

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
ÁREA DAS HUMANIDADES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
CURSO DE MESTRADO

GERALDINE GOLLO DE OLIVEIRA

AUTONOMIA E CONSENTIMENTO:
UMA REFLEXÃO ACERCA DO DILEMA MORAL ENVOLTO NA ESCOLHA DA
CONDUTA MÉDICA EM CASOS DE NEGATIVA DO PACIENTE EM CONSENTIR
COM O TRATAMENTO PROPOSTO

CAXIAS DO SUL

2017

GERALDINE GOLLO DE OLIVEIRA

AUTONOMIA E CONSENTIMENTO:

**UMA REFLEXÃO ACERCA DO DILEMA MORAL ENVOLTO NA ESCOLHA DA
CONDUTA MÉDICA EM CASOS DE NEGATIVA DO PACIENTE EM CONSENTIR
COM O TRATAMENTO PROPOSTO**

Dissertação apresentada à Universidade
de Caxias do Sul como requisito para a
obtenção do título de Mestre em
Filosofia

Orientador: Dr. Paulo César Nodari

CAXIAS DO SUL

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade de Caxias do Sul
Sistema de Bibliotecas UCS - Processamento Técnico

- O48a Oliveira, Geraldine Gollo de
Autonomia e consentimento : uma reflexão acerca do dilema moral envolto na escolha da conduta médica em casos de negativa do paciente em consentir com o tratamento proposto / Geraldine Gollo de Oliveira. – 2018.
66 f. ; 30 cm
- Dissertação (Mestrado) - Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2018.
Orientação: Paulo César Nodari.
1. Ética médica. 2. Conduta. 3. Ética. 4. Consentimento consciente (Legislação médica). 5. Médico e paciente. I. Nodari, Paulo César, orient. II. Título.

CDU 2. ed.: 614.253

Catalogação na fonte elaborada pela(o) bibliotecária(o)
Carolina Machado Quadros - CRB 10/2236

“Autonomia e consentimento: uma reflexão acerca do dilema moral envolto na escolha da conduta médica em casos de negativa do paciente em consentir com o tratamento proposto”

Geraldine Gollo de Oliveira

Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora designada pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Filosofia. Linha de Pesquisa: Problemas Interdisciplinares de Ética.

Caxias do Sul, 13 de dezembro de 2017.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo César Nodari (orientador)
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. João Carlos Brum Torres
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Dedico este trabalho à minha mãe, Carmen Maria Gollo, pela colaboração, apoio e motivação, igualmente, in memoriam, a meu avô Aldo Antônio Gollo, pela herança do despertar filosófico.

AGRADECIMENTOS

Expresso meu agradecimento especial a Deus e aos seres de luz que me conduziram para a realização deste mestrado, que foi um marco divisório sobre meu conhecimento ético, filosófico, cultural e social. A filosofia despertou uma paixão e abriu minha mente, de forma, como sabemos, que jamais voltará ao tamanho inicial. Agradeço aos professores do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade de Caxias do Sul por compartilhar seus conhecimentos conosco e instigar a reflexão filosófica. Agradeço aos colegas pela agradável convivência, pelas confraternizações e, em especial, àqueles que se tornaram meus amigos: Maura, Cândido e Alexandre. Meus sinceros agradecimentos aos meus amigos extraclasse que compreenderam minha ausência. Ao prefeito Daniel Guerra, que autorizou a redução da minha carga horária para que esta dissertação fosse concluída. Agradeço aos meus familiares pela força, compreensão e estímulo durante todo o percurso. Com carinho, meu muito obrigada à Daniela, secretária do PPFil, que nunca mediu esforços para me auxiliar em todos os momentos. Minha gratidão aos professores João Carlos Brum Torres e Draiton Gonzaga de Souza, que me honram com suas presenças na Banca Examinadora e pelas importantes e sábias considerações. Por fim, mas não por último, agradeço ao Professor Doutor Paulo César Nodari, meu querido orientador, por toda a condução do trabalho, pelos caminhos sugeridos, pelos ensinamentos filosóficos e conselhos espirituais, pelo carinho e compreensão e, especialmente, pelo vínculo de amizade que foi criado a partir desses encontros, meu sentimento de gratidão não cabe nas palavras.

*“O médico que só sabe de
medicina, nem de medicina
sabe.”*

Abel Salazar

RESUMO

Este trabalho traz uma reflexão sobre o dilema moral com que o profissional da saúde se depara quando um paciente lhe nega consentimento para realizar um procedimento ou tratamento médico indicado. O referido dilema ocorre tendo em vista que, ao respeitar a autonomia do paciente o qual, mesmo devidamente informado e esclarecido, escolheu não se submeter ao tratamento prescrito por razões particulares, o profissional pode incorrer em omissão de socorro e ser responsabilizado ética e juridicamente pelas consequências da abstenção de tratamento médico, que podem ser omissão de socorro, homicídio culposo por omissão, entre outras. Por outro lado, se o profissional realizar o tratamento sem o consentimento do doente, incorre igualmente em irregularidades éticas e jurídicas, como, por exemplo, o constrangimento ilegal e lesões corporais. Ante esse embate entre a autonomia do paciente e o dever do médico em salvar vidas, ou, ao menos, empenhar todo o seu conhecimento científico para restabelecer a saúde, faz-se necessária uma reflexão aprofundada sobre os valores envolvidos nesse dilema, para que se possa escolher a melhor conduta a seguir. Trata-se de demonstrar, no decorrer do trabalho, a partir do método analítico-interpretativo, a relevância moral e jurídica das possíveis condutas médicas quando se depara com o não consentimento do paciente a um tratamento proposto, em especial quando o valor em risco é a vida, momento em que surge o questionamento sobre a existência de eventual hierarquia entre a vida e a dignidade humana, que é o fundamento da autonomia. Para tanto, explicitar-se-ão, no primeiro capítulo, as principais normas jurídicas vigentes no país que afetam o problema para, após, viabilizar a reflexão dos valores relacionados à autonomia e ao consentimento do paciente. Em seguida, ilustrar-se-á o problema apresentando casos concretos para ressaltar a importância desse instituto na ética e tecer-se-á uma análise sob o ponto de vista filosófico. Por fim, refletir-se-á sobre a existência real de um dilema ético nas situações evidenciadas, salientando, no entanto, que o objetivo deste estudo não é esgotar o assunto ou trazer a resposta definitiva para a questão, porque esta dissertação propõe-se apresentar o problema e explicitar uma resposta razoável para a escolha justificada da conduta profissional ante a recusa do paciente de acatar a terapêutica.

Palavras-chave: autonomia – ética – consentimento – saúde – liberdade – dignidade.

RÉSUMÉ

Ce travail apporte une réflexion sur le dilemme moral auquel est confronté le professionnel de la santé lorsqu'un patient refuse de consentir à une intervention ou à un traitement médical indiqué. Le dilemme mentionné ci-dessus se produit parce que, en respectant l'autonomie du patient, qui, bien que dûment informé, a choisi de ne pas subir le traitement prescrit pour des raisons qui lui sont particulières. Le professionnel peut encourir une omission de porter secours et être responsable sur le plan éthique et juridique des conséquences de cette abstention de suivre le traitement médical: non-assistance de personne en danger, homicide involontaire, entre autres. D'autre part, si le professionnel effectue le traitement sans le consentement du patient, il encourt également des irrégularités éthiques et légales, telles que la contrainte illégale et le préjudice corporel. Face à ce conflit entre l'autonomie du patient et le devoir du médecin de sauver des vies, ou du moins d'engager toutes ses connaissances scientifiques pour rétablir la santé, une réflexion profonde sur les valeurs impliquées dans ce dilemme pour pouvoir choisir la meilleure conduite à suivre se fait nécessaire. Il s'agit de démontrer, au cours du travail, à partir de la méthode analytique-interprétative, la pertinence morale et juridique des conduites médicales possibles face au non-consentement des patients à un traitement proposé, notamment lorsque la valeur à risque est la vie, quand la question se pose sur l'existence d'une hiérarchie éventuelle entre la vie et la dignité humaine, pierre angulaire de l'autonomie. Pour ce faire, dans le premier chapitre les principales normes juridiques en vigueur dans le pays qui affectent le problème seront expliquées afin de permettre une réflexion sur les valeurs liées à l'autonomie et au consentement du patient. Ensuite, le problème sera illustré en présentant des cas concrets pour souligner l'importance de cet institut pour l'éthique et une analyse sera faite du point de vue philosophique. Enfin, une réflexion sur l'existence réelle d'un dilemme éthique dans les situations mises en évidence sera effectuée, soulignant toutefois que l'objectif de cette étude n'est pas d'épuiser le sujet ou d'apporter la réponse définitive à la question, car ce mémoire se propose à présenter le problème et à expliciter une réponse raisonnable au choix justifié du comportement professionnel devant le refus du patient de suivre le traitement médical.

Mots-clés: autonomie - éthique - consentement - santé - liberté - dignité.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

GMS – Fundamentação da Metafísica dos Costumes

CRPr – Crítica da Razão Prática

NE – Ética Nicomaqueia

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	NORMAS ACERCA DA AUTONOMIA DO PACIENTE VIGENTES EM ÂMBITO NACIONAL	12
2.1	NORMAS DEONTOLÓGICAS	13
2.2	NORMAS JURÍDICAS	17
2.2.1	Normas Civis Brasileiras	18
2.2.2	Normas Constitucionais	23
2.2.3	Normas Criminais Brasileiras	25
2.2.4	Principais Normas Universais.....	28
3	AUTONOMIA, CONSENTIMENTO E DILEMA MORAL	33
3.1	AUTONOMIA.....	33
3.1.1	Autonomia e Dignidade	36
3.1.2	Autonomia e Liberdade.....	38
3.2	CONSENTIMENTO	41
3.2.1	Capacidade do agente	41
3.2.2	Liberdade	43
3.2.3	Informação completa	43
3.2.4	Deliberação	44
3.2.5	Escolha.....	46
3.3	OS CASOS CONCRETOS.....	48
3.3.1	Caso Tuskegee	48
3.3.2	Caso Diálise de Seattle	49
3.3.3	Caso Karen Ann Quinlan	50
3.3.4	Caso Baby Doe	52
3.3.5	Caso Habeas Corpus 268.459/SP.....	54
3.3.6	Caso da Hemodiálise de José Humberto	56
3.4	DILEMA MORAL	57
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
5	REFERÊNCIAS.....	64

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do dilema moral com que o profissional da saúde se depara ante a negativa do paciente em consentir com o tratamento médico. Vejamos que nas situações em que o paciente consente com a proposta do profissional, não há conflito moral para a realização do tratamento, nem mesmo quando o paciente nega consentimento para tratamentos meramente estéticos, eis que estes não refletem na saúde física do indivíduo. O dilema surge quando há indicação de tratamento visando à cura do paciente, ou melhora da condição de saúde, ou, até mesmo, do prolongamento da vida, e o paciente se recusa a submeter-se à terapia. Entre outras razões, as recusas geralmente são motivadas por questões religiosas; por entender que o tratamento implica mais sofrimento que a própria doença; ou para evitar constrangimentos e sofrimentos psíquicos. Ou seja, o médico se encontra entre duas condutas opostas que não podem ser realizadas simultaneamente, a saber, por um lado, está o dever de respeitar a autonomia do paciente, tendo em vista que a intervenção médica sem o consentimento do envolvido pode ser considerada como constrangimento ilegal, ou lesão corporal, entre outras implicações civis e éticas; por outro lado, está o dever de cuidado, de zelar pela saúde ou, até mesmo, de salvar a vida do paciente, os quais, caso não sejam atendidos, podem configurar omissão de socorro ou homicídio. Frente a tal situação, surgem questões a respeito da autonomia do paciente, sobre sua plenitude ou mitigação, sobre a hierarquia dos deveres, justamente em uma época de grandes descobertas tecnológicas, sobremaneira na área da saúde, capazes de prolongar a vida sem medir custos e sacrifícios. Neste sentido, poder-se-ia perguntar: é ético obrigar as pessoas a se submeterem a esses tratamentos para prolongar a vida mesmo que isso lhes custe a dignidade? Pois, ao prolongar a vida de um paciente contra sua vontade, desrespeitando sua autonomia, forçando-o a se submeter a tratamentos que achem mais penosos do que a própria doença, fere-se, sobretudo, sua dignidade.

Para essa questão não há, atualmente, respostas objetivas unânimes, nem de cunho jurídico, tampouco filosófico. Embora o avanço das normas jurídicas não acompanhe as mudanças da ciência, a doutrina e as normas deontológicas mais modernas apontam pelo predomínio da autonomia do paciente sobre o direito à vida. Por outro lado, há abundantes decisões judiciais que ainda prestigiam o direito à

vida, em detrimento ao direito à vida digna. Ante esse importante dilema, constata-se a significativa relevância para a ética filosófica.

Dentro da filosofia moral e ética, que nos ensina meios para fazer boas escolhas de forma fundamentada, questões como esta, que envolvem problemas éticos clínicos, estão classificadas como matéria de ética aplicada, e, dentro desta, estão inseridas como questões bioéticas. Foram encontrados relatos de questões bioéticas desde a época de Hipócrates. São problemas de ética clínica que certamente existem desde muito antes de Hipócrates, e, possivelmente, devem ter surgido juntamente com a medicina. Todavia, não havia um termo ou uma classificação para essa matéria. Foi em 1927 que Fritz Jahr utilizou pela primeira vez o termo *Bio=Ethik* e, em 1970, Potter foi o primeiro a utilizar o termo Bioética, na língua inglesa *Bioethics*, e demonstrou a necessidade de uma ciência ética com característica interdisciplinar ante a crescente repercussão dos avanços da medicina e os problemas ambientais em preocupante crescimento. Essa nova ciência teria a finalidade de implementar limites éticos para proteger todos os seres vivos.

A presente pesquisa, através do método analítico-interpretativo, inicia com a realização da análise normativa, elencando as normas jurídicas e deontológicas que contemplam a autonomia do paciente, e que, mesmo de domínio internacional, encontram-se vigentes no território brasileiro em âmbito federal. Após serem explicitadas as normas que incidem sobre autonomia e consentimento, serão trabalhados os valores envolvidos na recusa do paciente em realizar o procedimento recomendado. Na sequência, apresentam-se casos concretos que despertaram a preocupação com a tutela dos interesses individuais, bem como recentes julgados que provocaram acirradas discussões de cunho ético e jurídico. Por fim, enfatiza-se o dilema moral com o qual se depara o profissional da saúde frente à recusa de tratamento.

O presente trabalho, porém, não tem o objetivo de apresentar uma resposta definitiva para o dilema, apenas de expor uma possível resposta justificada de como enfrentar o problema, bem como de levantar a importância de pensar sobre esse embate de difícil solução em que se encontra o médico ante a recusa do paciente em realizar a proposta terapêutica. Contudo, não deixa a autora de, em alguns momentos, apresentar a sua opinião pessoal atual baseada nos dados jurídicos e éticos encontrados.

2 NORMAS ACERCA DA AUTONOMIA DO PACIENTE VIGENTES EM ÂMBITO NACIONAL

Embora a Bioética tenha sido reconhecida como uma nova ciência no século XX, os questionamentos éticos sobre as intervenções médicas possuem registros antigos de Hipócrates, um dos grandes pensadores gregos do século V a.C. No início do século XX, em especial nos campos de concentração da Segunda Guerra Mundial, surgiu a necessidade de um pensar aprofundado sobre ética na relação médico-paciente, bem como impor-lhe limites concretos através da normatização jurídica.

Sendo a ciência jurídica o último recurso para estabelecer os limites entre as ações humanas, as primeiras normas sobre Bioética foram publicadas nas autorregulações profissionais, pelos códigos éticos (chamados por alguns países de códigos de “boas práticas” ou “boas condutas”) que surgem também com objetivo de preencher lacunas legislativas. O Professor Vitor Frederico Kumpel declara que “Direito é a norma que rege as ações humanas e suas consequências na vida, estabelecidas por uma organização soberana, com caráter sancionatório” (KÜMPEL, 2003, p. 2). Assim, extrai-se dessa lição que as ações humanas e suas consequências são pressupostos para o Direito incidir sobre elas censurando-as ou limitando-as. Isso explica um dos motivos pelos quais as demais ciências, como a Medicina e a Biologia, sofrem uma evolução muito mais rápida que a ciência jurídica. Desse modo, baseando-se nas descobertas socialmente aplicáveis de outras ciências, o Direito estuda e busca a melhor forma de introduzir regras com fulcro a harmonizar a vida humana em sociedade.

