VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO: DIÁLOGOS OU DISJUNÇÕES ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MARIA CRISTINA VIDOTTE BLANCO TARREGA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

N935
Novas perspectivas do direito: diálogos ou disjunções entre o direito público e o direito privado [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNA/UCR/IIDH/IDD/UFPB/UFG/Unilasalle/UNHwN;

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega -

Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-393-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia no mundo contemporâneo.
1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Perspectiva. 3. Diálogo. 4.

Disjunção. I. Encontro Internacional do CONPEDI (6. : 2017 : San José, CRC).

CDU: 34

Universidad Nacional de Costa Rica
Heredia – Costa Rica
www.una.ac.cr

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis – Santa Catarina – Brasil

Universidad de Costa Rica San José – Costa Rica https://www.ucr.ac.cr

VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO: DIÁLOGOS OU DISJUNÇÕES ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO

Apresentação

A obra expõe, de forma bastante evidente, o quão ecléticas e ricas foram as apresentações e os debates ocorridos no âmbito do Grupo de trabalho intitulado “Novas perspectivas do direito: diálogos ou disjunções entre o direito público e o direito privado”, por ocasião do VI Encontro Internacional do CONPEDI, na Costa Rica.

Os artigos externam a preocupação dos seus autores de real e efetivamente trazerem à baila as novas discussões empreendidas nos mais diversos ramos do Direito. Se por um lado enaltecem a novidade, os textos não descuidam, por outro, da doutrina tradicional e da perspectiva constitucional tradutora do empoderamento da dignidade da pessoa humana.

A riquíssima experiência de apresentação dos textos de tamanha qualidade somente foi possível pela envergadura dos autores, os quais se comprometeram com a discussão, séria e necessária, de diversos e atuais temas, que entoam a regência da vida moderna pelo direito nas mais diversas áreas.

Por óbvio, os trabalhos não estão a salvo de críticas, mas procuram estabelecer, em intensidades diferentes, a comunicabilidade e a interseção vigentes entre o que outrora se distinguia de forma acentuada como público e privado, nacional e internacional. Novos horizontes se avistam e inovadoras perspectivas estabelecem as relações humanas e estatais.

Aos leitores, desejamos aprazível e inspiradora reflexão!

San Jose, Costa Rica, maio de 2017.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - ESDHC

Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Carrega - UFG

A AUTODETERMINAÇÃO NOS TRATAMENTOS MÉDICOS

SELF-DETERMINATION IN MEDICAL TREATMENT

Jesualdo Eduardo De Almeida Junior

Resumo

RESUMO: O presente artigo visa revisitar a intrincada relação médico x paciente, partindo-se da premissa que este é o senhor de seu destino e pode escolher o tratamento que lhe aprouver. De construção razoavelmente recente, a autodeterminação do paciente ganha fôlego no pós II Guerra Mundial, notadamente com a descoberta das atrocidade cometidas pelos médicos nazistas contra seus "pacientes-prisioneiros". Porém, conquanto seja a regra, a autodeterminação encontrará limites pontuais e excepcionais, notadamente quando o interesse público exigirem, ou quando o paciente não tiver nenhum discernimento sobre o ato médico em questão.

Palavras-chave: Palavras chaves: autodeterminação da pessoa, Autonomia privada, Capacidade, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to revisit the intricate relationship doctor x patient, assuming the premise that this is the master of your fate and can choose the treatment that it sees fit. Fairly recent construction, the patient's self-determination WINS breath after World War II, especially with the discovery of the atrocities committed by Nazi doctors against their patients prisoners. However, although the rule is, self-determination will find specific and exceptional limits, especially when the public interest so require, or when the patient has no discernment about the medical act in question.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Key words: self-determination of the person, Private autonomy-capacity, Human dignity

Introdução

A autodeterminação do indivíduo num tratamento médico é uma conquista razoavelmente recente e implicou numa profunda guinada axiológica. A anteriormente denominada autonomia privada, ou mesmo autonomia da vontade, é uma medida da dignidade da pessoa humana e seu exercício no campo da medicina sempre encontrou resistência, haja vista que muitas teorias partem da perspectiva que o médico, por ser técnico, sabe o melhor tratamento a ser dispensado ao seu paciente.

Neste trabalho pretendeu-se discorrer a respeito do alcance e dos limites desta autodeterminação, sobretudo em situações fronteiriças em que as escolhas individuais podem implicar em risco efetivo de morte para o paciente.

Através de um método dedutivo analisou-se a perspectiva em abstrato com uma proposta tópica e prática. O trabalho ponderou a respeito das vicissitudes e dos desdobramentos desta autodeterminação e eventualmente dos limites que (não) podem ser impostos.

Inicialmente, discorreu-se sobre o conceito da autodeterminação do paciente e como esta reflete a dignidade da pessoa humana, notadamente pelas lentes kantianas que visualizam a dignidade pelo viés da liberdade do indivíduo.

Após, fez-se uma abordagem sobre a evolução da questão em diversos níveis, com citações e ponderações de médicos e juristas, e com a análise de vários casos julgados que abordaram frontalmente a questão.

