

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO

VICTOR DE CILLO ALEXANDRE

**BIODIREITO, BIOÉTICA E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA
VONTADE: UMA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE SEUS CONCEITOS
BASILARES**

SÃO PAULO

2022

VICTOR DE CILLO ALEXANDRE

**BIOÉTICA E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE: UMA
ANÁLISE JURÍDICA SOBRE SEUS CONCEITOS BASILARES**

Trabalho apresentado a Universidade
Presbiteriana Mackenzie, Campus
Higienópolis, como requisito para obtenção do
título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra. Renata da Rocha

SÃO PAULO

2022

VICTOR DE CILLO ALEXANDRE

**BIODIREITO, BIOÉTICA E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA
VONTADE: UMA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE SEUS CONCEITOS
BASILARES**

Trabalho apresentado a Universidade Presbiteriana
Mackenzie, Campus Higienópolis, como requisito
para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em: __ de _____ de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dra. Renata da Rocha

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof^ª. Dra. Márcia Cristiana de Souza Alvim

Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Prof^ª. Dra. Thamara Duarte Cunha Medeiros

Universidade Presbiteriana Mackenzie.

AGRADECIMENTOS

Com toda certeza estes parágrafos não irão atingir todas as pessoas que fizeram parte dessa importante fase da minha vida. Portanto, este agradecimento se estende a todos que participaram desta trajetória, por mais que esporadicamente, ou até mesmo unicamente e de forma suscinta, porém, podem estar certas de que fazem parte do meu pensamento e de minha gratidão.

Agradeço a minha orientadora Prof.^a Dra. Renata da Rocha, pela sabedoria com que me guiou nesta trajetória árdua, maravilhosa e de grande conhecimento.

Aos meus colegas das diversas salas em que passei.

Ao meu querido amigo e irmão, Lucas Elias Caseiro, que sempre esteve presente nos melhores e piores momentos da faculdade e da vida.

Gostaria de deixar registrado, também, o meu reconhecimento à minha família que sem seu apoio incondicional nunca teria chegado aonde cheguei ou almejar algo no futuro, sempre buscando a evolução.

Enfim, a todos os que por algum motivo contribuíram para a realização deste projeto.

Dedico especial este trabalho ao meu querido avô, pai e mãe, Celso de Cillo, Marcio Alexandre e Paula de Cillo Alexandre, respectivamente, na construção de meu caráter e força para o crescimento pessoal e intelectual.

Agradeço a minha irmã gêmea, Fernanda de Cillo Alexandre, que aguentou os tempos de surto ao final desta graduação.

BIOÉTICA E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE: UMA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE SEUS CONCEITOS BASILARES:

Victor de Cillo Alexandre*

Resumo

O Biodireito provém do campo do Direito Público, que faz paralelo direto com a Bioética, desde suas relações jurídicas até a forma interdisciplinar em que ambas tem grande influência. A Bioética possui diversos princípios e conceitos históricos que, ao longo dos anos, passaram por diversas modificações, sendo elas culturais, conceituais e até mesmo religiosas. O princípio que gera uma das maiores discussões é o Princípio da Autonomia da Vontade, ratificada pelos conflitos internos da legislação brasileira e suas singulares curiosidades e características, devendo ser compreendido por diversas visões e por várias vertentes de estudo. As influências externas são de grande importância para compreensão de como a relação médico-paciente, apesar de a princípio não parecer conflituosa, tende a seguir diversos rumos.

Palavras-chave: Bioética; Biodireito; Autonomia; Princípio; Legislação

Abstract

Biowlaw comes from the field of Public Law, which has a direct parallel with Bioethics, from its legal relations to the interdisciplinary way in which both have great influence. Bioethics has several historical principles and concepts that, over the years, have undergone several modifications, cultural, conceptual, and even religious. The principle that generates one of the biggest discussions is the Principle of the Autonomy of the Will, ratified by the internal conflicts of the Brazilian legislation and its singular curiosities and characteristics, and it must be understood by several visions and study strands. The external influences are of great importance to understand how the doctor-patient relationship, despite not seeming conflictive at first, tends to follow several paths.

Keywords: Bioethics; Biowlaw; Autonomy; Principle; Legislation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Bioética e princípios. 2.1 Princípio da Beneficência. 2.2 Princípio da Não-Maleficência 2.3 Princípio da Justiça 2.4 Princípio da Autonomia da Vontade 3. Autonomia como direito do paciente. 3.1 Autonomia e Medicina Paternalista 3.2 Autonomia x Vulnerabilidade 3.3 Autonomia x Capacidade Jurídica 4. Testemunhas de Jeová e o Princípio da Autonomia Privada 5. Direito do Paciente de se Autodeterminar 6. Da Responsabilidade Civil do Médico 7. Conclusão 8. Referências.

* Graduando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, com orientação da Prof.^a Dra. Renata da Rocha; victordecillo@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a relação entre paciente e médico tem ocasionado diversas reflexões no mundo do biodireito e bioética, principalmente quando envolvemos elementos principiológicos sobre autonomia da vontade e seu poder de decisão.

O objeto de estudo é pautado por conceitos basilares jurídicos implementados na prática médica e suas influências, desde o juramento hipocrático até ao conflito autônomo do paciente, sua capacidade de decisão e sobre o poder de representação em casos que há uma barreira para exprimir vontade.

Há diversas incertezas norteadas principalmente à transfusão de sangue, quais os tratamentos alternativos para evitar o conflito normativo e como pode ser resguardado juridicamente dentro da Constituição Federal, Código Civil e legislações vigentes que prezam pela vontade e autodeterminação.

Diversos são os questionamentos que pairam sobre os profissionais médicos, devendo se atentar em qual grau de intromissão é possível para sustentar o conceito da medicina paternalista.