Muito do que se discutirá no presente trabalho envolve temas sobre a autonomia do paciente de consentir ou se negar a consentir tratamento médico, através de um pensar filosófico com fulcro na ética e dentro de um limiar normativo efetivo no território nacional. Assim, faz-se necessário apontar as principais normas¹ que tratam sobre a matéria.

¹ Utiliza-se o termo norma tendo em vista que na ciência jurídica norma é o dispositivo implícito em todos os segmentos normativos. Como exemplo, apresento a lei penal, que no artigo 121 do Código Penal Brasileiro estabelece: “Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos”. A norma implícita neste artigo é: “É proibido matar”. Logo, se utilizar o termo lei, excluem-se os demais, com decretos, resoluções, etc.

2.1 NORMAS DEONTOLÓGICAS

O código de ética médica é o instrumento que rege os limites das ações éticas dos profissionais médicos e instituições (públicas e privadas) que praticam atos médicos, como hospitais, clínicas, consultórios, ambulatórios, etc. O referido código, no Brasil, foi publicado como resolução do Conselho Federal de Medicina, órgão responsável pela fiscalização e punição de excessos praticados por seus subordinados. Assim, sendo uma resolução editada por uma autarquia, não possui *status* de lei, ou seja, não vincula o poder legislativo, tampouco o judiciário, limitando sua eficácia apenas com relação aos médicos e instituições médicas. Todavia, é um importante condutor ético e possui eficácia prática tendo em vista que atribui aos Conselhos Regionais e ao Conselho Federal de Medicina poder de polícia e sancionatório contra atos abusivos e antiéticos. As penas previstas no Código de Processo Ético Profissional do Conselho Federal de Medicina variam de advertência à cassação do registro profissional (impedindo o profissional de exercer a medicina).

A resolução 1.931/09 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009) entrou em vigor em 03 de abril de 2010 e, dentre outras modificações, acrescentou o cuidado com tratamentos paliativos², no Capítulo I, inciso XXII:

Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009).

Este dispositivo nada mais é do que a tradução do conceito de ortotanásia, ou seja, indica ao médico agir apenas com cuidados paliativos para minorar o sofrimento do paciente quando o quadro da doença é irreversível e terminal, isto é, sem prolongar desnecessariamente uma vida e com ela o sofrimento do paciente e seus familiares. Assim, o Conselho Federal de Medicina teve o claro objetivo de reger os valores do ser humano em uma esfera maior, uma vez que a saúde engloba vida e morte, tratando a morte com maior naturalidade e assumindo sua inevitabilidade, além de ampliar o poder e a autonomia tanto do paciente quanto dos

² Cuidados paliativos são aqueles que não têm o objetivo de curar a doença, mas de amenizar o sofrimento.

profissionais. Uma morte saudável significa uma morte no momento correto³, sem abreviações ou protelações desnecessárias, aplicando apenas empenhos paliativos para minorar o sofrimento no momento da passagem, e são exatamente essas características que distinguem a ortotanásia da eutanásia, distanásia, mistanásia e suicídio assistido. A ortotanásia é um ato omissivo no sentido de não empenhar esforços e tratamentos ineficazes para a cura do paciente. Esse instituto se caracteriza apenas se praticado por profissional médico, quando o mesmo reconhece o momento natural da morte diante de uma doença incurável e terminal (necessita de ambos os requisitos), e, também, é um ato comissivo pela necessidade de aplicar os cuidados paliativos para diminuir a angústia e o sofrimento do doente em fim de vida. Seria um “deixar morrer” que se distingue de “matar”, tendo como exemplos a não intubação ou não reanimação de um doente. Behar (apud BONAMIGO, 2012, p. 149) conceitua a ortotanásia como: “Ortotanásia, portanto, significa respeitar o momento certo e natural da morte de cada pessoa, nem abreviando a vida, nem a prolongando desnecessariamente. O sentido de ortotanásia quase se confunde com a distanásia”.

Já a eutanásia define-se como uma ação ou omissão que pode ser praticada por qualquer pessoa em um paciente que possua uma doença terminal, com a finalidade de aliviar seu sofrimento (a boa morte). A eutanásia, diferentemente da ortotanásia, possui o objetivo de tirar a vida (matar) sem observar o momento natural da morte (deixar morrer). Como exemplos de eutanásia, destaco a injeção letal e a cessação de tratamento que está mantendo o doente vivo. Nesse sentido, Goldim nos apresenta a classificação da eutanásia:

Atualmente a eutanásia pode ser classificada de várias formas, de acordo com o critério considerado.

Quanto ao tipo de ação:

Eutanásia ativa: o ato deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente, por fins misericordiosos.

Eutanásia passiva ou indireta: a morte do paciente ocorre dentro de uma situação de terminalidade, ou porque não se inicia uma ação médica ou pela interrupção de uma medida extraordinária, com o objetivo de minorar o sofrimento.

Eutanásia de duplo efeito: quando a morte é acelerada como uma consequência indireta das ações médicas que são executadas visando o alívio do sofrimento de um paciente terminal.

Quanto ao consentimento do paciente:

³ O termo “momento correto” foi utilizado com base no termo ortotanásia, que provém do grego: *ortos* (correto) + *thanatos* (morte), tendo em vista que esse instituto foi acrescentado no novo Código de Ética Médica e considerado uma atitude ética, se consentido pelo paciente e familiares.

Eutanásia voluntária: quando a morte é provocada atendendo a uma vontade do paciente.

Eutanásia involuntária: quando a morte é provocada contra a vontade do paciente.

Eutanásia não voluntária: quando a morte é provocada sem que o paciente tivesse manifestado sua posição em relação a ela.

(GOLDIM, 2004, grifos do autor)

Distanásia é o contrário das duas situações anteriores, é o prolongamento da vida independentemente de qualquer circunstância, uma extensão da vida a qualquer custo, mesmo que se mantenham apenas os sinais vitais e a vida permaneça somente por modos artificiais. Bonamigo nos apresenta seu conceito de distanásia: “A distanásia caminha em sentido oposto à eutanásia. Enquanto esta abrevia a vida do paciente, aquela prolonga, utilizando novos recursos da Medicina” (BONAMIGO, 2012, p. 142).

Por outro lado, a mistanásia é a morte do doente por questões políticas ou sociais, por desassistência, por impossibilidade de ingressar no sistema de atendimento, por falta de recursos ou por más práticas dos profissionais da saúde. Significa a morte miserável fora e antes da hora natural. Bonamigo também esclarece: “A palavra mistanásia provém do grego *mis* (infeliz) e *thanatos* (morte). Mistanásia é a ‘morte miserável, antes de seu tempo’. É um termo que tem o objetivo de substituir a denominada eutanásia social” (BONAMIGO, 2012, p. 151).

O suicídio assistido, por fim, é a ajuda a alguém que deseja cometer um suicídio, mas por limitações físicas não o consegue fazer sozinho. Pode ser realizado por qualquer pessoa. É o ato de colocar ao alcance do doente os meios para que ele possa provocar a própria morte. Note-se que o auxílio não pode ser comissivo durante a ação que provoca a morte (isso configuraria eutanásia), limitando-se apenas em colocar à disposição e ao alcance do paciente os meios para cometê-lo. Como exemplo, ressalto o emblemático caso de Ramón Sampetro⁴. Segundo Bonamigo:

Tanto na eutanásia quanto no suicídio assistido o paciente conta com a ajuda de outrem para a sua realização. Porém, enquanto na eutanásia a ação ou omissão é praticada por terceiro, no suicídio assistido, o próprio enfermo aplica os meios necessários, obtidos com a ajuda de outrem, para provocar sua morte (2012, p. 151).

⁴ A história de Ramón Sampetro foi retratada no filme “Mar Adentro”. Ele foi um marinheiro e escritor espanhol que ficou tetraplégico aos 25 anos após um acidente de mergulho e lutou para ter o direito de morrer. Ramón Sampetro contou com a ajuda de familiares e amigos que deixaram ao seu alcance um copo com um canudo contendo uma substância mortal para que ele próprio a ingerisse.

No Brasil, o único instituto dentre os acima citados que é aceitável pela justiça e pelo Conselho Federal de Medicina é a ortotanásia quando autorizada pelo paciente ou, na sua impossibilidade, pelo seu responsável legal. Nota-se que os estudos sobre o consentimento e autonomia do paciente vêm se aprimorando e apontando cada vez mais para o respeito à vontade do doente. O Conselho Federal de Medicina já regulamentou nesse sentido, através do Código de Ética Médica, quando determinou em seu capítulo destinado aos Direitos Humanos que:

Capítulo IV

DIREITOS HUMANOS

É vedado ao médico:

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

[...]

Art. 24 – Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

[...]

Art. 26 – Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010).

Dantas e Coltri, ilustres comentadores do referido código deontológico, confirmam o entendimento de que a autonomia do paciente exercida através de seu consentimento para realizar tratamento médico é fundamental para possibilitar o início de um tratamento ético:

Ao paciente cabe escolher, dentro dos limites técnicos e em conjunto com o médico, qual o tratamento a que deseja se submeter, ou até mesmo optar conscientemente e de forma esclarecida por não realizar nenhum tratamento. O mesmo vale em relação a medicamentos (COLTRI; DANTAS, 2012, p. 115).

O Código de Ética Médica deu ênfase ao respeito à autonomia do paciente também no capítulo seguinte, que limita a relação ética entre o profissional e o paciente. Veja-se, então:

Capítulo V

RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES

É vedado ao médico:

Art. 31 Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas e terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010).

O artigo 31 do Código de Ética, acima referido, fortalece os limites da atuação profissional sobrepondo a autonomia do paciente sobre a indicação terapêutica, evidenciando no início do próprio artigo que as decisões médicas que não forem apoiadas na vontade do paciente são, então, um desrespeito à sua livre escolha. Diante de tais dispositivos deontológicos, o profissional da medicina que não cumprir com o determinado fere a autonomia do paciente claramente estabelecida em normas éticas, sendo esse desrespeito passível de penalização ética perante os Conselhos Regionais e Federal de Medicina.

O importante documento capaz de comprovar a moralidade e legalidade do ato médico é o Termo de Consentimento Informado, pois esse tem a finalidade de informar os riscos e benefícios do tratamento, bem como de constatar o consentimento do paciente para realização do mesmo. O Termo de Consentimento Informado é o símbolo da autonomia, do respeito à liberdade e dignidade do paciente, logo, não resta dúvida de que esse documento é indispensável no prontuário do paciente, devendo ser colhido previamente a qualquer intervenção ou tratamento médico, salvo em casos de urgência e emergência.

Além da autonomia do paciente em consentir tratamento médico estar presente em regulação ética da categoria, ela também foi contemplada em legislação federal de eficácia *erga omnis*: nos nossos códigos civil, penal, de direitos do consumidor, bem como na Carta Magna que é a nossa Constituição Federal. Assim, o tópico a seguir trata de leis vigentes relacionadas à matéria deste trabalho, que demonstram que a autonomia em questões de tratamento de saúde é um direito inato de toda pessoa.

2.2 NORMAS JURÍDICAS

O Código Civil em vigor data de 2002 (BRASIL, 2002), tendo como termo inicial de sua eficácia o dia 11 de janeiro de 2003, e foi promulgado com o objetivo de atualizar a legislação civil brasileira, que antes datava de 1916. Diante de muitas mudanças sociais, o compêndio estabeleceu normas que garantem ao paciente se submeter a tratamento médico apenas se significar sua vontade.

Além do Código Civil, no mesmo ramo de direito material encontramos o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990a), que trata a relação médico-paciente como uma relação consumerista entre paciente (consumidor) e médico (prestador de serviços) ditando condutas a serem seguidas pelas partes, tendentes a proteger o consumidor de vícios de produtos ou na prestação de serviços. Estabelece esse compêndio que o prestador de serviços deve esclarecer e informar o consumidor de forma suficiente e adequada sobre a fruição e riscos do serviço, com o objetivo de estabelecer verdadeiramente a liberdade e condições de escolha para contratar.

Já o Código Penal (BRASIL, 1940) é responsável por definir crimes e impor penalidades para aqueles que os cometem. Ele foi instituído através do Decreto-Lei 2848 de 1940, que sofreu diversas modificações com o passar dos anos. Nele está contemplado o crime de lesão corporal, que é caracterizado como o dano à integridade física sem consentimento do agredido, mantendo o *status* de crime mesmo se realizado com grande valor moral ou social.

A seguir, serão apresentadas também neste estudo algumas normas universais estabelecidas por tratados ratificados pelo Brasil ou documentos da Organização das Nações Unidas que obrigam seus estados-membros a os respeitarem.

2.2.1 Normas Civis Brasileiras

O Código Civil normatiza os direitos das relações civis entre pessoas que vivem em um contexto social, estabelecendo os limites de uma convivência boa e pacífica. Nele também está determinado o conceito de personalidade que está intimamente atrelado à pessoa, eis que todo ser humano que nasce com vida recebe o *status* civil de pessoa e conseqüentemente adquire os direitos da personalidade (aptidão para receber direitos e contrair deveres), ou seja, a personalidade é pressuposto para a atuação na ordem jurídica.

Os Direitos da Personalidade estão descritos entre os artigos 11 e 21 do Código Civil (Lei 10.406/02). Trata-se dos direitos inatos de todo ser humano, tais como a vida, a liberdade e a igualdade e, por isso, possuem grande ênfase neste estudo, tendo em vista tratarem dos direitos indispensáveis à integridade e

dignidade de todo ser humano, traduzindo os valores inerentes das pessoas⁵. Os artigos 1º e 2º do Código Civil assim estabelecem:

Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. (BRASIL, 2002).

Tem-se, pois, no nascimento com vida o marco inicial da personalidade, embora se respeite os direitos do nascituro (como exemplo: o direito à herança) desde a concepção, pois já existe uma significativa expectativa de vida. Para o Direito, pessoa é o ser humano que nasce com vida, embora seu significado filosófico não seja tão simples. O termo “pessoa” possui muitas definições, que ultrapassam o conceito de matéria, consciência ou capacidade adquirida pela personalidade. Igualmente, a “personalidade” possui conceito complexo, o professor Sgreccia informa que “em 1937, G.W. Alport tinha levantado 50 diferentes descrições de personalidade, resumindo significados etnológicos, teológicos, jurídicos, sociológicos, biossociais e psicológicos do termo” (SGRECCIA, 1996, p. 112). Meu entendimento de pessoa, semelhante à definição jurídica, é o ser humano dotado de vida, independente de possuir capacidade ou consciência; bastando haver vida em um corpo humano para caracterizá-lo como pessoa, e, conseqüentemente, possuir os direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade são, por lei⁶, direitos indisponíveis e irrenunciáveis, ou seja, diferem daqueles direitos civis mercantis, pois esses nascem e extinguem-se com a pessoa, são inseparáveis, logo, não podem ser delegados a terceiros, nem mesmo abdicados. São direitos próprios cuja fruição é obrigatória. Nesse sentido, o artigo 15 do Código Civil Brasileiro descreve: “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” (BRASIL, 2002). Por certo que tratamentos médicos, cuja inexecução não incorra em significativas complicações físicas ou psicológicas, podem ser negados. Todavia há muitas situações nas quais a não realização do

⁵ Para o Direito Civil Brasileiro basta o ser humano nascer com vida para ser considerado pessoa. Assim como a toda pessoa (ser humano que nasce com vida) são garantidos, desde seu nascimento, os direitos de personalidade. A personalidade é um atributo intimamente ligado à dignidade. Ou seja, todo ser humano que nasce com vida, nasce com dignidade e tem essa protegida pelos direitos da personalidade.

⁶ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

procedimento pode deixar sequelas irreparáveis ou levar à morte. Necessário destacar que há uma considerável gama de intervenções cirúrgicas inseridas nesse artigo ao considerarmos o risco da anestesia, infecções hospitalares e diversas intervenções medicamentosas onde o risco de vida⁷ é patente. Pode surgir a dúvida se o referido risco de vida está atrelado ao estado do paciente no momento de uma possível coação ou o risco de vida se refere ao procedimento.

