Os autores, percebendo que na maioria das vezes as escolhas estão vinculadas a estímulos inconscientes ou a ações automatizadas, propõem uma forma de otimização daquelas. É necessário esclarecer que nem sempre os autores estão preocupados com o convencimento racional da pessoa que irá tomar a decisão final, e, exatamente aí, se encontra a segunda grande crítica ao paternalismo libertário, qual seja: seria a arquitetura da escolha um conceito que visa manipular as pessoas?

Interessante notar que a crítica é verdadeira, assumida pelo próprio Sunstein. Porém, o autor defende que se trata de uma minoria absoluta e que, em razão de conterem um aspecto, mesmo que mínimo, no sentido da manipulação, a tendência é que no longo prazo eles deixem de existir, já que, segundo o autor, cutuques que não promovam o bem-estar social, não estão

²⁵¹ SUNSTEIN, Cass. **On Freedom**. New Jersey: Princeton University Press, 2019, p. 64.

desempenhando seu papel, qual seja, promover a autonomia e a dignidade. Qualquer forma de arquitetura que não observe a transparência acaba por ferir esses dois valores, que por sua vez, são indissociáveis do conceito de bem-estar.

3.2.2 O problema da manipulação e a ética da Influência

Pôde-se analisar, no capítulo anterior, o conceito de *nudge* e os principais aspectos éticos concernentes à influência. Parece, contudo, que a principal questão ainda em aberto, e carente de aprofundamento, se refere à possibilidade de o arquiteto da escolha se utilizar de cutuques vinculados ao Sistema 1, ou seja, ao sistema automatizado e não necessariamente ao racional (Sistema 2). Por mais que os autores verifiquem a existência de alguns cutuques que estimulem escolhas automatizadas, os *nudges*, em sua maioria, estão associados ao convencimento racional, no melhor sentido do consentimento livre e esclarecido e essa, reitera-se, é a forma de influência defendida pela presente tese. Considerando que se está a trabalhar com a relação médico-paciente, no melhor sentido do diálogo entre eles, toda forma de influência deve respeitar aspectos do convencimento racional. Evidente que avisos, cartazes, que geralmente estimulam o Sistema 1, como lembretes de exames de rotina dentro de um consultório médico não são necessariamente um problema. Porém, quando se está a trabalhar a possibilidade de tratamentos e com o respeito ao consentimento livre e informado, o Sistema 1 resta fora da discussão, até porque, como bem exposto por Sunstein, “a maioria dos cutuques são totalmente transparentes, e todos eles deveriam ser; eles dificilmente estão no escuro”.²⁵² Mas, mesmo assim, dever-se-á analisar os riscos da manipulação vinculada ao Sistema 2. Não é difícil imaginar uma arquitetura da escolha com intenções escusas, a se utilizar de ferramentas antiéticas para o convencimento do paciente.

Pode-se dizer que uma ação conta como manipuladora se ela não respeita adequadamente a capacidade de deliberação das pessoas.²⁵³ Ou seja, uma ação manipuladora apresenta falhas na transparência, no sentido de não informar o agente com a devida clareza, negando informações, ou, ainda mais grave, dando contornos de veracidade a informações falsas, sempre com a intenção de prejudicar a livre deliberação de quem irá realizar a escolha. Enquanto o manipulador utiliza os vieses em seu próprio interesse, o influenciador, dentro da arquitetura da

²⁵² SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 153, tradução nossa. No original: “most nudges are fully transparent, and all of them should be; they are hardly in the dark”.

²⁵³ SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 155.

escolha, utiliza os vieses para educar o agente a fim de que possa escolher inteligentemente. Na primeira, o indivíduo não é respeitado como um ser autônomo e autodeterminável, ele é literalmente enganado. Na segunda, o indivíduo é respeitado em sua totalidade, auxiliado a escolher segundo seu melhor interesse, tendo sua autonomia e dignidade protegidas. Nesse sentido, assim como Sunstein, argumenta-se que “o conceito de manipulação merece atenção cuidadosa, especialmente porque a manipulação assume muitas formas e pode comprometer tanto a autonomia quanto a dignidade”.²⁵⁴

No exemplo já referido da cafeteria, em que pese a maçã ficar disponível na altura dos olhos, induzindo o cliente a consumi-la, a batata frita, mesmo que agora em disposição desfavorável ou até mesmo escondida, segue sendo uma opção. Mas se a ideia é estimular o cliente a consumir a maçã, alimento sabidamente mais saudável, e evitar a batata frita, conhecidamente mais prejudicial à saúde, por que manter a pior escolha? Tal atitude não caracterizaria uma falta grave de empatia?

A obra *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism* (Contra a Autonomia. Justificando o Paternalismo Coercitivo, tradução livre) apresenta dura crítica, tanto ao paternalismo libertário, quanto à arquitetura da escolha. A autora Sarah Conly defende o uso de políticas públicas vinculadas a um paternalismo coercitivo, mesmo entre particulares. Conly acredita que em situações nas quais o arquiteto da escolha age passivamente frente a uma tomada de decisão claramente prejudicial, não há o fomento da autonomia individual, mas sim uma falta de empatia em função do dano a ser causado pela pessoa contra si mesma. Para a professora de filosofia, o liberalismo falhou quando acreditou que o desenvolvimento intelectual individual seria o suficiente para educar as pessoas quanto às melhores escolhas, da mesma forma que o paternalismo libertário falha ao acreditar que a persuasão direta ou indireta será o suficiente para auxiliá-las.²⁵⁵ A respeito do exemplo da cantina, Conly sustenta que a batata frita, por ser prejudicial, deveria deixar de ser uma opção, no melhor sentido de uma coercibilidade estatal que a excluísse do rol de escolhas.

²⁵⁴ SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 17, tradução nossa. No original: “[...] here is room for ethical objections in the case of manipulative interventions, certainly if people have not consented to them. The concept of manipulation deserves careful attention, especially because manipulation takes many forms and can compromise both autonomy and dignity”.

²⁵⁵ CONLY, Sarah. **Against Autonomy**. Justifying Coercive Paternalism. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 32. No original: “Coercive paternalism takes a different position. Rather than leaving us to sink or swim, as does liberalism, or engaging in mental manipulation, as does libertarian paternalism, the coercive paternalist will simply say things are not allowed. I don’t know that this is more respectful of people than manipulation is, but I don’t see that is less respectful”.

Por outro lado, um dos pilares dos defensores da autonomia como um princípio básico de sociedades justas e democráticas é o critério da responsabilidade, segundo o qual a pessoa sofrerá as consequências, boas ou ruins, de acordo com suas escolhas pessoais, responsabilizando-se por elas e aprendendo a distingui-las. Para Conly, trata-se de um critério cruel, que por vezes poderá sustentar comportamentos ou escolhas desumanas, deixando-se de lado princípios como os de auxílio e respeito mútuo.²⁵⁶

Em certa medida, a presente tese concorda com o paternalismo coercitivo. Já foi defendido, por exemplo, o total e irrestrito apoio à decisão que proibiu a atividade, se é que assim possa ser chamada, de arremesso de anões, mesmo que eles tenham peticionado no sentido da manutenção do seu “emprego”. Ao transportar a ideia da arquitetura da escolha para dentro do ambiente hospitalar, defende-se que certas opções de tratamento não devam estar entre aquelas disponíveis para paciente ou até mesmo para médico. Porém acredita-se que a solução para o problema identificado por Conly não está necessariamente na coercibilidade, mas na própria ética da influência, parte integrante e indissociável da arquitetura da escolha. Sobre a necessidade de respeitar as pessoas, acredita-se que educá-las e auxiliá-las a efetuarem as melhores escolhas representa com maior assertividade a necessidade de empatia do que a coercibilidade, mesmo que a última tenha a nobre intenção de se evitar escolhas prejudiciais.

A liberdade de escolha, não significa dizer que o paciente possa eleger qualquer forma de tratamento. As opções a serem disponibilizadas pela equipe médica devem suceder à aplicação dos limites da autonomia. Exemplificadamente, tratamentos vinculados ao conceito de obstinação irrazoável, procedimentos comprovadamente inúteis, solicitações, por parte dos pacientes, desprovidas de qualquer eficácia ou em desacordo com o estado da arte médica-científica, não podem constar entre aqueles disponíveis. Após essa limitação, cabe o aspecto prático da arquitetura da escolha vinculado à ética da influência, ou seja, caberá ao médico instigar o paciente para que este escolha o tratamento mais adequado, sem utilizar, para tanto, qualquer forma de manipulação. A respeito desta crítica, Thaler e Sunstein defendem que a arquitetura deve seguir o princípio da transparência, no melhor sentido de que as pessoas envolvidas entendam exatamente o que está sendo discutido, não necessariamente no sentido da compreensão exata de cada tratamento disponível, mas no sentido de que ao médico cabe a tarefa de influenciar o paciente a aceitar o tratamento mais benéfico. Um paciente não deveria se surpreender ao verificar que um médico está influenciando-o a aceitar o tratamento mais eficaz. Trata-se, em verdade, do respeito ao juramento de Hipócrates, dentro dos limites éticos da

²⁵⁶ CONLY, Sarah. **Against Autonomy**. Justifying Coercive Paternalism. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 2.

profissão médica, o que, por sua vez, não guarda qualquer relação com a coação. Além da influência para o procedimento mais eficaz, poderá o médico buscar o desencorajamento em relação ao tratamento de menor eficácia. Importante salientar que nem toda forma de manipulação precisa conter, necessariamente, um aspecto ativo no sentido de se influenciar o paciente a realizar algo de acordo com a vontade exclusiva do médico. Um diagnóstico parcialmente verídico, a retirada de opções cabíveis ou qualquer outra forma de omissão de informação, apresentam-se igualmente como ferramentas manipuladoras por parte do médico. Manipular, para Sunstein é retirar a possibilidade de a pessoa decidir por si mesma. É obrigação do profissional da saúde ajudar o paciente a realizar melhores escolhas, ou seja, informá-lo a respeito das possibilidades, de modo que ele se engaje na análise racional das opções.²⁵⁷

Mas como evitar, concretamente, que a influência defendida pela arquitetura da escolha não se converta em manipulação? Como já referido, a transparência desempenha papel fundamental na ética da influência, porém, não é o suficiente. Além dela, Thaler e Sunstein citam o princípio da publicidade de John Rawls, que, segundo os autores,

Em sua forma mais simples, o princípio da publicidade sugere que nenhum arquiteto da escolha no setor público ou privado deve adotar uma política que não possa ou não queira defender publicamente. Gostamos desse princípio por dois motivos. A primeira é prática. Se uma empresa ou governa adota uma política que não poderia defender publicamente com facilidade, enfrentará um constrangimento considerável, e talvez muito pior, se a política e seus fundamentos forem divulgados. Pedimos aos nossos colegas e alunos que adotem esta política para todas as escolhas importantes em suas vidas pessoais e profissionais. O segundo fundamento, mais importante, envolve a ideia de respeito. Organizações de todas as formas devem respeitar as pessoas e, se adotam políticas que não poderiam e não defenderiam em público, não demonstram esse respeito. Em vez disso, eles tratam os cidadãos como ferramentas para o seu próprio uso ou manipulação.²⁵⁸

Pode-se enquadrar, portanto, a arquitetura da escolha dentro da lógica do liberalismo igualitário de Rawls, no melhor sentido de que as opções disponíveis respeitem valores dos mais variados atores morais inseridos dentro de uma sociedade democrática. Importante lembrar-se que o conceito de racional e razoável de Rawls, inspirado em Kant, passa necessariamente pela

²⁵⁷ SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 99.

²⁵⁸ THALER, Richard. H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**. The Final Edition. New York: Penguin Books, 2021, p. 327, tradução nossa. No original: “In its simplest form, the publicity principle suggests that no choice architect in the public or private sector should adopt a policy that she would not be able or willing to defend publicly. We like this principle on two grounds. The first is practical. If a firm or government adopts a policy that it could not easily defend publicly, it stands to face considerable embarrassment, and perhaps much worse, if the policy and its grounds are disclosed. We urge our colleagues and students to adopt this policy for all important choices in their personal and professional lives. The second, more important ground involves the idea of respect. Organizations of all forms should respect people, and if they adopt policies that they could not and would not defend in public, they fail to show that respect. Instead, they treat citizens as tools for their own use or manipulation”.

justificação pública, ou seja, um princípio ou uma lei só poderão ser sustentados quando publicamente justificáveis. A esse respeito, cabe a lição do próprio autor,

as partes admitem que estão escolhendo os princípios de uma concepção pública de justiça. Presumem que todos saberão acerca desses princípios tudo o que saberiam se sua aceitação resultasse de um acordo. [...] O sentido da condição de publicidade é fazer com que as partes analisem as concepções de justiça concebendo-as como constituições morais da vida social publicamente reconhecidas e plenamente efetivas. A condição de publicidade está implícita com clareza na doutrina kantiana do imperativo categórico, pois este exige que atuemos segundo aqueles princípios que cada qual estaria disposto, na condição de um ser racional, a adotar como lei para um reino dos fins. Kant concebia esse reino como uma comunidade ética, por assim dizer, que tem nesses princípios morais seu estatuto público.²⁵⁹

Logo, antes mesmo de se falar na possibilidade de influenciar uma determinada pessoa, deve-se esclarecer as condições da arquitetura da escolha, sendo elas plenamente transparentes, como defendido por Sunstein e Thaler e publicamente justificáveis²⁶⁰, como descritas por Rawls.²⁶¹ Qualquer forma de influência que extrapole essas condições pode ser considerada como uma forma de manipulação. Entende-se, portanto, que tanto uma postura coercitiva, proibindo um produto ou tratamento, quanto uma postura condescendente, no sentido de se manter o maior número de opções possíveis disponíveis, devem passar pelo crivo da justificação pública. Acredita-se que ambas, mesmo com diferentes pontos de partida, poderão chegar a exatamente a mesma conclusão, já que o fim, o bem-estar do ser humano, é o mesmo.

De modo a demonstrar a possibilidade de se chegar à mesma conclusão a partir do paternalismo coercitivo e a partir do paternalismo libertário, aprofundar-se-á o exemplo da cantina. Posteriormente, de modo análogo, enfrentar-se-á a problemática da escolha do paciente no ambiente médico-hospitalar.

Ao disponibilizar produtos na altura dos olhos, o proprietário da cantina está, sem sombra de dúvida, buscando influenciar a compra de seus clientes. Não há, a princípio, nessa abordagem, qualquer forma de violação ou agressão à autonomia ou à dignidade do cliente. Trata-se de uma

²⁵⁹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 161-162.

²⁶⁰ Rawls a respeito da importância do princípio da publicidade para que as partes possam deliberar de modo igualitário a respeito dos princípios a comporem uma sociedade justa: “por exemplo, não pode restringi-las por meio da divulgação de crenças falsas ou infundadas, pois nosso problema é como se deve organizar a sociedade para que se adapte aos princípios que pessoas racionais com crenças gerais verdadeiras reconheceriam na posição original. A condição da publicidade requer que as partes suponham que, na qualidade de membros da sociedade, também conhecerão os fatos gerais. O raciocínio que conduz ao acordo inicial deve ser acessível ao entendimento público” (RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 675).

²⁶¹ “As concepções que funcionariam se entendidas e acatadas por alguns poucos, ou mesmo por todos, contanto que esse fato não fosse amplamente conhecido, são excluídas pela cláusula da publicidade” (RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 560).

conduta comum, até mesmo natural, uma vez que a organização dos produtos contém uma lógica a tornar mais agradável ou intuitiva a compra. Em um primeiro momento, o proprietário, percebendo o maior interesse por produtos com altos níveis calóricos, disponibiliza-os na altura dos olhos, visando a promoção de sua compra. Nesse cenário, produtos como frutas, saladas e outros itens comprovadamente mais saudáveis se encontram em prateleiras em níveis mais baixos ou até mesmo no fundo da cantina, dificultando a visualização e o acesso. Trata-se de uma influência para que os clientes consumam o alimento flagrantemente menos saudável, passível portanto de reprovação. Agora, caso o mesmo proprietário faça uma simples inversão, alocando na altura dos olhos os produtos comprovadamente mais saudáveis, mas sem retirar, necessariamente, a possibilidade de clientes comprarem produtos prejudiciais à saúde, há certamente o respeito à ética da influência, no melhor sentido de que é razoável e publicamente justificável que qualquer empreendimento alimentício instigue seus clientes a consumirem produtos saudáveis, sem, necessariamente, excluir os demais. Mas os referidos produtos prejudiciais não deveriam ser excluídos? Em algumas situações, sim.

Seguindo adiante com o exemplo da cantina, pode-se acrescentar um terceiro cenário, no qual o produto mais saudável está na altura dos olhos e os produtos de alto índice calórico estão fora do rol de opções, uma vez que proibidos. Não parece exagero defender que alimentos com alto grau de nocividade, seja pelo nível de gordura, pelo uso de agrotóxicos ou pela mutação genética devam ser proibidos pelas autoridades públicas, restando fora do menu. Portanto, ao se falar em alimentos menos ou mais saudáveis se está trabalhando com níveis permissíveis. O exemplo brasileiro auxilia a entender limites a essa escolha. Em 17/12/2019, a ANVISA aprovou regras que limitam o uso de gorduras trans em alimentos industrializados. Segundo o site do Governo Federal,

a proposta prevê a implantação da norma em três fases, iniciando com o estabelecimento de limites de gordura trans industriais para a indústria e serviços de alimentação e prosseguindo até o banimento do uso de gordura parcialmente hidrogenada até 2023.²⁶²

De acordo com os responsáveis pela validação da regra,

a medida visa proteger a saúde da população, uma vez que o consumo eleva dessas gorduras é nocivo à saúde, por favorecer o surgimento de problemas cardiovasculares,

²⁶² Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2019/12/anvisa-aprova-regras-que-limitam-o-uso-de-gorduras-trans-industriais-em-alimentos>. Acessado em: 05.02.2022.

como o entupimento de artérias que irrigam o coração, e aumentar o risco de morte por essas doenças.²⁶³

A proibição da comercialização de produtos com gorduras trans de modo algum fere a autonomia individual, ao contrário, ao promover a saúde das pessoas há uma preocupação com o seu bem-estar, que em última análise, objetiva um mínimo de condições vitais para o melhor desempenho da autonomia e autodeterminação, que pode ser entendida como a proteção da própria dignidade.

Imagine-se que a cantina do exemplo proposto venda produtos com gorduras trans e, em razão da nova regra, deixará de comercializá-los a partir de 2023. Nesse sentido, questiona-se: essa restrição pode ser incorporada pelo paternalismo libertário ou é ajustável apenas ao conceito de paternalismo coercitivo? Certamente o paternalismo coercitivo aceitaria a referida regra, sem maiores objeções, uma vez que a fundamentação do conceito é exatamente a possibilidade de obrigar a retirada de determinada escolha, desde que sabidamente prejudicial. Ocorre que essa mesma proibição pode ser incorporada ao paternalismo libertário, pois a arquitetura da escolha parte do pressuposto que as opções ou as restrições são publicamente aceitas, ou seja, são razoáveis. Retirar de circulação produtos que contenham um alto nível de gorduras trans que, por sua vez, causam grande prejuízo à saúde das pessoas, contempla o critério da razoabilidade. O fato de manter o maior nível de opções possíveis, não quer dizer que todas as formas de processamentos alimentícios devam estar disponíveis. Uma cantina, portanto, em consonância com a arquitetura da escolha, preocupada com a ética da influência e com o princípio da transparência e da publicidade, deve instigar seus clientes a consumirem o alimento mais saudável, sem retirar, necessariamente, a possibilidade de esse mesmo cliente adquirir um produto de menor valor nutritivo, desde que esse mesmo produto esteja dentro das regras e padrões aceitáveis de saúde, segundo o órgão responsável.

Transpondo o exemplo para o ambiente médico-hospitalar, tem-se que o profissional da saúde, como arquiteto da escolha, deve indicar ao paciente os tratamentos disponíveis, mesmo que, por vezes, a escolha esteja restrita a um tratamento, ou seja, ao aceite ou à recusa. Em caso de mais de uma possibilidade de procedimento, o profissional da saúde deve influenciar o paciente para que ele aceite o tratamento com maior grau de eficácia, como se esse fosse alocado na altura dos olhos do paciente, sem negligenciar o esclarecimento quanto a outras possibilidades, mesmo que menos eficazes, mas ainda dentro dos parâmetros éticos e científicos.

²⁶³ Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2019/12/anvisa-aprova-regras-que-limitam-o-uso-de-gorduras-trans-industriais-em-alimentos>. Acessado em: 05.02.2022.

Qualquer tratamento que extrapole os limites da beneficência e não maleficência deve, assim como as gorduras trans, ficar de fora do escopo da escolha.

Suponha-se que uma mulher de 20 anos, decidida a não ter filhos, procure sua ginecologista para uma consulta a esse respeito. A paciente, leiga a respeito de legislações concernente à contracepção e à esterilização, propõe duas formas de procedimento à profissional. A primeira é a retirada total do útero, pois sendo a gestação a única função do referido órgão, não há a necessidade de mantê-lo. A segunda proposta diz respeito à cirurgia de laqueadura de trompas. A médica, mesmo consciente da alta relevância da autonomia do paciente, entende, por motivos éticos e jurídicos, que nenhuma das duas opções pode ser executada. Por mais que ambas digam respeito exclusivamente à paciente, tanto a retirada de um órgão quanto a cirurgia contraceptiva são regulamentadas por lei, sendo a primeira vinculada a uma indicação médica, no sentido de preservação da saúde do paciente, e a segunda atrelada à lei do planejamento familiar. Por mais que a paciente possa entender tais regras como violadoras de sua autonomia, tratam-se de critérios objetivos, vinculados à proteção da vida e da dignidade da pessoa humana, que evitam uma retirada desnecessária de um órgão ou um procedimento contraceptivo irreversível precoce. Pode-se dizer que são medidas paternalistas e, sem dúvida, o são, mas o paternalismo faz parte do conceito da arquitetura da escolha. Como referido anteriormente, questões flagrantemente prejudiciais ou contrárias a uma lei vigente,²⁶⁴ não devem compor as possibilidades de tratamento. A médica, responsável pela arquitetura da escolha, deve excluir do conjunto de escolhas oferecidas essas duas possibilidades e, de acordo com o as particularidades e objetivos da paciente, propor somente as opções ética e legalmente possíveis e disponíveis. Dessarte, médica e paciente chegarão a uma decisão compartilhada, na qual tanto os limites éticos e jurídicos das possibilidades, quanto a autonomia da paciente foram respeitados.

Defende-se, portanto, na mesma linha argumentativa de Sunstein, que ao deixar a pessoa livre para escolher, após ter recebido todas as formas de influências legal e eticamente corretas, leia-se, plenamente informada a respeito dos desdobramentos de cada uma das opções de tratamento, há uma tendência de promover o seu bem-estar.²⁶⁵ A coação, além de retirar a possibilidade de deliberação, partindo do pressuposto de que as pessoas não conseguirão definir, mesmo que com auxílio de um *expert*, o que é o melhor para elas, representa uma forma

²⁶⁴ Mesmo quando a lei violar um determinado direito fundamental, não cabe ao médico desrespeitar a norma em seu ambiente profissional. A alteração ou revogação de uma lei deve respeitar os procedimentos legislativos e jurídicos. Poder-se-ia falar em desobediência civil, o que não é o caso também.

²⁶⁵ SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 201.

arrogante de auxílio e, diferentemente de como defendido por Conly, não é a melhor ferramenta a fomentar o respeito pelas pessoas. A arquitetura da escolha respeita as pessoas como fim em si mesmas e não defende escolhas humilhantes, degradantes ou contrárias à ciência. Conly defende formas de coação impossibilitadoras de o agente fazer escolhas flagrantemente prejudiciais. Ocorre que essas mesmas opções não são sustentadas pela arquitetura da escolha, uma vez que a ética da influência já as retirou do rol de possibilidades, logo, sua crítica é vazia. Por fim, cita-se a lição de Sunstein: “desde que as pessoas tomem decisões informadas sobre como viver suas próprias vidas, favoreceremos uma atitude de humildade e de respeito – e, portanto, uma presunção em favor da liberdade de escolha.”²⁶⁶

3.2.3 Médico, o arquiteto da escolha – o consentimento livre e esclarecido como um documento a harmonizar a autonomia, a vulnerabilidade e o paternalismo

“Sempre que as pessoas tomam decisões, elas o fazem à luz de uma arquitetura de escolha particular, entendida como o pano de fundo contra o qual escolhem. Uma arquitetura de escolha irá cutucar.”²⁶⁷

Ultrapassada a etapa do alcance dos *nudges* e da ética da influência, cabe descrever com maior profundidade o papel do médico na função de arquiteto da escolha. Como referido em ponto anterior, o conceito de arquitetura da escolha não foi desenvolvido necessariamente para o ambiente médico. Trata-se de apenas mais um entre tantos meios sociais nos quais a arquitetura da escolha ganha aspectos práticos. Entre diversos ambientes sociais e atividades profissionais, Sunstein e Thaler citam diretamente a profissão médica: “[...] se você é um médico e deve descrever as alternativas a um paciente, você é o arquiteto da escolha”.²⁶⁸

Muito antes da discussão sobre o paternalismo libertário e a arquitetura da escolha inserida na relação médico-paciente, outros autores, preocupados com a supervalorização da autonomia do paciente, já chamavam a atenção para a necessidade de um maior diálogo. Brock, ao criticar o princípio da autonomia do paciente, não vislumbrava uma retomada ao paternalismo

²⁶⁶ No original: “so long as people are making informed decisions about how to live their own lives, we would favor an attitude of humility and respect – and hence a presumption in favor of freedom of choice”. In: SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 74.

²⁶⁷ SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 22, tradução nossa. No original: “Whenever people make decisions, they do so in light of a particular choice architecture, understood as the background against which they choose. A choice architecture will nudge”.

²⁶⁸ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: improving decisions about health, wealth, and happiness. London: Penguin Books. 2009, p. 3, tradução nossa.

médico, mas sim um ajuste a partir do diálogo. Para ele “cada um traz para o processo de decisão uma informação que falte ao outro e a comunicação necessária para a tomada de decisão que melhor serve ao bem-estar do paciente”.²⁶⁹ A observação realizada pelo autor em 1993 parece se ajustar perfeitamente ao conceito de arquitetura, bem como à ideia de ética da influência. Até mesmo, Beauchamp e Childress, os dois principais autores a inverterem a lógica do paternalismo médico, admitem que “muitas ações autônomas não poderiam ocorrer sem a cooperação material de outros tornando as opções válidas”.²⁷⁰ A validade de uma escolha pressupõe, na maioria das vezes, a participação de um terceiro, normalmente, alguém que conheça os aspectos técnicos das opções disponíveis.