O dever do Estado no âmbito jurídico é importante para dar prosseguimento à prática médica, principalmente nas questões insurgentes dos princípios bioéticos.

Neste ramo, a bioética procura ratificar o quão importante é a autonomia do paciente, independente da capacidade que o mesmo possuir. Desta forma, o biodireito relaciona situações cotidianas que envolvem a vida humana, principalmente na sua existência, desta forma seus conceitos são mais flexíveis à prática.

O biodireito é um compromisso com o equilíbrio e preservação da relação dos seres humanos e o ecossistema da própria vida, um estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, devendo ser examinada à luz dos valores e princípios morais.

O ramo do Direito Público abrange o biodireito e se associa à bioética, com estudos das relações jurídicas e a evolução tecnológica conectados à medicina e a biotecnologia. Certas peculiaridades são relacionadas principalmente ao corpo, dignidade humana e poder de decisão.

O biodireito, de modo geral, preocupa-se com situações existenciais e, desta forma, toda sua tecnologia jurídica deve ser aplicada observando prioritariamente suas peculiaridades.

O termo “biodireito” começa a surgir no século XX, em meados da década de 1970, porém, sua preocupação com a ética moderna é anterior a este período.

Cabe ressaltar que o presente artigo procura trazer os conceitos basilares desta relação jurídica do médico com o paciente e quais as formas para tentar solucionar problemas práticos que possam gerar diversas discussões futuramente.

2 BIOÉTICA E PRINCÍPIOS

A Bioética teve papel fundamental na transformação direta, tanto da medicina como no meio jurídico, intitulado no nosso dicionário como “Estudo sistemático da conduta humana na esfera das ciências da vida e da saúde, considerando-se tal conduta à luz de valores e princípios morais, ainda que os temas bioéticos sejam, por definição, irreduzíveis a um consenso moral (...)”.

Destarte, os conceitos jurídicos não estão devidamente atrelados ao disposto integral em um dicionário comum de língua portuguesa, devendo ser visto como uma disponibilidade moral, consciente e totalmente independente do que se segue normativamente. Impossível determinar algo tão singular à bioética pois seus conceitos estão intrinsecamente submetidos aos vários casos práticos.

As diferentes abordagens vivenciadas no mundo empírico da bioética ratificam ainda mais a necessidade de evitar o contexto geral a ser abordado, devendo explorar assiduamente as nuances e saber equacionar e distinguir o que deve ser aplicado, na maioria das vezes, utilizando métodos qualitativos e quantitativos em tal ocasião. Por esta razão, os níveis do discurso moral, partindo de uma problemática, tem por objeto atingir um consenso plausível para solucionar determinado conflito normativo, social e, principalmente, ético.

Com o passar dos anos, além de sua inerente contribuição, é impossível não mencionar Tom Beauchamp e James Childress, marcadores temporais do ato inicial e de supremacia aos princípios basilares que conhecemos na bioética, principalmente no livro “*Principles of Bioethics*”.

A análise teórica desenvolvida é determinante para o conhecimento e introdução da matéria, devendo atentar-se aos parâmetros ratificados como preceito moral e regulador, não necessariamente impositivo, mas sim como um caminho a ser atrelado ao sucesso dos diversos questionamentos práticos constantes no dia a dia de quem vivencia o direito médico ou está em constante contato com a área da saúde.

2.1 PRINCÍPIO DA BENEFICÊNCIA

Este princípio, diferentemente dos próximos a seguir, refere-se diretamente aos profissionais da saúde com o devido ato de atingir o benefício máximo ao assistido, a

obrigação moral e prover os interesses necessários, legítimos e importantes para assegurar, antes de qualquer outra tomada de decisão, o bem-estar.

Desta forma, este princípio pode se fazer referência a Hipócrates¹, ilustre ator da explosão grega nos primórdios do conhecimento médico, principalmente com a “Escola de Cós”, conceito em que podemos interpretar como o foco do cuidador no enfermo e não na doença em que deveria ser enfrentada.

Como já anteriormente dito, Tom Beauchamp e James Childress em seu livro “*Principles of Bioethics*”, replicada em diversas obras, configuram este princípio como “ (...) uma ação feita em benefício alheio que obedece o dever moral de agir em benefício dos outros”

Juntamente com esta visão sobre a necessidade de acolher e assistir as vontades, devemos destacar a importância deste conceito base para discorrer sobre os demais princípios vinculantes.

2.2 PRINCÍPIO DA NÃO-MALEFICÊNCIA

Diferentemente do abordado acima, o Princípio da Não-Maleficência aborda a necessidade de evitar o erro intencional, procurando atingir a elevada prática desenvolvida anteriormente com a teoria, inobstante sua preocupação não só diretamente com o assistido, mas sim com o conteúdo inerente à profissão, suas qualificações e obrigações.

Desenvolver a prática demanda diretamente de conhecimento e árduo esforço, conceito que provém da máxima premissa que ratifica o julgamento hipocrático de “*Primum non nocere*”, ou seja, não fazer mal, neste caso, ao paciente.

Também, de forma necessária, cabe ressaltar que este princípio busca a ideia de não causar dano intencionalmente e, se levado de forma mais impositiva, não causar dano algum.

Os Princípios da Beneficência e Não-Maleficência buscam atingir o máximo resguardo ao paciente, ambos sendo complementares já que a necessidade de atingir o benefício máximo é relativamente similar ao de não causar nenhum dano.

No próprio Juramento de Hipócrates, logo em seu início podemos retratar os princípios acima notados como fundamentais para o prosseguimento dos atos médicos nos diversos procedimentos, aconselhamentos e tratamentos: “Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém.”