No primeiro caso interpretativo (ninguém em risco de vida pode ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica), estando o paciente diante de risco de morte iminente, a condição é caracterizada pela ciência médica como uma situação de emergência⁸, onde, nestes casos específicos e também nos de urgência⁹, o entendimento é pacífico de que o dever do profissional é agir imediatamente sem a necessidade de colher o prévio consentimento do paciente ou de seu representante previamente, eis que qualquer mínima fração de tempo dispendido pode ser crucial à vida ou à vida digna daquele doente, que deve ser preservada. Logo, conclui-se que a intenção do legislador foi de atribuir o risco de vida ao procedimento médico e não ao estado do paciente no momento do constrangimento, pois inviabilizaria a ação imediata do profissional para atender os casos de emergência.

A palavra “constrangido” significa tolher a liberdade de alguém. Verificamos, mais uma vez, a importância da autonomia do paciente, eis que para sofrer uma intervenção médica o mesmo deve estar de acordo, prestar seu consentimento, ser livre para optar por se submeter a ele ou lhe negar a submissão. A validade do consentimento depende de alguns fatores, tais como: a capacidade do agente em consentir, a liberdade no momento do consentimento e a vontade do agente. Bonamigo cita uma decisão do visionário juiz Benjamin Cardozo, de 1908, ao julgar um caso de histerectomia¹⁰ em uma paciente portadora de um tumor benigno que informa não ter consentido com a retirada do órgão:

Todo ser humano com idade adulta e plena consciência tem o direito de decidir o que pode ser feito no seu próprio corpo, e o cirurgião que realiza uma operação sem o consentimento do paciente comete uma agressão, pela qual é responsável pelos danos, exceto nos casos de emergência onde

⁷ Utilizado o termo “risco de vida” para ser fiel ao termo expresso no Código Civil, todavia a expressão atualmente considerada correta é “risco de morte”.

⁸ Quando há risco de morte

⁹ Há risco de perda de função, mas não de morte.

¹⁰ Histerectomia é a retirada de parte ou totalidade do útero.

o paciente está inconsciente, e quando é necessário operá-lo antes que o consentimento possa ser obtido (apud BONAMIGO, 2012, p. 292).

Ou seja, o referido consentimento deve ser livre, informado e autônomo. Isso significa que o paciente no momento de consentir uma intervenção deve possuir capacidade jurídica de fato e plena¹¹ para discernir e escolher o que é melhor para si. Ensina-nos Fernandes: “a doutrina entende que há um sentido protetivo em relação às incapacidades” (FERNANDES, 2012, p. 152), ou seja, a teoria da capacidade de fato surgiu para proteger as pessoas que não possuem um nível de amadurecimento ou um nível cognitivo mínimo para ser responsáveis por suas escolhas e seus atos. A classificação da capacidade possui um critério cronológico e um critério cognitivo: os absolutamente incapazes, pelo primeiro critério, são aqueles que ainda não completaram a idade de 16 anos, esses devem ser representados, ou seja, um terceiro representa o incapaz no exercício de seus direitos civis. Os relativamente incapazes, por sua vez, são aqueles que se encontram entre os 16 anos completos e os 18 anos incompletos, os quais devem ser assistidos no exercício de seus direitos, assim um terceiro o assiste na execução dos atos da vida civil. Os plenamente capazes são, por fim, aqueles que possuem idade de 18 anos completos ou mais, bem como adquirem capacidade aqueles que têm idade entre 16 e 18 anos e foram emancipados, casaram, possuíram emprego público efetivo, colaram grau em nível superior ou passaram a ter economia própria por meio de sociedade civil, comercial ou relação de emprego¹².

Outra classificação da capacidade civil é cognitiva, ou seja, através do estado da pessoa: os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, os que não puderem exprimir sua vontade e os pródigos, mesmo que possuam a maioridade, são

¹¹ Há uma diferença entre capacidade de direito (aptidão que todas as pessoas possuem de exercer direitos) e capacidade de fato (capacidade de titularidade de relações jurídicas) que é caracterizada por traduzir um nível de responsabilidade que cada pessoa possui de acordo com seu desenvolvimento cognitivo. A capacidade será plena quando contiver a capacidade de direitos mais a capacidade de fato.

¹² Art. 5º do Código Civil Brasileiro: A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

considerados relativamente incapazes segundo o artigo 4º do Código Civil Brasileiro¹³. Note-se, então, que as crianças, a maioria dos adolescentes, os ébrios, as pessoas que possuem alguma limitação cognitiva (momentânea ou definitiva) não são capazes para consentir sozinhos, esses devem vir acompanhados de um responsável capaz que deve consentir, igualmente de forma livre e informada, para viabilizar a realização de terapias em seu tutelado ou curatelado.

O Código de Defesa do Consumidor também traz dispositivos que apontam a obrigatoriedade de se obter o consentimento do paciente para submetê-lo a tratamento médico ou intervenção cirúrgica. Evidencia-se, em especial, no artigo 14:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (BRASIL, 1990a).

O documento que comprova que a prestação de informações foi suficiente e adequada sobre os riscos e benefícios dos procedimentos é o Termo de Consentimento Informado. Esse documento tem dupla função: informar de maneira eficaz ao paciente e colher seu consentimento por escrito para a realização de tratamento, tanto procedimentos invasivos, tópicos ou medicamentosos.

A Lei Orgânica da Saúde (BRASIL, 1990b) dentre seus princípios descreve a preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral. Outrossim, a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, em seu artigo 4º, determina que é direito do usuário a recusa de forma livre voluntária e esclarecida a qualquer procedimento diagnóstico preventivo ou terapêutico desde que não acarrete a saúde pública, ou seja, apenas com uma ressalva sanitária.

Diante do exposto, aufere-se que o Direito Civil presta uma relevante importância para o consentimento e para o exercício da autonomia da pessoa, visto que os contempla nos direitos da personalidade irrenunciáveis e inalienáveis, bem como na lei que protege a relação de consumo entre o prestador e o consumidor do serviço.

¹³ Art. 4º do Código Civil: São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

2.2.2 Normas Constitucionais

Em continuidade, urge atentar às referências constitucionais, tendo em vista que a Constituição Federativa da República do Brasil, promulgada em 1988, chamada de “A Constituição Cidadã”, é a norma maior, aquela que limita todas as leis e demais institutos normativos. Nesta norma, o destaque se direciona para o seu artigo 5º, que assim expressa:

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

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

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]. (BRASIL, 1988, grifos nossos)

Ou seja, no *caput* do artigo 5º, a Constituição determina a inviolabilidade do direito à vida. Alguns doutrinadores interpretam o direito à vida como um direito supremo dentre todos os direitos e garantias fundamentais do ser humano, tendo em vista que sem ele não existe qualquer outro direito. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça declarou na decisão do *Habeas Corpus* 268.459/SP (SÃO PAULO; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013) que o médico tem o dever de salvar a vida, independentemente da vontade do paciente e seu responsável, como se extrai do trecho do referido Acórdão:

Portanto, não há falar em tipicidade da conduta dos pais que, tendo levado sua filha para o hospital, mostrando que com ela se preocupavam, por convicção religiosa, não ofereceram consentimento para transfusão de sangue - **pois, tal manifestação era indiferente para os médicos, que, nesse cenário, tinham o dever de salvar a vida.** Contudo, os médicos do hospital, crendo que se tratava de medida indispensável para se evitar a morte, não poderiam privar a adolescente de qualquer procedimento, mas, antes, a eles cumpria avançar no cumprimento de seu dever profissional (SÃO PAULO; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

Nesta interpretação, então, encontra-se um significativo conflito entre normas, pois o artigo 5º da Constituição Federal inviabilizaria a efetivação do artigo 15 do Código Civil e acarretaria na perda do direito do paciente em negar tratamento médico quando essa atitude o colocar em eventual risco de morte. Nesse aspecto a norma obriga o profissional médico a realizar o procedimento necessário, inclusive em casos investigatórios com objetivo de preservar a vida do paciente, mesmo sem o consentimento do mesmo. Abre-se, pois, aqui, um parêntese para colocar algumas questões que surgem nesse momento: O consentimento poderia ser exigível apenas para os casos eletivos que não envolvam risco de morte, já que seria obrigação do médico realizar o tratamento independente da vontade do paciente? O artigo 15 do Código Civil de 2002 teria sua ineficácia garantida desde sua criação, eis que surgiu após a Constituição Federal de 1988? Haveria, então, a necessidade de declarar o artigo 15 do Código Civil uma norma inconstitucional¹⁴?

É indiscutível que o direito à vida é um direito igualmente indisponível e irrenunciável, mas a inviolabilidade do direito à vida de que trata a Constituição Federal, na prática, claramente suporta exceções, como por exemplo: a legítima defesa¹⁵, a pena de morte em caso de guerra declarada¹⁶ (previstos no inciso XLVII, alínea “a”, do artigo 5º da Constituição Federal), a licitude da prática de esportes radicais, etc. Neste momento, podemos concluir que, de fato, o direito à vida é um

¹⁴ A inconstitucionalidade de uma norma é declarada através de uma ADI – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade. Constatada a inconstitucionalidade, a norma apontada perde sua validade e eficácia *erga omnis* (para todos).

¹⁵ Legítima defesa é um instituto de direito penal que retira a antijuridicidade, ou seja, torna um ato que seria contra o ordenamento jurídico em um ato legal. Há alguns requisitos para considerar a legítima defesa, tais como: agir com meios moderados, agir para repelir injusta agressão a um direito.

¹⁶ Art. 5º., Constituição Federal, inciso XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

direito mitigado e, nessa interpretação, o artigo 15 do Código Civil brasileiro retomaria sua eficácia e validade.

O entendimento do inciso II da Constituição Federal é de que: ninguém será submetido a fazer ou deixar de fazer algo que não queira se não for obrigado por lei. Segundo esse inciso, poder-se-ia concluir que os tratamentos médicos eletivos, requeridos ou opcionais (aqueles que não são classificados como casos de urgência e emergência), incorrendo ou não em risco de morte, poderiam ser negados pelo paciente, pois não há lei que os obrigue a se submeter a tais tratamentos.

O inciso III impõe que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante. Para certas pessoas alguns tratamentos de saúde são considerados desumanos ou degradantes, cito como exemplos os casos em que o paciente necessita ser amarrado no leito hospitalar com seus membros imobilizados para não retirar os aparelhos que asseguram sua vida, o caso dos Testemunhas de Jeová diante da transfusão sanguínea, ou demais questões que envolvam crenças morais como a amputação de testículos, etc., logo, o inciso III vem ao encontro do que diz o inciso VI, que expressa a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença.

No mesmo entendimento, encontra-se o inciso VIII garantindo que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política. Destaca-se esse dispositivo pelo fato de poder pleitear essa garantia constitucional ante uma eventual coibição para realizar tratamento que não autorize diante de convicções de terceiros, o que resta ainda mais claro quando combinado com o inciso X, que torna invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização.

Assim, percebemos, também, o forte destaque que a autonomia privada possui no ordenamento jurídico pátrio, eis que foi contemplada, inclusive, pela maior das normas nacionais, a Constituição Federal que limita todas as demais leis nacionais.

2.2.3 Normas Criminais Brasileiras

O Direito Penal é um ramo do Direito que é subsidiário aos demais, pois é o mais severo de todos. Cabe ao Direito Penal eleger as condutas com maior relevância e que ferem os bens jurídicos primordiais, determinando suas penalidades conforme a gravidade do valor social ferido. Ou seja, é a última

alternativa do Direito, quando os demais ramos não são eficazes para inibir certas condutas.

Na ciência penal brasileira a autonomia é igualmente relevante e protegida. Vejamos o artigo 146 do Código Penal (BRASIL, 1940) que instituiu os crimes de Constrangimento Ilegal e Lesão Corporal como condutas extremamente reprováveis pelo Direito brasileiro.

Art. 146 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Aumento de pena

§ 1º – As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.

§ 2º – Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência. (CONCURSO MATERIAL)

§ 3º – Não se compreendem na disposição deste artigo: (EXCLUDENTES DA TIPICIDADE)

I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

II – a coação exercida para impedir suicídio (BRASIL, 1940, grifos nossos).

Constranger o paciente a realizar um procedimento a que ele não consentiu é uma atitude tipificada como crime de Constrangimento Ilegal descrito no artigo 146 *caput* do Código de Processo Penal, tendo em vista que não há lei explícita que obrigue o paciente a realizar tratamento a que não consinta. O parágrafo terceiro, inciso I, desqualifica a conduta como crime se justificada por iminente perigo de vida. Assim, merece atenção a inserção, pelo legislador, da palavra “iminente” na redação do dispositivo para descaracterizar o crime. Iminente significa que está a ponto de acontecer, logo, se houver um prazo, mesmo que muito curto, para que o paciente possa exprimir sua vontade não se pode definir como iminente o risco de vida, o que torna inaplicável a excludente de ilicitude, ou seja, o ato de desrespeito à autonomia do paciente é considerado crime e está sujeito à penalização. Outrossim, se houver constrangimento, e ainda resultar lesão corporal (como por exemplo cortes, extirpação de algum órgão) a pena do constrangimento ilegal será cumulada com a pena do crime de Lesão Corporal.

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta:

- I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;
 - II - perigo de vida;
 - III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;
 - IV - aceleração de parto;
- Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º Se resulta:

- I - Incapacidade permanente para o trabalho;
 - II - enfermidade incurável;
 - III - perda ou inutilização do membro, sentido ou função;
 - IV - deformidade permanente;
 - V - aborto.
- Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Lesão corporal seguida de morte

§ 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

Diminuição de pena

§ 4º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Substituição da pena

§ 5º O juiz, não sendo graves as lesões, pode ainda substituir a pena de detenção pela de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis:

- I - se ocorre qualquer das hipóteses do parágrafo anterior;
- II - se as lesões são recíprocas.

Lesão corporal culposa

§ 6º Se a lesão é culposa:

Pena - detenção, de dois meses a um ano.

Aumento de pena

§ 7º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se ocorrer qualquer das hipóteses dos §§ 4º e 6º do art. 121 deste Código.

§ 8º Aplica-se à lesão culposa o disposto no § 5º do art. 121.

Violência Doméstica

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

§ 10. Nos casos previstos nos §§ 1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço).

§ 11. Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.

§ 12. Se a lesão for praticada contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição, a pena é aumentada de um a dois terços (BRASIL, 1940).

Assim, a lesão corporal foi definida como: ofender a integridade física de outrem. Ou seja, para que a integridade física seja ofendida está implícita ausência de consentimento do ofendido, pois, se a integridade física sofrer interferências de forma consentida, não se poderia alegar a ofensa ou afronta. Logo, o fato de receber a autorização do paciente para interferir no seu corpo e na sua saúde é considerado,

também, pela ciência criminal, uma atitude fundamental para afastar a responsabilidade penal do profissional da saúde. Observe-se que o Código Penal sequer excluiu do crime a lesão corporal, lesão cometida com relevante valor social, eis que esta foi contemplada no parágrafo 4º do mesmo artigo 129 como uma causa de diminuição de pena sem descriminalizar o ato. Logo, mesmo com objetivo benevolente do médico, a intervenção no corpo do paciente sem seu consentimento continua sendo uma ação reprovável pelo Código Penal Brasileiro, embora reconhecida sua menor gravidade.

2.2.4 Principais Normas Universais

A Segunda Guerra Mundial impactou o planeta pelo desrespeito ao ser humano, aflorando grande relevância às questões éticas. A sociedade sentiu a necessidade de impor normas para proteger as pessoas de interferências que violem a dignidade da pessoa humana, a sua autonomia, a paz mundial, a segurança, o meio ambiente, entre outros, evitando-se a repetição de inúmeros atos que chocaram a população mundial. Assim, em 1945, foi estabelecida a Organização das Nações Unidas, criada para promover a cooperação internacional. Dentre seus seis principais órgãos, há o conselho de Direitos Humanos, criado para fiscalizar, elaborar tratados e proteger os direitos humanos.

Para julgar os crimes praticados durante a Segunda Guerra, criou-se um tribunal de exceção¹⁷ na cidade de Nuremberg, em 1946. A sentença do primeiro processo do Tribunal Militar Internacional julgou os médicos que atuaram nos campos de concentração nazistas realizando brutais experimentos com prisioneiros de guerra. A decisão foi acolhida como o Código de Nuremberg. Tal julgamento adotou dez pontos para legitimar as pesquisas médicas, que cito:

1 O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente

¹⁷ Tribunal de exceção significa que o tribunal foi criado para julgar casos determinados já ocorridos. No Brasil é proibida a criação de tribunais de exceção para afastar qualquer conflito de interesses.

possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente.

