



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARCELLA LARISSA VIEIRA GONÇALVES DE BRITO

**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ANTE A LIMITAÇÃO
DA AUTONOMIA DA VONTADE PRIVADA: A BIOÉTICA E
OS DIREITOS DO PACIENTE NO ÂMBITO DAS PRÁTICAS
MÉDICAS**

**CAMPINA GRANDE/PB
2010.2**

MARCELLA LARISSA VIEIRA GONÇALVES DE BRITO

**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ANTE A LIMITAÇÃO
DA AUTONOMIA DA VONTADE PRIVADA: A BIOÉTICA E
OS DIREITOS DO PACIENTE NO ÂMBITO DAS PRÁTICAS
MÉDICAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas – Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Marconi do Ó Catão.

**CAMPINA GRANDE/PB
2010.2**

B862d

Brito, Marcella Larissa Vieira Gonçalves de.

A Dignidade da pessoa humana ante a limitação da autonomia da vontade privada [manuscrito]: a bioética e os direitos fundamentais do paciente no âmbito das práticas médicas / Marcella Larissa Vieira Gonçalves de Brito. – 2010.

50 f.

Digitado.

Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2010.

“Orientação: Prof. Dr. Marconi do Ó Catão, Departamento de Direito”.

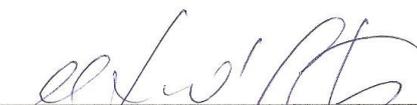
1. Direito privado 2. Bioética 3. Relação médico - paciente I. Título.

MARCELLA LARISSA VIEIRA GONÇALVES DE BRITO

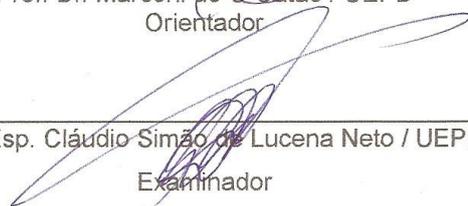
**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ANTE A LIMITAÇÃO DA
AUTONOMIA DA VONTADE PRIVADA: A BIOÉTICA E OS DIREITOS
DO PACIENTE NO ÂMBITO DAS PRÁTICAS MÉDICAS**

Aprovado em: 09 de dezembro de 2010.

BANCA EXAMINADORA:



Prof. Dr. Marconi do O. Catão / UEPB
Orientador



Prof. Esp. Cláudio Simão de Lucena Neto / UEPB
Examinador



Prof.ª Esp. Renata Maria Brasileiro Sobral / UEPB
Examinadora

Dedico este trabalho à minha mãe, Prof^a. Dr^a. Socorro Vieira, vencedora na vida, fonte inspiradora e propulsora de todos os meus sonhos e das minhas conquistas; à meu pai, meu herói e eterno defensor, exemplo de luta e vitória ante todos os percalços; aos meus irmãos, sem dúvida, a melhor caracterização das palavras “união”, “amizade” e “fraternidade”. Dedico à minha família inteira, cada membro à sua maneira, que me ensinou a percorrer, de cabeça erguida, os caminhos que me propus a seguir.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, exemplo de garra e vitoriosa perseverança, que com a mesma feliz ansiedade mantida durante os nove meses de minha gestação, comemorou cada conquista, sem deixar de demonstrar seu amor incondicional de mãe e sua fé em minhas conquistas, sequer por um segundo, ao meu lado em todos os momentos.

Ao meu pai, exemplo para minha vida, que com toda sabedoria me ensinou: “Só não tem jeito pra morte”, lema que levarei por toda minha jornada, junto às infinitas possibilidades que me ensinou a ver.

Aos meus irmãos, Marcello e Alexandre, meus pequenos grandes valentes, por todo apoio e amizade, por todas as conversas madrugadas à dentro, por cada vitória compartilhada. Amores da minha vida.

À Maria Luisa, por, desde seu nascimento, mostrar-me a importância de se lutar pela vida e me ensinar a ver beleza nos acontecimentos mais singelos. Minha pequena querida, a quem desejo um longo caminho de felicidade.

Aos meus avós, Nazareth e José Pereira, a quem posso dar a alegria de ter sua primeira neta graduada, como tanto sonharam, por todo amor, carinho e preces que me foram dedicadas. À minha avó Beatriz, por toda dedicação e por todo amor, mesmo demonstrados por muitas vezes à distância, a quem atribuo grande parte de minha personalidade.

Às minhas amigas e amigos, irmãos de alma que pude escolher, que fazem parte de meu ser, perto ou longe, cantando sempre em alto e bom som a música que o meu coração escreve quando estou em silêncio. Não saberia viver sem vocês.

Aos meus companheiros de graduação, Mariana, Dário, José Rafael, Állyson e Arsênio, os quais levarei por toda minha vida, no coração. Agradeço por cada conselho dado, por cada “carão” e toda a felicidade compartilhada durante os cinco longos e difíceis anos da graduação.

Aos meus queridos professores, Marconi Catão e Cláudio Lucena, a quem admiro profundamente, por toda paciência e dedicação empenhadas na construção do presente trabalho. Um mundo de sabedoria e meus verdadeiros anjos-da-guarda.

E principalmente à Deus, companheiro de todas as horas, guia espiritual de minha vida que, com sua mão de pai, mostrou-me os caminhos a serem seguidos, amparando-me quando necessário e soltando-a quando devia escolher, sozinha, a jornada a ser trilhada.

"O direito não é uma simples ideia, é uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança".

Ihering

RESUMO

A pesquisa apresentada teve como problemática o estudo relativo à dignidade da pessoa humana e a limitação à autonomia da vontade privada, uma vez que esses temas resultam, em determinadas situações, na limitação da vontade consciente sob a ótica da relação jurídica médico-paciente. Por dignidade humana, entendemos que esta aborda o mínimo legal que é direito de todo indivíduo para que este possa, não apenas sobreviver, mas fazer jus a sua qualidade de ser humano no seu desenvolvimento. Já a autonomia privada diz respeito à capacidade do indivíduo de manter sua independência, fazendo valer sua vontade em tudo aquilo que não contraria à legislação. Todavia, verificamos que esses princípios arraigados na estrutura jurídica pátria encontram entraves em situações peculiares que afrontam à preservação da vida do indivíduo e a disposição do seu próprio corpo, temas tratados pela bioética e pelo biodireito. Objetivou-se de maneira geral estudar quanto à problemática dignidade da pessoa e a autonomia privada e seus reflexos na bioética e no biodireito. Já de modo específico, buscou-se estudar os institutos em comento separadamente e correlacioná-los ao longo do estudo. O tema central da pesquisa gira em torno da vida e da dignidade humanas, aspectos estes de interesse de toda a sociedade, o que demonstra a relevância social do estudo. Já do ponto de vista acadêmico, esta também é importante, uma vez que o biodireito é temática moderna, com poucos estudos ainda ao seu respeito, vindo a pesquisa apresentada a colaborar ao conhecimento existente sobre este. Para o cumprimento dos objetivos explanados, utilizou-se como ferramentas metodológicas a pesquisa bibliográfica (já que buscou-se nas obras publicadas sobre o assunto as informações bases do estudo) e explicativa (uma vez que procurou-se observar os dados obtidos e aprofundar o conhecimento sobre estes). Portanto, o presente trabalho concluiu que é necessário que o biodireito se coadune com os valores sociais modernos, não sendo radical na letra da legislação que lhe é pertinente, mas fazendo valer, caso a caso, os princípios da dignidade da pessoa humana, da manutenção da vida e da autonomia, de acordo com as peculiaridades de cada situação, uma vez que cabe aos médicos e a lei perseguir o bem estar e condições dignas de vida ao cidadão.

Palavras-chave: Bioética. Biodireito. Relação médico-paciente.

ABSTRACT

The research presented had as focus the study about the human dignity and the limitation to the private autonomy, these issues results, in some situations, in the limitation of the conscious wishes from the perspective of legal relation of the doctor-patient. For human dignity, we understand this is the legal minimum that is right of every citizen so that it can not only survive, but to live his right as human of live a life with quality and promotes its development. Already the private autonomy concerns about the ability of the citizen to keep their independence, making realize his wishes in everything that is not against the law. However, we observed these principles in our legal system normally they find legal barriers in certain situations that confront the right of to save our own lives and the provision of ours own body, subjects debated by the bioethics and by the biolaw. In general, the objective was to study about the problem of human dignity and the private autonomy and its effects on bioethics and biolaw. Already, in a specific way, we tried to study these institutes apart and associate them throughout the study. The central theme of the research is about the life and human dignity, both aspects interesting for the whole society, what demonstrates the social relevance of the study developed. Already from academic point of view, this research is also important, because the biolaw is modern theme, with few studies about it, making the present research collaborate to the knowledge about this. To realize the intended goals, it was used as methodological tools the bibliographic search (because was found in the published studies about the subject the bases information of the study) and explanatory (because we tried to observe the information got and make a deeper knowledge about it). So, this study concluded is necessary to the biolaw associate with the modern social values, not being radical in the exercise of the text of the legislation, but making be real the principles of the human dignity, and the maintenance of life and autonomy, according to the peculiarities of each situation, that the doctors and the law are responsible to promote the welfare and the decent living conditions for the citizens.

Keywords: Bioethics. Biolaw. Doctor-patient relationship.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	10
1	BIOÉTICA E BIODIREITO.....	12
1.1	PERSONALIDADE JURÍDICA.....	12
1.2	BIOÉTICA E ÉTICA NA SAÚDE.....	14
1.3	BIODIREITO E AS QUESTÕES ÉTICOJURÍDICAS NO CONTEXTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	19
2	DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DA MICROBIOÉTICA.....	28
2.1	DIREITO À VIDA E AUTONOMIA.....	28
2.2	DIREITO A UMA MORTE DIGNA.....	32
3	UMA ABORDAGEM JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.....	34
3.1	O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E A BIOÉTICA.....	34
3.2	DIREITOS E DEVERES INERENTES À AUTONOMIA PRIVADA.....	36
3.3	A RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO-PACIENTE: RESPONSABILIDADE CIVIL.....	39
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
	REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

A saúde é um direito inalienável de todo cidadão, tal como está expresso na Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 1948 pela Organização das Nações Unidas. No Brasil, a lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, dita Lei Orgânica de Saúde, regula para todo o Território Nacional as ações e serviços de saúde executados pelos poderes públicos e pela iniciativa privada.

Nesse contexto, a preservação da dignidade da pessoa humana é fundamento da República Brasileira (estabelecida pelo art. 1º, III, do texto da Carta Magna), entendida como o mínimo de amparo que é dirigido ao indivíduo para que este possa, de forma digna, fazer *jus* a sua condição humana; sendo que o fundamento aludido engloba, também, a prerrogativa da saúde, uma vez que esta deve realizar suas atividades em conformidade com o mínimo de respeito à natureza humana dos cidadãos.

Um outro fator ressaltado no ordenamento jurídico brasileiro diz respeito à autonomia privada, uma vez que o cidadão pode fazer tudo aquilo que não desrespeite à lei, sendo independente, autônomo, em sua esfera particular. Todavia, aspectos como a preservação da dignidade humana e a autonomia privada esbarram em outros princípios jurídicos como, por exemplo, a manutenção da vida de pacientes terminais contrariamente a vontade destes tão somente porque não podem dispor de sua vida, face ao ordenamento jurídico pátrio. Além disso, conflitos entre a vontade do paciente, ética médica e a legislação também se refletem no caso da ilegalidade do aborto fora das exceções previstas pela norma criminal.