¹ Hipócrates (460 a.c. – 377 a.c.) era médico, conhecido por muitos como o “pai da medicina”.

2.3 PRINCÍPIO DA JUSTIÇA

Ao que demonstra a necessidade dos princípios acima explorados, deve ser feita a inclusão, não apenas da moral reservada ao médico ou paciente, mas também sobre valores e conceitos externos à prática.

O Princípio da Justiça transmite à isonomia de tratamento aos pacientes e sua equidade, utilizar das ferramentas dispostas para quaisquer situações sem distinção por qualquer motivo ao paciente, trazendo a moral como filtro para o devidamente aceito e adequado, sem que os aspectos culturais, religiosos, sociais ou qualquer forma indefiram tal tratamento.

A imparcialidade é um dos aspectos mais necessários para este princípio ser seguido, tendo total assistência governamental, distribuição de verba, tratamento adequado e todos os aspectos inerentes que possibilitem o acesso e a eficácia a toda população.

A União, em seu âmbito federal, trava uma batalha jurídica em diversos tribunais acerca do princípio da reserva do possível, utilizado como justificativa a estrapolação do teto orçamentário em certos medicamentos, tratamentos e outras formas de proteção à saúde.

Tal justificativa, por diversas vezes, mostra como a proteção aos direitos fundamentais, principalmente à saúde, não é resguardado na prática pela nossa Carta Magna.

Incumbe ao Poder Público prestar os serviços adequadamente, com isonomia, qualidade e, como dito anteriormente, para o maior número de pessoas dentro de seu território. Por isso, a União, estados e Distrito Federal consolidam o fundamento de que se deve escolher quais assistidos serão beneficiados aos tratamentos e custeios considerados mais necessários.

Um dos maiores problemas da Constituição é a forma de segurança dos direitos fundamentais, principalmente em tempos de crise que abrange não somente a saúde, como também, a segurança pública, educação e tantos outros direitos assegurados.

Em um mundo utópico, caso todos os direitos fundamentais fossem respeitados, quaisquer conflitos normativos não existiriam, trazendo a maior segurança e estabilidade jurídica, porém, como percebemos, estes conflitos abrangem diversas questões, não apenas a saúde, mas a todos os direitos intrínsecos ao ser humano.

2.4 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

O Princípio da Autonomia da Vontade tem como objetivo, através da capacidade jurídica do indivíduo, praticar os atos da vida civil e assumir obrigações de acordo com sua

vontade. Historicamente, podemos incidir a vinculação deste ideal aos princípios iluministas que surgiram no século VIII, sendo seu foco o indivíduo.

Este conceito, no âmbito bioético, engloba a liberdade autônoma de escolher, determinar e decidir qual o melhor tratamento pode ser adotado para si, independentemente de conhecimento técnico.

Cabe ressaltar o paralelo complementar entre o Princípio da Autonomia da Vontade e o Princípio do Consentimento Informado, sendo este direito intrínseco ao paciente para participar de qualquer tomada de decisão acerca do tratamento que possa infligir sua integridade mental e física.

Em suma, o Princípio da Autonomia da Vontade adota uma singularidade que abre para novas discussões, inclusive posicionais, sobre as interpretações da influência e autonomia do paciente. Por outra via, é dever do médico advertir dos prós e contras de tal decisão.

Podemos fazer um paralelo com o Código de Defesa do Consumidor na disposição da informação clara e suas especificações:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem

Categoricamente, por ser um princípio basilar, sua forma de visão é estrita ao paciente e sua grande influência na forma e tratamento das decisões médicas, o que gera uma grande discussão entre a visão da medicina paternalista e a força de decisão pessoal à uma totalmente técnica.

Essas influências são geradas por um fator externo, seja ele cultural, social ou familiar que possibilitam esta grande reflexão sobre qual o limiar da intervenção externa que, naturalmente, o ser humano tende a confiar sem questionar.

3 AUTONOMIA COMO DIREITO DO PACIENTE

Autonomia é um ato unilateral de expressar vontade e, com diversas influências culturais, religiosas e intelectuais está constantemente relacionada ao ápice da liberdade:

“Autonomia: Direito ao livre-arbítrio, à tomada de decisões por vontade própria, que faz com que alguém esteja apto para tomar suas próprias decisões de maneira consciente; independência, liberdade..”

Kant² já ratificava quase 300 anos atrás que a autonomia era uma opção do ser humano para se autogovernar de acordo com seus padrões de conduta moral, não havendo qualquer influência dos aspectos exteriores.

Podemos determinar que o livre-arbítrio nestes casos são compreendidos como similares à autonomia:

“Livre-arbítrio: Oportunidade ou possibilidade de tomar decisões por vontade própria, seguindo o próprio discernimento e não se pautando numa razão, motivo ou causa, estabelecida: a fé não impõe regras, mas confia no livre-arbítrio de cada cristão.

Ora, com o passar do tempo há de se compreender que o mundo enfrentou por anos caracterizada restrição da autonomia, do direito intrínseco ao pensamento e ação. Não há como se esquecer dos tempos mais sombrios que o Brasil passou na Ditadura Militar.

Em conceitos jurídicos, a autonomia sempre estará presente nos braços mais conhecidos, dentre eles o direito civil, penal, internacional, direitos humanos e também empresarial. Claro, os debates estão em graus diferentes de tratamento mas são transformados conforme os questionamentos raiarem por qualquer afronta à liberdade (física ou mental), havendo uma proteção de legisladores, doutrinadores ou até mesmo de seus governantes/políticos (e vice-versa).

A Constituição da República deixa claro como a autonomia é uma característica forte e uma forma de rebater seus anos anteriores de repressão e afronta à liberdade de locomoção, forma que em certos trechos escritos destacam este ideal.