2 O experimento deve ser tal que produza resultados vantajosos para a sociedade, que não possam ser buscados por outros métodos de estudo, mas não podem ser feitos de maneira casuística ou desnecessariamente.

3 O experimento deve ser baseado em resultados de experimentação em animais e no conhecimento da evolução da doença ou outros problemas em estudo; dessa maneira, os resultados já conhecidos justificam a condição do experimento.

4 O experimento deve ser conduzido de maneira a evitar todo sofrimento e danos desnecessários, quer físicos, quer materiais.

5 Não deve ser conduzido qualquer experimento quando existirem razões para acreditar que pode ocorrer morte ou invalidez permanente; exceto, talvez, quando o próprio médico pesquisador se submeter ao experimento.

6 O grau de risco aceitável deve ser limitado pela importância do problema que o pesquisador se propõe a resolver.

7 Devem ser tomados cuidados especiais para proteger o participante do experimento de qualquer possibilidade de dano, invalidez ou morte, mesmo que remota.

8 O experimento deve ser conduzido apenas por pessoas cientificamente qualificadas.

9 O participante do experimento deve ter a liberdade de se retirar no decorrer do experimento.

10 O pesquisador deve estar preparado para suspender os procedimentos experimentais em qualquer estágio, se ele tiver motivos razoáveis para acreditar que a continuação do experimento provavelmente causará dano, invalidez ou morte para os participantes (TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG, 1947).

Na sequência, em 1948, surgiram os denominados Direitos Humanos, estampados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que vem tomando forte proporção no cenário jurídico mundial para proteção dos valores éticos básicos do ser humano, e, assim, merecendo o devido destaque conferido pela Organização das Nações Unidas. Esses valores possuem influência direta com o tema do presente trabalho, pois as normas de direitos humanos visam proteger especialmente os seres humanos vulneráveis. Assim, diante da patente vulnerabilidade do doente, tais direitos resguardam seus bens imateriais. Nessa perspectiva ressalta-se a afirmação da jurista Oliveira:

Assim, acolhe-se o entendimento de que o *locus* compartilhado entre a bioética e os direitos humanos possui um duplo conteúdo, amplamente compartilhado pelos autores que tratam da temática, qual seja: o princípio da dignidade humana e os bens básicos e invioláveis relacionados à medicina, às ciências da vida e às tecnologias a elas associadas (OLIVEIRA, DE, 2011, p. 89).

Após, em Helsinque, 1964, os membros da Associação Médica Mundial reuniram-se para redigir a Declaração de Helsinque, com o escopo de reconstruir os limites éticos para a realização de pesquisas com seres humanos, influenciando a edição de normas e documentos posteriores, em todo o mundo. A Declaração de Helsinque implementou, dentre algumas novidades, a representação do paciente incapaz, por um tutor ou curador legal, para consentir o ato médico a fim de proteger as pessoas com autonomia diminuída. Como exemplo, cita-se o item 24:

24. Para sujeitos de pesquisa que forem legalmente incompetentes, incapazes física ou mentalmente de dar o consentimento ou menores legalmente incompetentes, o pesquisador deverá obter o consentimento informado do representante legalmente autorizado, de acordo com a legislação apropriada. Esses grupos não devem ser incluídos em pesquisas, a menos que sejam necessárias para promover a saúde da população representada e não podem, em seu lugar, ser realizadas em indivíduos legalmente competentes (ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL, 1964).

Em 1969, durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, foi redigido o Pacto de San José da Costa Rica, conhecido também como a Convenção Americana de Direitos Humanos. Esse tratado internacional, do qual o Brasil é signatário, frisa importantes direitos com fulcro a garantir uma vida digna. As regras contidas nos tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, integram a nossa legislação com uma força suprallegal, ou seja, se em confronto com uma lei federal, sua eficácia deve se sobressair.

Artigo 4. Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

[...]

Artigo 5. Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

[...]

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

[...]

Artigo 12. Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças (“Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica (1969)”, 1969).

Assim, nota-se que os artigos acima em destaque conduzem a dignidade humana ao lado da autonomia, sem fazer qualquer ressalva ou hierarquizando valores, ou seja: parece-nos ser possível a interpretação de que o paciente tem o direito de negar tratamento de saúde e ver respeitada sua decisão contra procedimentos que julgue ferir sua dignidade, honra, integridade ou liberdade de religião. Em 1974, o Congresso Norte-Americano instituiu a Comissão Nacional de Proteção dos Sujeitos de Pesquisa, com o objetivo de estabelecer as restrições éticas de pesquisas científicas a serem realizadas com seres humanos. O documento que resultou desse encontro foi denominado *Relatório de Belmont* e este instrumento foi mundialmente divulgado e reconhecido pela grande importância que concedeu à autonomia e à proteção dos incapazes. Dentre os 12 princípios básicos do Relatório, destacam-se os seguintes:

9. Em qualquer pesquisa com seres humanos, cada participante em potencial deve ser adequadamente informado sobre os objetivos, métodos, benefícios previstos e potenciais perigos do estudo, o incômodo que este possa acarretar. Deve ser informado de que é livre para retirar seu consentimento em participar, a qualquer momento. O médico deve então obter o consentimento pós-informação do participante dado livremente, de preferência por escrito.

10. Ao obter o consentimento para projeto de pesquisa, o médico deve ser particularmente cuidadoso caso o participante tiver uma relação a ele e possa consentir sob pressão. Nesse caso, o consentimento pós-informação deve ser obtido por um médico que não esteja engajado na investigação e que esteja completamente independente dessa relação oficial.

11. Em caso de incompetência legal, deve-se obter o consentimento pós-informação do guardião legal, em conformidade com a legislação nacional. Quando uma incapacidade física e mental impossibilitar a obtenção do consentimento pós-informação, ou quando o participante for menor de idade, a permissão do familiar responsável substitui a do participante, obedecendo-se a legislação nacional. Sempre que o menor for capaz de dar consentimento, o consentimento de seu guardião legal.
(ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL, 1964).

Houve também a publicação da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, em 2005, que, em seu artigo 6º, expressa o quanto segue:

Artigo 6º - Consentimento. a) Qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e

poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito (UNESCO, 2006).

Logo, muito além das determinações por normas de força nacional, possui relevância mundial a questão da autonomia e do consentimento do ser humano para a realização de procedimentos de saúde. Há casos emblemáticos de desrespeito desses valores, ocorridos na década de 70, que levantaram grande comoção social e traçaram significantes direções éticas sobre a temática. Esses casos serão citados e comentados na análise dos casos concretos que integram o próximo capítulo dessa pesquisa. Para avançar no tema proposto é imprescindível aprofundar alguns conceitos, tais como autonomia e consentimento, bem como seus pressupostos: liberdade e deliberação.

3 AUTONOMIA, CONSENTIMENTO E DILEMA MORAL

Ante a relevância da autonomia e do consentimento, muito citados nas normas acima elencadas, faz-se necessário o entendimento acerca desses eminentes conceitos, a fim de que se possa entender melhor a importância do tema desta dissertação para a reflexão ética.

3.1 AUTONOMIA

Nos estudos sobre autonomia, destaca-se Kant, que traz a ideia de autonomia para a esfera individual, tendo em vista que reconhece os indivíduos como agentes racionais, capazes de se autodeterminar com a independência da vontade sobre os desejos e em conformidade com sua razão.

Segundo Schneewind (2001), antes dos pensadores iluministas, o governo sobre o indivíduo era monopolizado, sobremaneira, pela Igreja e pelo Estado. Os pensadores antigos e governistas tinham a convicção de que o ser humano “normal, comum” não tinha condições de se autogovernar, de saber o que era bom para si, permanecendo e monopolizando o exercício da tomada de decisões sobre cada um, normalmente, a partir e pelas leis emanadas de Deus, concentradas nas mãos dos sacerdotes e do imperador, isto é, de modo geral, da Igreja e do Estado.

No século XVIII, com destaque para Kant, o antigo modelo de governo vinha sendo repensado e criticado. O reconhecimento de que todo indivíduo em sua formação plena e saudável possui capacidade de autolegislar-se, isto é, de autodeterminar-se, passou a fazer parte da reflexão da filosofia moral como um dos conceitos-chave do período denominado de moderno. Assim, em escala crescente, filósofos dos séculos XVIII, XIX, XX, e, também, XXI, adotaram a autonomia como o ápice do dever moral, já que a pessoa dotada de racionalidade, e quando não lhe falta capacidade, possui aptidão plena de deliberar e escolher. Kant conceitua a autonomia na *Fundamentação da metafísica dos costumes*, do seguinte modo:

A autonomia da vontade é a qualidade da vontade pela qual ela é uma lei para si mesma (independente de toda a qualidade dos objetos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher de outro modo senão de tal modo que as máximas de sua vontade também estejam compreendidas ao mesmo tempo como lei universal no mesmo querer (KANT, 2010, AK440).

Kant concebe que, em um mundo inteligível, a natureza é suprassensível, isto é, ela vai além dos sentidos, além da experiência, ou, em outras palavras, uma natureza que estará sob os auspícios da autonomia da razão prática pura, na qual o fundamento determinante da vontade será meramente a faculdade racional pura, evidentemente, sem esquecer que a vida humana está alardeada pelos desejos, impulsos, emoções, presentes em um mundo sensível. Frisa-se, no entanto, que, para Kant, ainda que sejam possíveis as duas perspectivas, tem-se o mundo sensível no qual o ser humano vive e constrói a sua vida, ainda que lhe seja possível de ser pensado como livre em uma perspectiva inteligível. Afirma Kant na *Crítica da razão prática* acerca da importante distinção entre autonomia e heteronomia:

A natureza sensível de entes racionais em geral é a existência das mesmas sob leis empiricamente condicionadas, por conseguinte é **heteronomia** para a razão. A natureza suprassensível dos mesmos entes é, ao contrário, a sua existência segundo leis que são independentes de toda a condição empírica, que, por conseguinte, pertencem à **autonomia** da razão pura (CRPr (2011), 143).

Kant demonstra poder estar nossa vontade afetada por sentimentos, emoções e impulsos. Mas quando ela se deixar determinar por tais condicionados, a vontade não é autônoma. A autonomia somente é evidenciada quando a vontade é oriunda, ou seja, se deixa fundamentar pela razão. Mora (1982), explica que autonomia em sentido ético é quando uma lei moral tem em si mesma seu fundamento e a razão própria de sua moralidade.

Dando um salto e deixando Kant por um instante em suspenso, segundo Goldim, no viés bioético também é possível perceber a importância da autonomia, ainda que ele conceitue a mesma não apenas como fundamento da lei moral, mas como uma capacidade do indivíduo de deliberar e escolher o que é bom para si. Afirma Goldim:

Uma pessoa autônoma é um indivíduo capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e de agir na direção desta deliberação. Respeitar a autonomia é valorizar a consideração sobre as opiniões e escolhas, evitando, da mesma forma, a obstrução de suas ações, a menos que elas sejam claramente prejudiciais para outras pessoas. Demonstrar falta de respeito para com um agente autônomo é desconsiderar seus julgamentos, negar ao indivíduo a liberdade de agir com base em seus julgamentos, ou omitir informações necessárias para que possa ser feito um julgamento, quando não há razões convincentes para fazer isto (GOLDIM, 2004).

Bonamigo afirma que “autonomia significa que o indivíduo é quem decide aquilo que é bom para si e seu bem-estar” (2012, p. 68), e ainda ressalta na sequência que nada deve ser feito sem seu consentimento pessoal ou de seu representante, e que quando disponível seu testamento vital, este deve ser considerado. O testamento vital é um documento deixado pelo paciente, de forma livre e consciente, que será utilizado apenas quando ele não puder exprimir sua vontade, elencando os limites terapêuticos por ele aceitos, em situações de fim de vida.

Para mais, a autonomia, segundo Beauchamp e Childress (2002), transformou-se em um princípio da Bioética, juntamente com a beneficência, a não maleficência e a justiça. Há muitos adeptos à Bioética Principlista, nascida nos Estados Unidos, e sendo ainda a teoria majoritária, ainda que ela não seja mais unânime. Sgreccia (1996) adota uma teoria bioética personalista, assim denominada pois, segundo ela, o indivíduo é uma unitotalidade entre corpo e espírito e não deve ser analisado através de princípios, mas deve ser observado como pessoa nas suas esferas física, psíquica, espiritual, social e moral. O personalismo, por sua vez, além dos supracitados princípios, adota a solidariedade, sociabilidade e subsidiariedade, bem como valoriza as virtudes humanas e defende a vida como valor acima da autonomia, alegando que esta deve ser equilibrada com a responsabilidade (liberdade-responsabilidade).

A mitigação da autonomia somente possui entendimento unânime em alguns casos, como, por exemplo, nas situações de urgência e emergência. Nessas circunstâncias, não é exigível do profissional qualquer outra conduta senão agir rapidamente com o objetivo de salvar a vida do paciente, ou a saúde (ou função) do órgão ou membro em perigo. Há também outras teses pacíficas sobre a transferência da decisão terapêutica final do paciente para o médico, tais como: a incapacidade do paciente e a falta de um representante legal, bem como na renúncia do paciente em decidir ou manifestar sua vontade.

Bonamigo (2012), em seu entendimento, mostra também que há circunstâncias em que a possibilidade da autonomia é questionável, como nos casos de pacientes vulneráveis. Ou seja, pacientes em frágeis condições de manipulação por circunstâncias externas possuem uma capacidade tênue. O autor elenca as condições de vulnerabilidade apontadas pelo Conselho para Organizações Internacionais de Ciências Médicas (CIOMS):

- pobres e desempregados;
- grupos étnicos e raciais minoritários;
- grupos hierárquicos (militares ou estudantes);
- residentes em asilos;
- beneficiários da seguridade e assistência social;
- pacientes das emergências;
- sem-teto, nômades, refugiados ou pessoas deslocadas;
- prisioneiros;
- desinformados;
- determinados sujeitos de pesquisa; [...] (BONAMIGO, 2012, p. 79)

Vê-se que a vulnerabilidade das pessoas, acima elencadas, em parte, está relacionada por influências externas, isto fragiliza sua liberdade e conseqüentemente sua autonomia. Ou seja, a sua vontade é afetada por motivos externos, uma vontade heterônoma, o que inviabiliza o exercício da autonomia. Porém, discorda-se de algumas das vulnerabilidades apontadas acima como impedimentos para o exercício da autonomia, tendo em vista que, puramente, tal característica não retira a capacidade racional plena do ser humano, por exemplo: os beneficiários da seguridade e assistência social. Os beneficiários da seguridade e assistência social, no Brasil, são aposentados por idade ou por tempo de trabalho; pessoas incapazes de trabalhar por impossibilidade física ou psíquica; ou por licenças. Ou seja: a condição de ser beneficiário da seguridade social isolada não possui o atributo de limitar a capacidade racional do indivíduo de deliberar e escolher o que é melhor para si. Nota-se que a barreira para exercer a autonomia para as pessoas que recebem tal benefício é a incapacidade cognitiva, e não o provento de benefícios do INSS. Este mesmo pensamento estende-se aos demais casos apontados, com exceção aos desinformados, tendo em vista que a desinformação por si própria inviabiliza a deliberação e conseqüentemente a escolha e a autonomia, eis que a informação é pressuposto da autonomia, como se verá em um tópico específico abaixo.

3.1.1 Autonomia e Dignidade

A ética kantiana dita que a dignidade, um valor intrínseco e exclusivo do ser humano em função de sua racionalidade, é o fundamento da autonomia. Diferentemente de todas as outras coisas e animais, o ser humano, através da razão, tem o poder de dar para si a própria lei. Kant afirma que “autonomia, portanto, é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”

(GMS (2010) AK436). Para fundamentar tal afirmação, Kant diferencia bens de pessoas, de modo que atribui a bens o preço e às pessoas dignidade. Ele assevera: “o que constitui a condição sob a qual apenas algo pode ser um fim em si não tem meramente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor intrínseco, isto é, dignidade” (GMS (2010) AK435). Assim, ressalta-se que o valor atribuído aos bens pode ser substituível, já a dignidade é o reconhecimento de que a pessoa é insubstituível e não tem preço. Ferir sua dignidade seria, em termos kantianos, não admitir sua liberdade e capacidade de autodeterminação e responsabilidade, o que é reprovável do ponto de vista moral.