No derradeiro capítulo abeirou-se sobre os limites legítimos que podem ser impostos a esta autodeterminação, como medida excepcional e absolutamente pontual, justificada em situações que envolvam interesse público, ou quando for impraticável o legítimo exercício da autodeterminação.

2. O CÓDIGO DE NUREMBERG E A CONFIRMAÇÃO DO CONCEITO KANTIANO DE "AUTOMIA PRIVADA"

Até meados do século XX as relações entre médicos e pacientes seguiam o que se convencionou chamar de ética hipocrática. Fundada no princípio da beneficência, ela

determinava ao médico que assumisse a postura de "protetor do paciente", justificando-se qualquer medida destinada a restaurar sua saúde ou prolongar sua vida. Esse paradigma, conhecido como "paternalismo médico", legitimava a intervenção do profissional por seus próprios critérios, ainda que sem a anuência do paciente ou contra sua vontade expressa.

Dessa maneira, o processo de tomada de decisão era de baixo envolvimento, baseando-se em uma relação de dominação por parte do médico e de submissão por parte do paciente. Em função deste modelo o termo 'paciente' - palavra de origem grega, significando aquele que sofre - passou a ser utilizado com conotação de passividade (BAPTISTA, 2016).

O fim da Segunda Guerra Mundial assinala o começo da superação do paradigma do paternalismo. Em 9 de dezembro de 1946, o Tribunal Militar Internacional em Nuremberg julgou vinte e três pessoas - vinte das quais, médicos. O veredito foi declarar-lhes crimonosos de guerra e a acusação que lhes assacavam eram de ter realizado brutais experimentos em seres humanos nos campos de concentração nazistas. Este julgamento foi o primeiro de doze processos julgados pelo Tribunal de Nuremberg e envolvia médicos expoentes do nazimos, tais como Waldemar Hoven que foi sentenciado à morte por enforcamento.

Em abril de 1947 foram submetidos ao Conselho de Crimes de Guerra 06 (seis) pontos que definiam a legitimidade de experimentos médicos com seres humanos. Estes pontos foram absorvidos pelo tribunal como verdadeiros princípios da relação médico-paciente, sendo ainda acrescentados mais quatro, e os dez pontos passaram a constituir o denominado "Código de Nuremberg"[1], destinado a regular as pesquisas com seres humanos.

[1] Esses são os 10 (dez) princípios que emergiram do Código de Nuremberg: 1. O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que a pessoa envolvida deve ser legalmente capacitada para dar o seu consentimento; tal pessoa deve exercer o seu direito livre de escolha, sem intervenção de qualquer desses elementos: força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição ou coerção posterior; e deve ter conhecimento e compreensão suficientes do assunto em questão para tomar sua decisão. Esse último aspecto requer que sejam explicadas à pessoa a natureza, duração e propósito do experimento; os métodos que o conduzirão; as inconveniências e riscos esperados; os eventuais efeitos que o experimento possa ter sobre a saúde do participante. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento recaem sobre o pesquisador que inicia, dirige ou gerencia o experimento. São deveres e responsabilidades que não podem ser delegados a outrem impunemente. 2. O experimento deve ser tal que produza resultados vantajosos para a sociedade, os quais não possam ser buscados por outros métodos de estudo, e não devem ser feitos casuística e desnecessariamente. 3. O experimento deve ser baseado em resultados de experimentação animal e no conhecimento da evolução

Contudo, num primeiro momento tal documento não foi imediatamente incorporado pelas legislações e teve uma força meramente orientativa. Somente com a Declaração de Helsinque (Finlândia), redigida em 1964 pela 18ª Assembléia Médica Mundial, é que tais princípios ganharam força normativa.

E a principal diretriz da relação médico-paciente passou a ser o consentimento informado como requisito para a validade ética das experiências médicas.

Deveras, é corolário da dignidade da pessoa humana que qualquer pessoa capaz possa escolher livremente seus principais aspectos da vida, de se autogerir, devendo o Estado reconhecer-lhe tal prerrogativa, impedindo-o que seja cerceado em sua prerrogativa. Eis a autonomia privada, que preferiremos chamar de autodeterminação, pois aquela expressão tradicionalmente é utilizada para a liberdade nas relações contratuais, ao passo que esta é o poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando sua vida como melhor lhe aprouver.

Segundo Kant, trata-se "...(d)o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional" (2004, p. 58). É, portanto, "não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal". Com Kant, a autodeterminação, por ele denominada de autonomia, é a competência da vontade humana para, com fundamento na razão prática, escolher em liberdade as suas leis morais. É também a base da responsabilidade individual.

Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 54) dá lição de que a "autonomia é o direito de governar-se conforme suas próprias leis e segundo sua própria vontade". E conclui:

---

da doença ou outros problemas em estudo, e os resultados conhecidos previamente devem justificar a experimentação. 4. O experimento deve ser conduzido de maneira a evitar todo o sofrimento e danos desnecessários, físicos ou mentais. 5. Nenhum experimento deve ser conduzido quando existirem razões para acreditar numa possível morte ou invalidez permanente; exceto, talvez, no caso de o próprio médico pesquisador se submeter ao experimento. 6. O grau de risco aceitável deve ser limitado pela importância humanitária do problema que o pesquisador se propõe resolver. 7. Devem ser tomados cuidados especiais para proteger o participante do experimento de qualquer possibilidade, mesmo remota, de dano, invalidez ou morte. 8. O experimento deve ser conduzido apenas por pessoas cientificamente qualificadas. Deve ser exigido o maior grau possível de cuidado e habilidade, em todos os estágios, daqueles que conduzem e gerenciam o experimento. 9. Durante o curso do experimento, o participante deve ter plena liberdade de se retirar, caso ele sinta que há possibilidade de algum dano com a sua continuidade. 10. Durante o curso do experimento, o pesquisador deve estar preparado para suspender os procedimentos em qualquer estágio, se ele tiver razoáveis motivos para acreditar que a continuação do experimento causará provável dano, invalidez ou morte para o participante.

> Na elaboração de F. C. von Savigny, o idealizador deste imponente edifício jurídico, isto se deu fundamentalmente através do conceito de direito subjetivo individual, isto é, "do atribuir-se à vontade individual um domínio dentro do qual ela reina independentemente de qualquer vontade estranha".

Tem-se, portanto, que a autodeterminação é a prerrogativa que o indivíduo tem de decidir o que entende ser melhor para si, inclusive no tocante à escolha de tratamentos médicos para lhe assegurar a viabilidade de sua filiação genética. E esta proposta é defendida de forma quase invariável. Pois veja-se:

3. A CONSTRUÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO EM VÁRIOS NÍVEIS

Um relevante documento sobre as relações entre médicos e pacientes é a "Declaração de Lisboa da Associação Médica Mundial sobre os Direitos do Paciente", de 1981. E esta expressamente assegura que:

> 3.a El Paciente tiene derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente en relación a su persona. El médico informará al paciente las consecuencias de su decisión.
> 3.b El paciente adulto mentalmente competente tiene derecho a dar o negar su consentimento para cualquier examen, diagnóstico o terapia. El paciente tiene derecho a la información necesaria para tomar sus decisiones. El paciente debe entender claramente cuál es el propósito de todo examen o tratamiento y cuáles son las consecuencias de no dar su consentimiento.

Marco Segre (2003), outrora reitor da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, sustenta que a por ele denominada autonomia da vontade deve ser a mola mestra da medicina:

> O princípio da autonomia permeia atualmente os Códigos de Ética Médica das sociedades ocidentais, como tal o Código de Ética Médica brasileiro, promulgado em janeiro de 1988. Dá-se extraordinária ênfase aos direitos do paciente, sendo inaceitável toda restrição ao seu direito de auto-governar-se (...) O Código de Ética Médica brasileiro (...) tem uma orientação nitidamente "autonomista" em termos de Bioética.

No mesmo sentido indica a Associação Médica Americana que o paciente "é o árbitro final quanto a se correrá os riscos envolvidos no tratamento ou na operação

recomendados pelo médico, ou se arriscará a viver sem isso. Este é o direito natural do indivíduo, que a lei reconhece" (2003).

John Stuart Mill (2003) escreveu apropriadamente:

> Não é livre nenhuma sociedade em que tais liberdades não são, como um todo, respeitadas, seja qual for a sua forma de governo. Cada qual é o guardião correto de sua própria saúde, seja ela física, seja mental, seja espiritual. A humanidade é que mais lucra ao permitir que cada um viva como bem lhe parecer, em vez de compelir cada pessoa a viver como parece ser bom para os demais.

Portanto, a autodeterminação é o poder do paciente de se impor e de ter respeitadas suas vontades, crenças e valores morais, reconhecendo-lhe a liberdade e a responsabilidade no que diz respeito à própria vida e à sua intimidade. É, em *ultima ratio*, assegurar-lhe a dignidade.

A autodeterminação seria um poder juridicamente reconhecido e socialmente útil, de caráter ontológico, baseado numa abertura do homem para o mundo e suas experiências e solicitações sensíveis ou não. O plano da autodeterminação estaria no poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências.

Tais concepções estão muito próximas às que José Joaquim Gomes Canotilho (1988, p. 1283) denomina autovinculação, princípio pelo qual os indivíduos e as sociedades, por meio de uma constituição, adstringem-se "a fim de resolver os problemas resultantes da racionalidade imperfeita e dos desvios das suas vontades".

A autovinculação, que se expressa de um modo positivo ou negativo, daria margem ao autogoverno dos indivíduos, mediante a pré-seleção de condutas pelas regras constitucionais, seja mediante restrições ou exigências, que resultariam em um comportamento ótimo dos homens, fundado na dignidade da pessoa humana, voltado à extinção das espécies discriminatórias (por etnia, sexo ou opção ideológica) ou à educação para condutas justas e úteis.

Por conseguinte, o que pode parecer o bem para o médico pode não ser para o paciente. Em outras palavras, um método utilizado para a cura de um doente pode ir contra

sua crença, seus princípios, interferindo, assim, no princípio da beneficência (MARTINS, 2003).

Neste caso, ao se ministrar um tratamento médico em desacordo com a vontade do paciente, o médico, na verdade, está desrespeitando a autodeterminação deste padecente.