De modo que a Bioética e o Biodireito trazem ao mundo jurídico a problemática concernente à dignidade da pessoa humana ante a limitação à autonomia privada, tendo como foco a relação jurídica existente entre o médico e o paciente.

Portanto, o presente trabalho tem como objetivo geral estudar a problemática apresentada, de acordo com as disposições legais de nosso ordenamento a respeito do tema. Já entre seus objetivos específicos pretende-se contrapor os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada num contexto bioético ante a relação jurídica existente entre o médico e o usuário do serviço de saúde, buscando na literatura estratégias que visem apresentar uma abordagem conceitual em

relação à avaliação sobre a percepção da compreensão das maiores dificuldades enfrentadas pelos mesmos no ambiente social.

Com efeito, a limitação à disposição de sua própria vida vem a refletir imensuravelmente no âmbito privado do indivíduo, que, muitas vezes, é obrigado a suportar tratamentos médicos extremamente dolorosos ou é simplesmente cerceado em sua autonomia. Assim, em virtude da repercussão social desses aspectos, a presente pesquisa deseja aprofundar o conhecimento a respeito dessa temática, visto que academicamente os estudos sobre o Biodireito ainda são incipientes; logo, almejamos contribuir para o conhecimento a respeito das peculiaridades destacadas.

Portanto, com o intuito de cumprir suas pretensões, no primeiro capítulo falamos sobre a bioética, o biodireito, a personalidade jurídica, a ética na saúde, as questões éticojurídicas relacionadas com a dignidade da pessoa humana.

Já no capítulo subsequente, abordamos alguns aspectos relacionados à microbioética, aprofundando-se no estudo acerca do direito à vida e autonomia. Por fim, o terceiro capítulo trata da discussão principiológica da relação jurídica médico-paciente, desdobrando-se no estudo sobre o princípio da autonomia privada, analisando seus direitos e deveres, bem como destacando alguns aspectos relacionados com a responsabilidade civil médica.

A vertente metodológica utilizada na pesquisa é de natureza qualitativa, objetivando verificar situações complexas ou estritamente particulares, estabelecendo, então, uma investigação para melhor compreensão do tema. O método de abordagem é o hipotético-dedutivo, que parte do geral para o específico, sendo que para a realização do presente estudo utilizou-se como fonte de consulta as publicações de artigos científicos em Biodireito indexadas na base SCIELO-Scientific Electronic Library e fontes de livros, a partir dos seguintes descritores: biodireito, autonomia, saúde.

Por fim, esperamos que o presente trabalho monográfico tenha cumprido os objetivos a que se propôs de modo a, principalmente, acrescentar de maneira positiva ao conhecimento acadêmico-jurídico sobre a temática abordada.

1 BIOÉTICA E BIODIREITO

1.1 PERSONALIDADE JURÍDICA

O vocábulo “pessoa” é oriundo do latim, *persona*, que adaptada à linguagem teatral designava máscara. Posteriormente, o referido vocábulo passou a significar a própria atuação do ator, ou seja, *persona* se referia ao personagem representado no palco e não mais à máscara. Por fim, mais tarde, o verbete passou a indicar o próprio ator, fato que nos leva à idéia de que a sociedade seria como uma grande peça teatral em que todos nós desempenhamos papéis cujo roteiro seria as normas que regem as relações interpessoais. Por conseguinte, a idéia de pessoa é a forma mais concreta de individualização do ser humano e, portanto, facilita a defesa de seus direitos e a imposição de obrigações.

No aspecto jurídico, se buscarmos o conceito clássico de pessoa, encontraremos na doutrina a definição de que pessoa é o ser ou o ente coletivo, dotado de personalidade civil, que nada mais é do que a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações. De acordo com a legislação civil pátria, personalidade é a aptidão para ser titular de direitos e contrair obrigações, ou seja, é o atributo necessário para ser sujeito de direitos; em outras palavras, é ao adquirir a personalidade que o indivíduo passa a atuar, como sujeito de direito, praticando atos e negócios jurídicos. Realmente, o Código Civil, em seu artigo 1º, dispõe que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” Assim, diz-se que a personalidade é atributo de toda e qualquer pessoa, seja natural ou jurídica, uma vez que nem mesmo a norma civil se preocupou em fazer tal distinção. Logo, a personalidade jurídica estaria vinculada à existência do indivíduo, e não à sua consciência ou vontade, de forma que o direito civil não faz distinção entre as pessoas físicas; então, deduz-se que por mais incapacitado que seja o indivíduo, este continuará a ser pessoa e titular de direitos.

Dizemos que a personalidade jurídica da pessoa inicia-se a partir do nascimento com vida, de acordo com o artigo 2º do Código Civil vigente, portanto, partir do momento em que se inicia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, possível de ser constatada através do exame de docimásia hidrostática de Galeno,

que consiste na diferença de peso específico entre o pulmão que respirou e o que não respirou, podemos dizer que o recém-nascido adquire personalidade jurídica, tornando-se sujeito de direitos, mesmo que venha a óbito minutos depois. Esse entendimento é seguido por parcela da doutrina que entende ser o Direito Civil Positivo, adotando, neste caso, a teoria natalista, a ser esplanada mais a frente. Dessa forma, se o recém-nascido, cujo pai já tenha falecido, venha a óbito minutos depois do parto, terá adquirido todos os direitos sucessórios do seu genitor, transferindo-os para a sua mãe.

Outrossim, a resolução nº 1/88, do Conselho Nacional de Saúde, dispõe que o nascimento com vida é a: “extração ou expulsão completa do produto da concepção quando, após a separação, respire e tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida a placenta.” Como vemos, não importa que o feto tenha forma humana e viabilidade para que se conceda ao recém-nascido a qualidade de pessoa; sendo isto o que afirma Ana Cristina de Barros Monteiro na atualização do livro de Washington de Barros Monteiro, logo após a publicação da Lei 10.406 de 2002, conhecida como o Novo Código Civil

A lei civil pátria afastou as questões relativas à viabilidade e forma humana. Se a criança nasceu com vida, tornou-se sujeito de direitos, ainda que a ciência a condene à morte pela precariedade de sua conformação. Viável ou não, o infante reveste-se de personalidade. Perante o nosso Código, qualquer criatura que provenha da mulher é ente humano, sejam quais forem as anomalias e deformidades que apresente (MONTEIRO, 2003, p. 65)

No entanto, diversificam as legislações contemporâneas quanto ao termo inicial da personalidade, visto que reportam-se ao fato do nascimento, como o Código Alemão, o Português e o Italiano; já outras, porém, tomam a concepção como parâmetro, ou seja, o princípio da vida intra-uterina, como marco inicial da personalidade, sistema este adotado pelo Código Argentino. Temos também uma terceira corrente que acolhe solução eclética: se a criança nasce com vida, sua capacidade remontará à concepção, posição adotada pelo Código Francês. Enfim, a partir destes posicionamentos diz a maioria dos doutrinadores ter o Código Civil Brasileiro (CCB) adotado o primeiro, ou seja, a personalidade começa do nascimento com vida, sem, no entanto, deixar de tutelar os direitos do nascituro.

Portanto, tomando como base a concepção de que o ser humano vivo, dotado de personalidade jurídica, possui direitos e deveres ante a sociedade em que

convive, fundamentaremos os princípios basilares das questões ético-jurídicas abordadas no decurso do presente trabalho.

1.2 BIOÉTICA E ÉTICA NA SAÚDE

Nessa perspectiva, destacamos também a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que reitera os direitos humanos como sendo a expressão direta da dignidade da pessoa humana, tendo os Estados a obrigação de assegurarem o respeito que decorrem do próprio reconhecimento desse princípio, o que reflete nos direitos sociais, econômicos e culturais. Logo, a dignidade humana é o modo ético como o ser humano vê a si próprio e ama a vida, sendo isto um dos fatores de maximização de sua qualidade de vida.

A Bioética, na preocupação de promover a dignidade humana e a qualidade de vida, pode ser definida como a ciência da sobrevivência humana. Nesta Ótica, PESSINE e BARCHIFONTAINE, afirmam que a Bioética não nasceu na Igreja, mas sim nos meios de pesquisa, nos laboratórios de experimentação, onde se refletia sobre a viabilidade ética de determinados procedimentos técnico-científicos, apresentando um aspecto multipluralista em um contexto inter e multidisciplinar. Assim, em uma realidade pluralista, a Bioética significa a defesa da vida em um sentido amplo, humano, animal, ecológico e cósmico, cuidando da saúde humana, independentemente de credo, raça, ideologia e condição social, visando um futuro melhor para a humanidade. Registre-se, que desde a antiguidade existe a preocupação com as práticas biológicas associadas ao tratamento na medicina: Hipócrates (460 - 377 a.C.), já se preocupava com os aspetos éticos; sendo por conseguinte, a Bioética um neologismo derivado das palavras gregas *bios* (vida) e *ethike* (ética), forjado por Van Rensselaer Potter, biólogo e oncologista da Universidade Wiscosin, Madison, na obra *Bioethics* (Potter: 1971).

No século XX, várias situações impulsionaram a aplicação da bioética, como, por exemplo, em 1961, a criação de um aparelho para a hemodiálise, o que representava um sucesso; entretanto, a demanda superava as possibilidades de atendimento, exigindo na época a criação de um comitê para tomadas de decisões. Já em 1967, foi realizado o primeiro transplante de coração, sendo necessário

remover o coração, ainda em funcionamento, de um indivíduo com morte encefálica, o que levou a algumas reflexões, entre estas a seguinte: quando alguém pode ser considerado morto? Quem determina este momento, a ciência ou o direito? Enfim, esses e vários outros casos contribuíram para a criação e o desenvolvimento da Bioética (VALLS, 2004; SÁ e NAVES, 2009).

Segundo DINIZ (2010), a bioética pode ser vista como uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se dos problemas éticos desde o início ao fim da vida, incluindo as pesquisas em seres humanos, às formas de eutanásia, às técnicas de terapia gênica, os métodos de reprodução humana assistida, à eugênia, à clonagem de seres humanos, à escolha do tempo para nascer ou morrer, à mudança do sexo nos casos de transexualidade, às práticas laboratoriais de agentes patogênicos, como também à degradação do meio ambiente, desequilíbrio ecológico e o uso de armas químicas, sempre observando os riscos biológicos e ecológicos, avaliando os benefícios, desvantagens e perigos para o futuro da humanidade. A Bioética, então, representa um conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral com relação às práticas médicas, em particular.