Kant também atrela a autonomia com o reino dos fins, explicando que seres racionais como tais possuem a faculdade de pôr para si seus próprios fins, jamais tratando a si ou aos outros como meio para impor a vontade de outrem, ou seja, uma vontade heterônoma. Afirma Kant:

Entendo, porém, por *reino* a ligação sistemática de diferentes seres racionais mediante leis comuns. Ora, uma vez que <as> leis determinam os fins segundo sua validade universal, será possível então, se nos abstrairmos da diferença pessoal dos seres racionais bem como de todo conteúdo de seus fins privados, pensar um todo de todos os fins (tanto dos seres racionais enquanto fins em si, como também dos fins próprios que cada um possa pôr para si mesmo) em conexão sistemática, isto é, um reino dos *fins*, o qual é possível segundo os princípios acima (GMS (2010) AK433).

Logo, na relação entre seres racionais, a vontade de cada indivíduo deve ser considerada como legislante, pois, em sentido oposto, eles não poderiam ser considerados como fins em si mesmos, desrespeitando, então, a autonomia e, conseqüentemente, ferindo a dignidade. Kant ainda acrescenta:

A razão refere, portanto, toda máxima da vontade enquanto legislando universalmente a toda outra vontade e também a toda ação para consigo mesmo, e isso, aliás não por causa de qualquer outro motivo prático ou vantagem futura mas em virtude da ideia da *dignidade* de um ser racional que não obedece a nenhuma lei senão àquela que ele dá ao mesmo tempo a si mesmo (GMS (2010) AK434).

No século XX, Sgreccia sinaliza que o pensamento sobre a autonomia individual lecionada por Kant ainda se perpetua ao alegar que o ser humano se distingue dos demais animais por ser dotado de inteligência e vontade capaz de se autogovernar. Afirma ele:

O homem é, sim, um animal e um indivíduo, mas não como os outros. O homem é um indivíduo que se governa por si mediante a inteligência e a vontade; existe não só fisicamente, pois há nele um existir mais rico e mais elevado, uma superexistência espiritual no conhecimento e no amor (SGRECCIA, 1996, p. 129).

Sgreccia, portanto, admite que o ser humano é diferente de todos os demais seres vivos, porque ele possui uma inteligência e uma superexistência no conhecimento e no amor, o que se aproxima do pensamento kantiano quando destaca que a pessoa, por ser racional, possui dignidade, enquanto os demais objetos e seres possuem apenas valor. Nessa linha de pensamento, Santoro corrobora com esse entendimento quando escreve: “A capacidade do homem de se autodeterminar denota a intrínseca ligação da dignidade da pessoa humana com a liberdade uma vez que esta constitui uma das principais exigências daquela” (SANTORO, 2012, p. 66).

Assim, ante o reconhecimento da dignidade como fundamento da autonomia, a qual só é possível aos seres dotados de racionalidade, conclui-se que a autonomia é um valor inato do ser humano, pois provém da dignidade como intrínseca à espécie humana.

3.1.2 Autonomia e Liberdade

Viu-se que a dignidade é o fundamento da autonomia. Pretende-se, agora, demonstrar que a liberdade é seu requisito, ou seja, a liberdade é requisito para a autonomia. Ao se falar em autonomia, sabe-se que se está falando tacitamente em dignidade e liberdade. A liberdade é necessária para que a autonomia se efetive, pois só alguém verdadeiramente livre é capaz de deliberar e decidir, quaisquer limitações à liberdade retiram em sua base a autonomia e desrespeitam sua dignidade. Segundo Kant:

Enquanto ser racional, logo pertencente ao mundo inteligível, o homem jamais pode pensar a causalidade de sua própria vontade de outro modo senão sob a ideia da liberdade; pois, independência de causas determinadas do mundo sensível (tal como a razão tem de se conferir sempre) é a liberdade. Ora, a ideia da liberdade está inseparavelmente ligada ao conceito da *autonomia*, e este, porém, o princípio universal da moralidade, o qual subjaz, na ideia, a todas as ações de seres *racionais*, do mesmo modo que a lei natural a todas as aparências (GMS (2010) AK452).

Diante dessa afirmação kantiana, Nodari explica que:

Kant, no início da GMS III, diz ser a liberdade o conceito-chave para a explicação da autonomia da vontade e define-a em sentido *negativo* e *positivo*. Enquanto o sentido *negativo* consiste em agir, independentemente, de causas externas que a determinem, o *positivo* apresenta a liberdade da vontade como autonomia e espontaneidade, isto é, como propriedade da vontade de ser lei para si mesma (NODARI, 2009, p. 226).

Essa estreita ligação entre liberdade e autonomia se dá pelo elo de ligação da racionalidade do ser humano. Quando se admite o ser humano como um ser racional e ciente da causalidade de suas ações, a liberdade, então, é pressuposta da mesma forma que sua autonomia. Araújo coaduna com esse entendimento:

O exercício da autonomia implica um sistema de forças que se equivalem e respeitam. Autonomia significa o poder de dar a si um regramento, definindo os próprios interesses e relações. O indivíduo age com absoluta independência. As regras que as pessoas escolhem para disciplinar seus interesses nas relações recíprocas é que definem o que se denomina autonomia privada. A concepção de autonomia privada está estritamente ligada à liberdade, aos direitos das pessoas, e parece indicar a liberdade de fazer ou não, de prometer e de obrigar-se, sem qualquer intervenção do Estado (ARAÚJO, 2011, p. 150).

Neste ponto Araújo frisa que a autonomia dispõe o poder de dar a si as próprias regras definidas por seus próprios interesses e relações. Ou seja, para o exercício da autonomia é necessário que não haja intervenção nem de terceiro, nem do Estado, sob pena de frustrar os interesses próprios do indivíduo, conseqüentemente inviabilizando a liberdade e a autonomia do agente. Não há, porém, outra restrição quanto à característica ou condição para os interesses e relações, bastando ser próprios, do próprio indivíduo.

Imagine-se o caso das pessoas que seguem a doutrina da Igreja Testemunhas de Jeová, as quais não aceitam a transfusão sanguínea pois seus ensinamentos são no sentido de que ao “tomar o sangue” o doente desrespeitaria a Deus, tornar-se-ia espúrio e deveria ser excluído da sua sociedade. Em contraponto, pensa-se em outra situação: em muitos países há a possibilidade de o paciente negar a submissão à transfusão sanguínea com fundamento nos riscos que a terapêutica oferece, tais como: contaminação por doenças, reações do sistema imunológico ou erro humano, etc. Em ambos os casos os sujeitos são igualmente livres?

Importante ressaltar, aqui, a definição de saúde emanada pela Organização Mundial de Saúde (OMS): “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (OMS, 1946). Logo, resta clara a importância do bem-estar social, juntamente com o físico e mental para caracterizar o ser saudável. A liberdade de crenças é uma garantia constitucional e está igualmente garantida no Pacto de San José da Costa Rica, a prática religiosa faz parte da vida social de grande parte das pessoas e por isso a importância de ser respeitada sob o prisma do bem-estar social.

Sgreccia (1996, p. 132) corrobora com o entendimento da OMS sobre o conceito de saúde e completa: “Mas a integração maior da definição deve ser considerada justamente em nível ético, pois existe uma *dimensão ética da saúde* radicada no espírito do homem e em sua liberdade.” (*grifo do autor*). Assim, a imposição de terapias que ferem o paciente em sua concepção religiosa de dignidade, na verdade, causa danos a sua saúde, pois desrespeita o bem-estar social e sua liberdade. Cita-se outra passagem do professor italiano Sgreccia, que analisa o sujeito como um todo, olhando-o como pessoa, isto é, em seus aspectos caracterizadores de pessoa:

Não é possível traçar linhas éticas no campo biomédico, ou seja, tratar da bioética, sem deixar claro o valor inerente à corporeidade humana e, por isso, a relação corpo e espírito na unidade da pessoa. Já no século V a.C., a escola de Cos na obra *Os lugares do homem* lembrava que a natureza do corpo é o princípio do discurso da medicina. Todo médico sabe intuitivamente que ao se aproximar do corpo do doente ele está, na realidade, se aproximando de sua pessoa, e o corpo do doente não é propriamente “objeto” da intervenção médica ou cirúrgica; é “sujeito” (SGRECCIA, 1996, p. 118, grifo do autor).

Por certo, deve-se ter em mente que é o sujeito (paciente) quem vai sofrer em sua vida e em sua dignidade as consequências da escolha sobre a submissão à terapia e, assim, parece mais razoável que ele decida o que é melhor para si, o que a ele é mais fácil de suportar. Embora esse não seja um entendimento pacífico, há importantes pensadores contemporâneos que coadunam com o mesmo entendimento. Goldim (2004) ensina que o princípio da autonomia pode ser melhor definido como Princípio do Respeito à Pessoa, o que demonstra sua estreita ligação com a dignidade humana quando escreve: “Desta perspectiva que surge a responsabilidade pelo respeito à pessoa, que talvez seja a melhor denominação para este princípio”. Igualmente, Dadalto esclarece que:

as situações jurídicas existenciais no ordenamento jurídico brasileiro são tuteladas pelo princípio da autonomia privada que, por sua vez, está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois reconhecimento da autonomia privada do indivíduo importa, por consequência, no reconhecimento da dignidade da pessoa humana (DADALTO, 2013, p. 24).

Vê-se, então, que a autonomia era vista como característica do Estado de se autogovernar e, nessa época, a vontade do indivíduo era submetida à vontade da Igreja e do Estado. Aos poucos o poder de autogoverno foi sendo conquistado pelas pessoas, sua evolução teve maior ascensão com o pensamento dos filósofos iluministas do século XVIII, que reconheceram a autonomia da pessoa como fundamento da dignidade ante a capacidade e racionalidade do ser humano. Seu desrespeito passou a ser reprovável ética e juridicamente, em especial após atos médicos cometidos abusivamente nos campos de concentração nazistas, para fins de estudos e pesquisas com prisioneiros de guerra. Assim, o reconhecimento do paciente como pessoa e o assentimento de sua autonomia é um dos grandes destaques da ética contemporânea e vem contribuindo para superar a visão excessivamente paternalista do estado e da ciência em questões de saúde.

3.2 CONSENTIMENTO

Viu-se, no capítulo anterior, que as normas nacionais e internacionais, unanimemente, primam pela obtenção do consentimento para a intervenção médica (salvo em casos de urgência e emergência) e que o documento que formaliza o consentimento é o chamado termo de Consentimento Informado ou Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Fundamentalmente, consentimento significa concordar, autorizar, dar permissão, licença, anuência, etc. Ou seja, o referido termo é a materialização do respeito à autonomia do paciente. E, para que o consentimento seja pleno, é necessário conter alguns pré-requisitos para possibilitar sua real eficácia, tais como: 1) capacidade do agente, 2) liberdade, 3) informação completa, 4) deliberação, 5) escolha.

3.2.1 Capacidade do agente

A capacidade civil do agente está determinada no código civil nos arts. 3º, 4º e 5º, por exclusão dos absolutamente incapazes (os menores de 16 anos) e dos

relativamente incapazes (menores entre 16 e 18 anos incompletos¹⁸, os ébrios eventuais e os viciados em tóxico, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos). Nos casos de incapacidade, o responsável legal é quem presta ou dá o consentimento, todavia se a negativa desse consentimento implicar em circunstância irreversível ou agravo à vida do incapaz, o médico ou representante do nosocômio pode levar o caso ao Poder Judiciário para que, achando necessário, retire a guarda temporariamente do tutor ou curador a fim de possibilitar a intervenção médica. Lembrando que nos casos de urgência e emergência a exigência do consentimento é afastada, sendo o dever do médico agir imediatamente de forma paternalista sob os princípios da beneficência e não-maleficência.

Na Enciclopédia Oxford de Filosofia (2001, p. 148), capacidade está definida como uma habilidade de uma coisa ou pessoa que pode ser natural ou adquirida, e como tal uma de suas propriedades reais. A capacidade de uma pessoa está sujeita a seu controle voluntário e não como mera disposição, como ocorre com os objetos. Assim, capacidade é mais completa que disposição, pois aquela abrange mais que uma mera aptidão e é característica atribuível apenas para pessoas.

Schneewind nos ensina que:

A nova perspectiva que emergiu no fim do século XVIII concentrou-se na crença de que todos os indivíduos normais são igualmente capazes de viver juntos em uma moralidade de autogoverno. Segundo essa maneira de ver, todos nós temos uma capacidade igual para enxergar por nós mesmos o que a moralidade requer e somos em princípio igualmente capazes de nos mover para agir de maneira adequada, independentemente das ameaças ou recompensas dos outros. [...] Assumimos, em suma, que as pessoas são igualmente competentes como agentes morais, a menos que demonstrem o contrário (SCHNEEWIND, 2001, p. 30).

Compreendemos, portanto, que a princípio todo ser humano saudável e na fase adulta possui capacidade. A incapacidade relativa ou absoluta advém pela falta de maturidade cognitiva ou por uma situação adversa (por exemplo doença) que

¹⁸ Salvo aqueles expressos no parágrafo único do artigo 5º do Código Civil Brasileiro: Cessar, para os menores, a incapacidade: pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; pelo casamento; pelo exercício de emprego público efetivo; IV - pela colação de grau em curso de ensino superior; V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

demonstre a excepcionalidade daquele indivíduo em não poder exercer sua autonomia.

3.2.2 Liberdade

Constatada a capacidade do paciente para consentir, ou sua eficaz representação por um sujeito capaz e legítimo, passa-se para a análise da condição de liberdade. Para Nodari, o “ser humano, porque é ser racional e, enquanto racional, não há possibilidade de agir senão sob a ideia de liberdade” (2009, p. 227). A liberdade está atrelada à ação e à razão. Logo, sendo a liberdade pressuposto da ação, privar alguém de sua liberdade para consentir com algo corrompe o próprio consentimento, porquanto a liberdade é condição de existência da ação.

Pode-se pensar a restrição da liberdade para consentir, pelo menos, de três formas: ela pode ser sob a força ou tortura física, quando a declaração é obtida com a imposição de força de outrem (ou de medicamentos) sobre o agente de modo que este seja incapaz de resistir e consente contra sua vontade; ela pode ser também sob o prisma de tortura psicológica, quando o indivíduo que presta o consentimento está sob ameaça de modo que não se poderia se exigir do agente conduta adversa; pode-se ainda pensar a restrição da liberdade por ausência de informações suficientes para que o paciente possa realizar a melhor escolha para si. Assim, note-se que a liberdade não afeta apenas a validade do consentimento, mas sua real existência. Frisa-se novamente que o consentimento é a representação da autonomia, pois, ao restringir a liberdade de agente capaz, impondo-lhe a vontade de terceiros, estar-se-ia diante de uma situação de heteronomia.

Portanto, o indivíduo capaz necessita da liberdade para deliberar e escolher o que é melhor para si, exercendo, assim, com autonomia o ato de consentir ou negar consentimento para se submeter a certas terapias.

3.2.3 Informação completa

No parágrafo acima pode-se conectar a informação com a liberdade, ou seja, para que o indivíduo possa ser considerado livre para decidir sobre a sua submissão ao tratamento proposto, é essencial que ele possua pleno esclarecimento e cognição da real situação fática que lhe acomete, bem como do modo de aplicação da terapia, da existência de tratamentos alternativos, dos riscos e

benefícios de cada um deles e dos resultados esperados, pois não se pode considerar plenamente livre aquele que não possui informações completas e suficientes sobre os elementos de sua escolha. Aristóteles também possuía este mesmo entendimento, para ele o ato praticado por ignorância é um ato involuntário. Veja-se: “sendo a ação involuntária aquela realizada sob compulsão ou devido à ignorância, um ato voluntário parecia ser um ato cuja origem reside no agente, o qual conhece as circunstâncias particulares nas quais está agindo” (NE1111a1 20 (2013)). Assim, só se pode conceber uma escolha autônoma quando o paciente dispuser de plena informação a respeito dos meios, do objetivo, dos riscos e benefícios do tratamento proposto, eis que a ignorância de uma dessas informações significaria o aprisionamento do paciente em questões ilusórias ou a limitação de suas possibilidades de escolha.