E há limite de autonomia? Esta pergunta paira pelo ar e sempre entrará em discussão pois é sabido que o direito individual, na grande maioria, não sobrepõe o coletivo. Podemos fortemente relacionar este limiar à fase da pandemia da COVID-19, em que há uma guerra invisível entre a vacinação/proteção coletiva da liberdade de escolha de uma minoria.

Porém, não há como falarmos em humanização se não houver direitos aos pacientes. Como destacado anteriormente, o paciente deve ter capacidade intencional para agir, devendo ter razão, entendimento e deliberação para uma decisão coerente.

Sobre autonomia e direitos fundamentais, não há como não discorrer sobre a Constituição Federal e as garantias fundamentais protelatórias. No próprio preâmbulo é assegurado o livre exercício de direitos fundamentais, sociais e individuais, destes como a

² Immanuel Kant (22 de abril de 1724 – 12 de fevereiro de 1804) foi um grande filósofo na era moderna pautado pela filosofia moral e epistemológica.

segurança, liberdade, bem-estar, justiça, igualdade e o desenvolvimento, valores incontestáveis no âmbito brasileiro.

Os Princípios Fundamentais, principalmente relacionado à dignidade da pessoa humana, são pontos considerados como pátrios na Carta Magna e asseguram os direitos individuais e coletivos. Destarte, importante ressaltar o artigo 5º e os seguintes incisos:

II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; III - Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; VI - É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias

Portanto, a legislação brasileira procurou trazer o resguardo aos direitos individuais, principalmente acerca da autonomia do indivíduo, que causam os conflitos bioéticos entre este instituto e a medicina paternalista.

3.1 AUTONOMIA E A MEDICINA PATERNALISTA

Ao longo dos anos, o reconhecimento dos direitos fundamentais e humanos foram se elevando, de forma orgânica, valorizando muito mais a vida dos indivíduos independentemente de cunhos religiosos, culturais, educacionais, entre outros. Assim como estes direitos foram evoluindo, os direitos dos pacientes também andaram paralelamente em constante crescimento.

Nos dias de hoje não há mais a imposição médica para os tratamentos e soluções e sim o respeito a autonomia privada, na maioria das vezes, para opinar e exercer o direito de questionar, compreender, discordar, exigir e, principalmente, de recusar qualquer tipo de intervenção.

Ao final de um prognóstico, a relação médico-paciente, como anteriormente informado, gera uma decisão dividida entre os profissionais da saúde que transmitem o conhecimento e ratificam sua decisão contra uma ignorância (em termos técnicos), travando uma batalha frustrante aos princípios paternalistas.

A medicina paternalista remete a uma quebra da autonomia da vontade já que seus conceitos perpetuam a intromissão de um terceiro, neste caso o médico, que é capaz de tomar decisões pelo conhecimento técnico e por seu juramento hipocrático.

O mais interessante neste tema é a junção de conhecimento técnico jurídico sobre a bioética, já que a medicina paternalista poderia ser uma ação do princípio da beneficência em desrespeito ao princípio da autonomia do paciente.

Desde os primórdios das escolas de medicina, o paternalismo e suas difusões teóricas formam estudantes pré-dispostos a seguirem a vertente da precaução e resguardo, mesmo que sem consciência.

No entanto, há uma discrepância muito grande referente a teoria e a prática. Na maioria das ocasiões há a necessidade de remediar certas atitudes insuficientes que, da relação médico-paciente, dão resultado a uma parte vulnerável e outra que, por estar numa posição de técnica, ratifica uma opinião que resulta em atitudes que não são de total vontade do enfermo ou familiar em questão.

3.2 AUTONOMIA X VULNERABILIDADE

Vulnerabilidade, termo que pode ser compreendido de algumas formas, sejam elas com enfoque ao paciente (em seus diversos graus e doenças), seu familiar que se sente vulnerável em certas ocasiões ou, até mesmo o médico que não consegue dar um caminho mais plausível e opcional ao enfermo.

A vulnerabilidade provém do latim *vulnerabilis*, que significa “algo que cause lesão”. Portanto, não podemos relacionar ao grau de vulnerabilidade apenas ao físico mas também ao mental.

Há um certo grau de oposição quando falamos destes dois conceitos, principalmente pela forma que inconscientemente o estado em que o paciente se encontra denota de uma posição vulnerável.

Os conceitos bioéticos provém de uma análise e possível endireitamento para as ações práticas ocorridas e os conflitos normativos/jurídicos de pessoas fragilizadas, neste instituto, que resultam a ação ética no âmbito da saúde.

No ano de 2005, a Conferência Geral da UNESCO adotou a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, fato tido como marco inicial na história em que os Estados membros se comprometeram, além da comunidade internacional, a zelar pela aplicabilidade de princípios basilares da bioética em um único texto.

Após este marco temporal, em seu artigo 8º, podemos notar o respeito pela vulnerabilidade humana e integridade pessoal:

“A vulnerabilidade humana deve ser levada em consideração na aplicação e no avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e de tecnologias associadas. Indivíduos e grupos de vulnerabilidade específica devem ser protegidos e a integridade individual de cada um deve ser respeitada.”

Portanto, a vulnerabilidade humana deve ser ponto crucial no acompanhamento conforme a medicina caminha em constante evolução, adotando uma proteção e, principalmente, resguardando a autonomia da vontade de cada indivíduo.

Também, podemos incidir a vulnerabilidade de forma característica ao indivíduo ou um grupo de pessoas. A defesa da liberdade ética é a chave para que pessoas vulneráveis, considerados como parte “fraca” de uma relação médico/paciente estejam cobertas dessa proteção, independentemente do seguimento médico ao juramento hipocrático.