A Bioética é fundamentada em quatro princípios básicos, quais sejam a *não maleficência*, a *justiça*, a *beneficência* e a *autonomia*, estando tais princípios consignados na Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental, constituída pelo governo norte-americano, no final da década de 70 e início dos anos 80, para nortear as pesquisas experimentais com seres humanos nas ciências do comportamento e na biomedicina; em suma, esses princípios são os seus parâmetros de investigações e diretrizes da Bioética (CAMARGO, 1999; DINIZ 2010). O Princípio da Autonomia, ou da Autonomia da Vontade Privada, de acordo com o Código de Ética Médica requer que o profissional de saúde respeite a vontade do paciente ou de seu representante, levando em conta seus valores morais e crenças religiosas, bem como reconhecendo o domínio do paciente sobre a própria vida e o respeito à sua intimidade, considerando o paciente capaz de exercer suas próprias vontades; sendo deste princípio que decorre a exigência do *consentimento livre e informado*, como também a maneira de como tomar decisões de substituição quando uma pessoa for incompetente ou incapaz. Já o Princípio da Beneficência baseia-se no postulado hipocrático que fundamenta-se na perspectiva de que o profissional de

saúde só pode usar o tratamento para o bem do enfermo, segundo a sua capacidade e juízo, nunca promovendo o mal ou práticas de injustiças, sempre objetivando o bem estar do paciente, evitando qualquer dano ao mesmo; com efeito, os atos da beneficência seguem duas regras: não causar dano e maximizar os benefícios e minimizando os possíveis riscos. O Princípio da Não Maleficência e o da Justiça tem caráter deontológico: o primeiro corrobora com a obrigação de não acarretar dano intencional por originar-se da máxima médica; quanto ao Princípio da Justiça, este implica que os iguais deverão ser tratados igualmente e requer a imparcialidade na distribuição de riscos e benefícios, não permitindo que ocorra a discriminação por parte dos meios de comunicação, de terceiros ou de instituições que defendam.

De acordo com ANGERAMI-CAMON et al, (1997, p. 47) vários instrumentos e recomendações buscam normatizar a pesquisa científica com seres humanos, com a intenção de evitar o sofrimento do pesquisado e preservar o seu bem-estar e saúde, assim sendo, dentre estes destacam-se os seguintes:

1. A Declaração de Nuremberg (1948) – consentimento voluntário do paciente humano é absolutamente necessário; o experimento deve ser conduzido evitando todo sofrimento e/ou injúria física ou mental; o grau de risco a ser corrido pelo paciente não deve exceder a importância do problema a ser resolvido pelo experimento.

2. O Código de Ética Médica (atualizado em 2009 e em vigor desde 13 de abril de 2010) - é vedado ao médico:

Art. 124 – Usar experimentalmente qualquer tipo de terapêutica, ainda não liberada para uso no País, sem a devida autorização dos órgão competentes e sem consentimento do paciente ou de seu responsável legal, devidamente informados da situação e das possíveis consequências.

Art. 126 – Obter vantagens pessoais, ter qualquer interesse comercial ou renunciar à sua independência profissional em relação a financiadores de pesquisa médica da qual participe.

Art. 127 – Realizar pesquisa médica em ser humano sem submeter o protocolo à aprovação e ao comportamento de comissão isenta de qualquer dependência em relação ao pesquisador.

Art. 130 - Realizar experiências com novos tratamentos clínicos ou cirúrgicos em paciente com afecção incurável ou terminal sem que haja esperança razoável de utilidade para o mesmo, não lhe impondo sofrimentos adicionais.

3. A Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde/MS:

- III. 1 - A eticidade da pesquisa implica:

- a) Consentimento livre e esclarecido dos indivíduos alvo e a proteção aos grupos vulneráveis e aos legalmente incapazes (autonomia). A pesquisa envolvendo seres humanos deverá tratá-los sempre em sua dignidade, respeitá-los em sua autonomia e defendê-los em sua vulnerabilidade;
- b) Ponderações entre riscos e benefícios, tanto atuais como potenciais, individuais ou coletivos, comprometendo-se com o máximo de benefícios e o mínimo de danos e riscos;
- c) Garantia de que danos previsíveis serão evitados (não maleficência);
- d) Relevância social da pesquisa com vantagens significativas para os sujeitos da pesquisa e minimização do ônus para os sujeitos vulneráveis, o que garante a igual consideração dos interesses envolvidos, não perdendo o sentido de sua destinação sócio humanitária.

III. 2 – Todo procedimento de qualquer natureza envolvendo o ser humano, cuja aceitação não esteja ainda consagrada na literatura científica, será considerado como pesquisa e, portanto, deverá obedecer as diretrizes da presente resolução. Os procedimentos incluem, entre outros os de natureza instrumental, ambiental, nutricional, educacional sociológica, econômica, física psíquica ou biológica, sejam eles farmacológicos, clínicos ou cirúrgicos e de finalidade preventiva, diagnóstica e terapêutica.

Portanto, baseado neste contexto, observa-se que a bioética surge como uma necessidade de proteger a vida humana diante de todas as inovações técnico-científicas na área das ciências da vida. Sobre isso, BARCHIFONTAINE (2005, p. 61) explana:

Não se trata de uma ciência construída com fórmulas éticas pré-fabricadas. Como muitos dos problemas bioéticos são novos não é raro que brote a necessidade de buscar novos valores que direcionem os trabalhos de investigação científica. Parte-se dos princípios e valores tradicionais e a partir deles, procura-se encontrar soluções novas para os problemas emergentes que trazem a biologia, a genética, a engenharia genética e outras ciências.

Como podemos observar, a bioética cotidiana é baseada na exigência de humanizar a medicina, articulando a socialização da assistência sanitária e a crescente medicalização da vida, incluindo a locação de recurso para a saúde; representando, assim, o exercício da cidadania, sendo esta compreendida como o exercício da plenitude dos direitos, como garantia física e cultural, bem como pelo

reconhecimento da situação de ator social. Sem dúvida, a realização pessoal e comunitária de cada pessoa é sempre considerada um valor acima de Estado e do Mercado; logo, o cidadão deve ser um agente de transformação social no resgate da dignidade da pessoa e da qualidade de vida. De modo que é relevante a participação pública nas tomadas de decisões através do controle social, que significa o controle sobre o Estado pelo conjunto da sociedade organizada em todos os segmentos sociais (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2005).

Para BARCHIFONTAINE (2005, p. 70) se faz necessário que instâncias representativas defendam direitos e deveres na tomada de decisões frente a alocação e gestão de recursos em saúde; sendo estas instâncias representadas pelos:

1. Conselhos (Municipal, Estadual e Nacional) de Saúde - são conquistas das mobilizações sociais e democráticas dos anos de 1980, que se consolidaram na Constituição Federal de 1988 e nas Leis 8.080/90 e 8.142/90. Constituída por conselheiros em que metade são das entidades representantes dos usuários e na outra metade além do governo, entidades representantes dos prestadores de serviço e dos profissionais de saúde. Tem como objetivo assegurar a construção de um modelo baseado nos direitos de cidadania de toda a população, intersetorial em defesa da vida e da saúde, e com acesso universal e equitativo a todos os níveis de atenção integral a saúde, da coletividade, dos grupos populacionais expostos a riscos específicos e de cada indivíduo.
2. Comissões de bioética – são formadas por vários profissionais ligados a comunidade, apresentam três funções: educativa, consultiva e normativa. Trata-se da educação nos grandes temas da bioética, da análise e discussão de casos e problemas éticos e da elaboração de normas éticas como também da implementação das já existentes.
3. Comissões de Bioética nas Instituições de Saúde – formada por diversos profissionais ligados ao hospital ou a comunidade tais como o diretor administrativo, o diretor clínico, um representante da psicologia, do serviço social, da nutrição, um jurista, um

representante de culto. Apresentam três funções: educativa, consultiva e normativa.

4. Comitê Nacional de Ética em Pesquisa – é necessário em todas as Faculdades e Universidades que realizam pesquisas com seres humanos, segundo definição da Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde/ Ministério da Saúde. Objetiva analisar a cientificidade e eticidade da pesquisa, defender o interesse do sujeito da pesquisa e os interesses do pesquisador, permitindo o consentimento livre e esclarecido, a análise dos riscos e benéficos e a não maleficência da pesquisa.

1.3 BIODIREITO E AS QUESTÕES ÉTICOJURÍDICAS NO CONTEXTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

As aplicações tecnológicas do progresso científico, provocaram o surgimento de relações sociais e jurídicas que envolve valores religiosos, culturais e políticos, interesses econômicos que se refletem nas políticas públicas; a bioética constitui fonte de referência tanto para o cientista quanto para o cidadão, relacionando as normas jurídicas, neste contexto o biodireito é entendido como um conjunto de normas jurídicas destinadas a disciplinar esta relação tornando-a legítima. (CATÃO, 2004, p.48). Em síntese, Biodireito significa um conjunto de normas esparsas que tem por objetivo regular as atividades e relações desenvolvidas pelas biociências e pelas biotecnologias, tendo a função de defender a integridade e o valor da vida humana frente aos rápidos avanços científicos e tecnológicos..

Nesse contexto, a pessoa humana e a dignidade a ela inerente, constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo esta situação prevalecerá sobre qualquer tipo de progresso científico e tecnológico; para a bioética e o biodireito, que caminham juntas com os direitos humanos, a vida deve ser vivida com dignidade. Assim sendo, as práticas das ciências da vida, que podem trazer grandes benefícios para a humanidade, também podem conter riscos potencialmente perigosos e imprevisíveis; de modo que os profissionais de saúde devem estar atentos para não

transpor os limites éticos impostos pelo respeito à pessoa humana e à sua vida. Nessa ótica, esclarece GEBLER, *apud*. DINIZ (2010, p.16) que:

O direito deve aceitar as descobertas científicas cuja utilização não se demonstre contrária à natureza do homem e de sua dignidade. O direito como a biologia parte da observação dos fatos. Devem ignorar as ciências tudo o que estiver em detrimento do homem.

Ressalte-se, ainda, que o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, assegura a inviolabilidade do direito à vida, sendo esta um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, que corresponde a formação da pessoa, devendo, por conseguinte, ser protegida contra tudo e contra todos. De acordo com Diniz (2010, p.18), desde o momento da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozóide (CC, art. 2º; Lei n. 11.105/2005, arts. 6º, III, *in fine*, 24, 25, 27, IV; e CP, arts. 124 a 128), o direito à vida integra-se a pessoa até o seu óbito, compreendendo o nascer, o continuar vivo e a subsistência, mediante trabalho honesto (CF art. 7º) ou prestação de alimentos (CF, arts. 5º, LXVII, e 229), não importando que a pessoa seja idosa (CF, art. 230), nascituro, criança, adolescente (CF, art. 227), portadora de anomalias físicas ou psíquicas (CF, arts. 203, IV, 227 §1º, II), ou mesmo que esteja em coma e que haja manutenção do estágio vital por meio de processo mecânico. Enfim, para o direito a vida em geral, prevalece sobre qualquer outro direito.

A ontogenia humana começa quando ocorre a fusão dos gametas feminino e masculino, pois neste momento os 23 cromossomos da mulher se unem aos 23 cromossomos do homem, formando uma célula: o zigoto, portador de um código genético único; logo, a fecundação é o marco do início da vida.