Outra questão importante para caracterizar a informação é que não basta dizer ao paciente todos os riscos, benefícios, forma de realização do procedimento e a existência de tratamentos alternativos, ressalta-se que constitui parte fundamental da informação oportunizar o esclarecimento das informações prestadas. O profissional deve questionar ao paciente se restaram dúvidas sobre quaisquer informações concedidas, tendo em vista que a não compreensão das informações se assemelha à falta da mesma. Vê-se, pois, que informar e esclarecer são dois institutos diferentes e ambos são fundamentais, eis que não se considera informado o paciente não esclarecido, aquele que não compreendeu as informações que lhe foram prestadas não as possui.

3.2.4 Deliberação

Detectada a capacidade do paciente, sua liberdade para consentir, devidamente informado e esclarecido, ele estaria apto a deliberar sobre os meios e propiciar sua escolha, frisando que escolha não é opinião, escolha é definida, segundo Aristóteles, “como ação voluntária precedida por deliberação” (NE, 1112a1 (2013))O conceito deliberação é entendido, aqui, de acordo com a tradição aristotélica, na qual os objetos possíveis de deliberação são aqueles que podem ser produzidos pela própria ação do indivíduo, ou seja, excluindo-se os fenômenos imutáveis, ou coisas mutáveis, mas que obedecem a um fluxo de causas naturais, coisas do acaso, matérias plenamente já definidas. Aristóteles exemplifica como

objeto de deliberação as questões da medicina (NE 1112b1 (2013)), vendo-se, pois, a importância da deliberação para escolhas na área da saúde.

Para Aristóteles, deliberar é mais do que simplesmente escolher, é pensar, é refletir sobre os meios para a escolha de uma ação própria a fim de alcançar um fim. O fim para questões clínicas é a saúde, e esta, como já se viu acima, compreende o bem-estar físico, mental e social. Logo, essas questões serão levadas em consideração pelo paciente conforme sua compreensão acerca das mesmas. Há muito, Aristóteles já discursava que a deliberação é pré-requisito para a escolha, porque, mesmo que elas não sejam a mesma coisa, elas estão intimamente imbricadas. Afirma ele na *Ética Nicomaqueia*:

Como, então, o objeto da escolha é alguma coisa sob nosso poder que depois da deliberação desejamos, a *escolha* será um desejo deliberado de coisas em nosso poder, pois primeiramente deliberamos, em seguida selecionamos e finalmente fixamos nosso desejo de acordo com o resultado de nossa deliberação (NE 1113a1 -10 (2013)).

Ainda que haja uma compreensão diversa entre as pessoas, a escolha do paciente em consentir ou não com a realização do tratamento proposto vai se basear na sua própria compreensão sobre o que é bom para si, pois estas sensações variam de pessoa para pessoa, da mesma forma que o que é pesado, ou dor suportável, ou o que lhe é prazeroso. Assim, apenas o paciente tem condições de deliberar sobre seus desejos e escolher prestar ou não o consentimento, “uma vez que, onde somos livres para agir também somos livres para nos abster de agir, e onde somos capazes de dizer *não* também somos capazes de dizer *sim*” (NE 1113b1-5 (2013)). Da mesma forma, em havendo mais de uma opção de tratamento, cabe ao paciente escolher qual é o procedimento a que ele deseja se submeter, guiado, sem dúvidas, entre outros aspectos, pelas orientações técnicas que lhe são prestadas.

A Enciclopédia Oxford de Filosofia, ao conceituar a palavra consentimento, menciona que o mesmo “é voluntário e tomado com pleno conhecimento mediante deliberação” (HONDERICH, 2001, p. 202). Ou seja, mais uma vez é realçada a importância da informação e da deliberação, a fim de que o processo deliberativo possa alcançar de fato e do melhor modo possível seu objeto, e, nesse sentido, evidencia-se com clareza que deliberação não é sinônimo de escolha, mas,

muito mais, caracterizando-se como processo para chegar a escolher bem eticamente.

3.2.5 Escolha

Sendo a escolha o objeto da deliberação, ela é a tomada de decisão mediante a análise minuciosa das informações prestadas. Essa escolha só é possível após cumpridos todos os requisitos apontados neste capítulo e é fundamental para o exercício da autonomia, eis que esta significa o autogoverno, escolher e realizar o que sua própria razão entende como o melhor para si. A escolha é tão importante que é aconselhável documentá-la através de documento escrito, ou seja, pelo Termo de Consentimento Informado do paciente. Esse documento serve para auxiliar na prestação de informações ao paciente pelo profissional e também como prova de que o procedimento ao qual o paciente será submetido não se trata de um ato de ingerência do profissional, e de que foram propiciados ao paciente os elementos para a deliberação livre e o direito de escolha, respeitando assim sua autonomia.

Não parece fazer sentido a obrigatoriedade da coleta do Termo de Consentimento Informado por escrito se o paciente possuir apenas a opção de aceitar submeter-se à terapia recomendada. Se não é permitido negar sua submissão ao tratamento proposto, não seria necessário um documento que comprovasse a liberdade de escolha do paciente, pois apenas haveria um caminho: a submissão a qualquer custo. Então, diante da exigência do documento escrito e dos requisitos éticos impostos para sua existência e validade, é justificável o entendimento de que o paciente possui a escolha de aceitar ou negar a sua sujeição à terapia proposta. Quanto aos requisitos para a elaboração de um Termo de Consentimento eficaz, Bonamigo nos ensina que a Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde “nos oferece um guia de elaboração do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido para a pesquisa que pode ser adaptado e utilizado também em assistência médica” (2012, p. 209). A resolução referida estabelece a seguinte disposição:

IV.1 - Exige-se que o esclarecimento dos sujeitos se faça em linguagem acessível e que inclua necessariamente os seguintes aspectos:
a) a justificativa, os objetivos e os procedimentos que serão utilizados na pesquisa;

- b) os desconfortos e riscos possíveis e os benefícios esperados;
 - c) os métodos alternativos existentes;
 - d) a forma de acompanhamento e assistência, assim como seus responsáveis;
 - e) a garantia de esclarecimentos, antes e durante o curso da pesquisa, sobre a metodologia, informando a possibilidade de inclusão em grupo controle ou placebo;
 - f) a liberdade do sujeito se recusar a participar ou retirar seu consentimento, em qualquer fase da pesquisa, sem penalização alguma e sem prejuízo ao seu cuidado;
 - g) a garantia do sigilo que assegure a privacidade dos sujeitos quanto aos dados confidenciais envolvidos na pesquisa;
 - h) as formas de ressarcimento das despesas decorrentes da participação na pesquisa; e
 - i) as formas de indenização diante de eventuais danos decorrentes da pesquisa.
 - k) data e assinatura das partes, em duas vias (uma para cada parte).
- (BRASIL; MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1996).

Não foi encontrada uma norma que estabeleça os requisitos para a elaboração do Termo de Consentimento Informado para a consulta clínica e hospitalar, apenas há para a pesquisa com seres humanos, mas, como informou o autor, esta pode ser adaptada para questões clínicas. Tem-se, portanto, que para a elaboração de um Termo de Consentimento Informado adaptado para a clínica médica é fundamentalmente necessário observar os seguintes itens: os procedimentos que serão utilizados; os desconfortos, riscos e possíveis benefícios esperados; os métodos alternativos existentes; o nome do responsável; a garantia de esclarecimentos adicionais, antes e durante o curso do tratamento, a liberdade do sujeito de retirar seu consentimento, em qualquer fase do tratamento, ficando este inteiramente responsável pelas consequências da não finalização; a garantia do sigilo ou a permissão para utilizar dados da evolução do tratamento para fins educacionais, assegurando a privacidade e ocultando a identidade do paciente; declaração de que consente com o tratamento indicado; data e assinatura das partes, em duas vias (uma para cada parte). E, no caso de negativa do paciente se submeter a tratamento médico, é necessário modificar apenas a declaração do documento informando a recusa do consentimento.

Embora tenha o profissional se atentado a todos esses requisitos, a todas as normas éticas e jurídicas quanto à coleta do consentimento do paciente em documento escrito, existente, válido e eficaz, ainda o profissional fica vulnerável a entendimento diverso dos Tribunais sob o princípio do livre convencimento do juiz. Ou seja, não há uma garantia ou segurança jurídica para o profissional mesmo que aja com a prudência da norma ética e jurídica, como veremos nos casos a seguir.

3.3 OS CASOS CONCRETOS

A ciência bioética nasceu, diante dos avanços da técnica e da ciência, para estudar a relação entre a ética e a vida, o poder da técnica e o dever de agir da moral, tendo em vista os problemas que o paternalismo excessivo vinha ocasionando na sociedade especialmente até a década de 70 do século passado. Casos emblemáticos despertaram a discussão sobre a autonomia do paciente e seus representantes legais, bem como impulsionou a criação de comitês multiprofissionais. Ressaltam-se alguns casos que foram importantes para repensar questões sobre autonomia e consentimento e que fizeram a Bioética ter um pico de crescimento nos estudos científicos, ante a constatação da existência de uma crise ética na medicina e a necessidade de lhe impor limites morais. Citam-se, como exemplo, alguns casos bastante conhecidos e renomados.

3.3.1 Caso Tuskegee

Durante 40 anos (1932-1972), no Alabama (EUA), em uma cidade chamada Macon, onde estava localizado o Centro de Saúde Tuskegee, foi realizada uma pesquisa com 399 negros que estavam contaminados pelo vírus da sífilis e um grupo de controle de 201 pessoas saudáveis. Essa investigação foi realizada por profissionais e sob a supervisão de organismos governamentais. Seu objetivo era analisar a evolução natural da doença, sem intervenção terapêutica, embora, em 1940, a penicilina já houvesse sido disponibilizada. Os pesquisadores não só deixaram de tratar os pacientes com os meios disponíveis à época, mas também os impediram de buscar tratamento em outro local. Embora os doentes não tenham sido informados qual fosse o seu diagnóstico, tampouco prognóstico e formas de tratamento, os responsáveis pela condução da pesquisa enviaram informações para todos os hospitais dos Estados Unidos da América com o nome dos pacientes, salientando que os mesmos seriam objeto de pesquisa e que não poderiam receber tratamento. Ou seja, além de não fornecer o tratamento, bloquearam qualquer possibilidade de cura para os doentes. Outrossim, os profissionais negligenciavam informações sobre a doença, tanto para os pacientes quanto para seus familiares, descreviam o mal que lhes acometia como “sangue ruim”. Logo, é indiscutível que as consequências para essas pessoas e seus familiares foram graves. E, assim que esse experimento foi descoberto pela jornalista Jean Heller, foi publicado no New

York Times em 26 de julho de 1972, quando houve uma grande comoção social que acarretou no fim da pesquisa de Tuskegee (HELLER, 1972).

Ao analisar-se o caso sob o prisma da Bioética, encontram-se certos valores e direitos corrompidos. De início, tem-se a falta de informação sobre o diagnóstico, prognóstico e alternativas de tratamento, acarretando ao paciente um estado de total ignorância. Conforme descrito acima, um sujeito em estado de ignorância não possui a possibilidade de exercer a deliberação, pois a informação é pressuposto da mesma. Sem os meios para deliberar, inviabiliza-se também, por conseguinte, a capacidade para a escolha daquilo que se pode considerar bom para si. Logo, melindram-se também sua liberdade, sua autonomia e sua dignidade, conseqüentemente. Além disso, a privação do tratamento durante os experimentos tolheu a personalidade dos sujeitos de pesquisa, eis que não foi reconhecida sua condição de pessoa detentora de direitos e obrigações, fato que foi agravado com a obstrução de qualquer oportunidade de alcançar as corretas informações e o tratamento adequado por outra instituição. Tais condutas inadequadas por parte dos pesquisadores foram avaliadas no desenvolvimento do *Relatório de Belmont*, o que ocasionou a inserção do princípio da justiça distributiva para a realização de pesquisas.

Ante a avaliação ética, vê-se ser reprovável esconder a verdade das pessoas, quanto mais com a intenção de privar-lhes a busca da saúde, ou suprimir tratamentos para impor seus propósitos particulares em detrimento da dignidade alheia.

3.3.2 Caso Diálise de Seattle

Pacientes com insuficiência renal até 1960 eram submetidos a poucas sessões de diálise, tendo em vista que as cânulas utilizadas para fazer o procedimento eram feitas de vidro e eram colocadas nas veias e artérias dos pacientes a cada diálise, ocasionando, por conseguinte, uma destruição permanente do acesso. Belding Scribner ficou muito impressionado ao ver um jovem paciente passar por aquele sofrimento para morrer apenas algumas semanas depois. Certo dia, Scribner acordou com uma ideia, e, por meio de experimentos, descobriu, em Seattle, em 1961, cânulas feitas de teflon, em forma de U, ligando uma artéria a uma veia, que poderiam ficar como acesso permanente para efetuar a filtragem do sangue. Eis, então, que, ao invés de cortar a cada diálise um acesso venoso, o corte

dar-se-ia na cânula. A descoberta de Scribner passou a salvar vidas. Todavia, o centro que realizava o procedimento de diálise, na época, possuía apenas 7 equipamentos para centenas de pessoas que necessitavam do tratamento. Assim, diante da necessidade de escolha dos pacientes que seriam contemplados com o tratamento, o hospital criou um comitê de Bioética para realizar a seleção dos doentes, tendo em vista que seria muito difícil a escolha para o médico de seus próprios pacientes. Ademais, para o Comitê, os pacientes eram anônimos, o que objetivava trazer todos em condição de igualdade, embora os critérios de escolha fossem por sexo, condição financeira e educacional, número de descendentes, idade e atividade religiosa. Esse caso levantou a análise bioética de em situação de manejo em situação de recursos escassos.

O objeto da ação era a escolha de pacientes para realizar o tratamento que sustentaria a vida com novo equipamento, em quantidade limitada, que permitia ilimitadas sessões. Ante a impossibilidade de ofertar esse procedimento a todos os pacientes que necessitavam de diálise, a intenção do comitê era selecionar aqueles que possuíam maior chance de sobrevivência e uma mais útil e digna vida civil e politicamente. Assim, foram elaborados critérios para selecionar tais pacientes que seriam contemplados com a oportunidade de prolongar consideravelmente a vida. A solução encontrada pelo comitê de bioética, ante a escassez de recursos, despertou a importância da justiça em situação de recursos escassos, como colocar os enfermos em condições de igualdade, afastando elementos subjetivos (como a relação médico-paciente, influência do profissional na instituição) para a escolha dos que seriam contemplados com o tratamento.

3.3.3 Caso Karen Ann Quinlan

Em 15 de abril de 1975, entrou na emergência de um hospital de New Jersey (EUA) Karen Ann Quinlan, uma garota de 22 anos de idade, em estado de coma cuja causa nunca foi esclarecida. Karen havia saído com seus amigos à noite e de repente eles a encontraram desmaiada, levaram-na para casa e quando perceberam que estava em parada cardiorrespiratória ela foi transportada para o Hospital. A equipe de emergência logo começou a realizar manobras de ressuscitação, mas Karen Ann não conseguiu sair do estado de coma. Suspeitou-se, na época, que houve a ingestão de Gim-tônica com remédios ansiolíticos. A paciente ficou em estado vegetativo por alguns meses, e, em um certo momento, os

pais de Karen perceberam que não justificava a insistência em dispor esforços terapêuticos fúteis, incapazes de reverter o quadro clínico de sua filha, tendo em vista que, segundo os médicos, seu estado era irreversível. Ademais, a paciente sofria espasmos, convulsões, que ocasionavam gritos, além de feridas provocadas pela pressão do peso do corpo na cama. Assim, a família Quinlan levou o caso à Justiça, a fim de que esta lhe concedesse a autorização para o desligamento do respirador de Karen Ann. Entretanto, o pedido foi negado, e a família da paciente, então, recorreu ao Supremo Tribunal de Nova Jersey. A Suprema Corte interpretou o direito à privacidade como um direito que extrapolaria o interesse do Estado, quando o parecer técnico médico atestaria a irreversibilidade do quadro clínico. A família obteve, então, o direito de escolher os tratamentos a serem aplicados, inclusive de cessar os meios extraordinários de manutenção da vida. Desse modo, o respirador foi sendo desligado gradualmente e, para a surpresa de todos, a paciente conseguiu respirar sozinha e sobreviveu por mais 9 anos. Em 11 de junho de 1985, Karen Ann Quinlan faleceu por pneumonia causada pela força que realizava para respirar.