Cabe ressaltar o Conselho de Organizações Internacionais de Ciências Médicas (CIOMS) que definem certos indivíduos indefesos como: “aqueles com capacidade ou liberdade diminuída para consentir ou abster-se de consentir.”.

3.3 AUTONOMIA X CAPACIDADE JURÍDICA

Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, texto basilar do art. 1º do Código Civil, lembrando que todos possuem direitos mas nem todos possuem deveres.

No Direito Civil, presume-se que todos os indivíduos de uma coletividade são capazes para determinados atos, e que alguns atos civis têm impedimento de execução, firmados na incapacidade absoluta ou relativa desses mesmos indivíduos.

Sobre a incapacidade absoluta, podemos compreender que há a proibição do exercício de direito sem representação legal; o que resulta em nulidade de ato praticado. São absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos.

No art. 4º do Código Civil podemos observar que alguns atos podem ser praticados diretamente pela pessoa; para outros, há necessidade da presença de um representante. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais; os viciados em tóxicos; aqueles que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos (aqueles que dissipam seu patrimônio de forma desregrada).

Portanto, na bioética e biodireito é preciso ter capacidade para exercer a autonomia privada? Neste tema, a autonomia é extremamente importante para compreender a vontade do próximo, o que ocasiona a retirada parcial da capacidade, apenas de forma morfológica, com o intuito de tentar resguardar tal vontade.

Mesmo que ocasionalmente o paciente seja considerado um sujeito incapaz, se houver a possibilidade do mesmo se expressar sem assistência, é dever do médico de ouvi-lo,

esclarecer suas dúvidas de forma técnica e conscientizar acerca das tomadas de decisão que o paciente chegar a ter. Toda essa questão passa por um dever ético.

Importante ressaltar como o Código Civil no estudo da Teoria Geral do Direito Civil destaca a capacidade de consentir, principalmente no plano da validade, buscando analisar a vontade da pessoa e o vício por algum fator externo que tende a retirar tal manifestação livre e consciente, principalmente no plano da validade de tal negócio jurídico (relação médico/paciente instaurada de forma contratual, mesmo que subjetiva).

Em termos práticos, a capacidade de tomada de decisão é exercida de forma integral pelo paciente, devendo integrar os conceitos e todos os fatores externos sobre os benefícios e malefícios da decisão que vier a ter sobre qualquer tratamento ou ação médica.

Após a decisão no plano expresso da autonomia do paciente podemos constatar os resultados de tal ação, produzindo efeitos irreversíveis, o que apenas ratifica a necessidade de total informação dos pontos abordados e práticos de tal opção.

Importante ressaltar os Direitos da Personalidade que ratificam os diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando sua individualidade e servindo de base para o exercício da vida digna. Os Direitos da Personalidade estão pautados à vida, intimidade, integridade física e psíquica, nome, honra, imagem, dados genéticos e todos os demais aspectos que projetam sua personalidade no geral.

Em consequência, tratam-se de direitos absolutos (tratamos os direitos em pluralidade já que a personalidade humana não se restringe apenas a um direito), necessários, vitalícios, indisponíveis, intransmissíveis, imprescritíveis e indisponíveis.

No Brasil, podemos denotar o uso do termo “capacidade civil”, porém, como Aline Albuquerque³ retrata em seu livro “Capacidade jurídica e Direitos Humanos”, o instituto deve ser utilizado como “capacidade mental” ou “capacidade decisional” visto que ambos demonstram a capacidade de agir e tomar uma decisão, com foco na autodeterminação e vontade.

Tal substituição provém da matéria a ser tratada, já que, em seu entendimento, este tema é mais abrangente do que o Direito Civil retrata, por isso os Direitos Humanos consolidam a “capacidade mental” como referência.

³ Pesquisadora Visitante no Instituto Bonavero de Direitos Humanos da Universidade de Oxford. Pós-Doutorado em Direitos Humanos e Pesquisadora Visitante do Centro de Direitos Humanos da Universidade de Essex. Professora Credenciada da Pós-Graduação em Bioética da Universidade de Brasília. Professora de Direitos Humanos do UniCEUB. Advogada da União.

A capacidade mental como conceito é referente as decisões pessoais de autodeterminação que tal indivíduo possui em pleno respaldo da Lei. Desta forma, este instituto não possui direta relação com aferições aos transtornos mentais ou qualquer tipo de deficiência, mental ou intelectual.

Por fim, das pessoas que possuem algum transtorno que não afete sua capacidade de decisão permanente deve ser feito um paralelo para distinguir quando a pessoa provém de faculdades mentais em certos momentos e atos.

Não há como falar de capacidade mental e retirar as condições necessárias de certas pessoas quando estão em algum momento de inconsistência para tomar a decisão que lhe convém. O posicionamento deve ser claro em entender as fases, momentos em que esteja com total conhecimento, discernimento e que possua vontade perante os fatos apresentados.

Além do lapso temporal em que se encontra, as decisões que são feitas devem ser tratadas com diferentes proporcionalidades. O ponto chave da questão é conseguir entender acerca do objeto tratado e qual o seu resultado, assim como o paralelo feito por Aline no livro acima abordado, podendo uma pessoa ser plenamente capaz de decidir sobre qual o melhor tratamento (desde que observados todos os prós e contras) e não tiver condições autônomas para gerir suas finanças.

Contudo, esta abordagem acerca da capacidade é de extrema complexidade já que os fatos obtidos e os resultados dos casos práticos estarão sempre indagados pela observância de autonomia e vontade. Não se pode falar em capacidade parcial, mas sim o retrato dos momentos em que exprimir tal desejo não é barrado por qualquer condição.