Nesse sentido, surge a figura do consentimento livre e informado, o documento a fazer a ligação entre os aspectos técnicos da medicina e a anuência esclarecida do paciente em relação ao tratamento escolhido. O consentimento incorpora todos os aspectos até aqui discutidos, como o diálogo, possíveis *nudges*, a influência do médico para a melhor tomada de decisão, a transparência em relação ao procedimento a ser efetivado, o descarte prévio de opções fora do escopo da ética e da legalidade e o respeito à autonomia do paciente, que poderá, ou não, anuir com as propostas descritas, exercitando, assim, seu consentimento. Mas o consentimento, em si, já ultrapassou todas as etapas éticas e morais da tomada de decisão? O consentimento é o suficiente para se dizer que todos os limites à autonomia do paciente já foram devidamente impostos e respeitados? Certamente não.

Caso o consentimento, em si, fosse o suficiente, seria o mesmo que promover uma autonomia irrestrita, apenas com outro nome, um verdadeiro eufemismo. O consentimento deve preservar as mesmas regras éticas que vigem a respeito da autonomia. Afirmar que uma ação médica é eticamente aceitável, pelo simples fato de o paciente ter consentido, é dar plena razão àqueles que percebem grandes riscos na autonomia, como um princípio axiologicamente superior aos demais.

A passagem da autonomia para o consentimento visa, acima de tudo, a proteção da autonomia e não a sua supressão. O consentimento, em grande medida, observa a vulnerabilidade das pessoas com algum tipo de enfermidade. Há uma grande diferença entre autonomia e consentimento a ser esclarecida. Promover a autonomia é promover a dignidade da pessoa humana, é promover o melhor interesse do paciente sabendo que nem sempre sua vontade

²⁶⁹ BROCKS, Dan W. **Life and death**: philosophical essays in biomedical ethics. New York: Cambridge University Press, 1993, p. 150, tradução nossa.

²⁷⁰ BEAUCHAMP, Tom. L.; CHILDRESS, James F. **Principles of Biomedical Ethics**. 5th ed. New York: Oxford University Press, 2001, p. 64, p. 107, tradução nossa. No original: “many autonomous actions could not occur without others’ material cooperation in making options available”.

autônoma é, em si, o melhor para ele. Não raramente, como já demonstrado, ele não está apto a tomar a melhor decisão, ou, ainda mais grave, regularmente o paciente acredita estar realizando a melhor escolha, quando, de modo inconsciente, opta de modo prejudicial ao seu melhor interesse. Nesse sentido, o consentimento deve ser a confirmação de uma decisão autônoma, ou seja, aquela que já passou pelos pré-requisitos da racionalidade, da autodeterminação, da transparência, da ética da influência, da não coação e da justificação pública. Em outras palavras, a autonomia é o primeiro passo rumo ao consentimento, que representa o documento a garantir uma escolha eticamente válida por parte do paciente. Pode-se defender, portanto, que o consentimento pressupõe maiores limites do que a própria autonomia, pois o médico, enquanto arquiteto, não poderá promover opções de tratamento que ultrapassem os limites éticos e legais da medicina, mormente aqueles que venham a ferir direitos fundamentais do paciente que, por outro lado, não poderá solicitar ao médico, com fulcro em sua autonomia, tratamentos flagrantemente prejudiciais à sua própria saúde.

Cabe asseverar, portanto, que o mero fato de o paciente consentir com um tratamento não significa que ele esteja sendo considerado como fim em si mesmo. Seja a partir da ideia de autonomia ou a partir do conceito de consentimento, a instrumentalização do ser humano depende de um conteúdo ético a ser devidamente fundamentado. A máxima que afirma que o consentimento é o atestado de que a pessoa está sendo tratada como fim em si mesma é tão vazia quanto a ideia de autonomia como idêntica à de livre arbítrio. Por mais que se entenda que o consentimento é um passo adiante rumo a uma relação pautada pela ética médica e pelo respeito à autonomia do paciente, sua validade não passa a existir pelo mero aceite ou assinatura do paciente. Se esse fosse o caso, o consentimento seria um verdadeiro retrocesso, um documento a fundamentar o retorno ao paternalismo médico ou a uma liberdade de escolha exacerbada, com uma falsa moldura de respeito à autonomia. Segundo Sunstein, só há o devido respeito à autonomia e à dignidade quando ambos estão inseridos dentro do consentimento livre e informado, ou seja, quando a escolha do paciente é racional e de acordo com as opções já limitadas pela arquitetura da escolha.²⁷¹

Tanto a ética da influência quanto, principalmente, o consentimento devem observar a questão da vulnerabilidade. Diversos autores têm chamado a atenção quanto a possíveis falhas ou omissões da Bioética principialista no que concerne ao estado emocional do paciente que em razão de uma doença, tende a apresentar um grau considerável de vulnerabilidade. Buscar a promoção do mais alto respeito à autonomia quando a pessoa em questão, frente ao

²⁷¹ SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 65. No original: “I have said that autonomy requires informed choices”.

acometimento de uma doença, não apresenta as mínimas condições de deliberar de modo plenamente racional, parece exageradamente otimista. Trata-se de uma crítica bem fundamentada, merecedora da devida atenção. Defende-se a possibilidade de se encontrar uma solução para a vulnerabilidade do paciente, dentro da arquitetura da escolha, e na figura do consentimento informado.

Foi possível observar durante, o estudo do terceiro capítulo, que o conceito de ser humano como um agente plenamente autônomo carece de ajustes. May, quando elucida a diferença conceitual entre autonomia como timoneiro e autonomia como autossuficiente, parece estar de acordo com aquilo que a tese defende no âmbito da arquitetura da escolha no ambiente hospitalar.

talvez o mais importante, o conceito de autonomia como timoneiro compreende o papel central das considerações externas, incluindo a família e as relações sociais, no direcionamento do curso de nossas vidas. Com isso, evita a carga de isolamento atomístico do indivíduo das relações sociais e incentiva uma compreensão da tomada de decisão autônoma como, em última instância, feita por um indivíduo, mas dentro de um contexto de relações sociais e circunstâncias.²⁷²

Beauchamp, nesse mesmo sentido, salienta que sua principal preocupação não está em comprovar que o ser humano é capaz de se autogovernar ao ponto de individualmente sempre alcançar as melhores escolhas. O que o autor defende é que a escolha final seja respeitada e que para tanto o paciente tenha sido devidamente informado, eticamente influenciado e sua autonomia respeitada. Segundo o autor “meu interesse é mais na escolha do que na capacidade geral de governança”.²⁷³ Nesse ponto, retoma-se a discussão quanto à necessidade de transparência no diálogo médico-paciente, mesmo quando o último se encontra em um estado de vulnerabilidade causado por uma doença. Jeremy Waldron, criticando a arquitetura da escolha quando essa se baseia exclusivamente em uma influência indireta e não em um convencimento, defende que “eu gostaria, porém, que eu pudesse me tornar capaz de melhores escolhas, ao invés

²⁷² MAY, Thomas. **Bioethics in a Liberal Society**. The political framework of bioethics decision making. Maryland: The John Hopkins University Press, 2002, p. 308, tradução nossa. No original: “Perhaps most importantly, the concept of autonomy as helmsman understands the central role of external considerations, including Family and social relationships, in steering the course of our lives. In this, it avoids the charge of atomistic isolation of the individual from social relationships and encourages an understanding of autonomous decision making as ultimately made by an individual but made within a context of social relationships and circumstances”.

²⁷³ BEAUCHAMP, Tom L. Who Deserves Autonomy, and Whose Autonomy Deserves Respect? *In*: TAYLOR, James Stacey. **Personal Autonomy**. New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral philosophy. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 310-329, tradução nossa. No original: “My interest is on choice rather than general capacities for governance”.

de alguém soberano tirar vantagem (mesmo que para meu próprio benefício) da minha atual falta de poder reflexivo e intuições precárias”.²⁷⁴

Logo no início da presente pesquisa, buscou-se demonstrar que o conceito da arquitetura da escolha não fora criado especificamente para o ambiente hospitalar ou pensado para a relação médico-paciente. O grande objetivo de Sunstein e Thaler, ao desenvolverem o conceito de paternalismo libertário, da arquitetura da escolha e dos cutuques como forma de influência é potencializar o nível de bem-estar das pessoas. A obra foca o aprimoramento de escolhas em três áreas, a saber: saúde, economia e felicidade.²⁷⁵ Preocupados tanto com o aspecto irracional da tomada de decisão, bem como com o estado de vulnerabilidade em que o agente possa se encontrar para fazer uma escolha, é que os autores propõem o auxílio ativo do arquiteto da escolha, sendo, em muitas das situações, o próprio Estado o responsável pela ajuda ao agente. Por mais que os autores não abordem especificamente o tema da vulnerabilidade, não parece exagero defender que a ética da influência protege pessoas carentes de poder decisório. A escolha padrão, ou seja, aquela que o arquiteto deve influenciar em primeiro lugar, é sempre a escolha de maior eficácia, isso, é claro, levando-se em consideração aspectos científicos relacionados ao tema. Ou seja, uma pessoa em estado de vulnerabilidade, que talvez nem mesmo consiga deliberar sobre as possíveis escolhas, deverá receber o melhor tratamento disponível segundo o estado da arte da ciência médica. A arquitetura da escolha sempre pressupõe o melhor para o paciente. A única situação em que o tratamento mais eficaz não será implementado ocorrerá caso o paciente assim opte, desde que, mesmo não sendo o mais eficaz ainda se encontre no rol de tratamentos ética e juridicamente cabíveis. Caso um paciente, portanto, não demonstre o estado emocional suficiente para deliberar a respeito de um tratamento, os médicos deverão realizar o procedimento com a probabilidade de maior eficácia. Ainda, caso o paciente acredite estar em pleno gozo de suas aptidões cognitivas, mas os médicos, preferencialmente com a certificação de um psiquiatra, concluam que ele não está ponderando de modo efetivamente consciente, devem assumir uma postura paternalista, podendo desrespeitar a vontade do paciente de não realizar um tratamento ou de realizar aquele de menor eficácia. Caberá aos médicos, nesse caso específico, levar a cabo a melhor opção dentre aquelas disponíveis. Fazendo-se uma

²⁷⁴ WALDRON, Jeremy *apud* SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 92.

²⁷⁵ Segundo os autores: “muitos cutuques promovem a capacidade das pessoas de escolherem por si mesmas; eles aumentam a autonomia. Muitos cutuques combatem a discriminação com base em raça, religião e sexo e ajudam as pessoas a enfrentarem graves privações econômicas; eles promovem a dignidade”. No original: “the point holds for autonomy, dignity, and self-government as well. Many nudges promote people’s ability to choose for themselves; they increase autonomy. Many nudges combat discrimination on the basis of race, religion, and sex, and help people who face severe economic deprivation; they promote dignity”. (SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 202).

analogia com a cantina, a maçã é sempre a melhor opção, ela é a escolha padrão, logo, na falta de poder deliberativo do cliente, a maçã deve ser o único alimento ofertado.

O respeito à vulnerabilidade, nesse sentido, não está fora da arquitetura da escolha. Em verdade, toda a construção do paternalismo libertário, aliado à arquitetura da escolha e à ética da influência, parte da premissa que as pessoas com certa frequência escolhem contra o seu melhor interesse, principalmente em razão de vieses. Claro que vieses não são necessariamente uma forma de vulnerabilidade, porém, representam, em certa medida, a falibilidade da racionalidade e da deliberação humana, que se vincula com o conceito de vulnerabilidade. É premissa básica do paternalismo libertário a necessidade de se auxiliar as pessoas a tomarem melhores decisões de modo a conquistarem um maior grau de bem-estar. Pessoas em estado de vulnerabilidade jamais seriam negligenciadas pela arquitetura da escolha. Em verdade, a arquitetura da escolha ganha maiores contornos de praticidade e respeito à autonomia e à dignidade, exatamente em face a pessoas com algum grau de vulnerabilidade. Se o principal objetivo da arquitetura da escolha é implementar o bem-estar das pessoas em geral, otimizando sua autonomia e protegendo sua dignidade é, de certo modo, intuitivo pensar que pessoas em estado de vulnerabilidade receberão uma atenção ainda maior. Os cutuques devem ser proporcionais à necessidade de influência que o eleitor, no caso o paciente, necessita para tomar a melhor decisão. Às vezes, a mera disposição na altura dos olhos não será o suficiente, nem mesmo cutuques que busquem promover o convencimento racional. Encontrando-se o paciente incapaz de deliberar, a única opção a ser adotada é a melhor opção segundo a ciência

3.3 OS LIMITES DA AUTONOMIA DO PACIENTE – UM CONCEITO PRÁTICO A PARTIR DA ARQUITETURA DA ESCOLHA

“a coerção pode prevenir grandes males e ser, por isso, integralmente justificada, mas sempre tem um preço. A coerção pode ser, pesados os prós e contras, um grande ganho, mas seus efeitos diretos sempre, ou quase sempre, constituem uma perda definitiva. A ser isto verdade, há sempre uma suposição a favor da liberdade, muito embora ela possa, em alguns casos, ser sobrepujada por razões mais poderosas.”²⁷⁶

No segundo capítulo da tese, foi possível aprofundar a defesa da autonomia como fundamento da dignidade, sem que isso queira dizer que limites àquela significam, necessariamente, violações desta. A autonomia, no melhor sentido kantiano, deve estar vinculada à racionalidade da ação, que por sua vez, indica o caráter reflexivo e ético concedido

²⁷⁶ FEINBERG, Joel. **Filosofia Social**. Tradução de Alzira Soares da Rocha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 40.

à ação pelo agente. Livre arbítrio e autonomia, dessarte, não são a mesma coisa. Porém, mesmo entendendo que a autonomia fundamenta a dignidade, mesmo compreendendo ser a capacidade cognitiva o grande diferencial do ser humano em relação a outros animais, mesmo entendendo que, como proposto por Kant, a maioridade é pensar por si, restou comprovado que o ser humano nem sempre está apto a tomar as melhores decisões em seu nome e em seu interesse. Além do mais, aspectos sociais, bem como valores compartilhados e integrantes da dimensão objetiva da dignidade da pessoa humana, podem representar limites à autonomia individual.

No que concerne ao terceiro capítulo, pôde-se analisar, até o momento, que não raramente, mesmo que de modo inconsciente, o indivíduo opta pela pior escolha²⁷⁷, agindo literalmente contra o seu melhor interesse. Além das críticas comunitaristas que já chamavam a atenção para o fato de que a bioética principialista ou a bioética baseada na autonomia era excessivamente atomista e descomprometida com a vulnerabilidade dos pacientes, os estudos empíricos e científicos da ciência comportamental parecem não deixar qualquer dúvida quanto à necessidade de auxílio para a tomada de decisão. Estudos relacionados ao Sistema 1 e 2 do cérebro humano, bem como dos vieses, ampliaram a necessidade de se discutir o quão autônomas as pessoas realmente são, no momento de deliberar a respeito de variadas opções.

Preocupada exatamente com a maior proteção e promoção da autonomia e da dignidade, inclusive como pontos de partida para a análise ética e jurídica dos casos propostos, a tese encontrou no paternalismo libertário, na arquitetura da escolha e na ética da influência, a possibilidade de justificar tais valores como premissas básicas e fundamentais do presente debate, sem ignorar que não são princípios absolutos e que em diversas situações poderão ser restringidos, em nome de uma dimensão objetiva da mesma autonomia e da mesma dignidade. Trata-se de critérios vinculados à heteronomia e à dimensão objetiva da dignidade da pessoa humana. Porém, da mesma forma como se postula a necessidade de fundamentação da autonomia e da dignidade da pessoa humana, no melhor sentido de defendê-las como base de uma bioética preocupada com os interesses do paciente, entende-se que os limites devem ser igualmente fundamentados. Não basta dizer que a autonomia será limitada em nome da dignidade da pessoa humana ou em nome de um direito fundamental, é necessário elencar

²⁷⁷ Por pior escolha entende-se aquela, dentre as legalmente permissíveis e eticamente justificáveis, com menor probabilidade de promover o bem-estar da pessoa em questão. Um alimento mais calórico, um tratamento menos eficaz, uma previdência pública ou privada de baixo rendimento, entre outras situações. Além do mais, deve-se atentar para a seguinte situação. É possível que o agente escolha a opção menos benéfica de modo consciente, ou seja, entende que as demais são mais vantajosas, mas prefere naquele momento específico, arriscar e assumir a responsabilidade dos desdobramentos de sua opção. Trata-se de uma escolha livre, esclarecida e portanto merecedora de respeito. O foco da arquitetura da escolha é auxiliar as pessoas que acreditam estar escolhendo racionalmente a pior opção, quando, em verdade, estão elegendando em razão de impulsos inconscientes. É exatamente aí que reside a principal justificativa para a arquitetura da escolha.

fundamentos a essa limitação. A tese acredita fortemente em tais limitações e, por essa razão, como muito bem proposto por Feinberg, cabe a ela, fundamentá-las. A incorporação de limites à autonomia, desde que ética e juridicamente justificados, mesmo como uma forma de coerção, representa o mais profundo respeito à autonomia e dignidade da pessoa humana e não o contrário como algumas ideologias libertárias podem acreditar.

Nas seções que seguem, analisar-se-á, dentro do contexto da relação médico-paciente, quais são os limites da autonomia deste. A defesa de tais restrições parte da própria noção de autonomia e dignidade até aqui elaborada. Cabe, agora, demonstrar que não há uma contradição nesta relação proposta e que a arquitetura da escolha se encaixa perfeitamente em tais limitações.

3.3.1 Beneficência médica orientada ao melhor interesse do paciente e os limites da obstinação terapêutica irrazoável

“Como conciliar o respeito à autonomia do paciente e o dever de beneficência do profissional? Se é verdade que nada deve ser imposto ao paciente à sua revelia, deve-se por isso concordar com tudo o que pede, mesmo se o profissional julgar o que ele pede inútil, até mesmo contraindicado? De um modo mais global, o sentido das profissões médica e da enfermagem não é o da compaixão, da solicitude, da beneficência? Como conciliar isso com a autonomia?”²⁷⁸

A beneficência é um dos mais caros princípios da ética médica, que por muito tempo foi interpretado sob uma ótica exclusivamente paternalista, no sentido de que o médico, detentor do conhecimento técnico, entendia o que era o melhor para o paciente. Evidente que faz parte da essência da profissão médica proporcionar o melhor para o paciente. Não se discute o cabimento do princípio da beneficência, mas sim seu alcance e limites. Em outras palavras, pretende-se analisar nesse ponto a inversão da lógica paternalista, ou seja, a inversão do paradigma da beneficência²⁷⁹ como sendo o melhor segundo a ciência, para o que é o melhor segundo o paciente. Trata-se de um tópico de alta relevância, pois o conhecimento técnico científico do médico, bem como sua deontologia, poderá entrar em conflito com os interesses pessoais do paciente. Dizer que a beneficência médica passou a ser traduzida pela máxima: fazer o melhor de acordo com o interesse do paciente, parece vago, impreciso e carente de conteúdo ético. Se ela se bastar e for verdadeira, pode-se afirmar, então, que o paciente pode decidir por tratamentos

²⁷⁸ DURAND, Guy. **Introdução Geral à Bioética**. História, conceitos e instrumentos. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 75.

²⁷⁹ Na opinião de Durand, “a palavra *beneficência* é malvista em certos meios, ela evoca paternalismo. O juramento hipocrático, contudo, contém regras que atravessam toda a tradição deontológica: não prejudicar, promover o melhor interesse do doente” (DURAND, Guy. **Introdução Geral à Bioética**. História, conceitos e instrumentos. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 152-153).

experimentais sem aval das agências reguladoras? Poderá o paciente definir o tratamento mesmo quando esse é comprovadamente ineficaz e, dentro da lógica “risco-benefício”, apresentar possibilidades de maior prejuízo à sua saúde? Poderá o paciente optar por procedimentos claramente vinculados à obstinação terapêutica irrazoável? Um raciocínio rápido a respeito desses questionamentos parece indicar que a resposta é negativa para todos eles. Porém a fundamentação dessa limitação à autonomia do paciente, principalmente a partir do momento em que se propôs estabelecer essa mesma autonomia como ponto de partida e inserida dentro da arquitetura da escolha, é uma tarefa que exige maior reflexão.

Ao longo da exposição dos capítulos anteriores, restou clara a relevância que a autonomia e a autodeterminação do paciente passaram a desempenhar no ambiente médico.²⁸⁰ A Ética Médica, antes pautada no paternalismo, se viu obrigada a incorporar dentre os seus princípios deontológicos a autonomia do paciente. A Bioética assumiu esse princípio quase como um mantra. Para Barroso e Martel “[...] é certo que em domínios como o da Bioética, inclusive e especialmente nas pesquisas clínicas, a autonomia figura como princípio fundamental, por ser o modelo baseado no consentimento livre e esclarecido dos sujeitos”.²⁸¹

A autodeterminação do paciente passou a ser o fundamento da própria responsabilidade da tomada de decisão no ambiente médico. Brocks já chamava a atenção que “[...] a autodeterminação reflete a importância diária que as pessoas dão ao controle sobre o curso de suas vidas e, portanto, o nível de responsabilidade que elas necessitam para direcionar suas vidas”.²⁸² A partir do momento em que o paciente tem o direito de decidir pelo tratamento, podendo até mesmo negá-lo, mesmo que o resultado possa ser trágico, não se poderá acusar o médico de ter realizado uma conduta danosa, salvo em casos de uma influência antiética no momento da tomada de decisão.²⁸³

Nesse sentido, antecipa-se (a discussão é retomada em 4.2.1) a análise dos casos que envolvem Testemunhas de Jeová. Pacientes da referida religião recusam, em virtude dos seus dogmas religiosos, qualquer tratamento que envolva transfusão de sangue. Frente a essa

²⁸⁰ “Os conceitos de autonomia e autodeterminação do paciente pouco fazem parte da história da ética médica. O juramento de Hipócrates, por exemplo, nem sequer os menciona: ele se centra no dever de beneficência do médico” (DURAND, Guy. **Introdução Geral à Bioética**. História, conceitos e instrumentos. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 95).

²⁸¹ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. 2017. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021.

²⁸² BROCKS, Dan W. **Life and death: philosophical essays in biomedical ethics**. New York: Cambridge University Press, 1993, p. 151, tradução nossa.

²⁸³ Como discutido em 3.2, é necessário que haja um mínimo de ética no diálogo entre o médico e o paciente, principalmente no sentido de indicar ao paciente o tratamento com maior eficácia.

impossibilidade, questiona-se: seria legítima tal decisão, mesmo em casos nos quais a recusa resultaria invariavelmente na morte do paciente? Poderá o princípio da beneficência médica, vinculado à ideia de realizar aquilo que for melhor para o paciente, cancelar a morte em razão de uma recusa de tratamento relativamente simples? Dentre as opções da arquitetura da escolha, encontra-se também a possibilidade de as declinar, ou seja, optar por nenhum tratamento? Quais são os limites da beneficência?

Ao fazer o bem, segundo a concepção do paciente, o médico deverá levar em consideração no mínimo duas máximas: primeiramente o que seria o melhor para o paciente no sentido de reestabelecimento de sua saúde, ou seja, o que há de mais eficaz em termos médicos para a plena recuperação física do paciente. Dentro da arquitetura da escolha, essa seria a opção com maior visibilidade, aquela receber o maior grau de influência. E, em um segundo momento, já vislumbrando a obtenção do consentimento do paciente, verificar o que é o melhor segundo a compreensão de qualidade de vida do próprio paciente. Dessarte, as opções não podem ser fechadas, no sentido da coerção. Deve-se deixar em aberto a possibilidade de diálogo e a aproximação entre a melhor opção segundo a ciência e a melhor opção segundo a filosofia de vida do paciente. Poder-se-ia, a partir de análises técnicas e de grau de conhecimento entender a primeira etapa como suficiente. Porém, em uma sociedade democrática e plural, dificilmente há a possibilidade de se padronizar os tratamentos com fulcro exclusivo em sua possível eficácia estabelecida à luz da tecnologia. Assim, entende-se que a harmonia entre as duas posições antes citadas seja, dentro do possível, a situação ideal.

Não há como ignorar que conflitos entre a opinião médica (paternalismo) e a opinião do paciente (autonomia) poderão surgir. Porém, como já verificado anteriormente, mesmo que o médico possa exercer grande influência, não cabe a ele a decisão final. Por outro lado, como já demonstrado, “o respeito pela autonomia não implica o respeito a qualquer escolha pessoal”.²⁸⁴ Um importante limite à autonomia pessoal está na própria ideia objetiva de bem. Além de o médico não estar obrigado a realizar um tratamento contrário à beneficência médica, até porque esta opção encontra-se fora da arquitetura da escolha, um paciente que solicita métodos cientificamente inúteis, cuja relação risco-benefício pende claramente para o lado do risco, não deve ter o pedido atendido. Em verdade, um tratamento, experimental ou não, que gere maior risco de vida do que algum benefício, nem mesmo pode constar entre as opções ofertadas ao paciente. A ética da influência exclui possibilidades flagrantemente prejudiciais. Destarte, mesmo em situações nas quais o paciente se considera plenamente apto a debater sobre novas

²⁸⁴ SUNSTEIN, Cass. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 63.

formas de tratamento, demonstrando grande convicção quanto a um determinado medicamento, sua autonomia não é o suficiente para que o médico possa realizar a prescrição.

A autonomia encontra um importante limite naquilo que a ciência médica apresenta como possíveis tratamentos e a relação risco-beneficência atinente a eles. Por mais que se advogue pela proteção máxima da autonomia, é sempre importante ressaltar que as pessoas muitas vezes tomam decisões contrárias aos seus próprios interesses, mormente em situações de vulnerabilidade vinculadas a uma doença que poderá levar o paciente a escolhas contrárias ao seu melhor interesse e em conflito com o que a ciência médica entende como o melhor tratamento. Cabe ao médico, profissional designado a resguardar o princípio da beneficência e responsável por arquitetar a escolha, limitar as opções do paciente, protegendo assim a sua autonomia e dignidade. Se a intenção do paciente é o reestabelecimento da sua saúde, mesmo que em padrões mínimos, uma vez que a cura nem sempre é possível, não pode o médico ou a equipe médica, mesmo com o consentimento do paciente, realizar experimentos de alto risco sem o respaldo dos órgãos responsáveis pelo controle de tratamentos e medicamentos. A beneficência, em que pese nem sempre estar de acordo com aquilo que o médico entende como o melhor para o paciente, não é também, simplesmente, o que o paciente entende como o melhor, principalmente quando as consequências de suas convicções vão de encontro ao que ele mesmo entende como seu próprio bem.