O processo judicial foi um marco na história. Despertou o interesse nacional de refletir sobre a vida e o direito de morrer, sobre a interdisciplinaridade de questões fundamentais como a vida e a morte. Outrossim, tornou-se precedente para a classe médica consentir com a decisão das famílias em reter a procrastinação terapêutica em casos de doenças terminais e incuráveis. Esse caso marcou, também, o início da exigência de os hospitais possuírem um Comitê de Ética e a criação do Testamento Vital, documento em que a pessoa expressa seu desejo antecipado sobre os tratamentos que podem ser utilizados, caso ocorra uma situação que a impeça de manifestar sua vontade. Esse documento retira o peso dos familiares em ter que tomar essa decisão. Ante a angústia vivida pela família Quinlan, seus pais abriram um nosocômio para cuidar de pacientes em estado terminal, sendo o pioneiro em cuidados paliativos.

O caso de Karen Ann é caracterizado como eutanásia passiva ou indireta, pois a intenção do agente era minorar o sofrimento da paciente através da retirada dos meios extraordinários de manutenção da vida para alcançar o resultado morte tendo em vista o diagnóstico de irreversibilidade do quadro clínico. Reflexões éticas sobre a moralidade de pretender o resultado morte, mesmo ante a intenção do agente, que parece boa, divergem. Nesse caso a morte é classificada como meio, ou como fim? A dignidade protegida é da família ou da paciente, eis que ambos

sofrem limitações e abalos morais? Haveria conflito de interesse dos familiares em decidir, haja vista que estão envolvidos em questões subjetivas? Caberia ao Estado decidir? O Estado atuaria como protetor ou como ditador?

Certamente a resposta a esses questionamentos não é matemática, são múltiplas as interpretações possíveis e variam em cada caso. Entende-se que, de fato, não cabe ao Estado tal decisão. Para uma escolha adequada seria necessário conhecer intimamente o paciente para interpretar qual seria a vontade do mesmo diante de uma situação de terminalidade e sofrimento. Nesse sentido, o Estado não teria a capacidade de decidir conforme os preceitos e valores individuais do paciente, o que parece mais viável de se realizar por um familiar.

3.3.4 Caso Baby Doe

Nos Estados Unidos da América, em 1982, nasceu um bebê, em Bloomington, no estado de Indiana, portador da Síndrome de Down com uma fístula traqueoesofágica¹⁹. A fim de salvar a vida do bebê (com cerca de 50% de chance), era necessária a realização de uma cirurgia para fechar o orifício, impedindo que os alimentos atingissem a traqueia e os pulmões. O Obstetra colocou as opções de tratamento, bem como a possibilidade de não tratar, com consequente morte do bebê em poucos dias. Os pais da criança, que tinham outros dois filhos saudáveis, optaram por não tratar. Os pais justificavam sua escolha com o argumento de que o bebê possuía uma saúde prejudicada e que o ato deles, antes de tudo, seria um ato de amor e não de abandono, pois aplicar esforços extremamente invasivos para prolongar uma vida que seria certamente sofrida traria muito mais penúria que felicidades para aquele bebê. A equipe hospitalar levou o caso à Corte de Bloomington, para que o Estado consentisse com a realização do procedimento, substituindo a anuência dos tutores. Em primeira instância, foi negado o pedido da equipe médica, e o juiz fundamentou sua decisão no direito que os pais teriam de escolher o tratamento a ser realizado, incluindo a opção de não tratar. O Ministério Público que acompanhava o caso recorreu da sentença para a Corte do Estado de Indiana, a fim de obter a anuência do poder judiciário e determinar a realização da cirurgia, eis que mais de dez famílias haviam se cadastrado para adotar a criança. A referida Corte se negou a proferir uma decisão e o processo foi conduzido, então,

¹⁹ Fístula traqueoesofágica é um orifício que liga a traqueia e o esôfago e essa abertura faz com que os líquidos e alimentos consumidos invadam as vias respiratórias.

para a Corte Americana. Contudo, o bebê faleceu com 6 dias de vida, antes da prolação da decisão final.

Ante a essa situação, que causou uma grande comoção social, o presidente dos Estados Unidos na época, Ronald Reagan, cancelou a doação de qualquer recurso federal aos hospitais que se abstinham de realizar manobras para a manutenção da vida de bebês que nasciam com alguma deficiência. A reflexão ética trazida pelos defensores da vida da criança é que uma pessoa com deficiência não valeria menos que a vida de uma pessoa saudável. Frisa-se que há relatos de que havia diversas famílias demonstrando a intenção de adotar a criança. Por coincidência ou não, ou por ironia do destino, veja-se que *Doe* em inglês é utilizado como forma de menosprezar a dignidade de alguém, *John Doe* pode ser traduzido como “Zé Ninguém”, ou seja, o bebê foi apelidado de *Baby Doe* para ressaltar a desvalorização da vida daquele bebê por seus pais.

O objeto da ação é o chamado “deixar morrer”, tratando-se na verdade de uma omissão em socorrer a vida do bebê que sofre de uma doença terminal, todavia curável e, por isso, não se caracteriza como ortotanásia, pois para isto são necessários os requisitos terminalidade e incurabilidade da doença. O fato que culminou na negativa dos pais em dar consentimento para a realização da cirurgia foi o diagnóstico do paciente ser portador de Síndrome de Down. Sendo o paciente incapaz e vulnerável, sua dignidade parece ter sido suprimida pela vontade dos pais. Embora a impossibilidade do paciente conhecer as circunstâncias, é certo que, como toda pessoa, nasceu com dignidade, personalidade e portadora de direitos. A doença retira-lhe a capacidade, não, todavia, a dignidade ou os direitos da personalidade. Os genitores presumiram que a vida de seu filho teria muito mais penúria que felicidade, mas tal afirmação não passa de uma opinião heterônoma e incerta, possivelmente resultante de um preconceito. Vê-se, então, uma diferença importante do caso anterior. Karen Ann estava, de fato, sofrendo, sofria convulsões, tinha escaras, e foi diagnosticada com quadro irreversível e terminal. Já no caso *Baby Doo*, embora a Síndrome de Down seja irreversível, não é uma doença terminal e muitos pacientes conseguem evoluir cognitivamente, trabalhar e adquirir uma certa independência.

Entende-se que a justificativa eficaz para preterir um bem à outro deve ser atual e relevante. Previsões de eventuais sofrimentos futuros por parte do paciente não possuem o mesmo peso que o bem vida, ou seja, a intenção não é eticamente

justificável ou meritória. Poder-se-ia afirmar terem os genitores extrapolado o poder parental ferindo a dignidade e a personalidade do bebê.

3.3.5 Caso Habeas Corpus 268.459/SP

No Brasil, podemos ressaltar o caso do Habeas Corpus 268.459/SP (2013), que consiste na negativa de consentimento, por seus pais, para a realização do procedimento de transfusão sanguínea em uma adolescente de 13 anos pertencente a uma família de Testemunhas de Jeová. Os profissionais optaram por respeitar a decisão dos responsáveis pela paciente incapaz, o que ocasionou a morte da mesma. O caso chegou ao conhecimento do Ministério Público, que processou os pais da menina por homicídio culposo, pois assumiram o risco do resultado morte.

O Superior Tribunal de Justiça declarou na decisão do *Habeas Corpus* 268.459/SP que o médico tem o dever de salvar a vida, independentemente da vontade do paciente e/ou do seu responsável, conclusão que se extrai do seguinte trecho do referido Acórdão:

3. Na espécie, como já assinalado nos votos vencidos, proferidos na origem, em sede de recurso em sentido estrito e embargos infringentes, tem-se como decisivo, para o desate da responsabilização criminal, a aferição do relevo do consentimento dos pacientes para o advento do resultado tido como delitivo. Em verdade, como **inexistem direitos absolutos em nossa ordem constitucional**, de igual forma a liberdade religiosa também se sujeita ao concerto axiológico, acomodando-se diante das demais condicionantes valorativas. Desta maneira, no caso em foco, ter-se-ia que aquilatar, a fim de bem se equacionar a expressão penal da conduta dos envolvidos, em que medida teria impacto a manifestação de vontade, religiosamente inspirada, dos pacientes. No juízo de ponderação, o peso dos bens jurídicos, **de um lado, a vida e o superior interesse do adolescente**, que ainda não teria discernimento suficiente (ao menos em termos legais) para deliberar sobre os rumos de seu tratamento médico, sobrepassaram sobre, **de outro lado, a convicção religiosa dos pais, que teriam se manifestado contrariamente à transfusão de sangue**. Nesse panorama, tem-se como inócua a negativa de concordância para a providência terapêutica, agigantando-se, ademais, a omissão do hospital, que, entendendo que seria imperiosa a intervenção, deveria, independentemente de qualquer posição dos pais, ter avançado pelo tratamento que entendiam ser o imprescindível para evitar a morte. Portanto, não há falar em tipicidade da conduta dos pais que, tendo levado sua filha para o hospital, mostrando que com ela se preocupavam, por convicção religiosa, não ofereceram consentimento para transfusão de sangue - pois **tal manifestação era indiferente para os médicos, que, nesse cenário, tinham o dever de salvar a vida**. Contudo, os médicos do hospital, crendo que se tratava de medida indispensável para se evitar a morte, não poderiam privar a adolescente de qualquer procedimento, mas, antes, a eles cumpria avançar no cumprimento de seu dever profissional (SÃO PAULO; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013, grifo nosso).

O referido entendimento do Superior Tribunal de Justiça, um importante detentor do poder de decisão sobre as implicações do ato escolhido pelo profissional, claramente indica que não se deve levar em consideração a falta de consentimento do paciente, quando este não consentimento implicar no resultado morte, eis que o julgador não exceceu qualquer outra circunstância. Ou seja, para a Sexta Turma do Tribunal de Justiça, em matéria criminal, o entendimento, sem exceção, é de que o dever do médico é salvar a vida. O caso concreto do citado processo envolvia uma paciente menor, filha de Testemunhas de Jeová que não consentiram o tratamento de transfusão sanguínea (fator importante que desencadeou a morte da paciente). Todavia, ante a não menção de que a premissa sobre o dever de salvar a vida estava justificando o caso concreto, conclui-se que esse entendimento se enquadra para casos médicos em geral.

O pretendido pelos genitores da adolescente é a abstenção de transfundir sangue na menor por convicções religiosas, valorando a vida digna em seu meio social, mais importante que a vida biológica. A intenção dos pais é conservar a dignidade da adolescente, proteger sua moral religiosa e sua convivência social sadia. A equipe médica optou por respeitar a vontade dos representantes legais da menor e a falta de transfusão acabou por resultar na morte da paciente. A negativa de consentimento envolvendo menor deve ser analisada com mais atenção. Por vezes, há uma imposição do responsável abusando do seu poder parental. Deve-se levar em consideração que, nos casos de crianças e adolescentes, o Poder Público, através do Ministério Público, compartilha o dever de zelo com a família, podendo, inclusive, destituir a criança do núcleo familiar. Outra observação relevante é que o menor, na maioria das vezes, não é livre para escolher sua religião, ele é inserido de forma involuntária nos cultos e nas regras. Em princípio, quando o menor atingir a maioridade poderá deliberar e escolher voluntariamente se quer seguir a crença dos pais ou experimentar outras religiões. Ou seja, o menor ainda não possui sua convicção religiosa formada, tampouco deve servir de objeto para o exercício da convicção religiosa de terceiro, mesmo que seja seu representante legal. Assim, nesses casos, o Poder Judiciário vem decidindo de forma pacífica pela retirada da guarda de forma temporária dos representantes legais do menor e autorizando a realização de procedimento capaz de salvar a vida do mesmo.

Por outro lado, há também registros de que os pais, em alguns casos, abandonam os filhos no hospital, pois creem que se tornou impuro e, portanto, não é

merecedor da convivência familiar e social com os demais pares. Essa situação provoca uma análise mais atenta aos reflexos de uma transfusão de sangue em filhos de seguidores dessas convicções religiosas. Portanto, cabe destacar a importância do acolhimento do hospital a essas pessoas, ouvindo e prestando um suporte interdisciplinar às famílias antes e após a realização do tratamento.

3.3.6 Caso da Hemodiálise de José Humberto

Outro caso brasileiro que chamou a atenção da imprensa é o de José Humberto Pires de Campos Filho, em fevereiro de 2017. José Humberto é um jovem de 22 anos que, após 5 meses realizando sessões de hemodiálise, decidiu interromper o tratamento plenamente ciente do risco de morte. Porém, sua mãe, desesperada com a escolha do filho, ingressou na Justiça de Trindade, no estado de Goiás, para impedir que o desejo de José Humberto se realizasse. José Humberto é maior de idade e foi avaliado por médicos e psicólogos os quais concluíram que o paciente não possuía qualquer tipo de distúrbio mental, bem como tinha plena capacidade de entender os desdobramentos de suas escolhas. Todavia, constatou-se o chamado Transtorno de Ajustamento devido ao sofrimento emocional causado por sua condição incurável. O juiz, então, entendeu que essa situação, possivelmente, estaria afetando suas decisões, seu tratamento, e, sob esse fundamento, concedeu a liminar em favor da mãe do paciente, interditando-o²⁰ parcial e provisoriamente. O magistrado delegou a responsabilidade para a genitora sobre a tomada de decisões com relação aos procedimentos de hemodiálise do filho, salientando, no entanto, em sua decisão que o paciente não poderia sofrer qualquer espécie de coerção física para realizar o procedimento. Na liminar, o juiz determinou, também, a submissão de José Humberto ao tratamento psicológico e assistência social.

Nota-se que o convencimento do juiz se apoiou no Transtorno de Ajustamento diagnosticado, que se trata de uma dificuldade de adaptação do agente a circunstâncias novas. Esse transtorno pode evoluir para um quadro depressivo, mas, no caso concreto, a depressão não foi diagnosticada. Deve-se, então, refletir se o quadro clínico do paciente é capaz de justificar a retirada da capacidade do

²⁰ Interdição é uma ação civil que declara que a pessoa não tem capacidade de realizar certos atos da vida civil

paciente de decidir sobre o que é melhor para si e interdita-lo, mesmo que parcialmente. Note-se que há muitos eventos que podem gerar a dificuldade de adaptação a mudanças, como a morte de um ente querido, um divórcio e, até mesmo, situações como uma promoção profissional que cause maior estresse. Todavia, não foram encontradas decisões jurisprudenciais que tenham interditado parcialmente pessoas sob essa mesma justificativa. Logo, há uma brecha para entender que houve um excesso de poder do Estado na vida privada de José Humberto, eis que não há outras situações em que o Transtorno de Ajustamento seria capaz de retirar a capacidade do agente para entender os riscos e benefícios de sua escolha, sua habilidade para deliberação sobre qual valor ele considera mais relevante diante deste conflito que também o acomete.

O paciente optou por cessar tratamentos extraordinários diante de uma doença terminal e incurável, o que configuraria a ortotanásia, uma prática já normatizada pelo código deontológico. A decisão judicial priorizou a vontade da mãe sobre a própria vontade do paciente, caracterizando uma imposição da heteronomia sobre a autonomia. O magistrado condenou José Humberto a ficar preso a um tratamento que este julgou causar mais sofrimento que a própria doença. Ou seja, nos casos em que o doente é maior e capaz para escolher não realizar alguma espécie de tratamento, nos parece que retirar esse direito através da força coercitiva do Estado configura um retrocesso à época que o Estado tinha o poder sobre a vida privada das pessoas, além de ferir o indivíduo em sua dignidade ante o não reconhecimento deste como um ser racional capaz de saber o que é bom para si e, conseqüentemente, descaracterizá-lo como um fim em si mesmo, tratando-o como meio, que é peculiaridade dos objetos.

3.4 DILEMA MORAL

Muitas vezes nos deparamos com situações que demandam decisões difíceis, dentre elas algumas apresentam sentido moral, às quais se denominam dilemas morais. Segundo Napoli, “dilema seria uma espécie particular de conflito moral” (NAPOLI, 2014, p. 201). Estes dilemas se caracterizam por haver, pelo menos, duas ações contrárias que não podem ser realizadas ao mesmo tempo, embora seja possível realizá-las separadamente. Napoli também nos ensina que “nem todo conflito é um dilema, pois o dilema se caracteriza por uma situação de difícil solução ou uma dificuldade insolúvel de evitar que a escolha por uma

alternativa de ação entre duas implique o abandono da outra” (NAPOLI, 2014, p. 202).