Ricardo Luiz Lorenzeti (MARTINS, 2003) observa que a doutrina argentina admite, majoritariamente, que entre o médico e o paciente celebra-se um contrato, e que o consentimento é um elemento estrutural deste último. A estrita lógica jurídica levaria à conclusão de que não existindo acordo entre o paciente e o médico, este último não pode realizar a prestação dos serviços sob sua responsabilidade. O enfermo poderia negar-se a receber tratamentos, mesmo quando isto o leve ao risco de morte. E, de fato, isto não seria defender o suicídio, posto que ninguém pretende a morte. O que se busca é apenas tratamentos alternativos. E conclui:

> A ética médica se vai perfilando no sentido da administração da "eutanásia passiva", baseadas no seguinte: se o paciente expressa livremente que não deseja iniciar ou parar um tratamento, o médico deveria levar isso em conta; não cabe realizar um tratamento quando não existem possibilidades certas de prolongamento (duração) ou de qualidade de vida.

Por exemplo, recorrentemente vem à tona o peculiar caso das Testemunhas de Jeová, uma organização religiosa que possui entre seus dogmas não aceitar as transfusões de sangue como tratamento médico em face de suas convicções de consciência. O paciente não quer a morte; apenas não aceita aquele tratamento médico com sangue. Qualquer outro que lhe seja ministrado alternativamente será aceito[2].

[2] João Sérgio Moreira (Contestação ao artigo enviada ao autor pelo presidente da comissão de ligação com hospitais para as testemunhas de Jeová. In Porto Alegre: Síntese Publicações, 2002, CD-Rom nº 46. Produzida por Sonopress Rimo Indústria e Comércio Fonográfico Ltda.) sustenta que há inúmeras alternativas médicas para a transfusão de sangue. Além disso, considerar que a transfusão de sangue sempre equivale à sobrevivência do paciente, e, a recusa à transfusão à sua morte, é uma falácia. Não foram poucos os casos em que pessoas morreram mesmo recebendo transfusão de sangue - e, às vezes, por causa delas -, ao passo que outras sobreviveram com tratamento médico isento de sangue. Por exemplo, o Dr. Nelson Hamerschlak (Transfusão de sangue é um procedimento de risco, in Gazeta Hematológica, nº 10, setembro/outubro, 1992.), então presidente da Sociedade Brasileira de Hematologia e Hemoterapia, escreveu sobre sua "certeza" de que "a população em geral ainda acha que sangue examinado é seguro e (da) impressão de que alguns colegas também acreditam nesta falsa premissa". O tratamento mediante sangue é perigoso, e motivo suficiente para que o paciente negue-se a recebê-lo. Além disso, o paciente

Segundo Tereza Rodrigues Vieira (1999, p. 47), a Sociedade Brasileira de Hematologia e Hemoterapia debateu o problema e organizou um documento que vem sendo acatado pelos Conselhos Regionais de Medicina (14.12.1974):

> Sugere o documento que, em se tratando de adulto consciente, devem respeitar-se suas convicções, exigindo-se, no entanto, que ele assine uma declaração isentando de responsabilidade o médico, a instituição e quem dele cuidar. No que concerne ao adulto inconsciente, o documento admite que o sangue possa ser aplicado, desde que nem o cliente nem seus familiares venham a saber. No caso de menor ou incapaz, sugere o documento que se respeite a decisão dos pais, exigindo-se deles a assinatura do termo de responsabilidade.

Em questões tais, por citar-se, na Colômbia a autonomia do paciente é prevalente. O Decreto 1571/93, no seu artigo 50, dispõe:

> Articulo 50 – Cuando un receptor en uso normal de sus facultades mentales, y em forma libre y consciente, decide no aceptar la transfusión de sangre o de sus hemoderivados, deberá respetarse su decision, siempre y cuando esta obre expresamente por escrito, después que el médico tratante le haya advertido sobre los riesgos existentes.
> Paragrafo: Cuando la decisión delpaciente a esse respecto haya sido tomada com anticipación y para que tenga efectos en la eventualida en que se requiera la transfusión, el médico deverá respetarla si consta en documento escrito autenticado notarialmente o suscrito ante dos testigos. En todo caso los riesgos existentes deverá ser advertidos.

Catalina Rosero Díaz del Castillo (2006), advogada e responsável pelo Departamento Civil Administrativo Colombiano – SCARE -, resumiu a questão da seguinte forma:

> Cuando un paciente capaz y en forma libre e informada rechaza la transfusión, debe respetarse su decisión y consignar por escrito el consentimiento negativo del paciente, lo cual supone la advertencia previa de los riesgos existentes por parte del médico tratante.
> Cuando, estando ante un paciente en estado de inconsciencia, se tiene que anticipadamente tomó la decisión de rechazar cualquier transfusión en caso de requerirla, los profesionales de la salud deben respetar esa decisión siempre y cuando ésta conste en un documento autenticado notarialmente o suscrito ante dos testigos.

---

tem seu direito de consciência assegurado, tanto por embasamentos religiosos, quanto por critérios eminentemente pessoais.