Ainda há de se esclarecer os limites que a obstinação terapêutica irrazoável impõe à autonomia do paciente. Via de regra, trabalha-se o tema da obstinação irrazoável vinculada ao *ethos* médico, no sentido de desmedidamente buscar a cura de um determinado paciente, mesmo em casos irrecuperáveis, ocasionado apenas maior dor e sofrimento. Porém há de se supor o caso contrário, principalmente com o advento das diretivas antecipadas. Imagine-se uma situação na qual o paciente, ainda consciente, solicita ao médico que o mantenha vivo sob qualquer custo e qualquer mal-estar. Não importa o quão doloroso ou financeiramente oneroso um tratamento possa vir a ser, sua vontade é lutar pela vida até as últimas possibilidades. Ou, em outro cenário, o paciente deixa uma diretiva antecipada de vontade, solicitando que, mesmo que ele não possa mais responder por seus atos, não sejam medidos esforços para mantê-lo vivo, seja qual for o estado em que ele se encontre. Esse comportamento se assemelha em grande medida ao princípio da não-maleficência, ou seja, quando o tratamento deixa de proporcionar qualquer benefício, causando apenas maior sofrimento e adiando um desenrolar inevitável da doença. Por mais nobre que seja a intenção, a não-maleficência impõe um limite ao tratamento, mesmo em situações nas quais a solicitação parte exclusivamente do paciente. Tratando-se de um procedimento

flagrantemente irrazoável e portanto dentro daquilo que se entende como obstinação irrazoável, a vontade do paciente não deverá ser, necessariamente, respeitada.

Outro ponto a ser aprofundando sobre a beneficência voltada ao interesse do paciente diz respeito à situação na qual a recusa de um tratamento terá como resultado a sua morte. Em alguns casos o paciente entende que a não realização de um procedimento é uma conduta mais benéfica, seja por convicções filosóficas, seculares ou não, seja por possíveis sequelas que o tratamento acarretará. Trata-se de um ponto muito polêmico que será aprofundado em 4.1 e 4.2. Por enquanto cabe dizer, por maior estranheza que possa causar, que o resultado morte não poderá ser, invariavelmente, um limite à autonomia. Em casos pontuais, mesmo que a escolha tenha o trágico desfecho da morte do paciente, a autonomia deverá ser preservada. Dentro da arquitetura da escolha, portanto, encontra-se a possibilidade de se recusar às possíveis escolhas. Como muito bem exposto por Jonas, “o corpo é o objetivo, mas o que importa é o sujeito”²⁸⁵, ou seja, por mais que o reestabelecimento da condição física seja a principal missão da ciência médica, o que importa é o sujeito e, nesse sentido, suas convicções filosóficas a respeito de sua vida e suas escolhas pessoais.

A beneficência, a partir de uma Bioética baseada na autonomia e inserida no conceito da arquitetura da escolha, deve respeitar, em um primeiro momento, a vontade do paciente. O ponto de partida de sua interpretação é a máxima: fazer o bem segundo melhor interesse do paciente. Porém, isso não induz à conclusão de que o paciente tenha o direito de fazer o que bem entende com seu corpo ou até mesmo consentir com tratamentos flagrantemente degradantes, até porque, como demonstrado, há de se influenciar e elucidar as possibilidades para que ele tenha a plena compreensão de qual tratamento realmente representa seu melhor interesse. A influência deve respeitar a autonomia, no melhor sentido da máxima kantiana do ser humano enquanto fim em si mesmo. Ocorre que, não raramente, o paciente poderá se encontrar em um estado de vulnerabilidade ao ponto de não ter condições de deliberar de modo livre e esclarecido. Nessas situações, uma simples moldura de autonomia poderá estar a disfarçar, em verdade, estímulos inconscientes ou que não passaram pelo crivo da razão. Em tais situações, a beneficência deve ser o grande princípio da ética médica a sustentar uma atitude paternalista visando proteger o paciente de si mesmo. Não há nada de louvável em se cancelar uma escolha flagrantemente prejudicial, sob o argumento de que ela é autônoma. A arquitetura da escolha insiste na deliberação e no consentimento vinculados à racionalidade da tomada de decisão. E, mesmo assim, mesmo que pretensamente racional, nem toda opção deve ser levada a cabo, uma vez que

²⁸⁵ JONAS, Hans. **Técnica, Medicina e Ética**. Sobre a prática do princípio da responsabilidade. São Paulo: Paulus, 2013, p. 158.

outros critérios devem ser analisados. Um paciente pode sustentar que gostaria, por livre e espontânea vontade, ou seja, com seu pleno consentimento, de realizar um tratamento inútil e irrazoável segundo os padrões científicos. A tese defende, nesses casos, que a autonomia individual deve ser limitada com fundamento em uma máxima bem simples e já elucidada: tal opção não deve constar entre as possibilidades a serem disponibilizadas pelo arquiteto da escolha, no caso, o médico. Ela não ultrapassa um dos limites básicos da ética da influência, qual seja, o respeito à dignidade da pessoa humana, uma vez que o paciente será mero meio para um tratamento comprovadamente ineficaz.

3.3.2 Não-maleficência como um limite à autonomia do paciente

A separação entre beneficência e não maleficência em dois princípios distintos pode ser considerada um fenômeno recente na Ética Médica. Por muito tempo, considerou-se ambos os princípios como correlatos, uma vez que ao promover um tratamento benéfico ao paciente, estar-se-ia, automaticamente, evitando-se o mal, de modo que os referidos princípios muitas vezes se confundiam.²⁸⁶ O raciocínio não deixa de apresentar certa lógica. Porém o avanço da medicina e a quebra do paradigma do paternalismo médico obrigaram os autores de Ética Médica e de Bioética a reverem alguns conceitos. O desmembramento em dois princípios distintos parece acrescentar ainda mais ao debate. O que parecia um preciosismo conceitual tornou-se uma distinção de grande relevância, mormente quando analisados sob a ótica de casos práticos e da tomada de decisão do paciente.

Beauchamp e Childress foram os responsáveis pela incorporação da não-maleficência como um princípio da Ética Médica. Segundo eles

Este princípio obriga-nos a abster-nos de causar danos a outrem. Na ética médica, este princípio foi tratado como efetivamente idêntico à célebre máxima *Primum non nocere*: “Acima de tudo [ou primeiro] não faça mal”. Muitas vezes proclamado como o princípio fundamental na tradição hipocrática, este princípio não aparece no corpus hipocrático, e uma declaração respeitável às vezes confundida com ele – “pelo menos, não faça mal” – é a tradução forçada de uma única passagem hipocrática.²⁸⁷

²⁸⁶ Beauchamp e Childress chamam a atenção a respeito desse fato, elucidando que “alguns filósofos combinam a não-maleficência com a beneficência para formar um único princípio” (BEUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principle of Biomedical Ethics**. 7th ed. New York: Oxford University Press, 2013, p. 151, tradução nossa). No original: “Some philosophers combine nonmaleficence with beneficence to form a single principle”.

²⁸⁷ BEUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principle of Biomedical Ethics**. 7th ed. New York: Oxford University Press, 2013, p. 150, tradução nossa. No original: “this principle obligates us to abstain from causing harm to other. In medical ethics this principle has been treated as effectively identical to the celebrated maxim *Primum non nocere*: ‘Above all [or first] do not harm’. Often proclaimed as the fundamental principle in the Hippocratic tradition, this principle does not appear in the Hippocratic corpus, and a venerable statement sometimes confused with it-‘at least, do no harm’- is strained translation of a single Hippocratic passage”.

Em que pese a aparente sinonímia, a beneficência tem sido entendida majoritariamente como “promover o melhor interesse do doente”²⁸⁸, evitando que alguma forma de moral objetiva, ou seja, externa à vontade do paciente, tenha maior preponderância no momento da escolha. Esse entendimento, que promove a autonomia do paciente, busca se afastar do paternalismo médico, e poderá produzir algumas dúvidas quanto aos limites da própria beneficência. Caso o paciente entenda que o bem é a realização de um tratamento flagrantemente inútil²⁸⁹, no melhor sentido da obstinação terapêutica irrazoável, como sustentar, a partir da própria beneficência, um limite a essa escolha? Exatamente neste ponto, quando a beneficência vinculada à autonomia do paciente parece extrapolar o limite do razoável, é que há o princípio da não-maleficência para exercer papel fundamental dentro da Bioética, prestando-se como verdadeiro limite à autonomia do paciente. Certo é que a beneficência, entendida em um sentido objetivo, ou seja, daquilo que o médico acredita como o melhor para o paciente, poderá ser traduzida de modo análogo à não-maleficência. Contudo, como a beneficência se encontra majoritariamente vinculada à ideia de autonomia, acredita-se que, até por questões de clareza, trabalhar com dois princípios distintos produzirá maiores esclarecimentos do que se trabalhar com a ideia de beneficência com duplo sentido, ou seja, de não fazer o mal a outrem, e como fazer o bem de acordo com o entendimento do paciente. Defende-se, dessarte, que a não-maleficência se vincula a critérios objetivos-científicos, ou até mesmo éticos ou sociais, estabelecendo limites à autonomia do paciente a partir de uma noção heterônoma, podendo-se, nominá-la como uma beneficência em sentido objetivo. Por outro lado, a beneficência se encontra em maior contato com questões subjetivas do paciente, como interesses e valores pessoais, por exemplo. Como muito bem exposto por Clotet,

de forma geral, o princípio de não-maleficência envolve abstenção, enquanto o princípio da beneficência requer ação. O princípio de não-maleficência é devido a todas as pessoas, enquanto o princípio da beneficência, na prática, é menos abrangente.²⁹⁰

²⁸⁸ DURAND, Guy. **Introdução Geral à Bioética**. História, conceitos e instrumentos. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 153.

²⁸⁹ Durand faz uma dura crítica ao uso do termo futilidade terapêutica em razão de sua ambiguidade. Diz o autor: “o que é um tratamento *fútil*? Aquele em que as chances de sucesso são nulas? Ou aquele em que a probabilidade de sucesso é baixa? Além disso, o que é um grau de probabilidade baixo? A interpretação feita pelos médicos é variada. Para alguns, uma probabilidade de 13 a 15% é baixa. Outros só qualificam de baixas probabilidades de sucesso de 1 a 2%. [...] Levando-se em consideração essas diversas ambiguidades e tendo em vista que essa noção não acrescenta nada às regras já existentes, acredito que não há motivos para mantê-la”. (DURAND, Guy. **Introdução Geral à Bioética**. História, conceitos e instrumentos. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 168-169).

²⁹⁰ CLOTET, Joaquim. **Bioética – uma aproximação**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2006, p. 67.

Nesse sentido, a não-maleficência (ou a beneficência em sentido objetivo) desempenha verdadeiro limite à autonomia da vontade. Assim como Beauchamp e Childress, entende-se que a não-maleficência “geralmente supera outros princípios”.²⁹¹ De qualquer sorte, esse conflito só poderá ser analisado caso a caso. A prevalência da não-maleficência pode ser definida como uma regra geral, passiva de exceções. Nesse sentido, refletir a respeito dos limites entre causar um benefício e evitar um malefício é, não raramente, uma tarefa de alta complexidade, principalmente quando o paciente, com fulcro em sua autonomia, apresenta uma intenção de tratamento diversa daquela sugerida pelo médico, por sua vez, ancorado na ciência. Questões que envolvem a assim chamada *distanásia* são um bom exemplo a demonstrar os limites impostos pela não-maleficência. Etimologicamente significa (*dis*): separação, disjunção, negação + (*tanásia*):²⁹² morte, obtendo-se o conceito de prolongamento desarrazoado da vida. Como asseveram Fernandes e Goldim, trata-se de casos conhecidos também como obstinação terapêutica irrazoável: “[...] ao manter um tratamento sem qualquer benefício, sem que haja uma possibilidade de reversão do quadro de saúde do paciente, o médico estará praticando uma futilidade terapêutica”.²⁹³

Interessante notar que a *distanásia* nem sempre é incentivada unicamente pelo paciente (caso tenha deixado suas diretivas antecipadas de vontade nesse sentido) ou pelos seus familiares irredimidos com o quadro irreversível de saúde de um ente querido. Como muito bem denunciado por autores de *Ética Médica*, as faculdades de medicina fomentam o sentimento de que perder um paciente é um erro, um serviço mal prestado pelo médico responsável para aquele paciente. A respeito desse tema parece preciosa a lição do médico Atul Gawande ao sustentar que há um despreparo médico, desde a formação acadêmica, para lidar com o fato de que seus pacientes morrem, associando esse fato a um fracasso profissional. Segundo o autor:

Na ausência de uma visão coerente a respeito de como as pessoas poderiam viver plenamente até o fim, permitimos que nossos destinos sejam controlados pelos imperativos da medicina, da tecnologia e de estranho. [...] o choque para mim estava, portanto, em ver a medicina não salvar as pessoas. Em teoria, eu sabia que meus

²⁹¹ BEUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principle of Biomedical Ethics**. 7th ed. New York: Oxford University Press, 2013, p. 152, tradução nossa. No original: “nonmaleficence typically does override other principles, but the weights of these moral principles vary in different circumstances. In our view, no rule in ethics favors avoiding harm or providing benefit in every circumstance”.

²⁹² *DISTANÁSIA*. Disponível em: <<https://www.dicionariotimologico.com.br/busca/?q=orto>>. Acesso em: 28 maio 2021.

²⁹³ FERNANDES, Márcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Atividade médica em situações de final de vida e terminalidade: uma reflexão jurídica e bioética. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, de Mello Jorge (coord.). **Livro homenagem a Miguel Reale Junior**. São Paulo: GZ, 2014. p. 397-412.

pacientes poderiam morrer, é claro, mas cada morte parecia uma violação, como se as regras de um acordo com as quais estávamos jogando tivessem sido quebradas.²⁹⁴

Aliada à deontologia médica que detecta na morte uma falha profissional, percebe-se um incremento cada vez mais significativo de aparelhos capazes de manter pacientes vivos sob condições extremamente adversas. “A disponibilidade de recursos tecnológicos e os progressos científicos oferecem a ilusão de que a Medicina pode nos tornar imortais [...]”²⁹⁵, ponderam Dadalto e Savoi. O *ethos* médico contrário à morte, mais o desejo de imortalidade²⁹⁶, criaram um verdadeiro problema nos dois polos da relação hospitalar, pois médicos, pacientes e familiares buscam, por vezes de modo irracional, lutar por uma vida irrecuperável. Destaca-se que a problemática da obstinação terapêutica irrazoável não se resume exclusivamente a condutas médicas, mas também à própria autonomia do paciente, que não poderá servir de justificativa para tratamentos comprovadamente inúteis.²⁹⁷ Caso um paciente deixe por escrito, em forma de diretivas antecipadas de vontade, que tem interesse em receber toda e qualquer forma de tratamento, independentemente do sofrimento que esses possam lhe causar, mesmo em casos de comprovado irreversibilidade do quadro clínico, deve a equipe médica respeitar essa vontade? Defende-se que não. O princípio da não-maleficência deve servir de limitador inclusive de pedidos realizados pelo próprio paciente, mesmo que este, ao elaborar a redação das diretivas antecipadas de vontade, se encontre em pleno gozo de suas aptidões cognitivas. Como muito bem exposto por Dadalto e Savoi “[...] a contrariedade do testamento vital em relação às normas éticas-disciplinares²⁹⁸ configura verdadeira limitação ao conteúdo do testamento vital e, portanto, essa disposição deve ser interpretada como não escrita”.²⁹⁹ Nesse sentido, o art. 41, parágrafo único, do Código de Ética Médica preceitua que:

²⁹⁴ GAWANDE, Atul. **Mortais**: nós, a medicina e o que realmente importa no final. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015, p. 17.

²⁹⁵ DADALTO, Luciana; SAVOI, Cristiana. Distanásia: entre o real e o irreal. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito à morte digna**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017. p. 151-166.

²⁹⁶ Ver: GRAY, John. **A Busca pela Imortalidade**. Rio de Janeiro, Record, 2017.

²⁹⁷ LIMA, Andrei Ferreira de Araújo. **Dignidade da Pessoa Humana e Autonomia da Vontade**: um estudo interdisciplinar sobre os limites éticos e jurídicos nos casos de eutanásia. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) –Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

²⁹⁸ Segundo Dadalto e Savoi, “o Estado de São Paulo foi pioneiro a promulgar em 17 de março de 1999, a lei 10.241 acerca dos direitos dos pacientes. O inciso XXIII do artigo 2º dessa lei dispõe ser direito dos paciente ‘recusar tratamento doloroso ou extraordinário para tentar prolongar a vida’, deixando claro assim, que a distanásia não pode ser imposta ao doente, muito antes pelo contrário, ela precisa ser combatida” (DADALTO, Luciana; SAVOI, Cristiana. Distanásia: entre o real e o irreal. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito à morte digna**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017. p. 151-166).

²⁹⁹ DADALTO, Luciana; SAVOI, Cristiana. Distanásia: entre o real e o irreal. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito à morte digna**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017. p. 151-166.

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.

Conduas médicas que se aproximem ou se configurem como uma obstinação terapêutica irrazoável e, portanto, em desacordo com o princípio da não-maleficência podem ocorrer em diversas etapas do tratamento. Mesmo conscientes e consentindo com a opção proposta pelo médico, pacientes poderão ter sua autonomia e dignidade violadas, pois em sua grande maioria, são pessoas carentes de conhecimento técnico e científico na área médica e podem estar a receber uma influência indevida, uma verdadeira manipulação. Essa é uma das razões pelas quais o presente trabalho insiste na composição do diálogo a partir da noção da arquitetura da escolha, na qual tratamentos flagrantemente degradantes ou inúteis foram previamente descartados. Caso a proposta para a realização de um tratamento ineficaz parta do próprio paciente, a ética da influência insiste no sentido de que tal procedimento seja sumariamente descartado.

3.3.3 Os limites da autonomia frente à arquitetura da escolha

O respeito à autonomia é o ponto de partida da arquitetura da escolha. Como se falar então em limites da autonomia frente à arquitetura da escolha? O segundo capítulo da presente tese buscou fundamentar os aspectos éticos da tomada de decisão, no melhor sentido de definir o que é uma ação autônoma. Levando-se em consideração os postulados kantianos, defendeu-se que a autonomia se vincula a uma ação efetivada por impulsos racionais e não meramente instintivos ou coercitivos. Além da necessidade de estar diretamente relacionada com a capacidade cognitiva do agente, uma ação autônoma, já traduzida como eticamente correta, deve levar em consideração a regra do imperativo categórico, qual seja, tratar o ser humano sempre como fim em si mesmo e nunca, exclusivamente como meio, traduzida também como o respeito pela dignidade da pessoa humana. Porém, além das críticas ao caráter excessivamente atomista da teoria kantiana, a ciência comportamental veio a comprovar que o ser humano, mesmo acreditando estar a agir de modo racional e, portanto, de acordo com seu melhor interesse, não raramente realiza uma escolha contrária à sua vontade consciente. Em grande medida, tais escolhas que contrariam a real vontade do agente ocorrem em razão dos vieses, que são estímulos ou concepções que prejudicam uma deliberação livre e esclarecida. A arquitetura da escolha juntamente com a ética da influência, busca resolver exatamente esse problema, qual seja,

auxiliar as pessoas a tomarem as melhores decisões de acordo com seus melhores interesses, sem, com isso, manipulá-las ou coagi-las a nada.

No terceiro capítulo buscou-se demonstrar de que modo a arquitetura da escolha deve ser posta em prática. Defendeu-se que os limites à autonomia são pretéritos à arquitetura da escolha, ou seja, cabe ao arquiteto, antes da exposição das possibilidades, definir quais respeitam a autonomia, a dignidade, o princípio da beneficência médica, da não-maleficência e, logicamente, aqueles que respeitam os limites da lei. Nesse sentido, no momento do diálogo entre o médico e o paciente, todos aqueles tratamentos que violam a dignidade da pessoa humana, que ultrapassam os limites da não-maleficência, que podem ser considerados como obstinação irrazoável e que extrapolam os limites da lei, não devem nem mesmo ser mencionados. Por outro lado, e possivelmente aqui resida a questão mais complexa, defende-se que a arquitetura da escolha seja elaborada em compasso com a ética da influência, a fim de incentivar o paciente a aceitar o tratamento com maior grau de eficácia. Nesse ponto, tem-se o aprofundamento da possibilidade de manipulação e, conseqüentemente, de uma violação grave à autonomia e dignidade do paciente, pois qualquer forma de manipulação ou omissão dentro da arquitetura da escolha deve ser traduzida como uma falta de transparência, retirando a possibilidade de o paciente deliberar de modo livre e esclarecido a respeito de todas as possibilidades de tratamento e suas reais conseqüências. Por mais que a coação não seja uma forma de influência aceitável na arquitetura da escolha, portanto, sumariamente, posta de lado, a manipulação poderá assumir formas mais sutis e o paciente, sem percebê-las, acabar optando de acordo com o interesse do médico e não com o seu. Essa é uma constatação muito grave, que deve ser aprofundada sobretudo pelo fato de que só há consentimento livre e esclarecido após um diálogo transparente e ético. Dessarte, como já referido nos capítulos anteriores, qualquer forma de limitação à autonomia individual deve ser claramente elucidada ao paciente. O ônus da justificação recai sobre quem limita a autonomia e não o contrário.

A arquitetura da escolha, em conjunto com a ética da influência e levando em consideração os objetivos do paternalismo libertário, apresenta razões claras, transparentes e publicamente justificáveis para que a autonomia do paciente seja sempre o ponto de partida, uma vez que, além do respeito à sua dignidade, o objetivo final é o bem-estar de quem irá sofrer diretamente os efeitos das escolhas. Também em atenção à dignidade da pessoa humana e ao seu bem-estar, opções flagrantemente degradantes, ou que coloquem o ser humano em uma posição de mero meio para um determinado fim, devem ser previamente descartadas. Em referência às opções restantes, o arquiteto jamais deve se utilizar de fermentas manipuladoras e menos ainda de qualquer forma de coação. A influência, desde que transparente e publicamente

justificável, é uma conduta a ser promovida pelo arquiteto no melhor sentido de auxiliar o paciente a tomar a melhor decisão de acordo com os parâmetros da ciência-médica. Porém, caso o paciente, desde que em perfeito estado de higidez mental e esclarecido sobre todas as possibilidades (mesmo que venha a ser apenas uma), opte por aquela menos eficaz, ou eleja a não realização do tratamento, por mais trágico que possa vir a ser o seu desfecho, sua vontade livre e esclarecida deve ser respeitada. O arquiteto deve otimizar as escolhas, mas jamais tomá-las para si, salvo desejo expresso do paciente.

Por fim, cabe dizer que tratamentos degradantes ou ineficazes, obstinação irrazoável, não-maleficência, dimensão objetiva da dignidade da pessoa humana, leis que protejam a condição do ser humano como fim em si mesmo e evitem sua objetificação, redução das capacidades cognitivas ou estado de vulnerabilidade, solicitações de procedimentos com fulcro em fundamentos que não passaram pelo crivo da razão são situações que limitam a autonomia do paciente.

4 CONFLITOS E LIMITES REFERENTES À AUTONOMIA DO PACIENTE E À ARQUITETURA DA ESCOLHA – UMA ANÁLISE A PARTIR DE CASOS PRÁTICOS

Como medida exemplificativa, citar-se-á três temas de atual relevância no que se refere ao campo da Bioética, que comprovam a complexidade do incremento do princípio da autonomia na prática da ciência médica.

Em primeiro lugar, aprofundar-se-á o debate em torno dos casos de eutanásia. Argumentos tanto favoráveis quanto contrários ao suicídio assistido se valem dos mesmos princípios. A dignidade vinculada à autonomia, encontra-se no centro da discussão, sendo considerada por autores como Marciano Vidal, o principal argumento contrário à eutanásia:

os direitos e os valores inerentes à pessoa humana ocupam lugar importante na problemática contemporânea. A esse respeito o concílio Ecumênico Vaticano II reafirmou solenemente a iminente dignidade da pessoa humana e muito particularmente o seu direito à vida. Por isso, denunciou os crimes contra a vida, como: ‘toda espécie de homicídio, genocídios, abortos, eutanásia e o próprio suicídio voluntário’.³⁰⁰

³⁰⁰ VIDAL, Marciano. **Eutanásia**: um desafio para a consciência. Tradução de Ivo Montanese. Aparecida: Editora Santuário, 1996, p. 136.

Por outro lado, defende Hufen que a dignidade é característica integrante da autonomia, considerando-a, assim, como um dos principais princípios a mitigar o direito à vida:

A morte com dignidade e a observância de uma autodeterminação livre do paciente pertencem à área de proteção da dignidade da pessoa humana (Art. 1 I GG). Uma interpretação parcial da proteção do direito à vida não poderá reprimir a proteção da dignidade humana (*in dubio pro dignitate*). A dignidade pode, especialmente em casos de tratamento compulsórios, como por exemplo nutrição artificial compulsória, ser violada.³⁰¹

Dessarte, buscar-se-á responder se há ou não um direito à morte (digna). A arquitetura da escolha pode contar com uma opção tão trágica? Em caso afirmativo, em quais situações e sob quais pré-requisitos? Estaria o médico obrigado a realizar esse procedimento? Como resolver o conflito de consciência médica com a autonomia do paciente?

O segundo questionamento se refere à recusa de tratamentos, mormente quando essa poderá ter como consequência a morte do paciente. Um dos casos mais debatidos, mas não o único a ser analisado, refere-se aos pacientes da religião Testemunhas de Jeová. Os pacientes da referida crença recusam, em termos absolutos, a transfusão de sangue, mesmo em casos de iminente risco de vida. Tem-se aí, um conflito de no mínimo três direitos fundamentais, quais sejam: liberdade de crença religiosa, direito à vida, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana. As perguntas a serem respondidas dizem respeito ao alcance da autonomia desses pacientes e se eles podem recusar a transfusão de sangue, mesmo quando este procedimento é a única forma de mantê-los vivos. Além do mais, outros procedimentos que não envolvam necessariamente a transfusão de sangue podem ser a única opção para o reestabelecimento da saúde do paciente e ele, por questões de consciência não religiosa, ou seja, secular, posiciona-se de modo contrário, optando pela não realização, mesmo que a consequência seja sua morte. Como resolver esse conflito? A autonomia deve ser limitada quando a recusa do tratamento pode causar a morte?

O último exemplo versará sobre pacientes em estado vegetativo permanente, envolvendo o prolongamento da vida em situação irreversível, nos casos tal conduta poderá se configurar como obstinação irrazoável. Além do mais, verificar-se-á como exercer a proteção

³⁰¹ HUFEN, Friedhelm. *In dubio pro dignitate. Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens* In: THIELE, Felix (org.). **Aktive und Passive Sterbehilfe: Medizinische, Rechtswissenschaftliche und Philosophische Aspekte.** München: Wilhelm Fink Verlag, 2010, p. 90, tradução nossa. No original: “Das Sterben in Würde und die Beachtung eines freier Selbstbestimmung geäußerten Patientenswillen gehören zum Schutzbereich der *Menschenwürde* (Art. 1 I GG). Ein einseitig interpretierter Lebensschutz darf insofern den Schutz der *Menschenwürde* nicht verdrängen (*in dubio pro dignitate*). Die *Menschenwürde* kann insbesondere in Fällen der Zwangsbehandlung bzw. Zwangernährung berührt sein”.

da autonomia e da dignidade, quando todos os atos estiverem reservados aos representantes legais do paciente.