Relativamente, para atestar a capacidade mental de tal indivíduo há um estudo multidisciplinar que confirma quais as barreiras impostas em certos problemas cognitivos que retiram momentaneamente seu poder de decisão.

4 TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

As Testemunhas de Jeová são consideradas Restauracionistas com uma crença não-trinitária (rejeição a crença na Trindade), datado em meados de 1870 pelo Pastor Charles Taze Russell.

De acordo com suas crenças, há a impossibilidade de ocorrer a transfusão de sangue já que seus dogmas acreditam que o contato com o sangue deve ser evitado.

As negativas das Testemunhas de Jeová sobre a transfusão de sangue, por motivo religioso, são constantemente estudadas em casos e artigos que denotam a oposição entre a

autonomia privada do paciente (e da sua recusa) contra o juramento hipocrático que o médico se põe a seguir.

Sobre o ponto de vista médico, podemos compreender o porquê de seguir uma linha mais “segura” da autorização para transfusão de sangue do que aceitar a vontade do paciente. Podemos contextualizar com temas de direito civil e penal, principalmente pela responsabilidade civil dos profissionais.

Portanto, a Resolução CFM nº 2.232/2019 tenta facilitar a compreensão e resolver a questão respaldada em certas legislações vigentes. Em seu art. 3º busca objetificar a segurança jurídica acerca de pessoa absolutamente incapaz ou relativamente incapaz, independentemente de representação ou assistência.

Art. 3º - Em situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa terapêutica de paciente menor de idade ou de adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros

Em sequência, no art. 4º da Resolução, quando houver conflito evidente entre o representante legal, assistente ou familiares do paciente absolutamente incapaz ou relativamente incapaz, o médico deve obrigatoriamente comunicar as autoridades competentes:

Art. 4º Em caso de discordância insuperável entre o médico e o representante legal, assistente legal ou familiares do paciente menor ou incapaz quanto à terapêutica proposta, o médico deve comunicar o fato às autoridades competentes (Ministério Público, Polícia, Conselho Tutelar etc.), visando o melhor interesse do paciente.

Portanto, a extrema urgência para realização de uma cirurgia e/ou tratamento médico não está apenas relacionada à autonomia básica e sim ao caso prático em que se encontra.

5 DIREITO DO PACIENTE DE SE AUTODETERMINAR

A abordagem da autonomia privada provém da livre e consciente capacidade jurídica do indivíduo de se autodeterminar, porém, nem sempre o consentimento aos casos relacionados é retratado como simples.

Quando há um paciente inconsciente, qual a melhor forma de atender seu desejo e vontade? Podemos incidir a *Declaração de Lisboa de Associação Médica Mundial*, principalmente em seu ponto 4:

4. O paciente inconsciente. a) Se o paciente está inconsciente ou, em caso contrário, impossibilitado de se expressar, seu consentimento informado deve ser obtido sempre que possível de um representante legalmente indicado ou legalmente pertinente. b) Se um representante legalmente indicado não está disponível, mas se uma intervenção médica é necessitada urgentemente, o consentimento do paciente pode ser presumido, a menos que seja óbvio e além de qualquer dúvida, com base em expressão de convicção prévia e firmada pelo paciente ou que em face de sua convicção ele recusaria o consentimento à intervenção naquela situação.

Este ponto retrata como a autonomia privada e até mesmo presumida prevalece perante o posicionamento da medicina paternalista, resguardando a vontade individual até mesmo quando o paciente se encontra inconsciente. Desta forma, há a clara redação da superioridade da vontade humana independente do posicionamento médico e suas convicções.

Preliminarmente, na disposição número 3, há a menção ao direito de autodeterminação do paciente para ratificar sua decisão de forma autônoma:

3. Direito a autodeterminação. a) O paciente tem o direito a autodeterminação e tomar livremente suas decisões. O médico informará o paciente das consequências de suas decisões; b) Um paciente adulto mentalmente capaz tem o direito de dar ou retirar consentimento a qualquer procedimento diagnóstico ou terapêutico. O paciente tem o direito à informação necessária e tomar suas próprias decisões. O paciente deve entender qual o propósito de qualquer teste ou tratamento, quais as implicações dos resultados e quais seriam as implicações do pedido de suspensão do tratamento; c) O paciente tem o direito de recusar participar em pesquisa ou em ensaio de medicamento.

Sobre a autodeterminação, podemos ainda mais consolidar como é fundamental o poder de escolha do paciente ou de seu representante legal, ainda mais quando falamos da capacidade civil plena do paciente. Por fim, tal consolidação retrata também ao procedimento diagnóstico, ou seja, para tomar a decisão que lhe melhor convém, gerando uma presunção de legalidade ao recusar qualquer ato médico e ratificando sua vontade.

Também, cabe ressaltar o papel dos Comitês de Bioética, definidos por um grupo interdisciplinar de pessoas das mais diversas áreas para resolução de conflitos bioéticos, utilizando-se de pareceres para assistir eventual tomada de decisão médica.

O Comitê representa uma grande mudança positiva no meio do âmbito da saúde, englobando diversos aspectos morais, técnicos e, principalmente, tentando suprir este conflito normativo entre o objeto da autonomia de decisão do paciente com o escopo de atuação do médico.

A Recomendação CFM (Conselho Federal de Medicina) nº 8 de 2015 resguarda alguns pontos interessantes, principalmente para dar autonomia e auxílio em tomadas de decisões urgentes dos Comitês.

As funções estão atreladas ao envolvimento dos profissionais devidamente qualificados para promover campanhas educativas, posicionar e sugerir alteração ou criação de normas e documentos institucionais nos estudos da bioética, além de dispor de pareceres acerca da ordem moral.