Affonso Renato Meira (2004, p. A-2), professor titular aposentado da Faculdade de Medicina da USP, escreveu certa vez:

> Nas sociedades ocidentais, o aparecimento do pensamento bioético levou o médico a essa transição de comportamento muitas vezes consagrada em normas éticas, mas ainda não realmente concretizada na prática.
> A transfusão de sangue indicada por um médico, quando rejeitada por um paciente, por motivos religiosos, exemplifica esta assertiva. As reflexões sobre o direito de dizer não partem do entendimento de que o pensamento bioético se decalca, basicamente, em três princípios: o da autonomia, o da beneficência e o da justiça.

Neste passo, segundo Meira, e em atendimento à autodeterminação, cabe ao indivíduo decidir o que é bom para si. Se este, em vez da verdade científica, considera a verdade religiosa como absoluta e não aceita a transfusão de sangue, o tratamento médico não pode ser levado a cabo contra sua vontade.

Deste modo, percebe-se que a autodeterminação do paciente tem sido defendida inclusive em casos em que haja risco de vida para o padecente. E esta autodeterminação tem sido o referencial de muitas decisões judiciais mundo afora. George Marmelstein Lima (2014, p. 45) cita vários precedentes neste desiderato. Em 1973, no caso *Roe v. Wade*, a Suprema Corte americana decidiu, por 7 a 2, que as mulheres teriam o direito fundamental de dispor sobre o seu próprio corpo, de modo que os estados não poderiam criminalizar o aborto durante os três primeiros meses de gravidez. De acordo com a tese vencedora, o direito à autonomia privada seria amplo o suficiente para compreender a decisão da mulher sobre interromper ou não sua gravidez, sendo ilegítimo ao estado negar-lhe esta escolha, pelo menos no estágio inicial da gestação.

Cite-se como referência também o caso *Lawrence v. Texas*[3], em 2003. Neste precedente, a Suprema Corte norte-americana, por maioria (6-3), anulou uma lei do Estado do Texas que punia a prática sexual entre dois adultos do mesmo sexo. Prevaleceu o argumento de que a sexualidade é uma opção íntima e pessoal que diz respeito a cada indivíduo em particular, sendo vedado ao estado interferir nessa escolha quando tomadas consensualmente por pessoas adultas e plenamente capazes, já que, "no coração da liberdade", estaria o direito de definir o próprio conceito de existência.

[3] *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). On-line: http://laws.findlaw.com/us/000/02-102.html.

Em outro importante precedente, no caso *Cruzan v. Director Missouri Department of Health*, a Suprema Corte americana decidiu que há direito constitucional do paciente de recusar a alimentação por sonda e outras medidas de apoio à vida, desde que fosse apresentada prova "clara e convincente" de que esse desejo é consciente, voluntário e sincero, seguindo a doutrina médica do *consentimento esclarecido* ("*free and clarified consent*").

George Marmelstein Lima (2014, p. 45) também cita um precedente colombiano. Aquela Corte Constitucional entendeu que seria inconstitucional proibir a prática da eutanásia voluntária ou punir qualquer pessoa que ajudasse a pôr fim à vida de outra pessoa no intuito de fazer cessar um sofrimento intenso causado por alguma enfermidade grave e incurável, atendidas determinadas condições estabelecidas pelo tribunal. De acordo com aquela corte,

> el Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad. Por consiguiente, si un enfermo terminal que se encuentra en las condiciones objetivas que plantea el Código Penal considera que su vida debe concluir, porque la juzga incompatible con su dignidad, puede proceder en consecuencia, en ejercicio de su libertad, sin que el Estado esté habilitado para oponerse a su designio, ni impedir, a través de la prohibición o de la sanción, que un tercero le ayude a hacer uso de su opción.

Para Habermas (1997, p. 121), tão importante quanto o reconhecimento ético e político de tais posições jurídicas privadas é a introdução do indivíduo, também através do direito, nos contextos de ação regulados por estruturas de ordem. Isso equivale a dizer que os indivíduos assumem uma posição de membro ou ator do contexto social.

Todavia, resta evidente que esta autodeterminação, quer como poder de auto decisão, quer como corolário de uma prerrogativa de um ator de um contexto social "na sua posição como membro", não pode ser absoluto, como, de resto, nenhum direito seria. Resta, então, ponderar-se se são razoáveis alguns limites.

3. Há limites à autodeterminação?

Rodrigo Lima e Silva de Freitas (2015) leciona que "à luz da Dignidade da Pessoa humana, ela tem de ser conciliada, em primeiro lugar, com o direito das outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade, e, além disso, com outros valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito, tais como a solidariedade e a segurança jurídica". E pontua com acerto:

> De uma forma absoluta a autonomia privada fosse absoluta, toda lei que determinasse ou proibisse qualquer ação humana seria inconstitucional. Um mero sinal de trânsito, que quando fechado proibisse os motoristas de avançarem, seria concebido como manifestação inadmissível de arbítrio. A própria ideia de ordenamento evaporar-se-ia. Seríamos todos condenados a viver na anarquia, num "Estado de Natureza", em que acabaria prevalecendo sempre a vontade do mais forte. Portanto, é inevitável que o Estado, intervenha em certos casos, restringindo a autonomia individual, seja para proteger a liberdade dos outros, seja para proteger o indivíduo de um ideal de vida que fuja aos preceitos da dignidade humana.