Importante esclarecer que esses três exemplos de casos práticos a servirem de apoio para a verificação da eficácia da aplicação do conceito de arquitetura da escolha na relação médico-paciente, vinculam-se ao fato de que todos dizem respeito a procedimentos cuja consequência é suportada exclusivamente pelo paciente.

Com isso quer-se dizer que outros temas de grande relevância para a Bioética e de difícil consenso moral como o aborto e a eugenia³⁰², não serão analisados neste momento. A escolha se deve ao fato de ambos demandarem um estudo pormenorizado daquilo que hoje se entende como o início da vida. Como amplamente referido, o principal escopo do trabalho está associado à autonomia da vontade a partir dos postulados kantianos, suas reinterpretações e o conceito de arquitetura da escolha. Acredita-se que, para uma discussão profícua a respeito dos dois temas aqui referidos, seria necessário um novo referencial teórico, ou até mesmo, um novo olhar para as teorias kantianas, buscando compreender se casos como aborto envolvem unicamente a autonomia da mãe ou se é necessário levar em consideração questões como proteção do nascituro e até mesmo conflitos entre duas pessoas. A eugenia, do mesmo modo, escapa ao conceito de autonomia do paciente, uma vez que se está a falar da manipulação genética e da interferência humana no desenvolvimento da vida.

Dessarte optou-se por trabalhar com exemplos, nos quais os conflitos estão restritos ao paciente, ou seja, possíveis divergências entre a sua autonomia, sua dignidade, sua crença religiosa, sua filosofia de vida, seu planejamento familiar e outros direitos fundamentais pessoais que possam entrar, ocasionalmente, em choque.

³⁰² Em relação à eugenia cabe a lição a seguinte lição de Habermas: é bastante contundente afirmar que as intervenções eugênicas e para modificação genética poderiam alterar a estrutura geral da nossa experiência moral. Isso nos permitiria entender que, em alguns aspectos, a técnica genética irá nos confrontar com questões práticas, que se referem a *pressupostos* de julgamentos de ações morais. O deslocamento entre da “fronteira entre o acaso e a livre decisão” afeta *de modo geral* a autocompreensão de pessoas que agem de forma moral e se preocupam com a própria existência. Ele nos torna conscientes das relações entre nossa autocompreensão moral e o pano de fundo da ética da espécie (HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 40).

4.1 INTRODUÇÃO AO DEBATE QUANTO A UM POSSÍVEL DIREITO À MORTE DIGNA

“A primeira reação quanto ao título dessa pesquisa deve ser assombrosa. O direito à morte: que combinação curiosa de palavras! Quão estranho que hoje em dia nós devamos falar sobre um direito à morte, quando há muito todas as conversas sobre direitos foram reservadas, principalmente, ao mais fundamental de todos os direitos: o direito à vida.”³⁰³

Como muito bem exposto por Jonas, a primeira impressão ao se trabalhar a temática de um possível direito à morte gera estranheza e, atrelada a ela, grande polêmica. Assumir a possibilidade de um direito à morte é, acima de tudo, assumir a possibilidade de relativização de direitos fundamentais. Não faria qualquer sentido se advogar pelo caráter absoluto do direito à vida e, ao mesmo tempo, buscar fundamentos a um pretenso direito à morte. Parte-se do pressuposto, portanto, que nem mesmo o direito fundamental à vida é absoluto, de modo que poderá entrar em conflito com outros direitos fundamentais, gerando novas regras de acordo com a peculiaridade de cada situação. Antes de se analisar quais seriam os critérios a definirem a possibilidade de um direito à morte, é necessário verificar a sua possibilidade, bem como seus fundamentos. Verificar-se-á, primeiramente, a origem do conflito entre alguns direitos fundamentais, para, na sequência, definir os parâmetros de um possível direito à eutanásia.

4.1.1 O conflito e a conformação entre a dignidade da pessoa humana, o direito fundamental à vida e ao livre desenvolvimento da personalidade. Há um direito à morte (digna)?

Em que pese a afirmação da possibilidade de relativização do direito à vida, é importante esclarecer que tal deve ocorrer apenas em casos absolutamente excepcionais. Uma possível violação do direito à vida, mesmo quando diga respeito à pessoa com ela mesma, como é nos casos de eutanásia, só poderá ser chancelada frente a critérios objetivos. O direito à vida é a condição para todos os outros direitos fundamentais³⁰⁴, de modo que não é um exagero incluí-lo no topo de uma ordem axiológica daqueles. Infelizmente, não foram raros os momentos

³⁰³ JONAS, Hans. **Technik, Medizin und Ethik**: Zur Praxis des Prinzips Verantwortung. Frankfurt: Insel Verlag, 1990, p. 242, tradução nossa.

³⁰⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**: artigos 1º a 107. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 446. Na Constituição portuguesa, o direito à vida encontra-se assegurado no art. 24. 1. A vida humana é inviolável. 2. Em caso algum haverá pena de morte.

históricos nos quais a vida, e, conseqüentemente os indivíduos, foi qualificada de acordo com a cor de pele, com o *status* social, com a carga cultural, com a fé professada, entre tantas outras formas de discriminação que reduziram o verdadeiro caráter do direito à vida. Nesse sentido, a grande maioria das constituições modernas prescrevem o direito à vida como absoluto ou inviolável. Mas qual seria o alcance desses dois predicados? Seria absoluto no melhor sentido de invariavelmente se sobrepor quando em conflito com outros direitos fundamentais? Seria inviolável no sentido de proteção máxima e sequer passível de ponderação com outros direitos fundamentais?

Para Canotilho, “[...] o direito à vida significa, primeiro e acima de tudo, direito de não ser morto, de não ser privado da vida”³⁰⁵, ou seja, frente às variadas atrocidades cometidas pelo ser humano, muitas vezes em nome do Estado, contra o direito à vida, é natural que as constituições modernas reservassem um local de destaque para a proteção da vida. Trata-se, portanto, em um primeiro momento, de um dever de prestação estatal (dimensão objetiva), tanto no sentido de proteção de indivíduos perante terceiros, quanto em relação ao próprio Estado.

A constituição alemã, de modo similar à portuguesa, preleciona a inviolabilidade do direito à vida.³⁰⁶ Alguns constitucionalistas como Starck, por exemplo, entendem que essa adjetivação já seria o suficiente para impedir qualquer forma de suicídio. Para ele, nem mesmo pacientes com doenças incuráveis e terminais têm o direito de abreviar sua vida sustentando que “o consentimento de pacientes com doenças incuráveis para o suicídio ativo não é fundamento para o término da vida”.³⁰⁷

Martinez, autor espanhol, com obra dedicada ao tema da eutanásia, concorda com a impossibilidade de se justificar um direito à morte a partir da relativização do direito à vida. Para o citado autor, o direito à vida representa uma dimensão objetiva, com um valor comunitário, e um valor subjetivo, no sentido de se permitir que o cidadão desenvolva sua personalidade. O

³⁰⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**: artigos 1º a 107. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 447.

³⁰⁶ Na Constituição alemã: “Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden”. (Art. 2. Inciso II. Todos têm o direito à vida e a integridade do corpo. A liberdade da pessoa é inviolável. Esses direitos só poderão sofrer intervenção em razão de lei [tradução livre].) Cf. ALEMANHA. Constituição (1949). **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. Disponível em: https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01/245122. Acesso em: 21 out. 2021.

³⁰⁷ STARCK, Christian. **Bonner Grundgesetz Kommentar**: Band 1, Präambel, Art. 1-19. München: Verlag Franz Vahlen, 2009, p. 280, tradução nossa. No original: “Staatliche betriebe Kliniken, in denen unheilbar Kranke den ‚Gnadentod‘ erhalten können (aktive Sterbehilfe), sind nicht erlaubt, weil der Staat Eingriffe in das Leben vornehmen würde. Dasselbe gilt für privat betriebe Kliniken. Auch das Leben unheilbar Kranker ist durch art. 2. Abs. 2, S. 1. geschützt, Einwilligen unheilbar Kranker in den Gnadentod sind keine Grundlage für die Auslöschung des Lebens”.

valor comunitário da vida, como um bem inviolável, é o suficiente, segundo o autor, para proibir qualquer forma de suicídio assistido.³⁰⁸

Entre nós, em obra recém-lançada, cabe a lição de Kronbauer e Oliveira que defendem a autopreservação, ou seja, a manutenção da vida, como uma atitude racional voltada ao valor intrínseco e absoluto deste bem, que em nenhuma hipótese deve ser violada, já que é condição básica para o respeito e proteção da dignidade da pessoa humana.³⁰⁹ Além de Tartuce, que entende que o direito à vida quando em conflito com outros direitos fundamentais deverá prevalecer.³¹⁰

Em contrapartida, muitos são os autores que, mesmo reconhecendo o direito à vida como hierarquicamente superior aos demais, entendem que esse, em casos excepcionais, poderá ser relativizado e até mesmo, em último caso, renunciado. Para os referidos autores, não há contradição ao se entender o direito à vida como absoluto, no sentido de uma dimensão objetiva carente de proteção estatal, e ao mesmo tempo como passível de conflito e relativização com outros direitos fundamentais,³¹¹ com fulcro em uma dimensão subjetiva desse mesmo direito. Defenderão que há um direito de não ter sua vida violada, mas que não há uma obrigação de se viver³¹², mormente quando em face de uma doença incurável, terminal e causadora de grande sofrimento. A manutenção meramente quantitativa da vida, contra a vontade do paciente, em

³⁰⁸ “Es legítimo impedir la puesta en peligro de uno mismo y la voluntad de morir en los casos en los que los bienes jurídicos de la comunidad o los derechos de terceros no se vean afectados. Pues bien, entre esos bienes que permiten justificar la prohibición de la ayuda a morir se encuentra la obligación de protección estatal de la vida humana y el respeto de la vida como valor (también) de la comunidad (y no sólo del individuo), así como los argumentos de potenciales errores y abusos”. (MARTÍNEZ, Fernando Rey. **Eutanasia y derechos fundamentales**. Madrid: Tribunal Constitucional – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 192).

³⁰⁹ Junges, também se posiciona de como contrário à possibilidade da eutanásia, “o pedido de eutanásia expressa a sensação de abandono e de solidão que impossibilita descobrir realidades imersas no fundo do eu e partilhar significados que poderiam enriquecer esse último momento. Nesse sentido, a decisão pela eutanásia, querendo levar a termo uma vida considerada sem qualidade em seu último percurso. O problema está na mentalidade individualística que move essa decisão. Numa concepção relacional da vida, o processo de morrer pode ter outra resposta, dando-lhe precisamente qualidade humana”. (JUNGES, José Roque. **Bioética hermenêutica e casuística**. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 200).

³¹⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 123.

³¹¹ Nesse sentido, Hans-Detlef Horn: “[...] o bem jurídico da vida claramente representa um alto valor na ordem constitucional. Por outro lado, ele permanece como um direito relativo; nem sempre ele poderá prevalecer em relação a outros bens jurídicos. [...]”. In: “Das Rechtsgut Leben stellt in der Verfassungsordnung zwar einen – Höchstwert-dar. Dennoch bleibt es ein relatives Rechtsgut; nicht immer kann es gegenüber anderen Rechtsgütern Vorrang beanspruchen (BVerfGE 88, 203 [253 f.]). Doch in seiner hochrangigen Bedeutung ist das Leben zugleich ein unteilbares Rechtsgut. Die Irreversibilität lebensbeender Maßnahmen verlangt, dass das Recht auf Leben nur unten engen Voraussetzungen und nur zum Schutze mindestens ebenso hochrangiger Rechtsgüter beschränkt werden darf. Erforderlich ist in diesem Sinne ein nicht nur abstrakter (Rechtsgüter-) Abgleich, sondern eine konkrete Gewichtung und Abwägung der konfluierenden Rechtsgüter im jeweiligen Kontext” (STERN, Klaus; BECKER, Florian. **Grundrechte-Kommentar**. 2. Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2015, p. 242).

³¹² KRAUT, Jorge Alfredo. **Los derechos de los pacientes**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 74.

respeito a uma regra que condiciona a vida como um direito absoluto, não deve ser necessariamente aspirada.³¹³

A principal justificativa para se considerar o direito à vida como relativo encontra-se no domínio de sua dimensão subjetiva. Schulze-Fielitz, por exemplo, defende que em um possível conflito entre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito à vida, a autonomia individual poderá fundamentar o direito à morte.³¹⁴ Hufen, levando em consideração a Constituição Alemã, entende que do conflito entre vida, dignidade e autonomia, poderá emergir um direito à morte, principalmente pelo fato de que a violação da autonomia do paciente poderá representar a violação de sua dignidade. Para o autor:

A morte com dignidade e a observância de uma autodeterminação livre do paciente pertencem à área de proteção da dignidade da pessoa humana (Art. 1 I GG). Uma interpretação unilateral da proteção do direito à vida não poderá reprimir a proteção da dignidade humana (*in dubio pro dignitate*). A dignidade pode, especialmente em casos de tratamento compulsórios, como por exemplo nutrição artificial compulsória, ser violada.³¹⁵

Dworkin, partindo de um viés liberal, entende que a recepção do direito à vida como inviolável e absoluto fere a autonomia individual. Por mais que a vida apresente um valor intrínseco, deve-se levar em consideração o valor atribuído a este direito pela pessoa em questão, que no caso do presente trabalho seria o paciente. As preferências e interesses pessoais de cada indivíduo devem ser respeitadas³¹⁶ e dentro do possível tuteladas. Claro que nem toda preferência ou interesse individual, mesmo que diga respeito exclusivamente à pessoa em questão, contempla um núcleo ético, discussão que já foi ultrapassada pela presente pesquisa em 2.1, 2.2 e seus respectivos subtítulos, bem como quando da definição dos limites da autonomia

³¹³ KRESS, Hartmut. **Ética médica**. São Paulo: Loyola, 2008, p. 287.

³¹⁴ Conforme Schulze-Fielitz, “de acordo com a reserva legal (art. 2º II 3º da Lei Fundamental), o direito à defesa da vida não é tutelado de forma absoluta, mas relativamente diferenciado”. (SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. **Grundgesetz Kommentar**: Band I, Artikel 1-19. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 429, tradução nossa). No original: “Das Abwehrrecht auf Leben ist ausweislich des Gesetzesvorbehalts (Art. 2 II 3 GG) nicht absolut, sondern relative differenziert geschützt”. Nesse mesmo sentido, SACHS, Michael. **Grundgesetz Kommentar**. München: Verlag C. H. Beck, 2011, p. 167. E também, Tiedemann: “a vida é um importante, de muito alto posicionamento, mas não é um valor inviolável” (TIEDEMANN, Paul. **Was ist Menschenwürde?** Darmstadt: WBG, 2006, p. 85, tradução nossa). No original: “Das Leben ist ein wichtiger, sehr hoch angesiedelter, aber es ist kein unhintergebarer Wert”.

³¹⁵ HUFEN, Friedhelm. *In dubio pro dignitate*. Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens *In*: THIELE, Felix (org.). **Aktive und Passive Sterbehilfe**: Medizinische, Rechtswissenschaftliche und Philosophische Aspekte. München: Wilhelm Fink Verlag, 2010, p. 90, tradução nossa. No original: “Das Sterben in Würde und die Beachtung eine freiere Selbstbestimmung geäußerten Patientenswillen gehören zum Schutzbereich der Menschenwürde (Art. 1 I GG). Ein einseitig interpretierter Lebensschutz darf insofern den Schutz der Menschenwürde nicht verdrängen (*in dubio pro dignitate*). Die Menschenwürde kann insbesondere in Fällen der Zwangsbehandlung bzw. Zwangsernährung berührt sein”.

³¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 275.

do paciente dentro da arquitetura da escolha em 3.3 e seguintes. O que se busca esclarecer diz respeito à possibilidade de a autonomia individual, em casos excepcionais, mitigar o direito à vida, já que, no entendimento da presente tese, não se trata de um direito absoluto.

Feinberg, também levando em consideração a constituição americana, entende que “[...] o direito à morte é simplesmente o outro lado da moeda do direito de viver”³¹⁷, não existindo qualquer impedimento legal àqueles que desejam levar a cabo, dentro de critérios objetivamente estabelecidos, a sua própria morte. A dimensão subjetiva do direito à vida, portanto, contemplaria por si só um direito a morrer. Outro texto de grande impacto nos E.U.A, cujo título era: Suicídio Assistido: A petição dos filósofos (*Assisted suicide: The Philosopher’s Brief*)³¹⁸, assinada pelos filósofos Ronald Dworkin, John Rawls, Thomas Nagel, Robert Nozick, entre outros, foi a responsável por reascender o debate sobre a possibilidade de se auxiliar alguém a morrer. Trata-se de uma petição, na qual, os referidos filósofos participaram como *amicus curiae* nos processos *Glucksberg v. Washington* e *Vacco v. Quill*, ambos casos de auxílio a suicídio julgados pela Suprema Corte Americana. A linha argumentativa da petição aloca fundamental importância à autonomia, considerando-a como parte nuclear da dignidade, lembrando de forma indireta a construção kantiana. Entendem, assim, que intervenções estatais no âmbito das escolhas pessoais ferem, automaticamente, a dignidade da pessoa em questão. Para os autores, preferências pessoais e atos individuais devem prevalecer, mesmo em casos de conflito com a vida, em que o resultado será a morte.³¹⁹

A doutrina nacional não se encontra distante do até agora discutido, ou seja, em que pese ter sido positivado como um direito inviolável, pode-se dizer que, majoritariamente, como defendido por Sarlet, “[...], não se poderá reconhecer que o direito à vida assume a condição de um direito absoluto, no sentido de absolutamente imune às intervenções legítimas sob o ponto de vista jurídico-constitucional”.³²⁰ Barroso igualmente defenderá que não se trata de um direito

³¹⁷ FEINBERG, Joel. Voluntary euthanasia and the inalienable right to life. *Philosophy & Public Affairs*, v. 7, n. 2, p. 93-123, winter 1978, tradução nossa. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2264987>. Acesso em: 20 nov. 2021. No original: “[...] the right to die is simply the other side of the coin of the right to live”.

³¹⁸ Para um resumo com maiores detalhes sobre a petição em análise, ver: LIMA, Andrei Ferreira de Araújo. **Dignidade da Pessoa Humana e Autonomia da Vontade**: um estudo interdisciplinar sobre os limites éticos e jurídicos nos casos de eutanásia. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 59.

³¹⁹ FEINBERG, Joel. Voluntary euthanasia and the inalienable right to life. *Philosophy & Public Affairs*, v. 7, n. 2, p. 93-123, winter 1978. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2264987>. Acesso em: 20 nov. 2021. No original: “[...] just as we have rights to come or go as we choose, to read or not to read, to speak or not to speak, to worship. Or not worship, to buy, to sell, or sit tight, as we please, so we have a right, within the boundaries of our own autonomy, to live or die, as we choose”.

³²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direito à vida. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 362.

absoluto³²¹, ao passo que Piovesan e Dias aprofundam o tema justificando que nem toda renúncia³²² a um direito fundamental é uma medida inconstitucional.³²³

Nesse ínterim, reforça-se a discussão em torno da dimensão objetiva e subjetiva do direito à vida. Enquanto de um lado há a necessidade de proteção e promoção por parte do Estado (*status* positivo), de outro há a esfera privada e individual que concerne exclusivamente à pessoa em posse desse direito (*status* negativo). Dessarte, questiona-se: mesmo não sendo a vida um bem absoluto, pode o Estado intervir na esfera privada, ou seja, na dimensão subjetiva de um indivíduo que viole, de modo irracional, seu próprio direito fundamental?

Tendo em vista o valor transindividual que a dimensão objetiva confere aos direitos fundamentais representando valores comunitários, certo é que essa dimensão poderá, em determinados casos, significar alguma forma de restrição à dimensão subjetiva, preservando o núcleo essencial do direito afetado. Eis o caso de pessoas com tendências suicidas que, em virtude de depressão, passam a desejar a morte, porém de modo irracional. Tais indivíduos carecem de auxílio externo, sendo função do Estado, na falta de um ente familiar, tomar as medidas cabíveis para salvaguardar a saúde dessas pessoas.³²⁴

Porém, tratando-se de pessoa plenamente capaz e em pleno gozo de suas capacidades cognitivas, poderia existir uma prevalência da dimensão subjetiva em relação à objetiva no que concerne ao direito à vida? Putz e Steldinger, por exemplo, entendem que sim.

[...] independentemente do direito à autodeterminação, o paciente também possui um direito fundamental de salvaguardar sua integridade física. A partir disso, deduziu-se

³²¹ Segundo Barroso: “[...] qualquer desprezo pela vida humana, mesmo nas circunstâncias mais adversas é suspeito [...], mas nem mesmo o direito à vida é absoluto”. *In*: BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. 2017. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf. Acesso em: 15 nov. 2021

³²² A respeito do aprofundamento do tema da renúncia de direito fundamental, sugere-se: ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.

³²³ Conforme Piovesan e Dias: “[...] a renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido da sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual”. (DADALTO, Luciana; SAVOI, Cristiana. *Distanásia: entre o real e o irreal*. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito à morte digna**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017. p. 151-166).

³²⁴ Nesse sentido, Tiedemann, mesmo favorável a um direito à morte, entende que “[...] muitas vezes, a solicitação de auxílio ao suicídio deve ser compreendida como um grito de ajuda e como expressão do anseio por uma vida plena. Nesses casos, o respeito pela vontade da pessoa em questão obriga o Estado a estendê-lo a mão e impedi-lo de se suicidar. Porque, em realidade, ele não quer morrer, mas sim ter uma vida satisfatória” (TIEDEMANN, Paul. **Was ist Menschenwürde?** Darmstadt: WBG, 2006, p. 85, tradução nossa). No original: “Er dürfte oft eher als ein Hilfeschrei aufzufassen sein und als Ausdruck der Sehnsucht nach einem erfüllten Leben. In einem solchen Fall gebietet es der Respekt vor dem Willen des Betroffenen sogar, ihm in den Arm zu fallen und ihn am Selbstmord zu hindern. Denn er will in Wahrheit gar nicht sterben, sondern nur erfüllter leben”.

que quando há um direito à inviolabilidade da vida e do corpo, então também há em forma de um direito negativo à vida, de não estar obrigado a viver. Pode-se se dizer que existe um direito negativo à vida, legalmente garantido, pois, em qualquer caso, o direito fundamental à inviolabilidade e integridade do corpo protegem contra intervenções desautorizadas. O paciente de modo autônomo pode, portanto, decidir sobre o modo e a gravidade das medidas médicas.³²⁵

Esclarece-se, contudo, que a dimensão subjetiva do direito à vida, por mais que represente um *status* negativo em relação ao Estado, não se basta para sustentar um direito à morte. Por mais que, como visto anteriormente, Feinberg entenda que se trate meramente do outro lado da “moeda”, esse não é o posicionamento aqui defendido. De modo a justificar um possível direito à morte digna, é imprescindível a leitura do direito à vida, mormente em relação à sua dimensão subjetiva, em conjunto com o princípio da dignidade da pessoa humana, e com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Apenas após a verificação de um conflito e a justa conformação entre esses três institutos jurídicos, será possível justificar, minimamente, o direito à eutanásia. Como muito bem referido por Kloepfer, há uma tensão específica “[...] quando se trata a vida e a dignidade não de forma sucessiva, mas em conjunto, como uma unidade; quando se compreende o ‘e’ não de forma consecutiva, mas de forma conjugada”.³²⁶ Para o mesmo autor, quando “[...] uma vida plenamente digna não parece possível, e a dignidade fala em prol da cessação da vida, ou pelo menos parece falar nesse sentido [...]”³²⁷, torna-se inevitável a discussão quanto a um direito à morte. De modo muito similar, entre nós, Sarlet, defende que “[...] é preciso enfatizar que por mais forte que seja essa conexão, dignidade e vida não se confundem! Cuida-se de direitos humanos e fundamentais autônomos, que, além disso, podem estar em relação de tensão e mesmo de eventual conflito”.³²⁸

Cabe ressaltar, como demonstrado em 2.2.2, que a raiz da grande discussão na Bioética se encontra exatamente na justificação da dignidade da pessoa humana, ou seja, em relação ao

³²⁵ PUTZ, Wolfgang; STELDINGER, Beate. **Patientenrechte am Ende des Lebens: Vorsorgevollmacht, Patientenverfügung, Selbstbestimmtes Sterben**. München: DTV, 2016, p. 303, tradução nossa. No original: “Unabhängig vom Selbstbestimmungsrecht hat der Patient auch ein Grundrecht auf Wahrung seiner körperlichen Unversehrtheit. Daraus ist abgeleitet worden, wenn es ein Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gebe, dann gebe es in Form der ‚negativen Freiheit‘ ein Recht darauf, nicht (mehr) leben zu müssen. Ob ein solches grundrechtlich gesichertes ‚negatives Lebensrecht‘ besteht, kann hier dahinstehen, weil jedenfalls das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit und Integrität gegen nicht konsentierete Eingriffe schützt. Der Patient selbst kann also über die Art und die Schwere ärztliche Maßnahmen verfügen”.

³²⁶ KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 147.

³²⁷ KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 149.

³²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direito à vida. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 354.

seu conteúdo subjetivo e objetivo. Mesmo nos casos de eutanásia, percebe-se que autores utilizam a dignidade para defender a máxima proteção do direito à vida³²⁹, enquanto outros fundamentam a partir da mesma dignidade, mas agora apoiada na autonomia, a razão para realizar uma defesa da eutanásia. Trata-se do mesmo princípio jurídico-constitucional a fundamentar soluções práticas opostas.³³⁰ Ciente desta realidade, Martínéz propõe a retirada da dignidade da pessoa humana da discussão, pois, segundo o autor

[...] la construcción jurídica del concepto se ve rodeada de tres dificultades específicas. La primera es que la idea de dignidad es una idea axiológicamente abierta que debe compaginarse con la diversidad de valores y el pluralismo que se manifiestan en las complejas sociedades democráticas contemporáneas.³³¹

Concorda-se com Martínéz a respeito da dificuldade de se estabelecer o conteúdo da dignidade da pessoa humana. Por outro lado não poderá essa dificuldade ser o principal argumento para retirá-la do debate a respeito do conflito entre direitos fundamentais e o princípio que justifica grande parte das constituições modernas. Retirar a dignidade do debate é esvaziar a discussão, é retirar o próprio núcleo dos direitos fundamentais. Admite-se, por mais que a presente pesquisa já tenha demonstrado seu entendimento quanto a fundamentação da dignidade da pessoa humana, diversas outras formas de justificação e abordagens, porém entende-se que aquelas que excluem a dignidade da discussão a respeito de problemas práticos do campo da Bioética, são minimamente frutíferas.