Considerando a questão do aborto, a Organização Mundial de Saúde entende este como a expulsão ou extração do conceito com peso menor que 500 g; já o abortamento significa o término da gestação antes da 20ª semana de duração da gravidez, contada a partir do primeiro dia da última menstruação normal, o que equivale a uma gestação com duração entre 20 semanas (140 dias) e 22 semanas completas (154 dias), inviáveis para a vida extra uterina. A Medicina Legal entende o abortamento como a perda fetal, natural ou induzida, com ou sem sua expulsão ou extração do corpo materno, em qualquer período de gestação; sendo o aborto definido como produto expulso ou retirado do organismo materno por meio do

abortamento. Contudo, na perspectiva do Direito Penal objetivo assevera Petroianu (2000, p. 261) que:

Para a justiça, aborto é o crime que se pratica pela interrupção dolosa da gravidez, com perda fetal. O elemento subjetivo do crime de aborto é o dolo, caracterizado pela intenção específica de interromper a gravidez. A efetiva interrupção da gravidez e a morte fetal são, por sua vez, os elementos objetivos que caracterizam a prática desse crime.

Em síntese, quando às suas classificações, os *abortamentos* podem ser: a) *espontâneos*, se independentes da vontade da gestante; se houver interrupção natural e não intencional da gravidez causadas por doenças surgidas no curso da gestação, tais como a sífilis, anemia profunda, cardiopatia, diabetes, nefrite crônica, entre outras, ou por defeitos estruturais do ovo, embrião ou feto; b) *acidental, ocasional ou circunstancial*, se inexistir qualquer propósito dirigido a interrupção do ciclo gravídico, provocada por emoção violenta, susto, traumatismo *etc*; c) *provocado*, interrupção deliberada da gestação pela própria gestante ou terceiros, mediante agentes externos, de ordem física, química ou mecânica, para atender a motivos terapêuticos, eugênicos, econômicos, morais, sociais, psicológicos, podendo ser de natureza criminosa ou legal. Além dessa classificação, o aborto poderá ser classificado quanto ao elemento subjetivo de sua prática em: a) *sofrido*, se ocorrer sem o consentimento da gestante, que não passará de vítima; b) *consentido*; se provocado com a anuência da gestante, implicando agravante da pena se ela for menor de 14 anos, portadora de alguma deficiência mental ou se o consentimento tiver sido obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência; c) *procurado*, se a gestante for o agente principal. Já com relação aos aspectos legais, o aborto poderá ser classificado em: a) *legal*, nos casos em que a norma legal extingue sua punibilidade, abrangendo o necessário e o sentimental; b) *criminoso*, que consiste na interrupção, vedada por lei, da vida intrauterina normal em qualquer de suas fases evolutivas; sendo que este crime poderá ser doloso, se houver intenção de interrupção da gravidez com destruição do feto ou preterdoloso, onde além da consequência do aborto, obtém-se um resultado não desejado (morte ou lesão corporal de natureza grave) provocado na gestante. Podendo ainda ser culposo, se houver a interrupção não intencional da gestação por culpa, como a negligência ou imperícia do médico, podendo resultar em uma responsabilidade civil deste, desde que o mesmo tenha

conhecimento da gravidez; pois, caso contrário, configurar-se-á o crime do art. 129, §2º, V do Código Penal (DINIZ, 2010).

Sem dúvida, nos dias atuais, a temática do aborto e a sua descriminalização são bastantes polêmicas, pois envolvem aspectos variados, como questões paradigmáticas de natureza Bioética, desafiando os princípios desta e do Biodireito. Logo, se faz necessário encontrar uma solução legal, legítima, justa e compatível com a dignidade humana; Mas, apesar da Lei proibir e impor penas severas, que na prática essas sanções são brandamente aplicadas, uma vez que há uma proliferação de clínicas clandestinas de abortamento, como também a comercialização ilegal de drogas abortivas. De modo que, criminalizado ou não, o abortamento tem sido prática comum.

Outrossim, a possibilidade do homem poder realizar transplantes é uma outra relevante temática que envolve aspectos da Bioética e do Biodireito, visto que no caso das transplantações de órgãos e tecidos *inter vivos*, a Lei nº 9.434/97, art. 9º, §§3º a 8º trata da doação presumida de órgãos e o decreto 2.268/97, arts.15, §§1º a 8º, 20º, parágrafo único, admitem a doação voluntária feita, preferencialmente, por escrito e na presença de duas testemunhas, por pessoa juridicamente capaz, especificando o órgão, o tecido ou a parte do seu próprio corpo que será retirada para efetivação de transplante; sendo que este documento deverá ser expedido em duas vias; com uma delas destinada ao Órgão do Ministério Público, em atuação do domicílio do doador, com protocolo de recebimento na outra para efetivar a doação (CATÃO, 2004, p.205).

O art. 9º da Lei 9.434/97, cumulado com a Medida Provisória nº 1.959-27, de 24 de outubro de 2000, mostra que o primeiro requisito legal para a realização do transplante entre vivos, é que o ato seja feito gratuitamente por pessoa juridicamente capaz, não sendo permitido a comercialização de órgãos e tecidos

Art. 9º – é permitido a pessoa juridicamente capaz, dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e parte do próprio corpo vivos para fins terapêuticos ou para transplantes em conjugues ou consangüíneos até o quarto grau, inclusive na forma do & 4 deste artigo, ou em qualquer pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

§ 1 (VETADO).

§ 2 (VETADO).

§ 3º só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos, ou parte do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e

corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

§ 4º O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada.

§ 5º A doação poderá ser revogada pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização.

§ 6º O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplantes de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer riscos para a saúde.

§ 7º É vedado à gestante dispor de tecido, órgãos ou parte de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer riscos para a saúde.

§ 8º O auto transplante depende apenas do consentimento do próprio indivíduo, registrado em seu prontuário médico ou, se ele for juridicamente incapaz, de um de seus pais ou responsáveis legais.

Em suma, a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo e o respectivo transplante ou enxerto, só poderão ser realizados por estabelecimentos de saúde, públicos ou privados, e por equipes previamente autorizadas pelo Ministério da Saúde. O parágrafo único do artigo 2º, dispõe que a realização dos transplantes ou enxertos somente poderá ser autorizada após efetivar, no doador, todos os testes necessários à triagem para diagnóstico de infecção e infestação, exigidas de acordo com as normas do Ministério da Saúde (SÁ e NAVES, 2009).

Com relação a possibilidade de disposição *post mortem* de tecidos, órgãos e partes do corpo humano para fins de transplante, necessariamente deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, a qual deverá ser constatada e registrada por dois médicos não integrantes das equipes de remoção e transplantes. Saliente-se que a morte encefálica é o estado em que o dano físico ao encéfalo leva ao desaparecimento das funções cerebrais, cessando irreversivelmente a consciência e a capacidade de respirar; logo, não havendo o suporte artificial, a morte do restante do organismo ocorre de imediato.

Diversos métodos são usados para confirmar a morte encefálica, como dados clínicos, eletroencefalograma isoeletrico por um período longo, arteriografia cerebral mostrando ausência de perfusão e ausência de potencial evocado; mas é necessário constatar que o paciente em coma não tenha recebido drogas depressoras do sistema nervoso e hipotermia tenha que ser afastada. Nesse contexto, é importante ressaltar que, quanto ao aspecto ético, este paciente não deve ser tratado diferentemente apenas porque ele é um doador em potencial; em

virtude disso, é uma *práxis* legal e moral que a equipe médica que cuida do doador tenha que ser distinta da equipe do transplante (PETROIANU, 2000).

Dentro do contexto do Biodireito, encontra-se a morte ocupando uma posição central na vida; mas, embora esta faça parte da vida, as pessoas de maneira geral não estão aptas psicologicamente a lidar com a mesma.

De fato, observa-se que a medicina é compromissada com a saúde, mas esta é tratada pelo legislador como algo de definição complexa, sendo infraconstitucionalmente definida na lei 8.080/90, que expõe mais detalhadamente o que seria esta "saúde", que implica em um direito ao bem-estar eco-biopsicossocial do indivíduo. *A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não consistindo apenas na ausência de doença ou de enfermidade* (Organização Mundial de Saúde, 1946). Tal orientação é justificada na prevenção e tratamento dos males; em suma, na atenuação dos sofrimentos, a polêmica gira em torno de determinadas ações que vão desde medicamentos sedativos até a prática de métodos abreviadores da vida. Neste sentido, destacamos a questão da *eutanásia*, que foi um termo criado no século XVII, pelo filósofo inglês Francis Bacon, sendo derivado do grego *eu* (boa), *thanatos* (morte), significando *boa morte*, morte piedosa ou crime caritativo ou simplesmente direito de matar. Nos dias atuais, a denominação eutanásia é utilizada como a ação médica que tem por finalidade abreviar a vida das pessoas; em outras palavras, seria a promoção do óbito, tendo como conduta uma ação ou omissão do médico, que emprega ou omite meio eficiente para produzir a morte em paciente incurável ou em estado de grave sofrimento, abreviando-lhe, então, a vida (SÁ; NAVES, 2009, p. 30).

Mas, na perspectiva da eutanásia, coube destacar que todo entendimento ético da classe médica aponta para defesa da saúde e da dignidade do ser humano, vedando atos que atentem contra a vida. O próprio Código de Ética Médica estabelece, vedando que:

Art. 2º O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício do qual deverá agir com o máximo zelo e o melhor de sua capacidade funcional.

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

No entendimento de PETROIANU (2000, p. 128) tais artigos citados são claros quanto ao compromisso médico com a vida e com a saúde, negando qualquer proposta de abreviação da vida. O art. 121 do Código Penal considera homicídio a partir do comando genérico: matar alguém; sendo que este mesmo diploma legal estava citado no §3º – a eutanásia como homicídio privilegiado, reduzindo a pena. Já no § 4º deste mesmo artigo, chega a discriminar a matéria, em sua forma passiva, com autorização de que de direito e sob diagnóstico de irreversibilidade certa do curso mortal. De modo que compreendemos que isso representa um “certo” avanço social, pois admite a necessidade da eutanásia, mas sem descuidar da prudente limitação das ações humanas aos desígnios da natureza.

Em lado oposto a *eutanásia*, que preocupa-se com a qualidade de vida humana na sua fase final, eliminando o portador da dor, encontra-se a *distanásia*, que dedica-se a prolongar a quantidade de vida humana, combatendo a morte como um grande inimigo. Próximo a eutanásia existe o suicídio assistido, que não são equivalentes, como bem esclarecem SÁ e NEVES (2009, p.28):

Na eutanásia, o médico age ou omite-se. Dessa ação ou omissão surge, diretamente a morte. No suicídio assistido a morte não depende diretamente da ação de terceiro. Ela é consequência de uma ação do próprio paciente, que pode ter sido orientado, auxiliado ou apenas observado por esse terceiro.