Nessa perspectiva de limitação razoável da autodeterminação, haveria uma "interferência na liberdade de ação do indivíduo, justificada por razões que se referem exclusivamente ao bem-estar, ao benefício, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou valores da pessoa coagida" (1972, p. 65).

Há autores que denominam esta limitação à autodeterminação como "paternalismo jurídico", gênero do qual decorrem diversas espécies, como o paternalismo médico, o paternalismo político, o paternalismo benevolente e o paternalismo jurídico.

Ernesto Garzón (2012, p. 12) explica que se chama "paternalismo" a "la intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma". Segundo sua posição, o paternalismo jurídico tem a seguinte formulação:

> Siempre hay una buena razón a favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone esa medida.

E o mesmo Ernesto Garzón (2012, p. 12) apresenta alguns exemplos elucidativos do que seria este paternalismo:

> a) la obligación de usar casco protector en las motos; b) las leyes que prohíben bañarse en playas donde no hay socorristas; c) la prohibición de venta de medicamentos sin receta, d) las leyes que prohíben ciertos juegos de azar aduciendo que ellos suelen atraer más a los pobres que a los ricos con el consiguiente perjuicio para ellos.

No Brasil, Luís Roberto Barroso (2015) leciona que:

> O paternalismo jurídico é um princípio que justifica a constrição de um direito de liberdade (geral ou específico), autorizando o emprego da coerção, da proibição, do não reconhecimento jurídico de atos ou de mecanismos análogos, para a proteção do indivíduo contra comportamentos próprios auto infligidos ou consentidos, sem contar com o endosso atual dos que são destinatários da medida (...) [O paternalismo Jurídico] "a) envolve uma ablação jurídica de posições subjetivas do(s) direito(s) de liberdade de um indivíduo ou grupo contra a sua vontade; b) visa a proteger o próprio indivíduo que tem seu direito de liberdade constrito, ou seja, o que justifica a ablação é a proteção do indivíduo em relação a seus próprios comportamentos.

Quando o Estado legitimamente cerceia a autodeterminação de um indivíduo, não se fala em ablação jurídica do direito de liberdade, nem, por derradeiro, em uma contraposição de valores individuais e sociais. Conforme Rodrigo Lima e Silva de Freitas (2015):

> Tem-se, na realidade, uma intervenção que se impõe obrigatória ante a inexistência – inconteste - de autodeterminação individual. Quanto às outras espécies de paternalismo, o consenso já não se mostra tão amplo. Há quem assinale que o paternalismo jurídico – seja nas suas modalidades forte, pura e impura – demonstra-se benéfico ao bem-estar do indivíduo bem como ao da sociedade; há quem entenda, por outro lado, que tal intervenção mostra-se avessa à consolidação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Porém, essa limitação é excepcional e somente pertinente em casos justificáveis. A autodeterminação ainda é a regra, inclusive para os chamados atos acráticos, aqueles que decorrem de uma suposta fraqueza de vontade do agente, quando o sujeito opta por

um aspecto de sua vida consciente dos males que podem ocorrer, como, por exemplo, exercer o tabagismo, o hábito de beber, de comer produtos que causam problemas à saúde etc.

Neste caso, o Estado exercerá o chamado “paternalismo fraco”, com intervenções pontuais e não muito incisivas. Quanto ao tabagismo e as bebidas alcoólicas, o Estado limita-se a promover propagandas informativas sobre o risco do uso, porém não proíbe o uso.

Já no “paternalismo forte” o Estado não se limita a informar, mas também proíbe o comportamento, como se dá no caso do uso de substância entorpecentes.

No tocante aos tratamentos, o “paternalismo médico”, quer fraco, quer forte, não se justificam, salvo quando os pacientes não tiverem necessário discernimento dos seus atos ou quando se tratar de doenças infecto contagiosas que coloquem em risco à sanidade da população.

Desordens emocionais ou mentais, e mesmo alterações físicas, podem reduzir a autonomia do paciente e comprometerem a apreciação e a racionalidade das decisões a serem tomadas. Nas situações de autonomia reduzida cabe a terceiros, familiares ou mesmo aos profissionais de saúde decidirem pela pessoa não-autônoma, contudo sempre no propósito de preservar-lhe a incolumidade física.

Porém, o menor, a pessoa acometida por transtornos mentais, assim como os indivíduos retidos em estabelecimentos hospitalares ou de custódia, não devem ser vistos como totalmente afetados em sua capacidade decisional.