³²⁹ Nesse sentido, ver: Marciano Vidal: “[...] os direitos e os valores inerentes à pessoa humana ocupam lugar importante na problemática contemporânea. A esse respeito o concílio Ecumênico Vaticano II reafirmou solenemente a iminente dignidade da pessoa humana e muito particularmente o seu direito à vida. Por isso, denunciou os crimes contra a vida, como: “toda a espécie de homicídio, genocídio, abortos, eutanásia e o próprio suicídio voluntário” (VIDAL, Marciano. **Eutanásia**: um desafio para a consciência. Tradução de Ivo Montanese. Aparecida: Editora Santuário, 1996, p. 32).

³³⁰ Teifke, nesse sentido, expõe: “[...] a dignidade humana no fim da vida é discutida acima de tudo em conexão com a eutanásia, mas também em relação à necessidade de cuidados paliativos. A questão da admissibilidade da eutanásia ativa poderá encontrar na dignidade tanto um argumento favorável quanto contrário a ela, dependendo se o direito à autodeterminação é considerado como elemento da dignidade da pessoa humana ou se o direito à vida é considerado como base vital da dignidade”. (TEIFKE, Nils. **Das Prinzip Menschenwürde**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 95, tradução nossa). No original: “Die Menschenwürde am Ende des Lebens wird vor allem im Zusammenhang mit der Sterbehilfe diskutiert, aber auch in Bezug auf die Pflegebedürftigkeit viele Menschen. Bei der Frage nach der Zulässigkeit der aktiven Sterbehilfe wird mit der Menschenwürde sowohl dafür als auch dagegen argumentiert, je nachdem, ob entweder aus dem Recht auf Selbstbestimmung als Element der Menschenwürde oder auf das Recht auf Leben als ‚vitale Basis‘ der Menschenwürde abgestellt wird”.

³³¹ MARTÍNEZ, Fernando Rey. **Eutanasia y derechos fundamentales**. Madrid: Tribunal Constitucional – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 164.

O direito à eutanásia, traduzido igualmente como o direito à morte digna, não carrega consigo o termo “digna” como uma mera formalidade³³². Trata-se do próprio conteúdo deste direito. Com o acréscimo do termo, busca-se esclarecer que não é um direito indiscriminado à morte, ou seja, um direito ao suicídio sob toda e qualquer circunstância. O direito à morte digna busca estabelecer limites, pré-requisitos, critérios objetivos para, aí sim, reconhecê-lo.³³³ Em outros termos acredita-se que não há um direito à morte, mas, sim, à morte digna. Quando se está a trabalhar conceitos como eutanásia, ortotanásia, suicídio assistido etc., se está, automaticamente, ao menos no que concerne aos postulados da presente tese, a defender o reconhecimento de um direito à morte digna.

Até o presente momento, não há no Brasil qualquer lei, ou até mesmo julgamento do Supremo Tribunal Federal, que verse a respeito de um possível direito à morte digna. O mais próximo que se tem a legislações que discutem o tema da eutanásia são as resoluções do Conselho Federal de Medicina, com destaque para a Resolução 1.805/2006 sobre a possibilidade de o paciente reivindicar a ortotanásia e a Resolução 1995/2012, que versa sobre as diretivas antecipadas da vontade do paciente.

A partir do estudo das resoluções, bem como do novo Código e Ética Médica, percebe-se uma tentativa de aproximação com a evolução da Ética Médica no mundo ocidental, ou seja, um maior respeito e reconhecimento da autonomia do paciente. Termos como: autonomia

³³² A respeito da importância do acréscimo da expressão “digna” a reforçar a necessidade de estabelecimento de critérios mínimos para a realização da eutanásia, cabe salientar o projeto de lei holandês, que visava a retirada total de pré-requisitos, ou seja, um indivíduo, poderia, a qualquer tempo, solicitar o auxílio à morte assistida. Porém, a lei não foi promulgada, pois segundo o relatório feito pelo Comitê designado pelo governo holandês, foram apresentados todos os argumentos favoráveis e contrários à emenda e conclui-se que não seria desejável ampliar o limite legal da eutanásia. Na opinião do Comitê, os requisitos legais atuais fornecem um escopo para a maioria das pessoas, cujo sofrimento, de alguma forma, se relaciona ao sentimento de uma “vida completa”, uma vez que tal sentimento comporta uma dimensão médica. Por fim, a carta salienta a satisfação com o resultado do relatório, uma vez que se conclui o bom funcionamento da lei atual, bem como o atingimento de seu propósito. *In*: LIMA, Andrei Ferreira de Araújo. **Dignidade da Pessoa Humana e Autonomia da Vontade**: um estudo interdisciplinar sobre os limites éticos e jurídicos nos casos de eutanásia. Dissertação de Mestrado, PUCRS, 2018, p. 82.

³³³ Pré-requisitos exigidos pela lei holandesa: 1. O paciente deve ser juridicamente capaz e estar consciente no momento de sua demanda; 2. A demanda deve ser voluntária, refletida e repetida, não resultando de pressão exterior – neste ponto, vale salientar que o procedimento para aprovação e realização da eutanásia exige prazos razoáveis, pois a busca de mera celeridade é incompatível com a garantia de liberdade e devida reflexão; 3. O paciente deve apresentar um estado de saúde em que não se forneçam recursos terapêuticos viáveis e úteis, que o submetam a sofrimento físico ou psíquico constante e insuportável, e que resulte de enfermidade acidental ou patológica, grave e incurável; 4. Devem ser respeitadas as condições e procedimentos previstos na lei. Disponível em: NETHERLANDS. **Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act**. 2002. Disponível em: <https://www.eutanasia.ws/documentos/Leyes/Internacional/Holanda%20Ley%202002.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021. Pré-requisitos exigidos pela lei Colombiana: 1. O estado clínico do paciente, importando que seja doença terminal; 2. Que manifeste de modo livre e consciente sua intenção de provocar sua morte; 3. Inexistência de alternativas de tratamento ou cuidado razoáveis; 4. Persistência da solicitação; 5. Avaliação da capacidade de decidir; 6. Avaliação do pedido por outro profissional; 7. Integridade da avaliação. COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-970/2014**. Disponível em: **Error! Hyperlink reference not valid.** Acesso em: 22 fev. 2021.

consentimento e recusa de tratamento passaram a ser paulatinamente inseridos nas resoluções e no CEM. Como muito bem exposto por Bussinger, a resolução assegura ao paciente “ainda que na condição de doente, incapacitado, moribundo ou até mesmo inconsciente, o direito de ter sua vontade respeitada e de tomar decisões livres e autônomas”.³³⁴

É notório o esforço por parte do Conselho Federal de Medicina no sentido de se adaptar ao paradigma da autonomia do paciente, bem como ao do diálogo entre médico e paciente, vide a introdução e os arts. 31, 34, 41 e 42. Certo que, a partir da leitura dos citados artigos, existem ainda muitos limites à autonomia do paciente, sendo talvez o maior deles, o iminente risco de vida, assunto que será retomado em 4.2.1.

Por fim, cabe dizer que a regulamentação da ortotanásia e das diretivas antecipadas da vontade do paciente são grandes avanços no sentido do respeito à autonomia do paciente. Porém não seria exagero sugerir que o Brasil se encontra muito distante da evolução jurídica de outros países, como a Holanda, Bélgica, Colômbia, e mais recentemente Portugal e Alemanha³³⁵, onde a eutanásia, tanto quanto o suicídio assistido, são permitidos a partir de pressupostos bem limitados e determinados por lei. Note-se, ainda, que os avanços na direção do maior respeito à autonomia do paciente no Brasil partiram do Conselho Federal de Medicina, e não do Poder Legislativo, órgão com a verdadeira função e autoridade para tanto.

A escolha pela morte digna, dessarte, desde que já ultrapassada a incidência de todos os critérios objetivos³³⁶, poderia fazer parte das escolhas a serem disponibilizada pelo médico. É claro que no Brasil, onde a eutanásia não é permitida, ela não pode constar entre as possibilidades. A conclusão do presente capítulo parte da hipótese de que há o direito à morte digna, mas para que ele conste entre as opções, trâmites jurídicos e legais devem ser obrigatoriamente respeitados. Portanto, cabe esclarecer que se está a trabalhar com um exemplo hipotético, no caso brasileiro, ou real, no caso de países onde a eutanásia é permitida. Feita essa ressalva, defende-se que dentro do conceito de arquitetura da escolha, mesmo em países onde a eutanásia seja permitida, que ela não venha a ser a opção a receber maior ênfase. Mesmo em

³³⁴ BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. O Direito de viver a própria morte e sua constitucionalidade. **Ciência e Saúde Coletiva**, v. 18, p. 2691-2697, 2013.

³³⁵ De acordo com a sentença prolatada pelo Tribunal Federal Administrativo alemão: [...] uma proibição à exceção para a aquisição de pentobarbital de sódio para cometer suicídio, interfere na proteção do direito fundamental da pessoa com enfermidade grave incurável de decidir de modo autônomo como e em que momento sua vida deve acabar." *In*: ALEMANHA. **BVerwG 3 C 19.15**. Disponível em: <<https://www.bverwg.de/de/020317U3C19.15.0>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

³³⁶ Assim como prevê a lei colombiana, a presente tese advoga em prol dos seguintes 7 pré-requisitos: 1. O estado clínico do paciente, importando que seja doença terminal; 2. Que manifeste de modo livre e consciente sua intenção de provocar sua morte; 3. Inexistência de alternativas de tratamento ou cuidado razoáveis; 4. Persistência da solicitação; 5. Avaliação da capacidade de decidir; 6. Avaliação do pedido por outro profissional; 7. Integridade da avaliação.

casos limites, no sentido de um quadro irreversível, é desejável que o médico apresente a ortotanásia,³³⁷ como uma opção mais benéfica precedendo a hipótese da eutanásia. Claro que em alguns casos, levando em consideração a diferença conceitual entre ortotanásia e eutanásia, a primeira pode se encontrar muito distante da realidade do paciente, obrigando-o a suportar uma condição altamente penosa até que ela seja possível. Mesmo assim, é importante que o médico, na qualidade de arquiteto da escolha, influencie alternativas relacionadas à manutenção da vida e à mitigação da dor. Porém, se o paciente optar pela segunda e preencher todos os pré-requisitos para tanto, sua escolha deverá ser respeitada.

Deve-se estar atento, contudo, para o alcance do respeito pela decisão tomada por parte do médico. Defende-se que, mesmo sendo a eutanásia uma opção plausível dentro da arquitetura da escolha, tal não quer dizer que o médico responsável pelo paciente esteja obrigado a realizá-la. Se a autonomia do paciente deve ser amplamente respeitada, não faria sentido advogar-se pelo contrário no caso do médico. No capítulo que segue, discutir-se-á se há ou não um vínculo de obrigação do médico no sentido de atender pessoalmente o pedido de eutanásia do paciente.

4.1.2 O juramento de Hipócrates – a eutanásia entre a autonomia do médico e a liberdade de escolha do paciente

No capítulo anterior buscou-se fundamentar a existência de um direito à morte digna. A conformação entre dignidade da pessoa humana, autonomia da vontade e direito à vida poderá, em casos específicos e de acordo com limites pré-estabelecidos, sustentar o direito à eutanásia. Contudo há uma forte tendência para o surgimento de uma nova problemática a ser discutida, qual seja, estaria o médico, como arquiteto da escolha, frente a uma solicitação de eutanásia, obrigado a levar a cabo a solicitação? Há um dever médico, no sentido de respeito ao seu código deontológico, de auxiliar o paciente a alcançar o resultado almejado?

³³⁷ Do grego, *orto* (correto, certo) e *thanatos* (morte) é a morte correta, aquela que seguiu seu rumo natural, portanto sem a utilização de nenhum instrumento ou medicamento que visasse única e exclusivamente o prolongamento de uma vida já em estado terminal. O paciente recebe apenas tratamentos paliativos, uma vez que não há intervenções aptas a modificar o curso da doença de base classificada como incurável. Para um maior aprofundamento a respeito das diferenças conceituais entre eutanásia, ortotanásia, suicídio assistido, entre outros, ver LIMA, Andrei Ferreira de Araújo. **Dignidade da Pessoa Humana e Autonomia da Vontade:** um estudo interdisciplinar sobre os limites éticos e jurídicos nos casos de eutanásia. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018., p. 13.

Tradicionalmente, os alunos recém-graduados na faculdade de medicina prestam o juramento de Hipócrates, considerado o primeiro código de ética médica.³³⁸ Trata-se de um juramento focado nos valores da beneficência e não-maleficência. Evidente, por se tratar de um juramento escrito no século V a.C., não se está a falar em beneficência voltada ao interesse do paciente, mas sim no sentido do restabelecimento de sua saúde e que o médico, portanto, sabe o que é melhor para o paciente, ou seja, uma interpretação paternalista da relação médico-paciente.³³⁹

Porém, não é o aspecto paternalista que mais chama a atenção no juramento hipocrático. Como já demonstrado, a autonomia do paciente passou a ser um princípio fundante da Bioética. Não há como se falar em retrocesso nesse sentido, apenas quanto aos limites a serem impostos. A releitura do juramento de Hipócrates, levando em consideração a beneficência como o melhor interesse do paciente, é matéria relativamente pacificada. A questão que se coloca no presente tópico diz respeito à seguinte máxima descrita no juramento, que apresenta o auxílio à eutanásia como um mal inequívoco.³⁴⁰

[...] aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva [...].³⁴¹

É verdade que uma nova interpretação para beneficência é matéria já ultrapassada, bastando compreender alguns limites conectados à vontade do paciente. Por outro lado, o direito à eutanásia precisa percorrer um longo caminho para ter uma interpretação majoritariamente favorável, mormente no Brasil. Mesmo nos países nos quais é uma conduta legalmente regulamentada, bons argumentos colocam em xeque o direito à morte digna. Nos EUA, por exemplo, onde alguns estados permitem o suicídio assistido, a maioria dos médicos, de modo favorável ao juramento, consideravam a eutanásia uma prática desconexa com a ética de sua

³³⁸ “No Ocidente, o nome mais conhecido na ética médica é incontestavelmente o de Hipócrates, médico grego do século V a.C. Ele é geralmente considerado o autor do famoso *juramento* que leva seu nome e de numerosos tratados sobre a prática médica.” (DURAND, Guy. **Introdução Geral à Bioética**. História, conceitos e instrumentos. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 22).

³³⁹ Conforme Durand, “o juramento de Hipócrates se centrava no dever de beneficência do médico. Ele dava pouco destaque à autodeterminação dos sujeitos. [...] Sobre isso, falou-se de um deontologia ou de uma ética médicas “paternalistas”. Era da incumbência do médico decidir o que era bom para o doente” (DURAND, Guy. **Introdução Geral à Bioética**. História, conceitos e instrumentos. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 95).

³⁴⁰ SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 185.

³⁴¹ Juramento de Hipócrates. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>. Acessado em 07 de agosto de 2021.

profissão.³⁴² Cundiff, contrário à eutanásia, entende que, além do fato de a vida ser um bem absoluto, a ética médica, a partir do Juramento de Hipócrates, também proíbe essa conduta:

A ajuda na morte seria uma violação do juramento de Hipócrates, que obriga o médico a tentar ajudar o seu paciente e a não lhe provocar danos. Embora este juramento tenha fundamentalmente interesse histórico, continua a ser outro fator dissuasor presente no espírito do médico.³⁴³

Porém esse *ethos*, ou essa deontologia médica, passou a ser revisto, principalmente após a publicação de uma carta anônima, por um médico residente, intitulada *It's over, Debbie*³⁴⁴, em 1988, quando auxiliou ativamente uma paciente a morrer. Nesse sentido, pretende-se responder se há ou não uma obrigatoriedade por parte do médico em auxiliar o paciente interessado na eutanásia.

No capítulo 3 defendeu-se a plausibilidade da arquitetura da escolha como uma forma de otimizar o diálogo entre o médico e o paciente, de modo a influenciar este a tomar a melhor decisão segundo a ciência médica, sem excluir, contudo, a possibilidade de ele optar por outro tratamento, em respeito à sua autonomia e à sua dignidade. Tais princípios desempenham papel de proeminência na presente pesquisa. O valor intrínseco de cada ser humano se dá, primeiramente, pela capacidade, mesmo que potencial, de se autodeterminar e agir de modo autônomo. Tal autonomia, no melhor sentido kantiano, não é um mero livre arbítrio. Há de se verificar o valor moral da ação, a partir da possibilidade ou não de sua universalização. Ultrapassada essa primeira etapa, demonstrou-se que o ser humano, mesmo em pleno gozo de suas aptidões cognitivas, poderá, de modo inconsciente, agir contra o seu próprio interesse, principalmente a respeito de questões sobre as quais é absolutamente leigo, como é o caso da maioria das pessoas frente à ciência médica. Diante dessa realidade, postulou-se por uma maior participação do *expert* no assunto, não de modo paternalista a decidir em nome da pessoa, mas como um facilitador, como um arquiteto da escolha. Percebe-se, portanto, que o poder decisório é totalmente resguardado. O médico, o *expert* na relação com seu paciente, deve indicar os melhores tratamentos, sem nem mesmo mencionar aqueles que extrapolam os limites éticos da ciência médica e da não-maleficência. Poderá influenciar seu paciente a tomar a decisão mais indicada, sem jamais retirar-lhe o direito de escolha.

³⁴² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. American Medical Association (AMA). Disponível em: Disponível em: <https://www.ama-assn.org>. Acesso em: 08/07/2021.

³⁴³ CUNDIFF, David. **A eutanásia não é a resposta**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 84.

³⁴⁴ IT'S OVER, DEBBIE. Disponível em: <http://www.mclean.k12.ky.us/docs/Its%20Over%20Debbie.pdf>. Acesso em: 21 out. 2021.

Uma tese que defende a influência no momento da escolha, mas que exige a manutenção do poder decisório do paciente, não poderia tratar de modo diferente o profissional da saúde, correndo-se o risco de cair em grande contradição. Se a escolha do paciente com fulcro em seus interesses fundamentais deve ser respeitada, o mesmo deve acontecer com o profissional da saúde. Claro que não se está a falar de situações emergenciais, nas quais o médico, mesmo não estando em seu ambiente de trabalho ou não havendo a possibilidade de se obter o consentimento do paciente, deverá prestar socorro. Evidente que o médico, como qualquer outro profissional, terá obrigações específicas, sendo algumas de cunho principiológico como, por exemplo, tratar todos os pacientes de maneira igualitária, sem qualquer forma de distinção; e outras de cunho normativo como o dever de prestar socorro. Discute-se a possibilidade de o médico, em respeito à sua autonomia, em respeito ao principal juramento de sua vida profissional prática, negar o auxílio ao suicídio. Note-se que não se trata de uma situação emergencial, mas sim de um pedido, que segundo as legislações de todos os países que regulamentaram a legalidade da eutanásia deve ser longamente refletido, de modo que não carece de uma execução imediata. Acredita-se que com fulcro em sua autonomia, o médico tem o direito de recusar o pedido de auxílio ao suicídio, sem que isso se configure em qualquer forma de violação da autonomia ou dignidade do paciente, principalmente pelo fato de que a própria ética da profissão daquele diverge quanto à moralidade do ato médico em auxiliar um paciente a cometer suicídio.

De modo análogo, apresentar-se-á a sentença judicial de problema envolvendo a decisão de um médico que se recusou a levar a cabo uma cirurgia em paciente Testemunha de Jeová, pois esse, por sua vez, recusou qualquer intervenção com transfusão sanguínea. Nesse sentido, questiona-se: uma vez que a autonomia do paciente vinculada à sua religião lhe dá o direito à recusa do tratamento, poderá o médico, em razão de sua autonomia e da ética médica, se recusar, igualmente, a realizar uma cirurgia eletiva, sabendo que, em caso de necessidade, não poderá realizar transfusão de sangue, podendo esse não-procedimento levar o paciente a óbito, quedando o médico obrigatoriamente numa atitude passiva frente à situação?³⁴⁵

Esse foi o caso do julgamento na Apelação Cível 70071994727, no Tribunal de Justiça no Rio Grande do Sul, onde se discutiu o conflito entre liberdade profissional do médico e a liberdade religiosa do paciente, ambos com fulcro na autonomia e dignidade. Segundo o relator da decisão:

³⁴⁵ LIMA, Andrei Ferreira de Araújo. **Dignidade da Pessoa Humana e Autonomia da Vontade:** um estudo interdisciplinar sobre os limites éticos e jurídicos nos casos de eutanásia. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade ou Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 56.

Conforme o art. 5º, inciso VI, da CF, o aspecto individual da liberdade religiosa, um direito fundamental, assegura àquele que professa a sua fé, escolhas e medidas que guardem e respeitem sua crença, inclusive com relação a atos ligados ao seu bem-estar e até mesmo à sua condição de saúde, circunstâncias estas que agasalham a decisão de recusa de tratamento por hemotransfusão.³⁴⁶

Ao médico, assegura-se o direito/dever de exercer a 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, bem como 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 ou a seu representante legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao profissional que lhe suceder. Exegese do inciso VII, Capítulo I e do §1º do art. 36 do Código de Ética da Medicina.³⁴⁷

Diante do conflito entre as liberdades de consciência dos envolvidos, tem-se que a recusa do médico não evidencia ato ilícito a ensejar reparação. Diálogo entre ambas as condutas e manifestações filosóficas.³⁴⁸

A Santa Casa referiu que “[...] em cirurgias eletivas, como a dos autos, se é dado ao paciente o direito de recusar a determinado tipo de tratamento com hemocomponentes, ao médico também é dado o direito de recusa à realização do procedimento cirúrgico.”³⁴⁹ A sentença prolatada levou em consideração, principalmente, a norma elencada no inciso VII do Capítulo I do Código de Ética Médica:

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.

³⁴⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70071994727**. Relator: Des. Tulio de Oliveira Martins. Julgado em: 09 maio 2017. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&verso=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70071994727&num_processo=70071994727&codEmenta=7256902&temIntTeor=true. Acesso em: 4 out. 2021.

³⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70071994727**. Relator: Des. Tulio de Oliveira Martins. Julgado em: 09 maio 2017. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&verso=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70071994727&num_processo=70071994727&codEmenta=7256902&temIntTeor=true. Acesso em: 4 out. 2021.

³⁴⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70071994727**. Relator: Des. Tulio de Oliveira Martins. Julgado em: 09 maio 2017. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&verso=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70071994727&num_processo=70071994727&codEmenta=7256902&temIntTeor=true. Acesso em: 4 out. 2021.

³⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70071994727**. Relator: Des. Tulio de Oliveira Martins. Julgado em: 09 maio 2017. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&verso=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70071994727&num_processo=70071994727&codEmenta=7256902&temIntTeor=true. Acesso em: 4 out. 2021.

Acredita-se que, da mesma forma que um médico pode se recusar a auxiliar um tratamento, em razão de negativa de paciente quanto a uma possível transfusão de sangue, ele também poderá negar o auxílio ao suicídio, vide ressalva da lei de eutanásia belga e holandesa, que preveem a possibilidade de recusa do médico em auxiliar o paciente a cometer suicídio, seja de modo direto ou indireto.³⁵⁰

Dessarte, ressalta-se que o direito à morte não implica, de forma alguma, uma obrigação médica de levá-lo a cabo. Em um contexto no qual a autodeterminação individual desempenha um grande papel, há de se levar em consideração os valores subjetivos do médico, bem como as condutas éticas de sua profissão, de modo que, ao negar o auxílio, ele não estará a violar seu dever profissional. Entende-se que o juramento de Hipócrates pode ser quebrado por compaixão, por razões humanitárias³⁵¹, por respeito à autonomia do paciente que se encontra em um quadro irreversível, de modo a encerrar um sofrimento ou evitar a obstinação irrazoável e, acima de tudo, permitir que o paciente tenha uma morte digna.

Além do mais, no que concerne à presente tese, cabe ressaltar que o médico, arquiteto da escolha, não está obrigado a levar adiante a opção de tratamento do paciente. Por outro lado, não basta o fato de o médico não concordar com um tratamento, para retirá-lo do rol de possibilidades. Como já analisado, a omissão é tão grave quanto a manipulação, podendo, não raramente, a primeira servir de fundamento para a segunda. A arquitetura da escolha deve respeitar primeiramente a não coerção e, em segundo lugar, a transparência. Ao médico cabe expor as possibilidades, todas éticas e juridicamente possíveis, e influenciar o paciente a eleger a mais eficaz, o que não quer dizer que ele esteja obrigado a realizar o procedimento preferido pelo paciente, principalmente quando a opção contraria questões de consciência do profissional da saúde. Reitera-se que se está a trabalhar um exemplo hipotético, pois o suicídio assistido é conduta proibida no Brasil, logo fora do rol de opções. Porém caso fosse legalizada e avaliando os países onde ela o é, acredita-se que a arquitetura da escolha pode ser aplicada nos moldes como descritos no presente capítulo.

³⁵⁰ LIMA, Andrei Ferreira de Araújo. **Dignidade da Pessoa Humana e Autonomia da Vontade**: um estudo interdisciplinar sobre os limites éticos e jurídicos nos casos de eutanásia. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 130.

³⁵¹ Segundo o autor: “para los defensores del suicidio asistido, la justicia se limita a ‘blanquear’ (legalizar), una práctica que muchos profesionales llevan a cabo silenciosamente y llenos de temor. Sostienes que el juramento hipocrático de no matar, base de la ética médica, puede romperse por compasión, por razones humanitarias, para terminar el sufrimiento, para evitar la sobretensión compulsiva y permitir que el enfermo tenga una muerte digna”. (KRAUT, Jorge Alfredo. **Los derechos de los pacientes**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 122).

4.2 O DIREITO À RECUSA DE UM TRATAMENTO – FUNDAMENTAÇÕES DE ORDEM RELIGIOSA E SECULAR

Ao longo do desenvolvimento da pesquisa, foi possível observar que a arquitetura da escolha propõe instigar o paciente a consentir com aquele que seria o melhor tratamento para o pleno restabelecimento de sua saúde. Certo é que, no contexto de tratamentos médicos, o número de opções poderá variar drasticamente de um caso para o outro, sendo possível, inclusive, a existência de uma opção única, caso em que se opta pela realização ou não do procedimento. Suponha-se que a única terapêutica disponível para salvar a vida de um paciente seja a retirada de um órgão e que ele, contrário a essa opção, prefira que nenhuma intervenção cirúrgica seja realizada, mesmo que a consequência inequívoca seja a piora de seu estado clínico, o que certamente desencadeará complicações que o levarão a óbito. Nesse sentido, questiona-se: a negativa a um tratamento, mesmo sendo esse a única opção apta a salvar a vida do paciente é uma escolha válida, leia-se eticamente correta, dentro da arquitetura da escolha? Deve o médico acatar essa negativa?