Enfim, tanto nas práticas da eutanásia, quanto nas de suicídio assistido, prevalece a vontade do paciente, o seu consentimento, que culmina com a morte voluntária. Mas é importante ressaltar que em todas estas discussões polêmicas e dilemas sempre deverá haver a devida observância da dignidade humana, que nas lições de MORAES (2005, p. 128) é:

[...] um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

A partir desta concepção entendemos que, os direitos fundamentais devem coexistir em harmonia com a perspectiva da dignidade humana e de acordo com a realidade da sociedade a que se aplicam. Saliente-se que a dignidade humana vem sendo tratada como um princípio axiológico dos sistemas jurídicos, cada vez mais discutido e observado pelos legisladores, uma vez que é considerado propulsor dos direitos fundamentais aos quais nos referimos anteriormente

Doutrinariamente, a dignidade humana, vem sendo explanada de duas formas: como *autonomia*, intrínseca ao ser humano e como *heteronomia*, em que é vista a atuação externa sobre ele. Na primeira forma, majoritariamente discutida em nosso sistema constitucional, são discutidos os direitos fundamentais, a liberdade e a valorização do indivíduo; já na segunda, tem-se uma forma de limitação à liberdade individual, observando-se o cerceamento imposto por conceitos sociais ou pelo risco de que determinada conduta, ao ser praticada, possa atingir a dignidade do próprio indivíduo. Com efeito, a autonomia exposta refere-se ao direito do indivíduo exercer sua própria vontade, é o direito de se autogerir, que é considerado em nossa Constituição Federal no artigo 1º, inciso III, sendo vedado interferência externa sobre suas atitudes. Entretanto, apesar de ser capaz de fazer suas próprias escolhas e de arcar com as consequências das mesmas, a autonomia é cerceada pelas metas coletivas em que o próprio princípio da dignidade humana se apóia o que ocorre, por exemplo, nos casos de intervenção na morte.

Outrossim, ao conceito de dignidade humana são incorporadas a liberdade e equidade entre os indivíduos, sendo vedada a diferenciação dos mesmos pelas suas escolhas ou por sua identidade; ademais, no plano dos Direitos Políticos, ela é considerada como igualdade no processo eleitoral, ou seja, no processo democrático, revela-se ante a possibilidade de participação nas tomadas de decisões pelo governo e em um plano geral, de participação nos debates públicos e na organização social.

Tratando-se do conceito de dignidade como heteronímia, podemos depreender que, devido ao fato de uma ação específica ser capaz de produzir impactos em toda sociedade e não somente ao próprio indivíduo, tem-se a necessidade premente da existência de uma certa limitação à autonomia para que se respeite o pluralismo em que vivemos, funcionando como um freio essencial para manutenção da ordem coletiva. Tratado teoricamente desta forma, assim como a visão de autonomia exacerbada é enxergada como pressuposto de atordoamento da

“paz social”, o cerceamento da liberdade individual imposta pelo conceito de dignidade heteronímia é intensamente discutido face às inconsistências teóricas em que se baseia, uma vez que é visto como idéia justificadora de políticas paternalistas, enfraquecedora do princípio da dignidade em sociedades democraticamente pluralistas, entre outras.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DA MICROBIOÉTICA

A Constituição Federal de 1988, no *caput* de seu artigo 5º, resguarda o direito à vida, considerando ser esta uma qualidade essencial à existência do ser humano, sendo um valor que é resguardado desde o momento da concepção, conforme preleciona o doutrinador DALLARI (1998, p. 231- 241):

Assim, independentemente de crenças religiosas ou de convicções filosóficas ou políticas, a vida é um valor ético. Na convivência necessária com outros seres humanos cada pessoa é condicionada por esse valor e pelo dever de respeitá-lo, tenha ou não consciência do mesmo.

De fato, antes de ser resguardado juridicamente, o direito à vida era apenas um mero conceito, sem formalizações legais ou garantias, havendo eventuais punições reflexas a quem o desrespeitasse. Embora o homicídio, a título de exemplificação de crime contra a vida, fosse punido em nossa legislação desde 1830 através da aplicação do diploma penal, apenas no atual texto constitucional veio protegido como direito fundamental, posto que sem vida não há que se falar em ser humano. Mas, com os constantes avanços biotecnológicos surgiram inúmeras questões discutidas atualmente, envolvendo diretamente a ética, a bioética e o biodireito, sendo em torno de tais noções que iremos, no presente trabalho abordar o confronto entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a autonomia privada dos indivíduos, uma vez que a garantia do direito à vida atenta, não obstante, à sua qualidade. Contudo, torna-se pertinente o questionamento do que viria a ser o “viver”, plenamente à luz do Direito?

2.1. DIREITO À VIDA E AUTONOMIA

Conforme destacamos anteriormente, a preservação ao direito à vida veio evoluindo em nossos diplomas legais, sendo consagrado no *caput* do artigo 5º da Carta Magna atual. Logo, exsurge a seguinte indagação: e o direito a morte digna? E o direito do indivíduo de decidir sobre prolongar sua vida ante uma morte

cl clinicamente marcada? O direito à vida cerceia, então, o direito de se autogerir? Nessa perspectiva, preleciona SZTAJN (1999, p. 152) que:

O que o preceito constitucional faz é tutelar um bem jurídico, a vida, sem alcançar a vontade de morrer e a faculdade de provocar a própria morte. A norma protege a vida contra ação de terceiros, daí porque o induzimento ao suicídio é tipificado como conduta delitual. A autonomia na escolha de entre viver ou não deve ser absoluta, resultar da manifestação livre e informada, sem interferência externa de qualquer ordem, especialmente do médico ou do Estado.

Como podemos perceber, é tutelado ao ser humano, o direito de ninguém atentar contra sua vida, uma vez que para o Direito, à mesma é inviolável, sendo dever do Estado assegurar a efetividade desde primado, já que é de sua alçada garantir condições mínimas para o desenvolvimento pleno da coletividade a qual abarca, em quaisquer circunstâncias. Nesse mesmo sentido também é o posicionamento de SZTAJN (1999, p. 152), quando afirma que:

Se a sociedade muitas vezes tem o poder de exigir determinadas posturas dos indivíduos para respeito do dito interesse social, neste caso, tal interesse fica restrito frente ao interesse individual, por se tratar de matéria a qual atinge direta e exclusivamente a pessoa e, ainda que se argumente com base na inexistência do direito de morrer, não há igualmente, o direito a obrigar uma pessoa a permanecer viva em qualquer circunstância.

Realmente, o direito à vida não deve ser compreendido como um dever, motivo pelo qual não poderia ser imposto ao usuário de um serviço de saúde a forma de tratamento a ser utilizado em sua enfermidade, onde não sendo obrigado a viver a qualquer custo, em detrimento inclusive à qualidade da sobrevivência a que está sujeito. De modo que o paciente pode exercer livremente sua autonomia da vontade, fazendo objeção a receber tratamento em caso de doença diagnosticada em estágio terminal, para não se submeter a inércia de um estado vegetativo. Neste diapasão é o núcleo do artigo 15 do Código Civil Brasileiro, quando assevera que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, o que expressa claramente o direito ao exercício da autonomia privada do indivíduo em face dos tratamentos médicos a si direcionados; além de que ao profissional da área de saúde é sempre indicado acolher a vontade do paciente (caso o indivíduo seja diagnosticado como portador de alguma doença). Ainda neste contexto o artigo 5º, da Constituição Federal, trata do princípio da

autonomia quando estabelece que ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (inciso II) e que ninguém poderá ser submetido à tortura ou a tratamento degradante (inciso III). Sendo assim, concomitantemente, os dois incisos mencionados garantem a liberdade individual do paciente, uma vez que ao mesmo não é imposto o dever de manter-se vivo.

Portanto, o princípio da autonomia da vontade privada, que será explanado especificamente no terceiro capítulo do presente trabalho, foi amplamente abordado no atual Código de Ética Médica, em vigor desde 10 de abril de 2010, a partir do que se mudou a consciência de que as decisões deviam ser tomadas apenas pelos médicos, onde atualmente são discutidas previamente com os pacientes, sendo a vontade destes o cerne das questões, prezando pelo *consentimento livre e informado*, numa verdadeira interação entre o médico e o usuário do serviço de saúde, conforme asseverado por SZTAJN (1999, p. 151/153)

Pode-se entender que a autodeterminação venha a impedir que terceiros imponham a alguém a obrigação de viver e que, portanto, exista direito à morte voluntária. Autodeterminação liga-se à capacidade e a consentimento informado com o que se passa ao plano da autonomia individual, um dos pilares da bioética atual. Aceitando que pacientes possam recusar terapêuticas, especialmente as extraordinárias e não curativas, fica mais simples aceitar-se que tenham direito à morrer, escolhendo morrer com dignidade, com menos sofrimento, morrer melhor, ou morrer a boa morte . [...] O Respeito à autonomia do paciente é princípio fundamental encontra amparo no Código de Ética Médica.

Em resumo, a Resolução publicada pelo Conselho Federal de Medicina, (nº. 1.805/2006), estabelece que:

Art. 1º. É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º. O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar (BRASIL, 2006).

Desse modo, a motivação para promulgação da Resolução supra deu-se mormente pelo antigo modelo hipocrático, já mencionado, com forte acento paternalista; além de que as Unidades de Terapia Intensiva (UTIs) e as novas tecnologias empregadas possibilitavam o adiamento da morte do paciente, sem que sequer a vontade do mesmo seja questionada. Logo, essas metodologias criadas para aferir e controlar as variáveis vitais ofereceram aos profissionais a possibilidade de adiar o momento da morte. Assim, vejamos entre outras razões, as seguintes:

[...] O poder de intervenção do médico cresceu enormemente, sem que, simultaneamente, ocorresse uma reflexão sobre o impacto dessa nova realidade na qualidade de vida dos enfermos. Seria ocioso comentar os benefícios auferidos com as novas metodologias.

[...] Se para os últimos, com freqüência, pode-se alcançar plena recuperação, para os crônicos pouco se oferece além de um sobreviver precário e, às vezes, não mais que vegetativo.

[...] Até quando avançar nos procedimentos de suporte vital? Em que momento parar e, sobretudo, guiados por que modelos de moralidade? Aprendemos muito sobre tecnologia de ponta e pouco sobre o significado ético da vida e da morte.

[...] Despreparados para a questão, passamos a praticar uma medicina que subestima o conforto do enfermo com doença incurável em fase terminal, impondo-lhe longa e sofrida agonia. Adiamos a morte às custas de insensato e prolongado sofrimento para o doente e sua família.

[...] Deixamos de cuidar da pessoa doente e nos empenhamos em tratar a doença da pessoa, desconhecendo que nossa missão primacial deve ser a busca do bem-estar físico e emocional do enfermo, já que todo ser humano sempre será uma complexa realidade biopsicossocial e espiritual.

[...] A obsessão de manter a vida biológica a qualquer custo nos conduz à obstinação diagnóstica e terapêutica.

[...] 'Distinta da eutanásia é a decisão de renunciar ao chamado excesso terapêutico, ou seja, a certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionais aos resultados que se poderiam esperar ou ainda porque demasiado gravosas para ele e para a sua família. Nestas situações, quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se em consciência renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida'.

[...] No Brasil, há muito o que fazer com relação à terminalidade da vida.

[...] Diante dessas afirmações, torna-se importante que a sociedade tome conhecimento de que certas decisões terapêuticas poderão apenas prolongar o sofrimento do ser humano até o momento de sua morte, sendo imprescindível que médicos, enfermos e familiares, que possuem diferentes interpretações e percepções morais de uma mesma situação, venham a debater sobre a terminalidade humana e sobre o processo do morrer.

[...] A atuação busca a prevenção e o alívio do sofrimento, através do reconhecimento precoce, de uma avaliação precisa e criteriosa e do tratamento da dor e de outros sintomas, sejam de natureza física, psicossocial ou espiritual (BRASIL, 2006).