O simples fato da existência do diagnóstico de uma doença mental não implica que ocorra incapacidade do indivíduo para todas as decisões a serem tomadas com respeito à sua saúde ou vida. No âmbito legal, presume-se que um adulto é competente até que o Poder Judiciário o considere incompetente e restrinja seus direitos civis, mas no campo da ética raramente se julga uma pessoa incompetente com respeito a todas as esferas de sua vida. Mesmo os indivíduos considerados incapazes para certas decisões ou campos de atuação, são competentes para decidir em outras situações.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, devidamente ratificada pelo Congresso Nacional brasileiro por meio do Decreto

Legislativo número 186, de 9 de julho de 2008, redundou na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Doravante, o portador de deficiência mental, quando muito, será relativamente incapaz a certos atos da vida civil. Todavia, eventualmente, poderá realizar alguns atos da vida civil sem nenhum tipo de assistência, notadamente no campo dos tratamentos médicos quando sua escolha for livre, espontânea e ponderada. Sim, pois conforme estabelece o art. 84, *caput*, do Estatuto, "a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas".

A pessoa com deficiência passou a ser considerada plenamente capaz para exercer todos os atos da vida civil, ainda que haja necessidade de se valer de institutos protetivos como a *Tomada de Decisão Apoiada*[4].

Por outro lado, quanto aos menores ganha fôlego a teoria do menor maduro. Embora não tenha sido expressamente previsto na legislação brasileira, que considera o menor de 16 anos absolutamente incapaz, vale destacar o Enunciado n. 138 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federa, aprovado na III Jornada de Direito Civil: "a vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3.º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto".

Neste passo, a titularidade e exercício dos direitos fundamentais não estão correlacionados diretamente à capacidade jurídica da pessoa. Por conseguinte, se um menor mostrar-se plenamente consciente de seu ato e de suas consequências, deverá ver respeitada sua decisão como um "menor-maduro". Estes, conquanto menores, "são capazes de entender a natureza e as consequências (riscos e benefícios) do tratamento oferecido e de responsabilizar-se pela assistência recebida" (2012, p. 352-355).

[4] Neste novo sistema da tomada de decisão apoiada, por iniciativa da pessoa com deficiência são nomeadas pelo menos duas pessoas idôneas "com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. Trata-se de regime que também se constituirá também pela via judicial, ouvindo-se previamente o Ministério Público e equipe multidisciplinar (artigo 1783-A, §3°). Todavia, a tomada de decisão apoiada é medida cuja legitimidade ativa cabe somente ao sujeito que dela fará uso (artigo 1783-A, §2°), o que reforça o papel da autonomia do portador de transtorno mental. Possuirá apoiadores não porque lhe foram designados, mas porque assim o quis

A capacidade é configurada, então, como uma capacidade de fato, respaldando-se no princípio bioético da autonomia de vontade em que o menor demonstre a consciência moral para percepção e construção de um juízo de valor e por meio de uma relação dialógica entre médico-paciente e médico-pais ou responsável legal. Aliás, esta é a proposta da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, cujo art. 6º. Determina:

> Protecção das pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento
> 1 - Sem prejuízo dos artigos 17.º e 20.º, qualquer intervenção sobre uma pessoa que careça de capacidade para prestar o seu consentimento apenas poderá ser efectuada em seu benefício directo.
> 2 - Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei.
> A opinião do menor é tomada em consideração como um factor cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade.
> 3 - Sempre que, nos termos da lei, um maior careça, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei.

Com a assunção da teoria do menor maduro não se pretende, por óbvio, esvaziar o poder familiar do pai em relação ao filho menor. Quer-se, apenas, a participação deste na tomada de decisão, mediante a constatação de sua capacidade de discernimento conforme aquisição de maturidade .

E além do reconhecimento do princípio bioético da autodeterminação, ainda cabe observar o princípios da beneficência, do qual nos ocuparemos agora.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A autoderminação do paciente é o poder do paciente de se impor e de ter respeitadas suas vontades, crenças e valores morais, reconhecendo-lhe a liberdade e a responsabilidade no que diz respeito à própria vida e à sua intimidade. É, em *ultima ratio*, assegurar-lhe a dignidade.

Esta é a tônica de uma relação médico x paciente e restrições a essa autodeterminação, ora denominada de “paternalismo médico”, somente se justificam em casos muito excepcionais.

Uma das exceções se dá quando o paciente está acometido de uma doença infecto contagiosa cuja abstenção ao tratamento médico recomendado ponha em risco a coletividade. Por exemplo, a vacinação compulsória em caso de surtos de doenças como varíola, ebola, e alguns casos graves de gripes.

Outra exceção dá-se no caso de incapazes, conquanto se deva analisar com muita parcimônia tal situação. O princípio do "menor maduro" sugere que eventualmente um indivíduo, ainda que menor, possa ter sua vontade respeitada se poder exprimi-la com consciência e discernimento da suas consequências.

Outrossim, pessoas acometidas de transtornos mentais não podem tão somente por isso terem privada sua autodeterminação. Com o advento do Estatuto a deficiência não poderá ser motivo para privar aspectos que influam decisivamente na autodeterminação e no projeto pessoal de vida. Destarte, a pessoa com deficiência terá capacidade para reger *de per si* vários atos da vida civil, incluindo-se autodeterminar-se num tratamento médico.

Referências bibliográficas

ALVES, André Luis Dornellas. *Colisão e ponderação entre princípios fundamentais. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/colis%C3%A3o-e-pondera%C3%A7%C3%A3o-entre-princ%C3%ADpios-constitucionais>* Acesso em 10. Nov. 2016.