Buscar-se-á defender, nos capítulos que seguem, a possibilidade de se recusar os tratamentos disponíveis como uma alternativa eticamente cabível e integrante da arquitetura da escolha, de modo que dentre as opções possíveis, encontra-se, também, a opção de recusá-las. Há de se esclarecer que essa recusa passa por alguns limites. Assim como as opções disponíveis devem estar vinculadas a aspectos éticos e legais, a recusa, a qualquer delas também o deve, principalmente naquilo que diz respeito ao caráter autônomo da decisão, no melhor sentido de esclarecida e racional.

4.2.1 A possibilidade de recusa de tratamento de pacientes não terminais. Argumentação de ordem religiosa. - Testemunhas de Jeová

Um dos principais debates e conflitos práticos quanto ao alcance da autonomia do paciente pode ser percebido quando há a recusa de um tratamento, sendo este a única possibilidade de cura, como pode ser o caso das Testemunhas de Jeová. Pessoas que professam a referida religião não aceitam, em razão de suas convicções, qualquer procedimento que possa requerer a transfusão de sangue em sua intercorrência. Ocorre que, não raramente, é necessário que o paciente consinta, ao menos de modo preventivo, com uma possível transfusão durante um procedimento cirúrgico. Note-se que a convicção religiosa de um lado, com a melhor técnica médica do outro, torna o conflito inevitável, mormente nos casos em que a transfusão não está

atrelada a um consentimento preventivo, mas sim à única intervenção médica apta a salvar o paciente.

Os conflitos analisados pela presente tese apresentam, ao menos em um dos polos da discussão, o direito à autonomia da vontade, o direito à autodeterminação, a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana. Constatação que não é diferente no caso em análise, porém, com dois complicadores, ao menos em relação à Constituição Brasileira: 1. O direito fundamental à liberdade de crença religiosa. 2. O direito fundamental à vida. Não por menos, o tema da liberdade de escolha e proteção da autonomia das Testemunhas de Jeová é há muito discutido na Bioética. Como conformar a beneficência e a não-maleficência médica, à autonomia do paciente, ao direito à liberdade de crença religiosa e ainda ao direito à vida? Quais opções podem ser ofertadas ao paciente?

Diferentemente dos casos de ortotanásia ou eutanásia, não se está a discutir a autonomia de um paciente que se encontra em grande sofrimento em razão de uma doença terminal e incurável. Em verdade, se está diante de um tratamento relativamente simples, apto, a depender do caso, a garantir o restabelecimento da saúde da pessoa enferma, sem maiores complicações. Nesse sentido, a partir do conflito e conformação dos direitos supracitados, é possível afirmar que uma pessoa tem o direito de recusar um tratamento, mesmo que a consequência lógica e inevitável seja sua morte? A partir de todo o arcabouço teórico até aqui analisado e levando-se em consideração a intenção da tese de acomodar tais conflitos dentro da proposta do paternalismo libertário, acredita-se que esforços não deverão ser medidos pelo médico ou pela equipe médica para influenciar esse paciente a realizar a transfusão. *Nudges* poderão ser empreendidos de diversas formas, sem que isso ultrapasse padrões éticos, conforme já exposto. Os cutuques, dentro do âmbito médico, devem sempre buscar influenciar o paciente a optar pelo reestabelecimento de sua saúde e a aceitar o tratamento com maior probabilidade de sucesso. Mas, ao fim e ao cabo, a autonomia do paciente deverá ser respeitada, e sua vontade raciocinada, livre e esclarecida é soberana. Como muito bem exposto por Pessini e Barchifontaine “de que valeria “salvar” a vida de uma pessoa se a ferimos em suas mais profundas convicções.”³⁵²

Nos E.U.A. parece prevalecer a tese de que a autonomia sobre o próprio corpo deve ser chancelada. Além do caso Schloendorf, citado em 2.3.1, cabe fazer referência ao caso Kline vs. Natanson, julgado em 1960. Durand apresenta preciso resumo:

³⁵² PESSINE, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 369.

a senhora Natanson, que sofrera queimaduras graves no seio, subsequentes a uma terapia de cobalto que visava evitar o retorno das metástases após uma mastectomia, processou M. Kline, seu médico. Esta não havia suficientemente informado dos riscos desse tipo de intervenção, de tal modo que ela não pudera tomar uma decisão com pleno conhecimento de causa. A corte deu razão à senhora Natanson baseando-se no direito anglo-americano. O juiz Schroeder afirmava que “o direito anglo-americano se baseia na premissa de uma completa autodeterminação. A consequência disso é que cada pessoa deve ser considerada dona de seu corpo e, se tem espírito são, pode expressamente recusar uma terapia que salvaria sua vida, ou qualquer outro tratamento médico.” É essa visão legal do conceito de autonomia que permite à testemunha de Jeová adulta recusar-se a fazer uma transfusão de sangue que lhe salvaria a vida.³⁵³

Em que pese o julgamento no sentido favorável à ampla autonomia do paciente, o tema segue controverso nos E.U.A. No Brasil não é diferente. Além da dificuldade de se estabelecer uma regra oriunda do conflito entre autonomia da vontade, no sentido da possibilidade de se recusar um tratamento (dimensão subjetiva individual), e a proteção do direito à vida, no sentido de uma prestação estatal que vise evitar a morte (dimensão objetiva social), há no Brasil, a discussão a respeito do alcance da expressão “imminente risco de morte”, comumente associada, nos códigos e resoluções médicas, à possibilidade de o médico desrespeitar a vontade do paciente, uma vez que a vida deverá prevalecer. Em que pese o artigo 31 do Código de Ética Médica apresentar essa ressalva, o Poder Judiciário, ainda que não de forma pacífica, já reconheceu a legitimidade da recusa por parte do paciente. No julgamento do Agravo de Instrumento 70032799041, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) entendeu que deve prevalecer a liberdade de crença e a opção por tratamento que preserve a dignidade do paciente:

Agravo de Instrumento. Direito privado não especificado. Testemunha de Jeová. Transfusão de sangue. Direitos fundamentais. Liberdade de crença e dignidade da pessoa humana. Prevalência. Opção por tratamento médico que preserva a dignidade da recorrente. A decisão recorrida deferiu a realização de transfusão sanguínea contra a vontade expressa da agravante, a fim de preservar-lhe a vida. A postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue. Impossibilidade de ser a recorrente submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial. Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido. Livre arbítrio. Inexistência do direito estatal de “salvar a pessoa dela própria”, quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros. Proteção do direito de escolha, direito calcado na preservação

³⁵³ DURAND, Guy. **Introdução Geral à Bioética**. História, conceitos e instrumentos. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 174-175.

da dignidade, para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas. Agravo provido.³⁵⁴

O tema, frente ao aparente descompasso entre código de ética médica, decisões judiciais e doutrina³⁵⁵, segue sendo alvo de pareceres e resoluções do CFM e de discussões jurídicas, distante ainda de um caminho coeso rumo a um consenso. Cita-se, inicialmente, o Parecer CFM 12/2014³⁵⁶, no qual o Conselho responde a questionamentos da Associação das Testemunhas de Jeová, quanto à recusa a tratamentos que envolvam transfusão de sangue, mormente em relação aos preceitos da Resolução CFM 1.021/1980.³⁵⁷ O conselheiro-relator esclareceu, à época, que nenhuma pessoa adulta e apta a decidir pode ser obrigada a receber tratamento contrário à sua vontade, e que não há clareza quanto ao termo “imminente risco de morte”. Feita esta constatação, argumenta que urge a publicação de uma nova Resolução e consequente revogação da Resolução

³⁵⁴ Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70032799041**. Décima Segunda Câmara Cível. Direito privado não especificado. Testemunha de Jeová. Transfusão de sangue. Agravante: Heliny Cristina Lucas Alho. Agravado: Fundação Universidade de Caxias do Sul. Relator: Cláudio Baldino Maciel. Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3cGhLkT>. Acesso em: 25 out. 2019.

³⁵⁵ De modo favorável à autonomia do paciente, Azevedo e Ligiera asseveram que: “quando o Estado determina a realização de transfusão de sangue, fica claro que violenta a vida privada e a intimidade das pessoas no plano da liberdade individual. Mascara-se, contudo, a intervenção indevida, com o manto da atividade terapêutica benéfica ao cidadão atingido pela decisão. Paradoxalmente, há também o recurso argumentativo aos ‘motivos humanitários’ da prática, quando na realidade mutila-se a liberdade individual de cada ser, sob múltiplos aspectos”. (AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 311). Nesse mesmo sentido, Piovesan e Dias: “[...] os grupos religiosos têm o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática. Mas não têm o direito a pretender hegemonizar a cultura de um Estado constitucionalmente laico” (PIOVESAN, Flávia; DIAS, Roberto. *Proteção jurídica da pessoa humana e o direito à morte digna*. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito à morte digna**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 55-77). Os mesmos autores complementam: “Na atualidade, o direito à liberdade religiosa compreende 3 dimensões: 1) o direito de ter uma religião ou crença de sua escolha (sendo proibida qualquer medida coercitiva que possa restringir tal liberdade); 2) o direito de mudar de religião; e 3) o direito de não ter qualquer religião. A liberdade religiosa ainda abrange o direito de manifestar a religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela celebração de ritos, individual ou coletivamente, em público ou em particular (a chamada ‘liberdade de culto’). Também é vedado utilizar a religião como fator de discriminação, como enuncia a Declaração sobre a Eliminação de todas as formas de Intolerância e Discriminação Religiosa, a combater o perverso uso da religião para violar e negar direitos” (PIOVESAN, Flávia; DIAS, Roberto. *Proteção jurídica da pessoa humana e o direito à morte digna*. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito à morte digna**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 55-77). De modo contrário, Tartuce, entende que: “[...] a autonomia privada do paciente deve ser ponderada com outros direitos e valores, caso do direito à vida. [...] O art. 15 do atual Código Civil consagra os *direitos do paciente* valorizando o *princípio da beneficência e não da maleficência*, pelo qual se deve buscar sempre o melhor para aquele que está sob cuidados médicos ou de outros profissionais de saúde” (TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 122, grifos do autor).

³⁵⁶ Conselho Federal de Medicina. Parecer CFM nº 12, de 26 de setembro de 2014. Estabelece a necessidade da publicação de resolução sobre transfusão de sangue e a revogação da Resolução CFM nº 1.021/1980, após a elaboração de diretrizes técnicas pelas Sociedades Médicas de Especialidades com apoio de juriconsultos, em um prazo máximo de seis meses, determinantes dos limites e parâmetros da sua indicação e de seus componentes. Disponível em: <https://bit.ly/3pEUOIP>. Acesso em: 10 dez. 2020.

³⁵⁷ Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.021, de 26 de setembro de 1980**. Adota os fundamentos do parecer anexo como interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes a recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de imminente perigo de vida. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, p. 75, 22 out. 1980. Seção 1. Disponível: <https://bit.ly/36Dc5nP>. Acesso 3 fev. 2021.

CFM nº 1.021/1980, após a elaboração de precisas, claras e objetivas diretrizes técnicas, em um prazo máximo de seis meses, determinantes dos limites e parâmetros da indicação para a transfusão de sangue e seus componentes. Em 2018, um ano antes de a Resolução CFM 1.021/1980 ser revogada, o Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais, provocado a editar parecer (103/2018) sobre o alcance do termo “situações iminentes de risco à vida”, reiterou o seguinte entendimento:

Como estabelecido na resolução vigente [Resolução CFM 1.021/1980], nas situações de risco iminente de morte vale o preceito de se manter a vida. Entretanto, esta decisão não se encontra totalmente pacificada. A legislação, em especial a CR88 [Constituição de 1988] privilegia o direito à vida, entretanto a jurisprudência, em alguns aspectos, considera a dignidade tão ou mais importante que a vida. Não há consenso sobre o tema, mas do ponto de vista ético, a resolução vigente permite a transfusão.³⁵⁸

Em 2019, cinco anos após o Parecer CFM 12/2014, a Resolução CFM 1.021/1980 foi finalmente revogada pela Resolução CFM 2.232/2019. Porém o artigo 3º da nova resolução manteve o exato entendimento quanto à conduta a ser adotada pelo médico em casos de risco iminente de morte. Ou seja, em situações-limite a transfusão pode ser feita mesmo contra a vontade do paciente. No mesmo ano, em razão da dificuldade de se estabelecer critérios quanto à primazia do direito à vida ou à autodeterminação (estando esse vinculado à dignidade da pessoa humana), o Ministério Público Federal (MPF) apresentou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 618³⁵⁹. A referida demanda, entre outros pontos, questiona o alcance da Resolução CFM 1.021/1980, solicitando a retirada do item 2 do Parecer Processual CFM 21/1980, adotado como anexo daquela Resolução, que prescreve: “se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis”³⁶⁰. A fundamentação do MPF faz clara referência à autonomia da vontade, entendendo que, ao se preservar o poder decisório do paciente, mesmo em casos-limite, respeita-se a sua dignidade, que poderá prevalecer, inclusive, quando em conflito com o direito à vida³⁶¹.

³⁵⁸ Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais. **Parecer CRM-MG nº 103, de 15 de junho de 2018**. A transfusão sanguínea em situações iminentes de risco à vida está autorizada na Resolução CFM nº 1.021/1980. CRM-MG. 2018, p. 7. Disponível em: <https://bit.ly/3jahZIC>. Acesso em: 10 dez. 2020.

³⁵⁹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 618**. Relator: Min. Nunes Marques. STF. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/36GtvAe>. Acesso em 15 jan. 2019.

³⁶⁰ Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.021, de 26 de setembro de 1980**. Adota os fundamentos do parecer anexo como interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes a recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, p. 75, 22 out. 1980. Seção 1. Disponível: <https://bit.ly/36Dc5nP>. Acesso em: 3 fev. 2021.

³⁶¹ LIMA, Andrei Ferreira de Araújo Lima; MACHADO, Fernando Inglez de Souza. **Médico como arquiteto da escolha: paternalismo e respeito à autonomia**. Revista Bioética CFM. Vol. 29 nº 1, Brasília Jan./Mar. 2021.

Sob o ponto de vista do paternalismo libertário, a recusa do tratamento, com fulcro no argumento de que este violaria a dignidade do paciente, também seria lícita, sendo o paciente responsável por tal decisão. O médico, por seu turno, deve desaconselhar tal conduta, apontando consequências físicas e técnicas, porém não teria o direito de impor tratamento ou procedimento não consentido. Tal conclusão, contudo, não impede que o médico se recuse a atender o paciente, encaminhando-o a outro profissional. Considerando os direitos fundamentais, que também protegem os médicos e toda a equipe hospitalar, Putz e Steldinger³⁶² apontam que a liberdade de consciência dos profissionais deve ser igualmente respeitada, desde que não se trate de caso de morte iminente e que o paciente consiga encontrar outro profissional apto a tratá-lo. Na mesma linha dispõe o inciso VII do Capítulo I do CEM:

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.³⁶³

Tal situação, ensejou o procedimento jurídico de Apelação Cível 70071994727³⁶⁴, já descrito e comentado no ponto 4.1.2. Lembra-se que o caso em epígrafe analisou a negação de um médico anestesista, com base no CEM, capítulo 1/VII³⁶⁵, de participar da cirurgia. Modificando a sentença condenatória, o TJRS deu provimento à apelação interposta julgando improcedente o pedido indenizatório. O tribunal entendeu que, diante da ausência de risco de morte iminente e da possibilidade de encaminhamento a outro profissional moral e ideologicamente desimpedido, a conduta do médico foi lícita, a exemplo de posicionamento já adotado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Agravo Interno no Recurso Extraordinário com Agravo 988796.³⁶⁶

Igualmente defendem Putz e Steldinger que,

³⁶² PUTZ, Wolfgang; STELDINGER, Beate. **Patientenrechte am Ende des Lebens: Vorsorgevollmacht, Patientenverfügung, Selbstbestimmtes Sterben.** München: DTV, 2016, p. 42.

³⁶³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica:** Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília: CFM, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 24 out. 2021, p. 15.

³⁶⁴ Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70071994727.** Décima Câmara Cível. Procedimento cirúrgico. Negativa do médico em prestar seus serviços. Apelante: Hospital Irmandade Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre. Apelado: Janoni Coraldino da Silva Rolim. Relator: Túlio de Oliveira Martins. Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. 2017. Disponível em: <https://cutt.ly/Mkf5dT1>. Acesso em: 25 out. 2019

³⁶⁵ Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acessado em 06 de março, 2022.

³⁶⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo Interno no Recurso Extraordinário com Agravo nº 988796. Consumidor. Plano de saúde. Cirurgia bariátrica. Recusa a transfusão de sangue. Cancelamento da cirurgia. Agravante: Alex Vieira dos Santos. Agravado: Amil Assistência Médica Internacional S.A. Relator: Min. Luiz Fux. STF. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3rc9k4O>. Acesso em: 25 out 2019.

[...] se os pacientes tiverem idade legal ou forem plenamente capazes de tomar decisões, uma vez que tenham a visão necessária sobre as consequências de sua decisão, hoje a sua decisão é respeitada, embora a morte por cirurgia ou transfusão de sangue seja facilmente evitada.³⁶⁷

Há de esclarecer, contudo, que, na falta de conhecimento médico quanto à condicional não transfusão de sangue, ou de recusa de um determinado tipo de tratamento, não parece fazer sentido se discutir a respeito de uma possível violação da autonomia da vontade, pois não estão os médicos obrigados a conhecerem os desejos pessoais do paciente que não foram externalizados. Do mesmo modo, não se poderá considerar que haja uma violação à autonomia, quando, a partir de análise psiquiátrica, ficar comprovado que o agente não se encontra em pleno gozo de suas capacidades cognitivas, ou que a motivação de sua decisão tenha sido causada por uma coação, ou, ainda, que se encontre em estado de depressão. Acredita-se que dentro da arquitetura da escolha exista a possibilidade de recusa, por motivos religiosos, por parte do paciente, mesmo que essa ela possa causar a sua morte. Evidente que o critério da racionalidade, transparência, justificação pública e legalidade devem estar presentes. A possibilidade jurídica quanto à recusa da transfusão de sangue segue em debate, de modo que, nos dias de hoje, legalmente analisando, não se pode afirmar que o médico deve acatar a recusa. Em caso de iminente risco de vida, tanto o código de ética médica quanto a legislação brasileira resguardam o profissional da saúde que realiza a transfusão mesmo contra a vontade do paciente, logo, em termos práticos, tal recusa poderá ficar de fora do rol de possibilidades da arquitetura da escolha. Assim sendo, segundo o entendimento da tese, levando-se em consideração a autonomia e a dignidade do paciente, a recusa deve ser uma das opções, por mais trágico que o seu desfecho possa vir a ser. Portanto, é extremamente importante realizar o seguinte esclarecimento: mesmo nesse cenário, onde a negativa de se realizar a transfusão é legalmente possível, e a arquitetura da escolha contempla tal possibilidade, o médico deve influenciar o paciente a realizar a transfusão, incentivando-o a buscar a recuperação plena de sua saúde, sem, contudo, obrigá-lo.

Sublinha-se, por fim, que o presente trabalho está a debater a possibilidade de recusa de tratamento de pacientes adultos, civilmente capazes e em pleno gozo de sua consciência. Pacientes civilmente incapazes ou menores de idade, por mais que a vontade dos pais seja a não

³⁶⁷ PUTZ, Wolfgang; STELDINGER, Beate. **Patientenrechte am Ende des Lebens: Vorsorgevollmacht, Patientenverfügung, Selbstbestimmtes Sterben.** München: DTV, 2016, p. 278, tradução nossa. No original: “Sind die Patienten volljährig oder voll entscheidungsfähig, weil sie die notwendige Einsicht in die Folgen ihrer Entscheidung haben, so wird heute ihre Entscheidung respektiert, obwohl der Tod durch die Operation oder die Bluttransfusion ohne Weiteres zu verhindern wäre”.

transusão, devem ser transfundidos³⁶⁸. A vida, certamente, prevalece nesses casos, uma vez que tais indivíduos ainda não formaram suas convicções e os seus valores pessoais. Não há como prever as preferências religiosas de uma criança ou adolescente ao atingirem a fase adulta, em que pese a provável influência que irão sofrer do círculo familiar ou social.

A arquitetura da escolha é um conceito desenvolvido para otimizar as decisões dos cidadãos civilmente capazes, uma vez que a responsabilidade recai sobre quem faz a escolha final. Não há, portanto, qualquer sentido em delegá-la a um menor de idade, uma vez que ele é, parcial ou totalmente incapaz perante a lei, o que o impede de tomar decisões legais.

4.2.2 A possibilidade de recusa de tratamento de pacientes não terminais – argumentação de ordem secular

Uma vez que se admite a recusa de tratamento em razão de uma crença, por mais que tal negativa tenha como consequência inequívoca a morte do paciente, questiona-se a possibilidade de um paciente recusar um tratamento, com os mesmos desdobramentos do caso anterior, mas, no presente ponto, com fulcro em uma questão pessoal secularizada, ou seja, a partir de interesses fundamentais desprovidos de qualquer caráter religioso.³⁶⁹ Dentro dessa lógica, resta o seguinte questionamento: se uma crença religiosa poderá tutelar a recusa a um tratamento que de certa forma irá cancelar a morte do paciente, por que uma decisão livre, porém desprovida de qualquer crença, ou, como diria Dworkin, “[...] uma escolha a partir da minha liberdade baseada em meus interesses fundamentais [...]”³⁷⁰, não pode?

Sobre esse tema, é interessante analisar a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Cível 70054988266), que indeferiu o pedido do Ministério Público para que um paciente, com o pé necrosado, passasse por uma intervenção cirúrgica, mesmo sendo essa

³⁶⁸ Nesse sentido, Boaro e de Souza, ao comentarem o Habeas Corpus nº 268.459/STJ, que discutiu sobre a responsabilização penal de uma mãe e de um pai que, por serem testemunhas de Jeová, não consentiram que a filha menor, acometida por doença grave, recebesse transusão de sangue. A não realização da aludida intervenção médica acabou por gerar o falecimento da paciente, entendem que: “a liberdade de consciência, conquanto seja absoluta em seus aspectos fundamentais, não deve se contrapor à proteção dos menores, os quais gozam, em sua dignidade, de um especial tratamento jurídico e político. Assim, a objeção de consciência a se manifestar do íntimo dos indivíduos não deve sobrepor o princípio do melhor interesse do menor sobretudo em seus aspectos vitais.” *In*: BOARO, Guilherme; DE SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder. **A Negativa de Transusão de Sangue por Testemunhas de Jeová**. *In*: CRIPPA, Anelise; PITHAN, Livia Haygert; BONHEMBERGER, Marcelo (Orgs.). **Bioética como análise de casos**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2019, p. 108-123.

³⁶⁹ LIMA, Andrei Ferreira de Araújo. **Dignidade da Pessoa Humana e Autonomia da Vontade**: um estudo interdisciplinar sobre os limites éticos e jurídicos nos casos de eutanásia. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 104.

³⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 275.

necessária para sua sobrevivência. Frente às possibilidades, o paciente preferia uma morte digna ao procedimento de amputação de um membro inferior. Interessante notar que o primeiro laudo psicológico, juntado pelo Ministério Público, apresentava a diagnóstico de depressão do paciente, ao passo que o laudo psiquiátrico confirmava a higidez mental do paciente. Ou seja, enquanto o primeiro diagnosticou o paciente como depressivo, o segundo considerava-o como em pleno gozo de suas faculdades mentais. Por fim, prevaleceu o entendimento do laudo psiquiátrico, sendo respeitada a vontade e a autonomia do paciente. Para o desembargador relator do caso,

[...] o direito à vida garantido no art. 5º, *caput*, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 1º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade, o direito à vida não é absoluto. Noutras palavras, não existe a obrigação constitucional de viver, haja vista que, por exemplo, o Código Penal não criminaliza a tentativa de suicídio. Nessa ordem de ideias, a Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter à cirurgia ou à tratamento.³⁷¹

Reitera-se que para a presente tese, o estado depressivo deve ser um limite à autonomia. No caso em discussão, acredita-se que um terceiro laudo deveria ter sido realizado, de modo a constar uma nova opinião a dirimir a dúvida referente ao verdadeiro estado psíquico do paciente. Certo é que poder-se-ia dizer que a depressão nem sempre retira a higidez mental de quem a sofre, ou que a depressão não é sinônimo de irracionalidade. Porém, assim como na maioria das leis que versam sobre o direito à eutanásia, um quadro depressivo deve servir de impeditivo a escolhas que levem o paciente à morte. Se no caso em discussão o paciente realmente se encontrasse em depressão, defende-se que a sua recusa não poderia ter sido acatada, realizando-se o procedimento de modo a mantê-lo vivo.

³⁷¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível. **Apelação n. 70054988266**. Relator: Des. Irineu Mariani. Julgado em: 20 nov. 2013. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70054988266&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1 &oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 21 out. 2021.

Caso muito similar ocorreu na Argentina³⁷² quando também foi dado ao paciente o direito de não aceitar a amputação de sua perna, mesmo que a consequência da não realização desse procedimento fosse, com plena certeza, a sua morte. Segundo Kraut, “[...] este fallo resultó clave para promover el tema del derecho a rechazar determinadas intervenciones si el paciente considera que afectan suya dignidad”.³⁷³

Nesse sentido, cabe um maior aprofundamento a respeito do enunciado 533, VI Jornada de Direito Civil (2013) que apresenta a seguinte interpretação:

O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos.

Eis a justificativa do enunciado doutrinário:

O crescente reconhecimento da autonomia da vontade e da autodeterminação dos pacientes nos processos de tomada de decisão sobre questões envolvidas em seus tratamentos de saúde é uma das marcas do final do século XX. Essas mudanças vêm se consolidando até os dias de hoje. Inúmeras manifestações nesse sentido podem ser identificadas, por exemplo, a modificação do Código de Ética médica e a aprovação da resolução do Conselho Federal de Medicina sobre diretivas antecipadas de vontade. O “risco de vida” será inerente a qualquer tratamento médico, em maior ou menor grau de frequência. Por essa razão, não deve ser o elemento complementar do suporte fático para a interpretação do referido artigo. Outro ponto relativo indiretamente à interpretação do art. 15 é a verificação de como o processo de consentimento informado deve ser promovido para adequada informação do paciente. O processo de consentimento pressupõe o compartilhamento efetivo de informações e a corresponsabilidade na tomada de decisão.