Porém, nem todos os pensadores aceitam a existência de dilemas morais, há duas teses importantes referentes sobre este assunto: a sentimentalista e a racionalista. A tese sentimentalista, fundamentada por Williams, Gowans, entre outros, defende a existência de dilemas morais insolúveis, apontando como evidência a culpa, o arrependimento, ou estresse sobreveniente da renúncia de uma ação como consequência da escolha da outra. Já a tese racionalista, defendida especialmente por Santo Tomás de Aquino e Kant, sustenta que dilemas morais genuínos não existem, tendo em vista que foram atitudes anteriores do agente que não puderam evitar o dilema, logo o dilema foi “criado” pelo agente em consequência de escolhas erradas do mesmo, outrossim, reconhecem que não há dilema moral, porque não há qualquer possibilidade de obrigar um indivíduo a praticar duas ações morais conflitantes concomitantemente. Vemos, então, que a teoria racionalista apresenta uma conclusão lógica, realista, enquanto a teoria sentimentalista fortalece o envolvimento emocional do agente na difícil escolha. Defende-se aqui a tese racionalista apenas para circunstâncias menos complexas, nas quais os valores morais incorporados são mais leves, ou seja, incapazes de provocar um arrependimento importante ou uma culpa intensa, como no caso de a negativa do paciente em consentir com o tratamento médico não conflitar com a vida, mas apenas com valores brandos como a estética, o mal-estar, etc. Cita-se, como exemplo, o caso em que um paciente não aceite retirar um cisto benigno, o qual não o esteja colocando em risco de morte. O prejuízo para o paciente, ante sua negativa de consentir com o tratamento proposto, é apenas um dano estético, e eventuais desconfortos que podem futuramente fazer com que o paciente mude seu entendimento e realize o procedimento. Em casos como esse é patente a supremacia da autonomia do indivíduo sobre os demais valores envolvidos, o profissional fica mais seguro para respeitar a autonomia do paciente. Todavia, quando a vida conflita com a dignidade de vida, qualquer escolha do médico (respeitar ou não a autonomia do paciente ante a negativa de submeter-se ao tratamento indicado) pode causar um pesar que vai acompanhá-lo por um considerável tempo de sua vida. Trata-se, pois, de duas situações que colocam em risco rigorosos valores morais: a vida e a dignidade de vida. Esses casos são, possivelmente, melhor explicados pela teoria sentimentalista, tendo em vista que

qualquer escolha do profissional pode ser condenável ou reprovável, não há uma opção segura. Ou seja, caso respeite a decisão do paciente (maior e capaz) de não realizar o tratamento sugerido e isso vier a lhe causar a morte, parece natural surgir para um médico o sentimento de pesar por não ter salvado uma vida quando era viável salvá-la. Por outro lado, se o médico não respeita a autonomia do paciente e age de forma a compelir o mesmo a se submeter a tratamento com que não consinta, estará lhe retirando algo tão precioso quanto a vida, que é a vida digna.

Importante lembrar que existem teses que consideram a vida mais relevante que a dignidade de vida, todavia certamente esse não é o entendimento defendido pelo indivíduo que nega sua submissão a certos modelos de tratamentos. Assim, para os pacientes que negam a submissão a tratamento médico, a violação da sua vontade é tão ou mais violenta que a morte. Araújo (2011) participa deste entendimento, quando ele declara que não respeitar a vontade do paciente é o mesmo que o condenar a viver sob o tormento de um intenso sofrimento de forma perpétua. Napoli (2014) nos recorda, em seu capítulo no *Manual de Ética*, intitulado Dilemas Morais, que Sócrates teria passado por um dilema semelhante, optando pela dignidade em detrimento da vida ao escolher ficar na cidade e ser condenado à morte em vez de fugir, abandonando suas convicções, como alguns amigos teriam proposto.

Há, porém, pensadores que chamam atenção para um eventual problema de ordem social na conjectura moral. É o caso de Velleman, professor de Filosofia na Universidade de Nova York, citado no texto de Azevedo (2014), que demonstra sua preocupação com as consequências de atribuir ao indivíduo a decisão de prosseguir vivendo ou não, o que produz uma pressão moral sobre o agente de forma que estaríamos sempre sujeitos à avaliação de nossas escolhas por terceiros. Azevedo (2014) explica que, para Velleman, seria fornecer às pessoas, como ocorria nos duelos, opções de escolhas que elas prefeririam não ter.

Pelo viés jurídico, na atualidade, a posição majoritária dos tribunais é que não é possível dispor da própria vida, nem atribuir à morte um direito subjetivo individual. Embora haja normatização que determine o respeito à autonomia do paciente, adeptos dessa corrente defendem que o direito à vida, disposto na constituição, é o direito supremo, isto é, o direito maior de todos os demais, pois, sem esse, não haveria nenhum outro. Porém, a Constituição Federal não descreve claramente a supremacia do direito à vida sobre os demais, o que dá espaço para

justificar entendimentos em sentido contrário. Destacam-se, aqui, por sua vez, as palavras de Araújo em seu artigo “Múltiplos enfoques sobre a morte e o morrer”:

Não podemos esquecer de que, quando alguém diz que quer morrer, na verdade está dizendo que quer viver de outra forma. Quando autorizamos que morra, estamos dizendo que não somos capazes de ajudá-la a viver com dignidade. O direito de morrer com dignidade não se confunde com o direito de morrer, quando a vida parece sem sentido. Morrer com dignidade é ser digno do seu tormento, e aceitar com integridade as limitações da vida (ARAÚJO, 2011, p. 153).

Certamente o profissional, além do peso moral, carrega também a influência da forte questão jurídica, pois ele pode vir a ser processado, com chance de ser condenado por qualquer uma das opções de conduta que vier a escolher (respeitar ou não respeitar a autonomia do paciente em casos de negativa de sujeição à terapia proposta). Assim, alguns profissionais decidem por ingressar antecipadamente com um pedido judicial para de transferir o fardo dessa escolha para o Estado. Estaria ele então solucionando um dilema para a responsabilização jurídica, mas não o embate ético, o qual estaria sendo apenas transferido para o Poder Judiciário julgar o mesmo dilema de respeitar ou não a vontade do paciente. Entretanto, aguardar uma decisão judicial por inúmeras vezes não é uma opção viável, ante a morosidade da justiça, restando ao profissional a escolha do caminho a seguir. Outra possibilidade de conduta a ser realizada pelo profissional é alegar a chamada objeção de consciência. Esse instituto está descrito no Código de Ética Médica (2009), inciso IX do Capítulo II, que trata dos direitos dos médicos de se recusar a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência. A objeção de consciência só pode ser utilizada quando houver mais de um médico na localidade e a demora não implique no agravamento da condição de saúde ou coloque o doente em risco de vida. Respeitados esses requisitos, deve o médico aconselhar o paciente a procurar outro profissional que possa aceitar suas condições. Por outro lado, nos casos em que envolve risco de morte em curto ou médio prazo (sem configurar situação de emergência), é extremamente arriscado alegar que a demora no tratamento não pode acarretar no agravamento da saúde do doente.

Para os casos em que o paciente se nega a se submeter imediatamente ao tratamento sob o argumento de procurar uma segunda opinião, geralmente para se certificar do correto diagnóstico e forma de tratamento, o médico deve anotar a

informação no prontuário do paciente com descrição clara de que o paciente foi devidamente informado e esclarecido sobre os riscos que haveria no caso de demora no início do tratamento, e, entretanto, optou pelo direito de obter uma segunda opinião. Após isso, é importante colher a assinatura do paciente no prontuário (em caso de prontuário eletrônico se deve elaborar uma declaração apartada), esta atitude visa a evitar uma futura responsabilidade do médico pelas eventuais consequências na demora ou abandono do tratamento.

Outra situação possível é o médico recorrer ao auxílio de familiares para convencer o paciente a realizar o tratamento, mas, nessa situação, surge o embate com o dever de sigilo do profissional quanto ao diagnóstico e identidade do paciente. O profissional só pode quebrar o sigilo médico diante de autorização escrita do paciente. Havendo a concordância do paciente com a quebra do sigilo médico, este pode chamar os familiares para dividir a responsabilidade, ou seja, mesmo neste caso, quando o profissional toma a decisão de respeitar ou não a vontade do paciente com aval da família, ele não delega a responsabilidade para esses, apenas divide a responsabilidade com eles.

Assim, constata-se que a diversidade de compreensões éticas e jurídicas sobre o tema provoca insegurança na escolha da ação do profissional, quando se depara frente à negativa do consentimento de um paciente para se submeter ao tratamento indicado, tendo em vista a vasta doutrina ética que evolui para o respeito à autonomia e dignidade da pessoa em contraponto aos entendimentos jurisprudenciais preponderantes que parecem apontar para uma possível condenação civil e criminal quando não priorizar a vida.

Ante todo o exposto, pode-se verificar a relevância da reflexão sobre o dilema moral existente entre a ação de submeter o paciente a terapias sem o seu consentimento para preservar sua vida ou a ação de respeitar a vontade do doente a fim de assegurar a sua dignidade. Ou seja, quando o doente não consente a um tratamento de saúde proposto, o profissional se depara com duas responsabilidades morais igualmente importantes, onde a reprovabilidade moral e a ilicitude do ato parecem inevitáveis em qualquer escolha.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma visão geral sobre o tema autonomia e consentimento, com ênfase nos casos em que o paciente nega consentir com tratamentos de saúde, criando um dilema para o profissional médico de difícil escolha, nota-se que a legislação em sua redação literal leva a concluir que o paciente tem direito a negar a se submeter a tratamento médico, ressalvando apenas os casos de urgência e emergência.

A autonomia do paciente elenca os mais altos postos hierárquicos da legislação em vigor. Em primeiro lugar, o Código de Ética Médica é muito claro ao determinar a exigência do consentimento do paciente para iniciar um procedimento médico. O Direito Civil inseriu a autonomia do paciente nos Direitos da Personalidade, amplamente protegidos pela inalienabilidade e indisponibilidade. A Constituição Federal elegeu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república. O Código Penal tratou o desrespeito à autonomia e liberdade do paciente como crime. Os tratados internacionais priorizaram a autonomia e a dignidade, especialmente para casos de saúde, nas normas sobre direitos humanos. Conclui-se, portanto, que, ressalvados os casos de iminente perigo de morte, o paciente com plena capacidade deve ser livre para escolher quais os procedimentos a que aceita sujeitar-se.

Viu-se que a autonomia se caracteriza pela capacidade do agente se autogovernar, ou seja, sem a interferência do Estado ou de qualquer pessoa ou entidade. Ficou claro que a autonomia tem um forte elo de ligação com a dignidade, com a liberdade e com o poder de consentir ou não ao tratamento proposto. Outrossim, que um ser é autônomo por ter habilidade de ser racional, pela sua capacidade de deliberar e escolher a conduta que julga mais adequada para si, bem como de ser responsável por suas decisões. Logo, ao desrespeitar a autonomia, estaria também desrespeitando o indivíduo como fim em si mesmo, o que é uma atitude moralmente reprovável.

Até esse ponto, as conclusões parecem uniformes. Todavia, ao adentrar nos casos concretos, em especial nos casos jurisprudenciais, percebe-se que as altas cortes de justiça entendem a vida como um bem supremo, superior a qualquer outro, maior que a dignidade, que a liberdade e que a autonomia. Ou seja, por um lado determina-se o respeito à vontade do paciente, eis que considera uma significativa agressão a intervenção médica sem o consentimento do envolvido, e por outro lado,

o Estado determina que o médico aja de forma paternalista a fim de salvar a vida do paciente sob qualquer custo. Logo, o médico, sendo cobrado pelo Estado a salvar vidas e limitado pelas normas deontológicas além das demais normas jurídicas, necessita de um caminho seguro para saber até onde o poder de um limita o poder do outro.

Há situações que são menos complexas, tais como: quando o paciente é considerado incapaz, eis que o Estado também tem o dever de tutela sobre estes através do Ministério Público. Assim, admite-se a intervenção do Estado para decidir, ou, em caso de inviabilidade de se socorrer ao poder estatal, o profissional deve empenhar esforços capazes de promover a cura ou salvar a vida. Nos casos de urgência e emergência também é justificável a intervenção imediata do profissional sem a aceitação prévia do paciente ou seu representante legal para os atos médicos.

Contudo, quando o paciente é considerado capaz e fora do risco iminente de morte, as opiniões divergem. Para alguns, os profissionais são os detentores do saber científico e devem aplicar tratamentos que julgam benéficos para a saúde do paciente a qualquer custo; para outros, a autonomia do paciente é suprema e seu consentimento é a chave para o início de qualquer tratamento ético, devendo ser respeitada independentemente das consequências.

Assim, essa não uniformidade em pareceres jurídicos e éticos desencadeia um dilema que desestabiliza o agir do profissional diante da negativa de o paciente prestar seu consentimento para a realização de tratamento de saúde. A maior parte das negativas de se sujeitar a procedimentos de saúde se dá pelo fato de o paciente julgar que o tratamento é mais penoso do que a própria doença. Assim, note-se que tal julgamento é particular e diferente para cada indivíduo, pois cada um sabe o que é bom para si e o quanto é capaz de suportar.

5 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, A. O. V. De. Múltiplos enfoques sobre a morte e o morrer. *In*: MORITIZ, R. D. (Org.). **Conflitos Bioéticos: Do Viver e do Morrer**. Brasília: CFM, 2011, p. 141–155.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Bauru: EDIPRO, 2013.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. **Declaração de Helsinque (1964)**. Disponível em:
<https://www.fcm.unicamp.br/fcm/sites/default/files/declaracao_de_helsinque.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2017.

AZEVEDO, M. A. O. Eutanásia e Suicídio Assistido. *In*: TORRES, J. C. B. (Org.). **Manual de ética: questões de ética teórica e aplicada**. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 665–687.

BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BONAMIGO, E. L. **Manual de Bioética: Teoria e Prática**. São Paulo: All Print, 2012.

BRASIL. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017a.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm>. Acesso em: 16 nov. 2017b.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 11 jan. 2002.

_____; MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Resolução nº 196, de 10 de outubro de 1996**. Diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/1996/res0196_10_10_1996.html>. Acesso em: 16 nov. 2017.

COLTRI, M.; DANTAS, E. **Comentários ao Código de Ética Médica**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1931/09 – Código de Ética Médica**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2009.

_____. **Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica (1969). Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

DADALTO, L. (Org.). **Diretivas Antecipadas de Vontade ensaios sobre o direito à autodeterminação**. Belo Horizonte: Letramento, 2013.

FERNANDES, A. C. **Direito civil. Introdução: pessoas e bens**. Caxias do Sul: EDUCS, 2012.

GOLDIM, J. R. Princípio do Respeito à Pessoa ou da Autonomia. **Bioética (UFRGS)**, 2004. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/autonomi.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

HELLER, J. Syphilis Victims in U.S. Study Went Untreated for 40 Years. **The New York Times**, Nova Iorque, 26 jul. 1972. Disponível em:

<<http://www.nytimes.com/1972/07/26/archives/syphilis-victims-in-us-study-went-untreated-for-40-years-syphilis.html>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

HONDERICH, T. (Org.). **Enciclopédia Oxford de Filosofia**. Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Barcarolla, 2010.

_____. **Crítica da razão prática**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

KÜMPEL, V. F. **Curso Professor Damásio de Jesus à Distância - v. I**. São Paulo: [s.n.], 2003.

MORA, J. F. **Dicionário de Filosofia**. 4. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

NAPOLI, R. B. Di. Dilemas morais. In: TORRES, J. C. B. (Org.). **Manual de ética: questões de ética teórica e aplicada**. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 200–221.

NODARI, P. C. **A teoria dos dois mundos e o conceito de liberdade em Kant**. Caxias do Sul: EDUCS, 2009.

OLIVEIRA, A. A. S. DE. **Bioética e direitos humanos**. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (1946)**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

SANTORO, L. De F. **Morte digna: O direito do paciente terminal**. Curitiba: Juruá, 2012.

SÃO PAULO; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus nº 268459/2013. **evista Eletrônica da Jurisprudência**, 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1293470&num_registro=201301061165&data=20141028&formato=PDF>. Acesso em: 16 nov. 2017.

SCHNEEWIND, J. **A invenção da autonomia**. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

SGRECCIA, E. **Manual de bioética I: fundamentos e ética biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG. **Código de Nuremberg (1947)**. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/nuremcod.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Paris: UNESCO, 2006.