2.2 DIREITO A UMA MORTE DIGNA

Diz o poeta Fernando Pessoa, em “O Guardador de Rebanhos”

*“E quando se vai morrer, lembrar-se de que o dia morre,
E que o poente é belo e é bela a noite que fica.
Assim é e assim seja”.*

O ser humano não decide acerca de seu próprio nascimento e, a partir de seu nascimento com vida, adquire direitos e obrigações, assegurados e determinados em nossa legislação, sendo o direito à vida o primeiro a ser adquirido, tutelado em atos internacionais, infra e constitucionais e legislações . Nesse contexto, temos o tão debatido Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, também tutelado por nosso ordenamento jurídico, discutido anteriormente.

No caso específico da morte com intervenção, apesar de não ser prevista em nosso ordenamento jurídico, não deixa de ser uma forma de expressão da vontade do ser humano, visto que entendemos que o paciente deve ter valorizada a sua autonomia, podendo o mesmo ou seu responsável, possibilitar o prolongamento ou não da manutenção artificial de sua vida, ou mesmo em casos extremos, de seu encurtamento. Portanto, uma vez respeitada a vontade do paciente capaz de exprimir sua vontade, é sim utilizado o princípio da dignidade da pessoa humana, onde é assegurado ao usuário do serviço de saúde (ou ao paciente) que a ele não será aplicado nenhum tratamento contra sua própria vontade, principalmente quando o caso for de pessoas em estágio de doenças terminais, aos quais normalmente são aplicados terapias dolorosas para o prolongamento da vida, não excluindo, entretanto, a objeção de consciência por parte do médico, uma vez que o mesmo não acorde com a decisão do paciente.

Enfim, compreendemos que o cerne da questão é justamente a dúvida exprimida aos pacientes em fase terminal ante ao princípio do primado à vida. A vida é, então, um fim em si? Este é o pensamento Aristotélico propagado através do tempo, formador de toda uma sociedade e seus fundamentos religiosos, inclusive. Saliente-se que apesar de extremamente difundido e defendido, com os avanços tecnológicos surgiram os meios de prolongar a vida de pacientes em tratamento

naturais e artificiais, em que por meios naturais seria possível melhorar a qualidade de vida do indivíduo ou até mesmo curá-lo, bem como através dos meios artificiais pode-se manter vivo um paciente completamente incapaz de exprimir sua própria vontade, contanto que ainda possua atividade cerebral, mesmo que se mantenha em estado vegetativo.

3 UMA ABORDAGEM JURÍDICA DA RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO -PACIENTE

3.1 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E A BIOÉTICA

Originariamente, o conceito de autonomia veio da Grécia Antiga, onde era remetido à capacidade de cada Cidade-Estado se autogerir por suas próprias leis, bem como dos cidadãos agirem e decidirem o modo que as consideravam melhor; ressaltando-se que a permissão ao pleno exercício da liberdade político-econômica era estendida apenas a esses, buscando evitar qualquer tipo de subjugação, ou seja, era intrinsecamente ligado à idéia de independência, autogoverno e, principalmente, de liberdade.

Pode-se conceber a autonomia aqui discutida, em duas espécies: a autonomia da vontade e a autonomia privada, sendo que na primeira temos uma abordagem mais subjetiva e na segunda outra real. Nesse contexto, esclarece AMARAL (2000, p. 337) que:

A autonomia privada constitui-se, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições, legisladores sobre seus próprios interesses.

Sendo assim, depreende-se que a autonomia privada, como princípio, exerce no Direito, o poder da vontade do indivíduo de forma concreta, objetiva.

Mas, ainda considerando a trajetória histórica dessa temática, a Revolução Francesa e as revoluções burguesas da Inglaterra colocaram esta classe no poder; então, uma vez conquistada a liberdade e a igualdade, como direitos fundamentais do homem, precisavam os indivíduos que lhes fossem reconhecida a liberdade de criar o seu direito, por conseguinte, a autonomia da vontade elevou-se à categoria de princípio de Direito e fonte de relações jurídicas. Todavia o que se critica nos conceitos trazidos pela visão francesa de autonomia da vontade é a limitação desta pelo que a lei assim determinasse; de fato, a vontade dos indivíduos estaria autorizada a ter força pelo ordenamento jurídico, tanto que os códigos do Século XIX

em geral traziam em sua estrutura o que se poderia entender como autonomia da vontade.

Ademais, a redução da autonomia da vontade à mera derivação do individualismo, a Grande Depressão de 1929, a ascensão dos regimes totalitários, enfim, todos estes, resultaram na dilaceração da base do Direito Civil, com relação à autonomia da vontade e ao contrato, tendo em vista que culminou com a ascensão de um Estado intervencionista no campo das relações particulares. Por conseguinte, a autonomia da vontade transmuta-se, ao menos quanto ao nome, passando a ser chamada autonomia privada, revelando um poder normativo conferido pela lei aos indivíduos, que o exerceriam nos limites e em razão desta mesma lei, representando um poder conferido pelo Estado aos indivíduos (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 119-121). Sem dúvida, a capacidade concebida ao indivíduo transforma-se em princípio fundamental, preceito essencial de nosso ordenamento jurídico, entretanto, no intuito de impedir abusos, o mesmo Estado que concede o tratado direito é obrigado a limitá-lo. (AZEVEDO *apud* RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 122).

Em conformidade com AMARAL (1999, p.338), a autonomia privada é parte integrante do quadro das fontes do Direito, tendo em vista que os particulares tem o poder de estabelecer normas morais. Com efeito, a autonomia privada é hoje princípio fundamental no plano do Direito Privado, presente no âmbito da sociedade complexa em que vivemos, na qual os avanços biotecnológicos e nas pesquisas médicas causaram uma revolução, surgindo, desta forma, questões em que o Direito por si só não pode resolver. Ressalta ainda esse autor que a autonomia da vontade privada é a capacidade jurídica que o indivíduo detentor de direitos e obrigações possui para regulamentar toda e qualquer relação jurídica em que constem como partes, através da expressão de sua vontade, reconhecendo, ainda, que ante a toda essa evolução sociológica, a autonomia da vontade privada merece uma atenção especial e a devida normatização jurídica, uma vez considerada princípio basilar do Direito, essencialmente nas questões ligadas aos avanços da medicina.

3.2 DIREITOS E DEVERES INERENTES À AUTONOMIA PRIVADA

Embasado na autonomia privada do indivíduo quanto paciente, que como parte essencial da relação jurídica médico-paciente deve ter sua vontade ouvida e respeitada, faz-se mister observar determinadas condições:

- a) O indivíduo/paciente ou seu representante legal precisam ser informados da anamnese completa acerca de sua enfermidade, ou seja do diagnóstico real, bem como da evolução e alternativas de tratamento, bem como dos riscos que os mesmos oferecem, bem como seus benefícios e efeitos colaterais;
- b) O agente de saúde, no intento de melhorar a qualidade de vida do paciente, ofertará sempre um método de tratamento em que os efeitos positivos sejam sempre superiores aos negativos;
- c) O tratamento aplicado, quando implicar em algum sofrimento, apenas será aplicado em último caso, ou seja, apenas quando for imprescindível.

É de essencial percepção que a morte faz parte da vida, sendo certeza absoluta, irrefutável, e a partir desta é necessário que o agente de saúde tenha a consciência de não prolongar a dor e o sofrimento do paciente na tentativa de mantê-lo vivo a qualquer custo, ignorando a própria vontade do mesmo. A título de ilustração a respeito do presente tema em discussão, temos a Declaração de Direitos da Pessoa Moribunda (título assim traduzido no Brasil), publicada em “The American Journal of Nursing”, em 1975:

Declaração de Direitos da Pessoa Moribunda

Eu tenho o direito de ser tratado como um ser humano até a minha morte.

Eu tenho o direito de conservar o sentimento de esperança seja qual for a variação em sua focalização.

Eu tenho o direito de ser cuidado por aqueles que podem manter um sentimento de esperança, seja qual for a mudança que possa ocorrer.

Eu tenho o direito de exprimir os meus sentimentos e emoções a respeito de minha morte próxima, à minha maneira.

Eu tenho o direito de não ser enganado.

Eu tenho o direito de ser ajudado, assim como a minha família, a aceitar a morte.

Eu tenho o direito de morrer em paz e com dignidade.

Eu tenho o direito de manter a minha personalidade e não ser julgado por minhas decisões que podem ser contrárias às crenças dos outros.

Eu tenho o direito de participar das decisões sobre a minha assistência.

Eu tenho o direito de exigir a continuada assistência médica e de enfermagem, mesmo embora as metas de 'cura' possam ser mudadas pelas metas de 'conforto'.

Eu tenho o direito de não morrer sozinho.

Eu tenho o direito de ser libertado da dor.

Eu tenho o direito de ter as minhas perguntas respondidas honestamente.

Eu tenho o direito de discutir e aumentar as minhas experiências religiosas e/ou espirituais, independente do que possam significar para os outros.

Eu tenho o direito de exigir que a inviolabilidade do meu corpo seja respeitada após a morte.

Eu tenho o direito de ser assistido por pessoas carinhosas, sensíveis e com capacidade de sentir prazer em me ajudar em face da morte.

Indiscutivelmente, com o século XX surgiram fenômenos sociais que alteraram a relação médico-paciente, tendo como exemplos a biotecnologia, a crescente especialização, o papel dos meios de comunicação, a interposição institucional, entre outros. Nessa perspectiva, nos dias atuais, fala-se que a tecnologia, com suas aparelhagens cada vez mais sofisticadas, substituiu demasiadamente o contato humano do médico com o paciente; sem dúvida o desenvolvimento tecno-científico é necessário, mas deve ser posto à disposição da saúde e bem-estar do homem, trazendo por conseqüência, melhoria na sua qualidade de vida. Saliente-se, também, que as crescentes especializações dos médicos, embora necessárias, causam afastamento "lógico" entre este e o paciente, visto que ele deixou de ser aquele profissional de confiança da família, para tornar-se o 'especialista', indicado por alguém, ou encontrado em um desses "hospitais especializados" conveniados ao plano de saúde do paciente. Além do mais, a interposição institucional, seja pública ou privada, nos moldes em que se encontra, impõe certo incômodo na relação médico-paciente. Pois o que se observa é o doente sendo tratado pelo nome da doença ou pelo número de seu CID – Código Internacional das Doenças - ou pelo apartamento ou enfermaria em que se encontra, não havendo nem mesmo tempo para que o paciente venha a conhecer seu médico, nem este de saber o nome de quem está tratando. Por fim, os meios de comunicação trazem a intimidade da vida das pessoas ao conhecimento de todos e, não raramente, veiculam campanhas contra a classe médica, podendo resultar em hostilidade para com essa categoria de profissionais, que têm suas condutas

generalizadas a partir de maus exemplos, prestando a mídia, então, um verdadeiro “desserviço social”. Enfim, todos esses fatores criam constrangimentos na relação médico-paciente, sendo, por conseguinte, necessário competência, maturidade e sensibilidade, por parte do profissional médico, objetivando reformar e redirecionar essa relação.