Brocks entende, igualmente, que a recusa por tratamentos, ainda que a consequência seja a morte, é um direito do paciente.

³⁷² Em maio de 1996 houve uma audiência pública na Argentina para se debater e apresentar um projeto que tratasse dos direitos dos pacientes a morte digna. Os principais pontos discutidos pelos deputados, eticistas, juízes, médicos e religiosos, foram: 1) Toda pessoa capaz que padeça de uma enfermidade terminal poderá se opor à aplicação de tratamentos clínicos ou cirúrgicos que sejam extraordinários ou desproporcionais a perspectiva de melhora, enquanto produzam dores de forma reiterada ou permanente e/ou sofrimento, sem prejuízo de continuar com as curas normas devidas ao enfermo; 2) se considerará doença terminal a descrita no diagnóstico do profissional, juntamente com o produzido por uma junta médica de especialistas e um psiquiatra pertencente a um estabelecimento oficial; 3) o paciente de ser maior de idade e estar em uso de suas faculdades mentais. Deve expressar sua decisão por escrito e a mesma deve ser tomada livremente; 4) Nenhum profissional médico estará sujeito a responsabilidade civil, penal, administrativa, nem profissional, salvo quando não houver procedido em conformidade com as previsões legais; 5) fica expressamente proibido o exercício da eutanásia ativa (que o médico por ação ou omissão provoque intencionalmente a morte do paciente. (KRAUT, Jorge Alfredo. **Los derechos de los pacientes**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 105).

³⁷³ KRAUT, Jorge Alfredo. **Los derechos de los pacientes**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 104.

Envolvendo o paciente em importantes decisões de tratamentos e deixando-o livre para recusar qualquer tratamento disponível, respeitando sua autodeterminação. Se o interesse na autodeterminação é importante em casos de descontinuação de suporte vital, que afetam a vida dos pacientes de maneira significativa, então, certamente, é pelo menos tão importante nas decisões de empregar ou renunciar tratamento para sustentar suas vidas e, portanto, quando e em que condições suas vidas acabarão.³⁷⁴

Há de esclarecer que, assim como no caso da recusa de transfusão de sangue, há um limite relacionado à livre escolha do paciente. O ato deve ser autônomo, ou seja, plenamente racional. Em caso de comprovação, a partir de uma análise psiquiátrica de que o paciente não estava apto a decidir, seja em razão de uma falha cognitiva ou de alguma forma de coação ou, ainda, em razão de uma manipulação, a escolha não pode ser confirmada. Comprovando-se que o paciente não se encontra apto a decidir por si e na falta das diretivas antecipadas de vontade, deve-se, sempre levar a cabo o tratamento com maior probabilidade de cura, mesmo que de modo contrário à vontade do paciente, ou seja, utilizando-se de coercibilidade.³⁷⁵

Buscando inserir, mais uma vez, o contexto do paternalismo libertário e da arquitetura da escolha na relação médico-paciente, poder-se-ia questionar se, dentre as possibilidades de tratamento a serem esclarecidas pelo médico, encontrar-se-ia, também, a hipótese da recusa com fulcro em valores pessoais, desprovidos de qualquer caráter religioso, mesmo que essa tenha como consequência inevitável a morte do paciente. É verdade que a profissão médica tem como valores intrínsecos a compaixão, a solicitude e a beneficência.³⁷⁶ Mas por que não se poderia conciliar esses valores com a autodeterminação do paciente? Não haveria compaixão em realizar o tratamento de acordo com os interesses do paciente? Não seria uma atitude solícita ouvir a vontade do paciente? Não seria um ato de beneficência fazer o melhor de acordo com o interesse do paciente? Mesmo que de modo cauteloso e amparado em critérios objetivos, pode-se responder que sim. A raiz da discussão, segundo o entendimento da presente tese, se encontra, em verdade, na máxima de que a preservação da vida é sempre uma atitude benéfica,

³⁷⁴ BROCKS, Dan W. **Life and death**: philosophical essays in biomedical ethics. New York: Cambridge University Press, 1993, p. 151, tradução nossa. No original: “[...] involving patients in important treatment decisions, and leaving them free to refuse any proffered treatment, respects their self-determination. If the interest in self-determination is important in non-life-support cases that affect patients’ lives in significant ways, then surely it is at least as important in decisions concerning whether treatment to sustain their lives will be employed or forgone, and thus when under what conditions their lives will end”.

³⁷⁵ Sobre os casos de pacientes com depressão, Kraut esclarece: “en estos casos, se justifica, como regla, actuar coactivamente, especialmente cuando los impulsos suicidas pueden afectar la capacidad cognitiva y el paciente no padece un gran deterioro de la salud (su calidad de vida no está muy afectada), en tanto la estadística muestra que la enfermedad mental, una vez superada la crisis, remite en un alto porcentaje. Los tratamientos psiquiátricos han tenido éxito en cuatro a cada cinco personas con este tipo de dolencias y, por otro lado, los deseos suicidas desaparecen con la mejoría”. (KRAUT, Jorge Alfredo. **Los derechos de los pacientes**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 129).

³⁷⁶ DURAND, Guy. **DURAND, Guy. Introdução Geral à Bioética**. História, conceitos e instrumentos. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 175.

independentemente da anuência ou não do paciente. Evidente, e em nenhum momento se está a negar, que o direito à vida deve ser promovido e tutelado de todas as formas. A vida é, sem nenhuma dúvida, o maior de todos os bens, seja a partir de uma visão religiosa, ou secular. Alinhada a esse entendimento, a presente tese defende vigorosamente que a arquitetura da escolha seja elaborada de modo a sempre alocar a cura como a opção “na altura dos olhos”. A ética da influência (seção 3.2.2) se presta exatamente a isso, ou seja, auxiliar o paciente a tomar a melhor decisão e, objetivamente falando, é certo que a manutenção da vida estará sempre dentre as melhores decisões. Contudo isto não quer dizer que a vontade livre e esclarecida do paciente de recusar um tratamento, por mais trágica que possa ser essa escolha, deva ser impedida. A recusa, desde que racional, livre, esclarecida, ética e legalmente possível faz parte das possibilidades válidas ou elegíveis.

4.3 PACIENTES EM ESTADO VEGETATIVO PERMANENTE – A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DE SUA DIGNIDADE

A inserção da arquitetura da escolha na relação médico-paciente pode ser realizada de modo natural, desde que entendida a necessidade de diálogo, da ética da influência e da prevalência da autonomia do paciente, no sentido de ter sua decisão final respeitada. Entende-se, portanto, que estando o paciente em pleno gozo de suas capacidades cognitivas e respeitando-se todos os aspectos éticos concernentes à arquitetura da escolha, não há qualquer razão para não se respeitar a sua vontade. Porém, em caso de impossibilidade de o paciente deliberar a respeito das opções de tratamento, como deve se comportar o médico responsável pela arquitetura da escolha?

Imagine-se a seguinte situação: um paciente em estado vegetativo permanente, que não deixou qualquer forma de diretivas antecipadas de vontade, logo, todos os atos devem passar necessariamente pela anuência de seus familiares, uma vez que passaram a ser seus representantes legais. A esposa entende que os aparelhos devem ser desligados uma vez que o quadro é irreversível, e manter vivo o paciente é uma forma de obstinação terapêutica irrazoável. Os pais do paciente, por outro lado, entendem que a vida é um bem que deve ser preservado seja qual for o custo e que, enquanto houver a mínima chance, seu filho deve ser mantido vivo. Esse foi exatamente o caso do francês Vincent Lambert, cuja resolução só foi possível após longa discussão judicial, inclusive com a participação da Corte Europeia de Direitos Humanos.

4.3.1 Obstinação irrazoável e pacientes em estado vegetativo permanente - Caso Lambert

Como já referido, em caso de diretivas antecipadas deixadas pelo paciente, não haverá maiores dúvidas, desde que no documento não se encontre a solicitação de um procedimento entendido como irrazoável, acerca da conduta da equipe médica, especialmente em razão da prevalência que lhe é conferida em relação à vontade de terceiros.³⁷⁷ Entretanto, na falta de diretrizes antecipadas de vontade e encontrando-se o paciente em estado vegetativo permanente, surge a dúvida quanto à escolha do procedimento médico a ser adotado, pois o fato da total impossibilidade de anuência direta do paciente não significa que qualquer medida poderá ser empreendida. A arquitetura da escolha foi pensada para situações nas quais o agente encontrasse apto a realizar a escolha. Como restaria a ética da influência em casos de pacientes em estado vegetativo permanente?

Como demonstrado no primeiro capítulo do presente trabalho, a dignidade é característica de todo ser humano, independentemente de sua efetiva capacidade racional e pleno exercício da autonomia. O fato de um indivíduo estar em estado vegetativo permanente não lhe retira o direito de proteção à dignidade, o que, ipso facto, impede que seja tratado como mero objeto.³⁷⁸ Acredita-se da mesma forma defendida Kraut, que a condição do paciente é totalmente irrelevante no que se refere à proteção de seus direitos fundamentais: “Los pacientes tienen los mismos derechos, sean capaces o incapaces, incluido el derecho a rechazar un tratamiento. La única diferencia está en determinar cómo se protegen y ejercitan tales derechos”.³⁷⁹

Hufen, ao tratar da necessidade de proteção da dignidade dos pacientes em estado vegetativo permanente, esclarece: “[...] o estado dos pacientes em estado vegetativo permanente e sua dependência de cuidados e aparelhos médicos não representam uma intrusão na sua dignidade humana. Mesmo o paciente que se encontra nesta condição tem a garantia da inviolabilidade de sua dignidade”.³⁸⁰

³⁷⁷ DADALTO, Luciana; SAVOI, Cristiana. Distanásia: entre o real e o irreal. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito à morte digna**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017. p. 151-166.

³⁷⁸ PUTZ, Wolfgang; STELDINGER, Beate. **Patientenrechte am Ende des Lebens**: Vorsorgevollmacht, Patientenverfügung, Selbstbestimmtes Sterben. München: DTV, 2016, p. 24. No original: “Die Menschenwürde schützt auch und gerade solche Patienten davor, zu bloßen Objekt des Behandlungs- oder Pflégewillens anderer oder zum Gegenstand der Apparatemedizin zu werden”.

³⁷⁹ KRAUT, Jorge Alfredo. **Los derechos de los pacientes**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 101.

³⁸⁰ HUFEN, Friedhelm. *In dubio pro dignitate*. Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens *In*: THIELE, Felix (org.). **Aktive und Passive Sterbehilfe**: Medizinische, Rechtswissenschaftliche und Philosophische Aspekte. München: Wilhelm Fink Verlag, 2010, p. 90, tradução nossa. No original: “allein der Zustand des Wachkomapatienten und seine Abhängigkeit von Pflege und medizinischen Einrichtungen stellen noch keinen Eingriff in die Menschenwürde dar. Auch der Patient in diesem Zustand verfügt über seine unantastbare Würde als Mensch”.

Porém, uma vez que não há a anuência expressa do paciente, cabe ao médico levar em consideração a opinião dos familiares e/ou representante legal, que deverão se basear naquela que, ao menos supostamente, seria a vontade do paciente. A arquitetura da escolha segue preocupada com as melhores opções científicas bem como com o melhor interesse do paciente, que deve ser manifestado, na falta de um documento prévio, por seus representantes legais. Segundo Kraut, trata-se do *substituted judgment*, que “[...] impone al representante el deber de decidir cómo lo hubiera hecho la persona tutelada de haber estado en condiciones de hacerlo”.³⁸¹ Em relação a essa problemática, Dadalto e Savoi argumentam que “[...] quando o paciente é incapaz, deve-se questionar a existência de um testamento vital e, inexistindo, deve o profissional buscar junto à família qual seria a real vontade do paciente”.³⁸²

Assim, de modo análogo aos casos de pacientes capazes, a violação da dignidade encontra-se no desrespeito em relação à vontade do paciente, seja ela expressa por intermédio de um testamento vital ou de seu representante, mesmo que a conduta contrária à sua vontade seja no sentido de mantê-lo vivo.³⁸³ Como bem mencionado por Putz e Steldinger, levando-se em consideração a constituição alemã, “[...] uma interferência no Art. 2, II da Lei Fundamental está presente em todas as medidas que interferem significativamente no corpo humano. Este é, sem dúvida, o caso sobre o GEP”.³⁸⁴ Portanto, segundo os autores, o próprio procedimento de “gastronomia endoscópica percutânea”, mesmo que inevitável em casos de coma, poderá configurar uma violação à dignidade do paciente, caso este seja contrário ao tratamento. “Forçar a alimentação, contra a vontade da pessoa em questão, deve se caracterizar como uma violação da dignidade humana [...]”³⁸⁵, argumentam os juristas germânicos. Nesse mesmo sentido, Hufen sublinha que independentemente do motivo, ou seja, por mais nobre que a intenção do médico venha a ser, “[...] a alimentação forçada sempre é uma violação da dignidade humana, porque

³⁸¹ KRAUT, Jorge Alfredo. **Los derechos de los pacientes**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 100.

³⁸² DADALTO, Luciana; SAVOI, Cristiana. Distanásia: entre o real e o irreal. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito à morte digna**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017. p. 151-166.

³⁸³ PUTZ, Wolfgang; STELDINGER, Beate. **Patientenrechte am Ende des Lebens: Vorsorgevollmacht, Patientenverfügung, Selbstbestimmtes Sterben**. München: DTV, 2016, p. 304. No original: “Der Eingriff liegt darin, dass dieser Zustand aufrechterhalten wird, obwohl der Kläger und sein Betreuer ihr Selbstbestimmungsrecht dahin gehend ausgeübt haben, dass sie Fortsetzung der Behandlung in diesem Sinne nicht wünschen”.

³⁸⁴ PUTZ, Wolfgang; STELDINGER, Beate. **Patientenrechte am Ende des Lebens: Vorsorgevollmacht, Patientenverfügung, Selbstbestimmtes Sterben**. München: DTV, 2016, p. 305, tradução nossa. No original: “Ein Eingriff in Art. 2 II GG liegt bei allen Maßnahmen vor, die in erheblicher Weise in den menschlichen Körper eingreifen. Das ist bei der PEG unstreitig der Fall”.

³⁸⁵ PUTZ, Wolfgang; STELDINGER, Beate. **Patientenrechte am Ende des Lebens: Vorsorgevollmacht, Patientenverfügung, Selbstbestimmtes Sterben**. München: DTV, 2016, p. 301, tradução nossa. No original: “Eine Zwangsernährung gegen den Willen eines Betroffenen ist schon dadurch als Verstoß gegen die Menschenwürde gekennzeichnet”.

ela rompe o conceito de autodeterminação e rebaixa o homem a mero objeto das medidas impostas”.³⁸⁶ Salienta-se que se faz referência a uma alimentação não consentida pelo paciente.

De modo a enriquecer o debate acerca da arquitetura da escolha e dos limites da obstinação irrazoável, mormente em casos em que não há um desejo expresso do próprio paciente a respeito do tratamento a ser realizado, passa-se a analisar o caso “Lambert e Outros vs. França”, de grande repercussão internacional, julgado em 2 de junho de 2015 pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que versa exatamente sobre a temática proposta no presente capítulo. Discutiu-se, no referido caso, a possibilidade do desligamento de aparelhos que mantinham vivo o paciente Vincent Lambert, de 40 anos, que se encontrava desde 2008 tetraplégico e em estado vegetativo permanente. A esposa e o médico responsável pelo caso eram favoráveis à interrupção do tratamento, enquanto os pais de Lambert contrários.

De modo a clarificar o caso, transcreve-se os dois principais artigos da lei francesa sobre pacientes em estado terminal (*Loi n. 2005-370 du 22 avril 2005*), que foram suscitados durante a análise do caso.

Art. 1°. Os atos de prevenção, investigação ou tratamento não devem continuar com obstinação não razoável. Quando eles parecem inúteis, desproporcionais ou não têm outro efeito além da preservação artificial da vida, podem ser retidos ou retirados. Nesse caso, o médico protege a dignidade do morrer para garantir a qualidade da vida deles

[...]

Art. 5°. Quando uma pessoa não está em condições de expressar sua vontade, a limitação ou cessação do tratamento que possam pôr em perigo a sua vida não pode ser realizada sem primeiro respeitar o procedimento colegiado definido pelo código de ética médica e sem consultar a pessoa confiável ou a família ou, na sua falta, uma das suas relações estreitas e, se for caso disso, as diretrizes antecipadas da pessoa. A decisão motivada de limitar ou interromper o tratamento está anotada no registro médico.³⁸⁷

³⁸⁶ HUFEN, Friedhelm. In dubio pro dignitate. Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens *In*: THIELE, Felix (org.). **Aktive und Passive Sterbehilfe**: Medizinische, Rechtswissenschaftliche und Philosophische Aspekte. München: Wilhelm Fink Verlag, 2010, p. 87, tradução nossa.

³⁸⁷ CLIN, B; OPHÉLIE, F. Law of 22 April 2005 on patients' rights and the end of life in France: setting the boundaries of euthanasia, with regard to current legislation in other European countries. **Med Sci Law**, v. 50, n. 4, p. 183-188, oct. 2010, tradução nossa. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/21539283>. Acesso em: 21 out. 2021. No original: “The acts of prevention, investigation or treatment must not be continued with unreasonable obstinacy. When they seem useless, disproportionate or to have no other effect than solely the artificial preservation of life, they can be withheld or withdrawn. In that case, the doctor safeguards the dignity of the dying to ensure the quality of their life. [...] When a person is not in condition to express their will, treatment limitation or cessation that could endanger their life cannot be realized without first respecting the collegial procedure defined by the code of medical ethics and without consulting the trusted person or the family or, failing this, one of their close relations and, if appropriate, the advance directives of the person. The motivated decision to limit or discontinue treatment is registered in the medical record”.

O Tribunal Francês julgou procedente o pedido de desligamento. O *Conseil d'État*, que pela primeira vez, após nove anos de lei, se viu exigido a determinar o escopo da aplicação da lei e definir os conceitos de “tratamento” e “obstinação irrazoável”, considerou que:

[...] essas disposições não permitem que um médico tome uma decisão de limitação do tratamento vital, ou de retirada do tratamento de uma pessoa incapaz de expressar sua vontade, exceto na dupla e estrita condição de que a manutenção do tratamento equivale à obstinação irrazoável e que as salvaguardas necessárias, a saber, que sejam levados em consideração os desejos expressos pelo paciente e que pelo menos um outro médico e a equipe de cuidados sejam consultados, bem como a pessoa de confiança, a família ou outra pessoa próxima ao paciente.³⁸⁸

Ponderaram, ainda, os juízes da Corte francesa que a Lei de 22 de abril de 2005 trouxe um equilíbrio entre o direito ao respeito pela vida e o direito de consentimento ou recusa de tratamento. De acordo com esses princípios, os profissionais de saúde têm a obrigação de entregar apenas um tratamento adequado, orientado unicamente para o benefício do paciente, que deve ser avaliado em termos gerais. Considerando os pré-requisitos legais, bem como a opinião da esposa de Vincent Lambert, que afirmou por diversas vezes ter conhecimento do desejo de seu marido de não ser mantido vivo em estado vegetativo permanente, o Tribunal julgou procedente a demanda.

Inconformados com a decisão favorável ao desligamento, os pais de Lambert, após obtenção de medida judicial de suspensão da decisão e conseqüentemente manutenção do suporte vital, apelaram para Corte Europeia de Direitos Humanos. Os juízes do Tribunal Europeu discutiram a interpretação dos artigos 2º e 8º da Convenção em conformidade com a lei francesa sobre tratamento paliativos e obstinação irrazoável. Segundo eles, não houve qualquer violação do direito à vida, nem mesmo do dever do Estado de proteger a vida dos seus cidadãos. Por maioria de votos (12-5), entenderam os julgadores, no mesmo sentido do acórdão francês, que

[...] o paciente é o principal interessado no processo de tomada de decisão, cujo consentimento deve permanecer no centro da discussão; isso é verdade mesmo quando o paciente não consegue expressar seus desejos. O “Guia do Conselho da Europa sobre o processo de tomada de decisão sobre tratamento médico em situações de fim de vida” recomenda que o paciente seja envolvido no processo de tomada de decisão por meio

³⁸⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-155352"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 21 out. 2021, tradução nossa. No original: “Those provisions do not allow a doctor to take a life-threatening decision to limit or withdraw the treatment of a person incapable of expressing his or her wishes, except on the dual, strict condition that continuation of that would amount to unreasonable obstinacy and that the requisite the requisite safeguards are observed, namely that account is taken of any wishes expressed by the patient and that at least one other doctor and the care team are consulted, as well as the person of trust, the family or another person close to the patient”.

de desejos previamente expressados, que podem ter sido confiados oralmente para um membro da família ou amigo íntimo.³⁸⁹

Por fim, considerando válida a decisão do Tribunal francês, ressaltaram os julgadores que,

O Tribunal Europeu já reconheceu o direito de cada indivíduo de se recusar a consentir sobre um tratamento que tenha o efeito de prolongar sua vida. Por conseguinte, considera que o *Conseil d'État* tinha o direito de admitir que o testemunho que lhe foi submetido era suficientemente preciso para estabelecer quais tinham sido os desejos de Vincent Lambert relativos à retirada ou continuação do seu tratamento.³⁹⁰

No dia 11/07/2019, após confirmação da Corte de Cassação francesa quanto à possibilidade de desligamento dos aparelhos, Lambert veio a óbito a partir da retirada paulatina do suporte vital. Como demonstrado, o principal argumento, tanto dos Tribunais Franceses quanto da Corte Europeia, foi a não promoção da obstinação irrazoável, uma vez que se trata de um critério a mitigar a autonomia da equipe médica, de terceiros interessados e até do próprio paciente. Poder-se dizer que o caso explorado no presente capítulo corrobora a tese de que a obstinação irrazoável não deve constar entre as possibilidades da arquitetura da escolha. Logo, no momento de dialogar com os familiares, a equipe, acertadamente, demonstrou o entendimento no sentido de desligamento dos aparelhos, que só não foi levado a cabo naquele primeiro momento, em razão da petição judicial dos pais de Lambert.

Reitera-se que, mesmo o paciente em estado vegetativo permanente, todos seus direitos fundamentais devem ser assegurados, principalmente em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Se seu desejo expresso ou implícito era contrário à manutenção de sua vida a qualquer custo, principalmente em estado vegetativo permanente, sua vontade deveria ser respeitada, por mais que ela significasse a sua morte. Critérios como transparência, justificação pública e ética da influência devem permanecer intactos mesmo nesses casos, pois na falta da anuência do próprio paciente, os representantes legais merecem exatamente o mesmo

³⁸⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-155352"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 21 out. 2021, tradução nossa. No original: “The court points out first of all that is the patient who is the principal party in the decision-making process and whose consent must remain at its center; this is true even where the patient is unable to express his or her wishes. The Council of Europe’s “Guide on the decision-making process regarding medical treatment in end-of life situations” recommends that the patient should be involved in the decision-making process by means of any previously expressed wishes, which may have been confided orally to a family member or close friend”.

³⁹⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-155352"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 21 out. 2021, tradução nossa. No original: “It recognized the right of each individual to decline to consent to treatment which might have the effect of prolonging his or her life. Accordingly, it takes the view that the Conseil d'État was entitled to consider that the testimony submitted to it was sufficiently precise to establish what Vincent Lambert’s wishes had been with regard to the withdrawal or continuation of his treatment”.

tratamento, já que, a condição humana de fim em si mesmo, não pode ser relativizada, ou como bem exposto por Jonas: “o corpo é o objetivo, mas o que importa é o sujeito.”³⁹¹

³⁹¹ JONAS, Hans. **Técnica, Medicina e Ética. A prática do princípio da responsabilidade.** São Paulo: Paulus, 2013, p. 1.

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa propôs a defesa da manutenção do princípio da autonomia e da dignidade da pessoa humana como as bases fundamentais para a resolução de conflitos na Bioética. Para tanto, foi necessário, logo no segundo capítulo, estabelecer o marco teórico da pesquisa. Defendeu-se a proposta kantiana para os referidos princípios, no melhor sentido de que a autonomia se vincula a uma ação racional, desprovida de qualquer influência de sentimentos ou formas de coação. Ao passo que a dignidade se conecta com a máxima do ser humano como fim em si mesmo e nunca, simplesmente, como meio.

Os ideais kantianos, uma vez que o filósofo prussiano foi o grande responsável pelo desenvolvimento da ideia de autonomia como centro da moralidade, foram aprofundados e relacionados com os princípios da Bioética, da Ética Médica e dos direitos fundamentais. A corrente principialista, igualmente conhecida como Bioética baseada na autonomia, se apropriou dos conceitos kantianos para desenvolver a quebra do paradigma do paternalismo médico, promovendo uma nova lógica na relação médico-paciente, na qual a autonomia deste, vinculada à noção de respeito à dignidade da pessoa humana, passou a ser o princípio fundamental. Beneficência e não-maleficência, por exemplo, passaram a ser interpretadas não mais como o melhor tratamento segundo o entendimento do profissional da saúde, mas sim como o melhor segundo o paciente.

Os princípios propostos pela Bioética principialista foram, inegavelmente, de suma importância para o estabelecimento de uma nova ordem de valores na relação médico-paciente. Por outro lado, a supervalorização da autonomia, a partir de sua conceituação em Kant, passou a ser alvo de inúmeras críticas, mormente em relação ao seu caráter excessivamente atomista. A tese defendeu a consideração e incorporação de tais críticas, almejando um aprimoramento dos princípios da Bioética baseada na autonomia e não como motivo para uma inversão de paradigma.

O conceito de consentimento surge, portanto, como uma possibilidade de harmonizar a autonomia do paciente, vinculada à sua capacidade de se autodeterminar, e a opinião técnico-científica do médico, vinculada à sua expertise. Porém a afirmação de que o consentimento é o documento a conectar a autonomia do paciente com paternalismo médico, sem se estabelecer qualquer forma de limite à tomada de decisão ou da influência deste é tão vazia quanto a máxima que simplesmente defende a autonomia do paciente, considerando-a, equivocadamente, sinônimo de livre-arbítrio. Dessarte, a pesquisa buscou defender que o conceito da arquitetura da escolha, dentro da ética da influência e do paternalismo libertário, representa uma possível

solução limitadora da autonomia, a respeitar a dignidade do paciente, a promover o papel de influência do médico, como expert no assunto, e, em última análise, buscando o bem-estar das pessoas. Em outras palavras, defendeu-se que a arquitetura da escolha é plenamente possível e desejável na relação médico-paciente.