Artigo 1º, - §3º São funções do Comitê de Bioética: a) Dispor sobre e subsidiar decisões sobre questões de ordem moral. b) Sugerir a criação e a alteração de normas ou de documentos institucionais em assuntos que envolvam questões bioéticas. c) Promover ações educativas em Bioética.

Há uma grande diversidade de profissionais nos Comitês, desde médicos e enfermeiros até advogados, teólogos, filósofos, assistentes sociais, fisioterapeutas entre outros, sendo um ponto extremamente importante uma gama maior de conhecimento nos casos práticos mais complexos.

Artigo 1º, §5º - Os Comitês de Bioética, por sua própria natureza, função e objetivos, requerem, em sua composição, além de médicos, representantes de diversos setores da sociedade, dependendo de cada instituição de saúde.

6 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A medicina possui limitações como uma ciência não exata. Há a variabilidade e imprevisibilidade, não se trata apenas de pacientes enfermos e nem sempre tem o objeto sua extinção. Este ponto pode ser meramente como relação paliativa, bem-estar e conforto ao paciente. As condutas médicas são baseadas em normas técnicas, jurídicas e de dever legal do médico.

Podemos destacar o Código de Defesa do Consumidor como exemplo de responsabilização dos médicos em certos casos, devendo haver um fato, nexos causal, conduta do agente e culpa. Os profissionais liberais como os médicos não incidem na relação de consumo como responsabilidade objetiva e sim como subjetiva, devendo comprovar a culpa.

A responsabilidade é a assunção de consequência realizada pela ação ou omissão, seja ela pessoalmente ou por pessoa que esteja na relação jurídica sob seu poder, ainda em razão de fato ou de coisa que lhe caiba resguardar.

Desta forma, a responsabilidade civil visa, em princípio, buscar a reparação do dano. São pressupostos o comportamento voluntário ao dano causado, havendo, como dito anteriormente, nexos causal para relação à conduta e dano.

Também, podemos tratar sobre a responsabilidade contratual e extracontratual, sendo a primeira como uma relação médico-paciente providos de um acordo de prestação de

serviços. A segunda provém de situações de emergência, nas quais os médicos não podem esperar a assinatura de um acordo desta prestação de serviço já que poderia trazer sérios danos ao paciente caso esta “burocracia” fosse imposta em primeiro momento.

O Art. 186 do Código Civil traz o conceito de ato ilícito:

Art. 186 do Código Civil. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Quanto ao objetivo das obrigações assumidas, há a obrigação de meio e a obrigação de resultado, sendo elas a obrigação do devedor de esforçar-se para resultar o fim desejado, de modo que consiga cumprir a obrigação de forma diligente aos serviços prestados e de que o devedor se comprometa a chegar ao resultado prometido.

Portanto, majoritariamente, o médico no geral assume a obrigação de dedicar-se ao exercício de sua profissão com cuidado, cautela e diligência, utilizando de todos os meios e recursos disponíveis, não se comprometendo com a obtenção de certo resultado determinado.

Por outro lado, há o entendimento jurídico que algumas intervenções médicas são verdadeiras obrigações de resultado, já que a natureza da obrigação permite que o profissional médico obrigue-se pelo fim almejado.

Ressalta que, independentemente de a obrigação ser de meio ou resultado, a responsabilidade do médico (profissional liberal), em regra geral, será sempre subjetiva, porém, como já abordado, a reparação só existirá se houver a declarada culpa.

Porém, em caráter de exceção, a responsabilidade do médico poderá ser objetiva, ou seja, ele poderá ser responsabilizado independentemente de culpa. Tais atividades médicas como procedimentos estéticos⁴ independem da presença de elementos de culpa para haver a responsabilização (teoria do risco⁵), neste caso a causalidade só será excluída caso haja a inexistência de dano, culpa exclusiva do paciente ou de terceiro (caso fortuito ou força maior).

Cabe destacar que um mau resultado não significa um erro médico. Existem fenômenos naturais e inevitáveis que são definitivamente características oriundas do próprio paciente, como por exemplo a evolução de uma doença mesmo com a intervenção médica.

⁴ A jurisprudência predominante considera que, sendo o procedimento meramente estético, a obrigação será de resultado; Caso seja caso de uma intervenção reparadora, a obrigação seria de meio.

⁵ A teoria do risco, para fundamentação da responsabilidade objetiva, é compreendido que se houver uma atividade criadora de perigos especiais, há a responsabilização pelos danos que ocasionarem a outrem.

O erro médico é a comprovação inequívoca de uma ação fora dos padrões técnicos esperados. Nos casos de aferição de culpa, há a possibilidade de perícia médica, pareceres, relatórios, exames e outros meios para ratificar tal ato.

7 CONCLUSÃO

A bioética é de fato uma matéria que abrange diversas áreas distintas, mesmo que no papel se tornem opostas na visão dos conflitos bioéticos, porém, por serem distintas elas mudam o polo da discussão trazendo vários pontos que só aumentam a qualidade da solução proposta.

Os princípios norteadores da bioética são de extrema importância no âmbito médico, com conceitos devidamente separados que ditam o decurso das decisões dos profissionais de saúde.

O Princípio da Beneficência pode ser tratado de forma exclusiva já que visa maximizar os benefícios e minimizar os malefícios do dano ou risco ao paciente. Por outro lado, o Princípio da Não-Maleficência atinge o conceito mais extremo do anterior, buscando não resultar em nenhum dano intencional, cabendo ressaltar que esta máxima (*Primum non nocere*) retrata o não causar dano ao paciente como pilar para decisão.

Já o Princípio da Justiça busca apenas afirmar a equidade, devendo oferecer mais a quem menos possui e tratar os desiguais desigualmente. Por fim, o Princípio da Autonomia da Vontade é uma análise morfológica sobre o que significa liberdade de escolha, racionalizar os diversos casos abordados e apenas decidir o que for melhor para si mesmo, independentemente de conhecimento técnico e qualquer externalidade enfrentada.