Feitas essas considerações, passaremos a abordar um ponto de fundamental importância; ou seja: Como deve proceder o médico diante de um diagnóstico que revele doença grave do paciente? De início cumpre salientar que o tipo de doença que se pretende discutir neste trabalho refere-se às patologias de gravidade com prognóstico reservado; tendo em vista que doenças diagnosticadas como sendo de bom prognóstico não causam grandes repercussões na vida da pessoa.

Nessa ótica, o direito à informação é constitucionalmente assegurado (CF/88, art. 5º, XIV), tendo os pacientes o direito de saber o que se passa com eles. Com efeito, a verdade é fundamental, contudo, o médico precisa saber se conduzir, no sentido de não expressar para o paciente, palavras frias e calculistas, a fim de não alarmar ainda mais uma pessoa que já se encontra fragilizada. Destarte, o médico precisa orientar-se por uma nova ética, fundada em princípios solidários e humanos, direcionados a um entendimento das dificuldades vivenciadas por alguém que está no final de sua vida.

Outrossim, diretamente relacionado com o direito à informação, encontra-se o direito ao consentimento, surgindo daí, a figura do *consentimento informado*. Portanto, este é o ponto chave da relação entre médico e paciente, ou seja, o consentimento informado é, na verdade o produto de uma equação que envolve conversa e cooperação, no intuito de priorizar as vontades e os direitos individuais do paciente. Registramos, também, que em relação a *consentimento informado*, o termo jurídico de valor semântico semelhante e mais apropriado é *autonomia privada*. Nesse sentido e sempre pertinente nessa oportunidade destacar os dispositivos previstos no Código de Ética Médica (2010), especificamente seus artigos 46 e 48, inseridos no Capítulo IV (Direitos Humanos) que proíbe o médico de

Art. 46 – Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévio do paciente ou de seu responsável legal, salvo em caso de eminente perigo de vida;

Art. 48 – Exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem-estar.

Por outro lado, é recorrente a afirmação de que muitos pacientes não desejam saber a verdade sobre sua doença, quando esta apresenta-se grave, e buscam meios de enganar a si próprios; logo, nestas situações, deve-se ter em mente que a medicina não é somente ciência, pois ela também é arte, é solidariedade, com o efeito, nas situações em que é difícil a tarefa de repasse da verdade de determinado diagnóstico ao paciente, o que importa é o *modus operandi* de como ela é apresentada, haja vista que não pode ser feita com a propensão à desestruturação emocional da pessoa, atitude que tenderia ao agravamento de suas incertezas. Nesses casos, a conversa com a família também é recomendada, visto que o paciente ao saber da verdade, precisa de apoio, estímulo e compreensão, porque a doença humilha e angustia. Nessa perspectiva, afirma o Dr. Dalgimar Bezerra de Menezes, presidente do Conselho Regional de Medicina do Ceará:

Outra dificuldade que se surpreende guarda relação com a mania numérica ou estatística, de caráter mecanicista e oriunda de uma espécie de burrice ou de compreensão imperfeita e reducionista dos fenômenos biológicos. O médico é compelido a dizer que o paciente tem três, seis meses, um ano de vida, ou que suas chances de cura são 30, 40, 50% etc. Assume o papel de juiz que sentencia e marca a data da execução, de senhor da vida e da morte. Dito de outro jeito, investe-se de atitude de certeza frente ao que é muitas vezes imperdoável. Que estejam contados os dias do paciente, como se sabe que freqüentemente sucede, não se discute. Contudo, as pedras têm de ser cantadas com muito cuidado.

Como vemos, o médico deverá buscar cautela e ponderação; sendo o caso “em concreto” que lhe dirá como agir. Então, o respeito ao paciente e à sua família – porque há situações em que, devido à evolução da doença, não há razão para causar mais desconforto ao moribundo, o que implica no conhecimento dos familiares acerca do problema – é fundamental. Ademais, o profissional de medicina não pode esquecer que muito maior que todos os avanços biotecnológicos é o ser humano, que ri, chora, sofre, tem depressão, medo e esperanças; logo, precisa de carinho, cuidado e atenção, sendo também estas, obrigações do médico, afinal, não é por acaso que sua profissão é chamada de ciência humanitária.

3.3 A RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO-PACIENTE: RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil estabelece em nosso país, via de regra, que aquele que causar dano a outrem deve ressarcir-lo por estes prejuízos, por conseguinte a responsabilidade civil do médico advém, também, desta disposição existente em nosso ordenamento jurídico. Desse modo, a tutela jurisdicional do Estado oferece sua proteção, quando provocada para aquele que submetido à tratamento médico, venha, por causa deste, a sofrer um prejuízo, seja de ordem material ou imaterial, patrimonial ou não patrimonial. Sendo assim, para a compreensão do aparato jurídico que justifique a possibilidade desta indenização, é que pode o agente de saúde ser coercitivamente, através de meios judiciais, compelido a fazê-la, há de se analisar conceituações que serão utilizadas no contexto dessa situação jurídica, estabelecida entre o médico e o paciente lesado. Os conceitos a serem analisados a seguir são os de responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva; noções de relações extra e contratuais; noções de obrigação de meio e resultado.

A *responsabilidade subjetiva*, é aquela em que tem que existir a culpa do agente causador do dano, isto é, é necessária a existência ato *lesivo por parte do agente causador*, da existência do dano, e do nexos causal conectando a conduta comissiva e o ato lesivo. No caso em apreço, a conduta culposa é caracterizada através da análise da existência ou não de dolo, ou quando inexistente, apenas qualificada como culpa em *stricto sensu*: imprudência ou negligência ou imperícia. Por *responsabilidade objetiva* temos que seja aquela em que temos como elementos o ato lesivo, o dano e o nexos causal, não se tratando do elemento “culpa”, motivo pelo qual é desnecessário analisá-la para o referido pedido indenizatório por parte do paciente lesado.

Como *relação contratual* temos a expressão da autonomia privada entre dois ou mais indivíduos, ou seja, através de convenção espontânea das partes, é regulamentado o acordo realizado entre as mesmas, passando a ter valor jurídico, ao contrário do que observamos na relação *extracontratual* em que o acordo firmado entre as partes é firmado com base no ordenamento jurídico *lato sensu*, devendo o acordo vigorar com base nos preceitos legais vigente independentemente da vontade das mesmas.

Quanto à *obrigação de meios*, temos a seguinte tela: o contratado não tem um compromisso específico; ou seja o contratante requer um serviço e o contratado tem que executá-lo de toda forma legal, obviamente, com toda perícia que detiver. Enquanto que por *obrigação de resultado* temos a responsabilidade do contratado na realização de um serviço específico, no intuito de obter um resultado previamente determinado, onde não se atingindo o resultado esperado e previamente estabelecido, analisa-se a culpa por parte do contratado. Importante lembrar que quanto às *obrigações de meio*, é de quem acusa o ônus da prova (norma geral em nossa legislação cível); outrossim, se tratando de obrigações de resultado, uma vez havendo análise da culpa, existindo presunção da mesma, há inversão do ônus da prova.

Após essas considerações, trona-se relevante esclarecer que sendo uma relação contratual que se estabelece entre médico e paciente; portanto no caso do médico não cumprir com a sua obrigação, de acordo com o art. 389 do Código Civil ("*Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos...*") ele responderá por perdas e danos, só se eximindo caso comprove – fizesse prova – e que não o fez por motivo de caso fortuito ou força maior. Entretanto todo nosso aparato jurídico, doutrinário e jurisprudencial, exige que o paciente comprove a culpa por parte do agente de saúde. Desta forma, em se tratando de um contrato específico e atípico, uma vez configurado, é gerada, também, uma culpa específica do agente de saúde, sendo esta diferenciada, uma vez que mesmo que o agente de saúde, na qualidade de contratado não cumpra seu dever corretamente, o ônus da prova é do paciente, não havendo a presunção de culpa do. Ou seja, no caso das relações médico-paciente, mesmo quando o contrato não é cumprido, é dever do paciente provar a culpa do médico, como na maior parte das relações jurídicas cíveis de nosso ordenamento.

No Direito brasileiro, a doutrina e jurisprudência estabeleciam que a atividade médica era regida pela responsabilidade subjetiva, de acordo com a doutrina civilista adotada pelo Código de 1916; neste sentido aduz o artigo 186 ("*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*"). A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto nos arts. 948, 949 e 951 do nosso Código Civil.

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu o entendimento supra no artigo 14, § 4º ("a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa"). Desta forma, depreende-se que não existem casos em que o médico seja responsabilizado civilmente de forma, mesmo nos casos de cirurgia plástica, onde temos contratada uma obrigação de resultado, quando realizada com finalidades estéticas, temos apenas uma presunção de culpa, onde caso existente, é do médico o ônus da prova. Com efeito, a partir da relação contratual estabelecida entre médico e paciente, vínculo protegido por nosso ordenamento jurídico, é desta forma, dada a análise da culpa. Em contraponto, existe a possibilidade de ser caracterizada uma relação extracontratual com o paciente em casos, por exemplo, de atendimento de emergência ou, até mesmo, em caso de atendimento a um paciente já encontrado em estado de inconsciência, quando do primeiro contato com o médico. No caso da relação contratual o contrato que se estabelece entre o médico e o paciente não encontra uma colocação definida dentro dos contratos típicos – nominados, podendo-se considerá-lo como um contrato atípico - inominado, já que seria um contrato de serviço intelectual, com características especiais, até de aleatoriedade, visto não se quantificar com precisão o seu objetivo – devido a obrigação de meios que é. Em suma, é um contrato livre, tácito quase sempre, até por que, geralmente, não é feito por escrito; concretizando-se pela simples comunhão de vontade entre as partes – médico e paciente, daí a sua informalidade, na maior parte das vezes.

Uma vez sendo uma obrigação de meios, em que o agente de saúde contratou com o indivíduo/paciente, cabe ao primeiro agir diligente e prudentemente, para que possa cumprir com destreza com a obrigação pela qual foi contratado; isto é, deve buscar a melhor saída, ou a melhor e mais avançada forma de tratamento relativo à prática médica que irá aplicar. Saliente-se, nesse contexto, que a cura não pode ser considerada como uma certeza devido à característica de imprevisibilidade do organismo humano – mormente em estado de doença, o que se reflete em limitações no exercício da medicina. Em contraposição, não podemos dizer o mesmo quando estivermos frente a um atendimento médico por ocasião de uma cirurgia plástica estética (para os casos de cirurgia plástica reparadora cabe a afirmação de caracterizar-se como uma obrigação de meios), tendo em vista o entendimento doutrinário e jurisprudencial brasileiros até o presente momento, em considerar a cirurgia plástica estética como um contrato cujo objeto é uma obrigação

de resultado, conseqüentemente caso a obrigação não seja cumprida por parte do médico, haverá presunção de culpa, uma vez que o cumprimento parcial da obrigação não é considerado como realização da mesma ante às expectativas do paciente ao contratar por seu serviço, restando assim a presunção de culpa do médico perante o contratante, podendo, entretanto, o médico refutar as implicações a que sofrer, provando em contrário as alegações a si feitas constatando o empenho de suas faculdades com destreza, perícia e prudência.