Feita essa primeira análise, o terceiro capítulo debruçou-se sobre aspectos concernentes à arquitetura da escolha. Analisou-se o conceito do paternalismo libertário, buscando demonstrar sua perfeita harmonia com o respeito aos direitos fundamentais, bem como com os princípios da Bioética. Sunstein e Thaler defendem o “paternalismo” no sentido de influenciar a pessoa a tomar a melhor decisão, acrescentado o “libertário” como o princípio de manter a pessoa livre para decidir de acordo com suas convicções pessoais. A influência, contudo, não pode ser exercida sem uma ética mínima, ou seja, o médico, arquiteto da escolha, deve influenciar o paciente a realizar os tratamentos adequados. Além do mais, todas as informações devem ser transparentes e estar de acordo com critérios de justificação pública, evitando, assim, qualquer forma de manipulação, coação e tratamento sem comprovação científica.

A inserção da arquitetura da escolha ao âmbito médico-hospitalar deve ser realizada em duas etapas: na primeira, o médico deve descartar do rol de opções todas aquelas que de alguma forma violam a dignidade do paciente, como, por exemplo, tratamentos degradantes, ineficazes, irrazoáveis e procedimentos contrários a uma lei vigente, mesmo em situações nas quais aquele queira realizar tais procedimentos. Ultrapassada a etapa de limitação à autonomia do paciente, o médico deverá lhe apresentar as possibilidades de tratamentos ética e juridicamente permissíveis. Como arquiteto da escolha, o profissional da saúde deve influenciar e incentivar o paciente, sempre de modo transparente e sem qualquer forma de manipulação, obtenção de vantagens materiais ou coação, a eleger o tratamento entendido como de maior eficácia. De modo análogo ao exemplo da cantina, onde a maçã, por ser o alimento mais saudável, deve estar na altura dos olhos, induzindo o cliente a consumi-la, defende-se que o tratamento com maior grau de efetividade seja disponibilizado dentro da mesma lógica, ou seja, deve ser a opção a receber a maior influência. Salieta-se que a influência do médico em relação ao paciente deve ser sempre pautada no convencimento racional, no melhor sentido de esclarecer-lhe por quais motivos aquela é a melhor opção em detrimento das demais. Logo, a arquitetura da escolha na relação médico-paciente deve estar invariavelmente atrelada ao Sistema 2 (cognitivo) e jamais ao Sistema 1 (automatizado). Agora, se o paciente decide pelo tratamento, dentre os possíveis, com menor grau de eficácia ou, ainda mais trágico, opta por não realizar qualquer procedimento, sendo a morte a consequência inevitável dessa decisão, sua autonomia deverá ser respeitada, desde que, é claro, sua decisão esteja acompanhada de completa higidez mental. Ainda cabe

salientar, como defende a presente tese, que a possibilidade de o paciente delegar, em absoluto, a escolha do tratamento ao médico integra plenamente a sua autonomia. Uma postura exageradamente paternalista na qual o médico é o único responsável pela escolha do tratamento, uma vez que ele é o expert no assunto, com mínima participação do paciente, não se coaduna com o devido respeito e empatia devidos ao paciente, pois significa tratá-lo como mero meio, diferentemente da proposição que aloca a autonomia do paciente como prevalente à vontade médica.

Os cutuques a serem realizados pelo profissional da saúde, no melhor sentido de auxiliar o paciente a tomar a decisão mais eficaz, devem estar de acordo com a ética da influência, que, em suma, abomina qualquer forma de manipulação e coação, insistindo em uma arquitetura transparente com opções publicamente justificadas. Restou demonstrado que uma das principais críticas ao paternalismo libertário se encontra no fato de esse modelo permitir que a pessoa faça a pior escolha, dentre aquelas permitidas, embora induzida a realizar a melhor. A crítica a essa permissão repousa na possível falta de empatia, já que o arquiteto assume uma atitude passiva frente à opção flagrantemente prejudicial. A grande diferença se encontra no respeito à autonomia. Enquanto no paternalismo coercitivo, o arquiteto entende saber o que é melhor para a pessoa, coagindo-a a agir de um determinado modo, no paternalismo libertário o arquiteto busca influenciar o paciente no melhor sentido de convencê-lo, a partir de argumentos racionais e transparentes. A tese acredita que o respeito à dignidade, se encontra exatamente no respeito à autonomia. O paternalismo auxilia as pessoas, principalmente aquelas em estado de vulnerabilidade, a tomarem as melhores decisões, sem jamais coagi-las ou tratá-las como um mero meio, deixando-as livres, desde que aptas para tanto, a realizarem a escolha de acordo com seus valores pessoais. Defende-se o respeito à autodeterminação individual que, por sua vez, não se confunde com a ideia de autossuficiência. Vieses, escolhas automatizadas e falta de conhecimento técnico são apenas alguns dos exemplos que demonstram a falibilidade humana. Por outro lado, deve-se preservar a busca pela autodeterminação e pela escolha responsável, daí o aspecto de alta relevância da autonomia dentro da arquitetura da escolha.

Após a identificação dos limites da autonomia do paciente, já elencados no trabalho, buscou-se demonstrar, no quarto e último capítulo, de que modo o conceito de arquitetura da escolha poderia ser promovido a uma adequada ferramenta a solucionar conflitos na Bioética.

Primeiramente, defendeu-se a possibilidade de a eutanásia ser um dos tratamentos disponíveis dentro da arquitetura da escolha. É claro que no Brasil, ao menos até o presente momento, está é uma opção que não deve constar no rol de possibilidades, uma vez que ilegal. Porém a presente tese entende que a autonomia em conjunto com a dignidade da pessoa humana,

e levando-se em consideração uma série de pré-requisitos objetivos, pode sustentar, em casos muito específicos, um direito à morte digna. Entende-se que os limites à autonomia não são contrariados nos casos em que o paciente preenche os pré-requisitos para a concessão do suicídio assistido, pois em face de uma condição irreversível e causadora de grande sofrimento físico e psíquico, não haveria motivo para obrigar alguém a viver e suportar uma condição, segundo sua concepção, aviltante. Importante salientar que a arquitetura da escolha pressupõe a participação do médico a influenciar o paciente para realizar a melhor decisão, segundo os padrões científicos, e sempre pró-vida. A opção pela eutanásia, em países onde ela é permitida, deve constar no rol das opções válidas, uma vez que legalizada, mas jamais deverá partir do médico a influência para sua efetivação. Cabe ao profissional da saúde instigar o paciente a realizar os tratamentos possíveis, mesmo que esses estejam vinculados apenas à mitigação da dor e do sofrimento, sempre com a devida cautela, de modo a evitar formas de obstinação irrazoável. O que se quer sublinhar é que, enquanto houver possibilidades ética e legalmente possíveis, o médico deve colocá-las “na altura dos olhos”, alocando a eutanásia no ponto de menor visibilidade (no fundo da estante).

O segundo exemplo proposto pelo trabalho versava sobre a possibilidade de se negar um tratamento, mesmo se esse fosse a única opção para salvar o paciente. Trabalhou-se, primeiramente, com os casos de recusa de transfusão de sangue de pacientes que professam a religião Testemunhas de Jeová. Defendeu-se que a autonomia e a dignidade da pessoa humana, em conjunto com o direito fundamental à liberdade religiosa, podem sustentar uma recusa a um determinado tratamento, desde que não se trate de paciente civilmente incapaz. Por mais trágico que o desfecho possa vir a ser, entende-se que a pessoa adulta e em pleno gozo de suas capacidades cognitivas poderá recusar o tratamento. Sendo assim, advogou-se no sentido de que a recusa ao tratamento é uma possibilidade dentro da arquitetura da escolha, que deverá ser respeitada pelo médico, que, por sua vez, não se encontra obrigado, desde que não seja um caso de iminente risco de vida, a levar a cabo um procedimento sem a anuência paciente, no caso específico a transfusão de sangue. A autonomia do médico deve ser igualmente respeitada.

Na sequência, analisou-se a possibilidade de um paciente recusar um determinado tratamento com fulcro em seus valores de vida seculares, ou seja, uma recusa em razão de uma fundamentação desprovida de qualquer aspecto religioso. Se um paciente, em razão de sua religião, pode recusar um tratamento, mesmo que o desfecho inevitável venha a ser a sua morte, por que outro paciente, a partir de seus interesses fundamentais, não pode fazê-lo? Defende-se, assim como no caso da Testemunha de Jeová, que a autonomia e a dignidade, bem como a autodeterminação, no sentido de eleger valores pessoais, sustentam a legalidade da recusa. É

sempre importante salientar que se está a trabalhar com um paciente plenamente capaz sob o ponto vista jurídico, requisito básico para o exercício de sua autonomia. Ressalte-se, assim como no caso da eutanásia, que o médico, como arquiteto da escolha deve buscar o convencimento do paciente para realizar o tratamento a fim de, dentro do possível, restabelecer sua saúde.

Por fim, elegeu-se o caso Lambert, de modo a exemplificar como restaria configurada a arquitetura da escolha, no caso de pacientes em estado vegetativo permanente e sem diretivas antecipadas de vontade. A disponibilização dos tratamentos e o diálogo devem ocorrer da mesma forma como se o paciente plenamente capaz estivesse, porém, em seu lugar, dialogarão seus representantes legais. O que torna o exemplo muito rico para a presente pesquisa é o fato de que os representantes legais não concordavam em relação ao tratamento. De um lado, a mulher do paciente em estado vegetativo permanente desejava que os aparelhos fossem desligados. De outro, os pais do paciente desejavam que os médicos o mantivessem vivo. Ao final, prevaleceu um dos principais limites à autonomia do paciente, qual seja, tratamentos que se encaixem no conceito da obstinação irrazoável devem ser suspensos. Frente ao quadro de irreversibilidade, a manutenção do estado vegetativo permanente de Lambert poderia ser considerada como um tratamento ineficaz, violando, conseqüentemente, a dignidade do paciente. A vida não pode ser mantida a qualquer custo, correndo-se o risco de tornar as pessoas meros meios, sujeitos à vontade de terceiros que, de modo egoísta, insistam em ignorar uma condição, lamentavelmente, irremediável. Note-se, nesse caso, que a arquitetura da escolha deve inverter a lógica de sempre buscar uma opção a desencorajar a recusa completa de um tratamento ou o pedido de eutanásia. Uma vez que a condição do paciente é irreversível e claramente vinculada a uma obstinação irrazoável, não há qualquer problema ético, no sentido da Ética Médica, ao se alocar a possibilidade de desligamento dos aparelhos como a mais adequada a preservação da sua dignidade. Tal providência seria, nesse sentido, a opção “na altura dos olhos”.

A tese defendeu a fundamentação da dignidade a partir da autonomia demonstrando que a autodeterminação, no sentido do livre desenvolvimento da personalidade, é um direito fundamental básico a ser assegurado na maior medida possível. Porém, em que pese a referida afirmação, limites devem ser impostos à autonomia, até mesmo para que se garanta a proteção da dignidade da pessoa humana. Qualquer limite à autonomia deve ser justificado. Esse é o ônus, sendo sua justificativa um dos objetivos primordiais da presente tese. Uma vez analisados os limites, defendeu-se a incorporação do diálogo entre o médico e o paciente na arquitetura da escolha e na ética da influência, ambas dentro do âmbito do paternalismo libertário. A vulnerabilidade humana foi igualmente considerada pela tese. A partir disso, considerou-se que o paternalismo desempenha papel fundamental na tomada de decisão. Por outro lado, a

autonomia é o fundamento da dignidade, de modo que seu amplo, mas não irrestrito respeito é sempre desejável. Daí, tem-se o “paternalismo”, no melhor sentido do médico auxiliando o paciente, e o “libertário”, no melhor sentido da manutenção da liberdade de escolha. Defendeu-se que o consentimento livre e informado guarda estreitas relações com a arquitetura da escolha, até porque defende-se que a última promove o primeiro.

Por fim, cabe dizer que os limites à autonomia visam, em última análise, a proteção da dignidade. Por mais contraditório que possa parecer, já que se defendeu a autonomia como fundamento da dignidade, acredita-se que considerar o ser humano sempre como fim em si mesmo poderá suscitar tais limites, ao passo que relativizar a dignidade, supervalorizando, indevidamente, o poder decisório do paciente, entendendo que qualquer forma de consentimento é válida, poderá proporcionar um efeito reverso, ou seja, abrir campo para a consideração do ser humano como um mero meio. Limitar a autonomia, em casos específicos e devidamente justificados, fortalece a dignidade e a noção de ser humana como fim em si mesmo.

REFERÊNCIAS

- ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ADORNO, Roberto. “**Liberdade**” e “**Dignidade**” da Pessoa: **Dois paradigmas opostos ou complementares da Bioética?** *in*: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Orgs.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 73-93.
- ALEMANHA. Constituição (1949). **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. Disponível em: https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01/245122. Acesso em: 17/08/2021.
- ARIELY, Dan. **Predictably Irrational**. The Hidden Forces That Shape Our Decisions. New York: HarperCollins Publishers, 2009.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (coord.). **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. 2017. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf. Acesso em: 15 nov. 2021.
- BERLIN, Isiah. **The Proper Study on Mankind: An Anthology of Essays**. Londres: Chatto and Windus, 1997.
- BEUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principle of Biomedical Ethics**. 7th ed. New York: Oxford University Press, 2013.
- BEAUCHAMP, Tom. L; CHILDRESS, James F. **Principles of Biomedical Ethics**. 5th ed. New York: Oxford University Press, 2001.
- BEAUCHAMP, Tom L. Who Deserves Autonomy, and Whose Autonomy Deserves Respect? *In*: TAYLOR, James Stacey. **Personal Autonomy**. New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral Philosophy. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 310-329.
- BOARO, Guilherme; DE SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder. **A Negativa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová**. *In*: CRIPPA, Anelise; PITHAN, Livia Haygert; BONHEMBERGER, Marcelo (Orgs.). **Bioética como análise de casos**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2019.
- BRASIL. ANVISA. GOVERNO FEDERAL. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2019/12/anvisa-aprova-regras-que-limitam-o-uso-de-gorduras-trans-industriais-em-alimentos>. Acesso em: 5 fev 2022.
- BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 20/04/2022.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02/06/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 618**. Relator: Min. Nunes Marques. STF. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/36GtvAe>. Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Interno no Recurso Extraordinário com Agravo nº 988796**. Consumidor. Plano de saúde. Cirurgia bariátrica. Recusa a transfusão de sangue. Cancelamento da cirurgia. Agravante: Alex Vieira dos Santos. Agravado: Amil Assistência Médica Internacional S.A. Relator: Min. Luiz Fux. STF. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3rc9k4O>. Acesso em: 25 out. 2019.

BROCKS, Dan W. **Life and death: philosophical essays in biomedical ethics**. New York: Cambridge University Press, 1993.

BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. O Direito de viver a própria morte e sua constitucionalidade. **Ciência e Saúde Coletiva**, v. 18, p. 2691-2697, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada: artigos 1º a 107**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

CASSELL, Eric. La Persona como sujeto de la medicina. **Cuadernos de la Fundació Grifols i Lucas**, Barcelona, n. 19.

CHARLESWORTH, Max. **Bioethics in a Liberal Society**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

CLIN, B; OPHÉLIE, F. Law of 22 April 2005 on patients' rights and the end of life in France: setting the boundaries of euthanasia, with regard to current legislation in other European countries. **Med Sci Law**, v. 50, n. 4, p. 183-188, oct. 2010. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/21539283>. Acesso em: 21 out. 2021.

CLOTET, Joaquim. **Bioética – uma aproximação**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2006.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-970/2014**. Disponível em: **Error! Hyperlink reference not valid.**. Acesso em: 22 fev. 2021.

CONLY, Sarah. **Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism**. New York: Cambridge University Press, 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019**. Brasília: CFM, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 24 out. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Parecer CFM nº 12, de 26 de setembro de 2014.** Estabelece a necessidade da publicação de resolução sobre transfusão de sangue e a revogação da Resolução CFM nº 1.021/1980, após a elaboração de diretrizes técnicas pelas Sociedades Médicas de Especialidades com apoio de juriconsultos, em um prazo máximo de seis meses, determinantes dos limites e parâmetros da sua indicação e de seus componentes. Disponível em: <https://bit.ly/3pEUOIP>. Acesso em: 10 dez. 2020.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE MINAS GERAIS. **Parecer CRM-MG nº 103, de 15 de junho de 2018.** A transfusão sanguínea em situações iminentes de risco à vida está autorizada na Resolução CFM nº 1.021/1980. Disponível em: <https://bit.ly/3jahZIC>. Acesso em: 10 dez. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.021, de 26 de setembro de 1980.** Adota os fundamentos do parecer anexo como interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes a recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida. Diário Oficial da União, Brasília, p. 75, 22 out 1980. Seção 1. Disponível em: <https://bit.ly/36Dc5nP>. Acesso em: 3 fev. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.995, de 31 de agosto de 2012.** Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 3 fev. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.805, de 28 de novembro de 2006.** Regulamenta que 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. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 3 fev. 2021.

CUNDIFF, David. **A eutanásia não é a resposta.** Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

DADALTO, Luciana; SAVOI, Cristiana. Distanásia: entre o real e o irreal. *In:* GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito à morte digna.** São Paulo: Almedina Brasil, 2017. p. 151-166.

DURAND, Guy. **Introdução Geral à Bioética.** História, conceitos e instrumentos. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

DURAND, Guy. **A Bioética.** Natureza, Princípios e Objetivos. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2008.

DWORKIN, Gerald. **The Theory and Practice of Autonomy.** New York: Cambridge University Press, 1997.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade:** a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida:** aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ENCYCLOPEDIA BRITANNICA. Disponível em:

<https://www.britannica.com/science/behavioral-science>. Acesso em: 20 abr. 2022

ENGELHARDT JR, Hugo Tristram. **The foundations of bioethics: An Introduction and Critique**. Oxford: Oxford University Press, 1986.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. American Medical Association (AMA). Disponível em: <https://www.ama-assn.org>. Acesso em: 08/06/2021

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Disponível em:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-155352"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 21 out. 2021.

FEINBERG, Joel. **Filosofia Social**. Tradução de Alzira Soares da Rocha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974.

FEINBERG, Joel. **Rights, Justice and the Bounds of Liberty**. New Jersey: Princeton University Press, 1980.

FEINBERG, Joel. Voluntary euthanasia and the inalienable right to life. **Philosophy & Public Affairs**, v. 7, n. 2, p. 93-123, winter 1978. Disponível em:

<http://www.jstor.org/stable/2264987>. Acesso em: 20 nov. 2021.

FERNANDES, Márcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Atividade médica em situações de final de vida e terminalidade: uma reflexão jurídica e bioética. *In*: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, de Mello Jorge (coord.). **Livro homenagem a Miguel Reale Junior**. São Paulo: GZ, 2014. p. 397-412.

GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora. **Bioética, poder e injustiça: por uma ética de intervenção**. *In*: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. **Bioética e Injustiça**. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 35-44.

GAWANDE, Atul. **Mortais: nós, a medicina e o que realmente importa no final**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito à morte digna**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017.

GOLDIM, José Roberto. Bioética: origens e complexidade. **Rev HCPA**, Porto Alegre, v. 26, n. 2, p. 86-92, 2006. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/complex.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2021.

GRAY, John. **A Busca pela Imortalidade**. Rio de Janeiro, Record, 2017.

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

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

HUFEN, Friedhelm. **In dubio pro dignitate**. Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens. *In*: THIELE, Felix (org.). **Aktive und Passive Sterbehilfe**: Medizinische, Rechtswissenschaftliche und Philosophische Aspekte. München: Wilhelm Fink Verlag, 2010, p 85-116.

IT'S OVER, DEBBIE. Disponível em:
<http://www.mclean.k12.ky.us/docs/Its%20Over%20Debbie.pdf>. Acesso em: 21 out. 2021.

JONAS, Hans. **Técnica, Medicina e Ética**. Sobre a prática do princípio da responsabilidade. São Paulo: Paulus, 2013.

JONAS, Hans. **Technik, Medizin und Ethik**: Zur Praxis des Prinzips Verantwortung. Frankfurt: Insel Verlag, 1990.

JUNGES, José Roque. **Bioética hermenêutica e casuística**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**. Duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2020.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2011.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Petrópolis: Vozes, 2016.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Petrópolis: Vozes, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRAUT, Jorge Alfredo. **Los derechos de los pacientes**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

KRESS, Hartmut. **Ética médica**. São Paulo: Loyola, 2008.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LIMA, Andrei Ferreira de Araújo Lima; MACHADO, Fernando Inglez de Souza. **Médico como arquiteto da escolha: paternalismo e respeito à autonomia**. Revista Bioética CFM. Vol. 29 nº 1, Brasília Jan./Mar. 2021.

LIMA, Andrei Ferreira de Araújo; WEBER, Thadeu. Autonomia e Dignidade em Kant – O suicídio como uma violação do “dever pelo dever” e suas novas interpretações no campo da Bioética. **Revista Quaestio Iuris**, v. 14, n. 03, Rio de Janeiro, p. 1001-1038, 2021.

LIMA, Andrei Ferreira de Araújo. **Dignidade da Pessoa Humana e Autonomia da Vontade**: um estudo interdisciplinar sobre os limites éticos e jurídicos nos casos de eutanásia. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

LOCKE, John. **Dois Tratados do Governo Civil**. Lisboa: Edições 70, 2019.

MARTÍNEZ, Fernando Rey. **Eutanasia y derechos fundamentales**. Madrid: Tribunal Constitucional – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

MAY, Thomas. The concept of Autonomy in Bioethics. An Unwarranted Fall from Grace. *In*: TAYLOR, James Stacey. **Personal Autonomy**. New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral philosophy. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 299-309.

MAY, Thomas. **Bioethics in a Liberal Society**. The political framework of bioethics decision making. Maryland: The John Hopkins University Press, 2002.

MCHAMAN, Jeff. **A ética no ato de matar**: problemas às margens da vida. Porto Alegre: Artmed, 2011.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. A Sujeição das Mulheres. São Paulo: Clássicos Penguin Companhia, 2017.

MILL, John Stuart. **O Utilitarismo**. São Paulo: Iluminuras, 2020.

NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL. **Belmont Report**. 1979. Disponível em: <https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/index.html>. Acesso em: 20 set. 2021.

NETHERLANDS. **Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act**. 2002. Disponível em: <https://www.eutanasia.ws/documentos/Leyes/Internacional/Holanda%20Ley%202002.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021.

NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018. v.1 Dignidade e Direitos Fundamentais.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

O'NEIL, Onora. **Autonomy and Trust in Bioethics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura – UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Paris: UNESCO, 2005. Disponível em: https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 28 jan. 2022.

PATON, Herbert James. **The Categorical Imperative**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1971.

PESSINE, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

PIOVESAN, Flávia; DIAS, Roberto. Proteção jurídica da pessoa humana e o direito à morte digna. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (coord.). **Tratado brasileiro sobre direito à morte digna**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017. p. 55-77.

POPPER, Karl. **O Mito do Contexto**. Em Defesa da Ciência e da Racionalidade. Lisboa: Edições 70, 2018.

PORTOCARRERO, Maria Luísa. Bioética e Filosofia: o Princípio de Autonomia e os Desafios da Fragilidade. **Revista Filosófica de Coimbra**, Coimbra, n. 44, p. 397-416, 2013.

POTTER, Van Rensselaer. **Bioética Global**. São Paulo: Edições Loyola, 2018.

POTTER, Van Rensselaer. **Global Bioethics – Building on the Leopold Legacy**. Michigan: Michigan State University Press, 1988.

PUTZ, Wolfgang; STELDINGER, Beate. **Patientenrechte am Ende des Lebens: Vorsorgevollmacht, Patientenverfügung, Selbstbestimmtes Sterben**. München: DTV, 2016.

RAWLS, John. **História da Filosofia Moral**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70071994727**. Relator: Des. Tulio de Oliveira Martins. Julgado em: 09 maio 2017. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70071994727&num_processo=70071994727&codEmenta=7256902&temIntTeor=true. Acesso em: 4 out. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n° 70032799041**. Décima Segunda Câmara Cível. Direito privado não especificado. Testemunha de Jeová. Transfusão de sangue. Agravante: Heliny Cristina Lucas Alho. Agravado: Fundação Universidade de Caxias do Sul. Relator: Cláudio Baldino Maciel. Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://bit.ly/3cGhLkT>. Acesso em: 25 out. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n° 70071994727**. Décima Câmara Cível. Procedimento cirúrgico. Negativa do médico em prestar seus serviços. Apelante: Hospital Irmandade Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre. Apelado: Janoni Coraldino da Silva Rolim. Relator: Túlio de Oliveira Martins. Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. 2017 [acesso 25 out 2019]. Disponível: <https://cutt.ly/Mkf5dT1>. Acesso em: 25 out. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível. **Apelação n. 70054988266**. Relator: Des. Irineu Mariani. Julgado em: 20 nov. 2013. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70054988266&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 25 out. 2019.

SACHS, Michael. **Grundgesetz Kommentar**. München: Verlag C. H. Beck, 2011.

SANCHES, Mário Antônio (org.). **Bioética e Planejamento Familiar**. Perspectiva e escolhas. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direito à vida. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. **Grundgesetz Kommentar**: Band I, Artikel 1-19. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

SCHNEEWIND, Jerome B. **The Invention of Autonomy**. A History of Modern Moral Philosophy. New York: Cambridge University Press, 2005.

SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

STARCK, Christian. **Bonner Grundgesetz Kommentar**: Band 1, Präambel, Art. 1-19. München: Verlag Franz Vahlen, 2009.

STERN, Klaus; BECKER, Florian. **Grundrechte-Kommentar**. 2. Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2015.

SUNSTEIN, Cass. **On Freedom**. New Jersey: Princeton University Press, 2019.

SUNSTEIN, Cass R. **The Ethics of Influence**. Government in the Age of Behavioral Science. New York: Cambridge University Press, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2016.

TEIFKE, Nils. **Das Prinzip Menschenwürde**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

THALER, Richard H. **Misbehaving**. A Construção da Economia Comportamental. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

THALER, Richard. H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**. The Final Edition. New York: Penguin Books, 2021.

THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: improving decisions about health, wealth, and happiness. London: Penguin Books. 2009.

TIEDEMANN, Paul. **Was ist Menschenwürde?** Darmstadt: WBG, 2006.

TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre Ética**. Petrópolis: Vozes, 2012.

VIDAL, Marciano. **Eutanásia**: um desafio para a consciência. Tradução de Ivo Montanese. Aparecida: Editora Santuário, 1996.

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

WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito**. Autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis: Vozes, 2013.

WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia Política**: Hegel e o Formalismo Kantiano. Porto Alegre: EdiPucrs, 2009.

WITTCKIND, Ellara Valentini; BERNARDI, Vanessa de Oliveira; BUNCHAFT, Maria Eugênia. A Moralidade Kantiana questionada por Hegel: Fundamentos para a Bioética como Filosofia Moral. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 16, n. 3, p. 758-815, set./dez. 2016.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br