Desta forma, entramos nos conflitos bioéticos mais interessantes, da autonomia da vontade ao respeito de decisão, das formas em que a capacidade jurídica racionaliza e ratifica juridicamente a escolha do paciente e, por fim, como existem diversos conceitos jurídicos que assumem opostos caminhos.

Um dos maiores conflitos bioéticos está pautado na autonomia da vontade do paciente contra o posicionamento da medicina paternalista acerca de tratamentos, intervenções médicas de diversos graus e a transfusão de sangue. Há, majoritariamente, o posicionamento de que mesmo que ocorra um dano maior a sua saúde, deve ser respeitada tal decisão.

A responsabilidade do médico nem deveria entrar em questão quando o posicionamento de uma pessoa plenamente capaz, com suas faculdades mentais e sem ingerência de terceiro escolher se autodeterminar.

Não há conflito bioético quando estamos falando da autodeterminação. O ponto chave da questão é como terceiros influenciam e tentam utilizar de diversos mecanismos para a obtenção de uma vontade apenas única e limitada. O foco da atenção é obter e ratificar como a importância da autonomia e a discussão deste tema é necessária.

Nos dias de hoje há a grande percepção do conhecimento, principalmente quando estamos falando de uma era tão tecnológica como a atual, capaz de atingir respostas em alguns segundos.

Tal capacidade de se autodeterminar provém de conhecimentos históricos, culturais, religiosos e experienciados única e exclusivamente pelo indivíduo que toma suas próprias decisões.

Quem é capaz de determinar suas atitudes na vida civil é plenamente consciente para escolher o que deve ser feito com sua vida, corpo e mente. Independe da questão jurídica que trata a coletividade como conceito-mor, apenas o indivíduo, pessoa singular e polo ativo da questão que deve determinar a solução para o questionamento.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, Aline et al. **Capacidade Jurídica e Direitos Humanos**. 2ª Ed. ed. [S. l.]: Lumen Juris, 2021. 336 p. ISBN 9786555108835.
- ANDERY, Eduardo et al. Recusa de transfusão de sangue por motivos religiosos. In: **Recusa de transfusão de sangue por motivos religiosos**. [S. l.], 21 jan. 2022. Disponível em: <https://medicinasa.com.br/transfusao-de-sangue-religiao/>. Acesso em: 3 maio 2022.
- AUTONOMIA. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/autonomia/>. Acesso em: 28 março 2022.
- BIOÉTICA, In: MICHAELIS, **Dicionário Online de Português**. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=bio%C3%A9tica>. Acesso em: 26 outubro 2021.
- COHEN, Claudio.; OLIVEIRA, Reinaldo.Ayer. **D. Bioética, direito e medicina**. Manole, [Inserir ano de publicação]. 9788520458587. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520458587/>. Acesso em: 26 outubro 2021.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Rio de Janeiro/RJ). **Resolução CFM nº 1021/80 de 26 de setembro de 1980**. [S. l.], 26 set. 1980.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Publicada no D.O.U. de 16 de setembro de 2019, Seção I, p. 113-4. **Resolução CFM Nº 2.232/2019**, [S. l.], 16 set. 2019.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JUNIOR, . E. Q. de O.; OLIVEIRA, . E. Q. de; OLIVEIRA, . P. B. Q. de. Autonomia da vontade do paciente X autonomia profissional do médico : Autonomia da vontade do paciente X autonomia profissional do médico . **JOURNAL OF CARDIAC ARRHYTHMIAS**, [S. l.], v. 26, n. 2, p. 89–97, 2013. Disponível em: <https://www.jca.org.br/jca/article/view/2483>. Acesso em: 04/04/2022.

LIVRE-ARBÍTRIO. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/livre-arbitrio/>>. Acesso em: 28 março 2022.

MALUF, Adriana.Caldas.do.Rego.Freitas. **D. Curso de Bioética e Biodireito - 4ª Edição**. Grupo Almedina (Portugal), 2020. 9786556270302. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556270302/>. Acesso em: 26 outubro 2021. p. 14 – p.28

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PORTAL SAÚDE BUSINESS. **O paciente não aceita a transfusão de sangue, e agora?**: In: [S. l.], 19 abr. 2011. Disponível em: <https://www.saudebusiness.com/carreiras/o-paciente-no-aceita-transfuso-de-sangue-e-agora>. Acesso em: 2 maio 2022.

QUEIROZ. Gabriela. PEBMED. **O que fazer quando não se pode realizar transfusão sanguínea em um paciente?** [S. l.], 17 jan. 2020. Disponível em: <https://pebmed.com.br/o-que-fazer-quando-nao-se-pode-realizar-transfusao-sanguinea-em-um-paciente/#:~:text=A%20maioria%20dos%20pacientes%20que,sair%20do%20corpo%E2%80%9D%20do%20paciente>. Acesso em: 3 maio 2022.

SOARES, Ricardo.Mauricio. F. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**, 1ª edição. Editora Saraiva, 2009. 9788502139459. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502139459/>. Acesso em: 26 outubro 2021.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, **Victor de Cillo Alexandre**

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº **31885225**, Período **Noturno**, Turma **R**,

tendo realizado o TCC com o título: **Biodireito, Bioética e o Princípio da Autonomia da Vontade, uma análise jurídica sobre seus conceitos basilares**

sob a orientação do(a) professor(a): **Prof.ª Dra. Renata da Rocha**

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 11 de maio de 2022.

18/05/2022

X Victor de Cillo Alexandre

Assinado por: Victor de Cillo Alexandre"