Em síntese, o médico e o paciente são, pois, sujeitos de uma relação jurídica – um contrato, que tem como seu objeto, via de regra, uma obrigação de meios; sendo que esta relação médico-paciente, em caso de necessidade de indenização, em juízo, pelo médico ao paciente, do prejuízo que este porventura venha a ter decorrente do atendimento que lhe foi prestado, é regida pelos conceitos jurídicos da responsabilidade subjetiva, fundamentada na teoria da culpa.

Ao iniciar o estudo da relação médico-paciente, ressaltamos que atualmente existe uma tendência de denominar-se o usuário do serviço de saúde como *cliente* e não como *paciente*, tendo em vista que este, nas atuais discussões bioéticas, impõe uma visão do indivíduo como objeto passível de manipulação médica e submisso a todo e quaisquer tratamentos que a si forem impostos. Desse modo, com a evolução dos serviços de saúde, a expressão *usuário* vem tomando uma postura ativa ante a percepção de seus direitos, passando a estabelecer uma verdadeira relação contratual com seu médico. Mas, muito embora a natureza jurídica da relação entre o médico e o cliente seja meramente contratual, ainda vem sendo discutido o uso do termo cliente para designação do usuário em face da extrema patrimonialização dos serviços médicos, ao menos, aparentemente, uma vez que a humanização do profissional de saúde vem sendo um tema cada vez mais abordado em debates nessa área.

No âmbito jurídico não é pertinente o entendimento de que a relação contratual é diferente das demais relações contratuais porque permeada por valores éticos, extraídos do Código de Ética Médica e expostos como metajurídicos, visto que não é apenas o contrato de prestação de serviços médicos que é permeado por valores éticos, todos os contratos tem essa característica; logo não são quaisquer valores e não são valores metajurídicos.

Sem dúvida, a relação contratual trazida à baila, como qualquer outra, é embasada nos princípios da boa-fé contratual, da justiça contratual e da autonomia privada; com efeito, os princípios são normas jurídicas e, assim como as regras, contêm valores. Ademais, os princípios atuam nos planos da justificação e da aplicação: no primeiro, os princípios auxiliam a interpretação das regras, justificando a formação e aplicação destas, sendo elementos intermediários que norteiam todo o sistema jurídico; já no plano da aplicação, os princípios assumem seu papel impositivo, sendo aplicados diretamente para a solução de um caso.

A doutrina mais moderna dos princípios afirma que não há hierarquia entre eles, sendo um conflito entre dois princípios resolvido no caso concreto, no qual se afastará a aplicação de um, em favor de outro, em virtude da situação concreta e da argumentação fornecida pelas partes. Logo, não haverá, portanto, a determinação em abstrato da posição dos princípios considerados reciprocamente, pois é o caso concreto que determinará qual será aplicado, sem, todavia, excluí-lo do ordenamento, declarando-o apenas inválido; se bem que, em outra circunstância, o princípio ora afastado pode ser o indicado, e o que teve aplicação, poderá não mais incidir. Contudo, verificamos que há um problema nessa afirmação de não haver hierarquia entre princípios, haja vista que a Constituição brasileira determina que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República (art. 1º, III). Assim, em virtude da amplitude que o conteúdo deste princípio pode alcançar em diferentes casos concretos, ele nunca deverá ser afastado; sendo, enfim, a hierarquia dos princípios é impossível para os demais princípios, mas sempre considerando a dignidade da pessoa humana como superior a todos os outros.

Outrossim, cabe questionar: uma vez considerando a relação médico-paciente como algo estritamente contratual, realmente não “coisificaria” o ser humano humana em prol do patrimônio?

Entendemos que esse pensamento é descabido, uma vez que pelo explanado infere-se que o patrimônio não prevalece uma vez que a obrigação estabelecida no contrato é regida por valores jurídicos. Além disso, o aspecto patrimonial submete-se ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, pelo qual é conformado. Então, a relação médico-paciente, mais do que patrimonial, é algo que objetiva um valor existencial, encontrando-se submetida e informada pelo princípio da dignidade.

Por fim, o vínculo contratual estabelecido pode ser de obrigações de resultado ou de meio. Na primeira situação, têm-se como exemplo as cirurgias plásticas, visto que o médico obriga-se ao resultado, que deverá ser, se não idêntico ao suscitado, pelo menos semelhante a ele. Já no segundo caso, o profissional deve empenhar-se em seu objetivo, utilizando-se de meios terapêuticos em benefício do paciente, não havendo, contudo, obrigação em obter êxito. Mas, a partir dessas considerações, deduzimos que a relação médico-paciente, muito mais que negócio jurídico, exterioriza-se como base da ciência médica, tendo como objetivos centrais o comprometimento para com a saúde, o bem-estar, a qualidade de vida, e, enfim, a preocupação com o respeito à dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo realizado, percebe-se que a saúde é prerrogativa legal constitucionalmente consagrada e deve ser realizada por meio de políticas públicas que garantam ao cidadão a preservação de sua dignidade humana.

Todavia, esse mesmo direito a uma qualidade de vida digna encontra entraves em conflitos oriundos da Bioética e do Direito, uma vez que o “viver” a vida humana envolve princípios que levam, por vezes, a cercear a vontade do indivíduo como se, por exemplo, a sua vontade pessoal fosse menos importante que a sua obrigatoriedade de observância do próprio corpo na legalidade e normatividade presente no ordenamento jurídico; estando essa problemática refletida em inúmeros problemas, tais como a eutanásia, o aborto ilegal, a perpetuação de tratamentos médicos contra a vontade do paciente, etc.

Nesse sentido, conclui-se que a postura médica não deve atentar apenas para a disposição da letra fria da lei, pois, em virtude de ser sua profissão intrinsecamente ligada à condição humana do indivíduo, é indispensável que o profissional da saúde atente para o bem-estar e a dignidade de seu paciente, valores estes tão importantes quanto sua própria vida.

Com relação ao Direito, é preciso que a legislação se coadune com os valores e realidades presentes na sociedade moderna e, principalmente, com o respeito ao indivíduo em sua esfera particular, sendo este um dos objetivos do Biodireito, ou seja, de analisar e regulamentar as situações que põem em cheque a dignidade humana, a preservação da vida, a autonomia privada da vontade do cidadão e a ética da medicina, entre outros.

Ao longo da pesquisa realizada verificou-se que a dignidade humana vai muito além do mero provimento da subsistência do indivíduo, constitui esta um mínimo legal de fatores a serem garantidos à pessoa para que aquele possa desenvolver-se, fazer valer sua cidadania e promover seu bem-estar.

Conclui-se que a autonomia da vontade diz respeito à capacidade do indivíduo de reger-se, de ser dono de sua existência, de fazer tudo aquilo que não lhe proíba a lei e utilizar de suas faculdades para o cumprimento de seus objetivos de acordo com seus valores.

Quando a autonomia da vontade de cada um é contrariada, infere-se que a pessoa também é atingida em sua dignidade humana, pois lhe é retirada a prerrogativa legal de reger sua própria existência, fator este fundamental para sua concepção de vida digna e respeito à sua esfera privada.

O Biodireito, portanto, não deve simplesmente ignorar a condição humana de cada indivíduo para aplicar-lhe a letra fria da lei, obrigando-o, por vezes, a submeter-se a situações que não condizem com a sua vontade e ferem ainda mais do que as próprias mazelas das quais é portador, em sua saúde já debilitada.

Nesse sentido, a ética médica abrange sua amplitude para abarcar novas concepções quando a relação médico-paciente confronta os institutos analisados ao longo do presente trabalho monográfico: dignidade humana e autonomia da vontade privada x ética médica e disposições legais.

Conclui-se que o conflito em destaque no cenário brasileiro coíbe o profissional da saúde, obrigando-o a, por vezes, desprezar a vontade de seu paciente, ignorar os seus anseios pelo reconhecimento de sua dignidade humana para que a lei seja cumprida.

Desdenha-se a própria existência e os anseios do existir em face do cumprimento frio de um texto legal. Parece que tal conduta, ao desprezar o próprio ser humano, obedece à lei, mas contraria o ser.

A partir do brocado *ubis societas, ibi jus* – onde está a sociedade, está o Direito; sem dúvida, este fenômeno social é o reflexo de seu povo, e na persecução do bem coletivo é necessário que a legislação vá além de seu texto, enaltecendo materialmente os valores que são concebidos pela sociedade na vida cotidiana e não apenas em seus ideais.

Assim, caso a caso, deverá ser analisado partir da bioética e do biodireito, tomando como exemplo a manutenção da vida humana que implica na autonomia da vontade e, principalmente, na dignidade humana. Entendemos, por fim, que o ser humano só faz jus e só é, de fato, cidadão em um Estado Democrático de Direito, quando lhe é possibilitado uma vida digna.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ANGERAMI - CAMON, V. A et al. **A ética em saúde**. 1ª ed. São Paulo: Pioneira Thomson, 2002.

BARCHIFONTAINE, C. P. **Bioética e início da vida**. 1ª ed. São Paulo: Idéias e Letras, 2004.

BIZATTO, José Ildfonso. **Eutanásia e responsabilidade médica**. São Paulo: Editora de Direito, 2003.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 - Novo Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02/08/2009.

_____. Ministério da Saúde, **Manual de enfermagem**. Brasília – DF, 2001.

_____. Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Coordenação Geral da Política de Recursos Humanos. **Política de recursos humanos para o SUS: balanço e perspectivas**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

CAMARGO, M. **Fundamentos de ética geral e profissional**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

CATÃO, M. Ó. **Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos de personalidade**. 1ª ed. Campina Grande: WVC editora, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Bioética e direitos humanos**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 231/241(32).

DENCKER, A. F. M. e VIA, S.C. **Pesquisa empírica em ciências humanas** (com ênfase em comunicação). São Paulo: Futura, 2001.

DINIZ, M. H. **O estado atual do biodireito**. 7ª ed. São Paulo: editora Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, Vol. I, p. 198.

FREITAS, F. P. e PINTO, I. C. **Revista Latino-Americana de Enfermagem [publicação] Escola de enfermagem de Ribeirão Preto**. Vol.13. Nº 4, Julho-Agosto, 2005, p. 548-549.

GAUDERER, E. C. **Os direitos do paciente: cidadania na saúde**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.

GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. **Resumo jurídico de direito civil, parte geral, volume 9**; São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade: o princípio da tipicidade dos direitos reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, Vol. I, p. 65.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

PESSINI, L.; BARCHIFONTAINE, C. P. **Problemas atuais de bioética**. 7ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

PETROIANU, A. **Ética, moral e deontologia médicas**. 1ª ed Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S. A., 2000.

SÁ, M. F. F.; NAVES, B. T. O. **Manual do biodireito**. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio (Coords). **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro:Renovar, 2006.

SEGRE, M. **A questão ética e a saúde humana**. 1ª ed. São Paulo: Editora Atheneu, 2006.

TOBAR, F. **Como fazer tese em saúde pública**: Conselhos e idéias para formular projetos e redigir tess e informes de pesquisa. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2001.

UNITED STATES OF AMERICA. House of Representatives, 4449. **The Paciente Self-Determination Act of 1990**. Washington, U.S. 101st Congress, 2d Session, 1990: 1-9.

VALLS, A. L. M. **Da ética à bioética**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SZTAJN, Rachel. **Autonomia privada e direito de morrer: eutanásia e suicídio assistido**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.