ALVES, Fernando de Brito. *Margens do direito: a nova fundamentação do direito das minorias*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

ÁVILA, Humberto.*Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4º. ed. Brasil: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Bioética e direitos humanos: direitos constitucionais gerais e específicos. Teoria geral da família. Direito constitucional da família. Jurisprudencia constitucional. Processualidade constitucional. In biodireito e bioética.* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

_____. *A identidade genética do ser humano. Bioconstituição: Bioética e Direito.* Disponível em <http://www.gontijofamilia.adv.br/tex023.htm.>. Acesso: 23 jan. 2013.

_____. *A identidade genética do ser humano. Biocoonstituição. Bioética e biodireito.* Disponível em <*http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8938-8937-1-PB.pdf*> Acesso em 10. Ago. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Quando a política vai mal, o judiciário toma conta*. *in* Jus Brasil Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/112078/entrevista-luis-roberto-barrosoadvogado-constitucionalista.> Acesso: 30 jun. 2013.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* 6º. ed. rev., atual. e ampl.-São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.* Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em 10 nov. 2016.

_____. *Legitimidade da recusa da transfusão de sangue pelas Testemunhas de Jeová.* Disponíel em <http://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf> Acesso em 10. Ago. 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

_____. *44 Cartas do mundo líquido moderno.* Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. *Legisladores e intérpretes.* São Paulo: Zahar, 2014, p.

BODIN, Maria Celina. *Constituição e direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 779.

BUSNELLI, Francesco Donato. *Bioética y derecho privado, fragmentos de um diccionario.* Editora Juridica Grijley, 2003.

CALIL, Mário Lúcio Garcez. *Efetividade dos direitos sociais.* Porto Alegre: Nubia Fabris Editora, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998.

CAO, Emanuele. *Bioética. Nuevos derechos y autonomia de la voluntad.* Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2000.

CASTILLO, Catalina Rosero Díaz del. *Responsabilidad Jurídica. Transfusión sanguinea*. Disponível em

<http://www.medicolegal.com.co/ediciones/1_2005/resp_jur_2.htm> Acessado em 20 mar. 16.

DEDA, Artur Oscar de. *A intimidade como direito subjetivo privado*. Revista de Direito Civil, imobiliário, agrário e empresarial. São Paulo: Editora RT, 1986, V. 36.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito.* São Paulo: Saraiva, 4ª. ed., 2009.

DWORKIN, Gerald. *Paternalismo.* Monist, LVI, n. 1, junho de 1972.

FELIPE, Márcio Sotelo. *Razão jurídica e dignidade humana*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

FERRY, Luc. *A Revolução do amor: por uma espiritualidade laica.* Tradução de Véra Lucia dos Reis. São Paulo: Objetiva, 2012.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FREITAS, Rodrigo Lima e Silva. Autonomia Privada Existencial e Paternalismo Jurídico: O caso da autonomia corporal. *In http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2013/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Rodrigo%20Lima%20e%20Silva%20de%20Freitas.pdf*

FROSINI, Vittorio. *Derechos humanos y bioética.* Santa Fé de Bogotá: Tempis, 1997.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade.* Rio de Janeiro: Tempos Brasileiros, 1997.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LIMA, George Marmelstein. *A judicilização da ética. Um projeto de transformação da ética em direito orientado pela expansão do círculo ético.* Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra, 2012.

LOCH, Jussara de Azambuja. *Capacidade para tomar decisões sanitárias e seu papel no contexto da assistência ao paciente pediátrico*. Porto Alegre: Revista da AMRIGS, out-dez 2012.

MARTINS, Eliana M. C. Otaviano. *Clonagem: aspectos médicos e jurídicos*. In In Porto Alegre: Síntese Publicações, 2002, CD-Rom nº 46. Produzida por Sonopress Rimo Indústria e Comércio Fonográfico Ltda.

MEIRA, Afonso Renato. *O direito de dizer não*. Jornal Estado de São Paulo. São Paulo. Editorial de 11 out 2004, p. A-2

MILL, John Stuart. *As testemunhas de jeová e a questão da transfusão de sangue.* Cesário Lange: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2003, CD-Ron Watchtower Library 2003 Português. Produzido por Sonopress Rimo da Amazônia Indústria e Comércio Fonográfico Ltda.

REGATEIRO, Fernando. *Ética e medicina.* Disponível em <http://www.mensageirosantoantonio.com/messaggero/pagina_articolo.asp?IDX=114IDRX=22>. Acesso: 01 jun, 2007.

SEGRE, Marcos. *As testemunhas de jeová e a questão da transfusão de sangue.* Cesário Lange: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2003, CD-Ron

Watchtower Library 2003 Português. Produzido por Sonopress Rimo da Amazônia Indústria e Comércio Fonográfico Ltda.

SILVA, Henrique Batista. *Beneficência e paternalismo jurídico.* Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600021> acesso em 10. Set. 2015.

VALDÉS, Ernesto Garzón. Derecho, ética y política. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra, 2016.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e biodireito.* São Paulo: Editora Jurídico Brasileira, 1999.