

Aspectos da incidência dos princípios constitucionais atinentes ao direito à saúde na consecução do consentimento informado nas relações entre médicos e pacientes

Aspects of the incidence of constitutional principles regarding the right to health in the achievement of informed consent in relationships between doctors and patients

Marco Antonio Valença Meira¹
Henrique Weil Afonso²

42

Resumo: A legislação constitucional e infraconstitucional pátria em matéria de saúde nasce em harmonia com os princípios constitucionais e direitos fundamentais protegidos, e lhes dá relevo. É necessário situar e entender esse panorama constitucional dos princípios fundamentais diretamente e indiretamente vinculados ao Direito à Saúde, para ser possível legitimar as condutas e diagnosticar os problemas que impedem a sua efetividade. O presente artigo tem por objetivo circunscrever esses princípios e situar a realidade de sua aplicação para no contexto da autonomia da vontade e da possibilidade de autodeterminação do paciente dentro de nosso sistema normativo. Será reforçado que a autonomia de vontade ao se submeter à determinada condição ou pesquisa médica, tratamento ou medicamento, isto é, o poder de autodeterminação do paciente, independente de se adotar um pensamento predominantemente contratualista e liberal ou, de outra sorte, uma corrente afeita a adstringir as regulações e disposições sobre o próprio corpo e a própria saúde dentro de limites vinculados a estudos da bioética, deve sempre se pautar por essa fonte de princípios constitucionais que irão nortear as melhores decisões para o Estado e para os particulares.

Palavras-chave: Saúde; Medicina; Direitos Fundamentais; Princípios; Constituição Federal; Autonomia da Vontade; Autodeterminação do paciente.

Abstract: The national constitutional and infraconstitutional legislation regarding health is born in harmony with constitutional principles and protected fundamental rights, giving them prominence. It is necessary to situate and understand this constitutional landscape of fundamental principles directly and indirectly linked to the Right to Health, in order to

¹ Graduado em DIREITO pela UNICAP/PE (2002). Especialista em Direito Médico - Cândido Mendes (IMN/PE). Mestrando na Faculdade Damas da Instrução Cristã. Advogado.

² Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC, PE). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: henriqueweil@faculdedamas.edu.br

Recebido em 15/11/2023

Aprovado em 20/12/2023

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*



legitimize conduct and diagnose the problems that hinder its effectiveness. This article aims to circumscribe these principles and situate the reality of their application within the context of the autonomy of will and the possibility of patient self-determination within our normative system. It will be emphasized that the autonomy of will in submitting to a particular medical condition or research, treatment, or medication—that is, the power of patient self-determination—whether adopting a predominantly contractual and liberal perspective or, conversely, a perspective inclined to restrict regulations and provisions on one's own body and health within limits linked to bioethics studies, must always be guided by this source of constitutional principles that will guide the best decisions for the State and individuals.

Keywords: Health; Medicine; Fundamental Rights; Principles; Federal Constitution; Autonomy of Will; Patient Self-Determination."

INTRUDUÇÃO: O DIREITO À SAÚDE E A IMPORTÂNCIA DE SUA CONTEXTUALIZAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

É essencial compreender os direitos fundamentais e sua inserção na Constituição brasileira para identificar adequadamente os principais fundamentos da saúde pública e privada no país. A consagração de princípios e sua transformação em direitos fundamentais, bem como seu papel na proteção e efetivação do Direito à Saúde, não deve ser negligenciada. O estudo desses aspectos é crucial para desenvolver uma compreensão abrangente dos alicerces de um Estado capaz de gerir a saúde de seus cidadãos de maneira prática e realizável.

A autonomia de vontade ao enfrentar condições médicas, tratamentos ou medicamentos deve ser guiada pelos princípios constitucionais, orientando as melhores decisões para o Estado e os indivíduos. O artigo está dividido em duas seções: a primeira aborda aspectos básicos dos princípios constitucionais do direito à saúde, enquanto a segunda discute a autonomia da vontade em tratamentos médicos à luz desses preceitos, explorando perspectivas liberais e garantistas sobre os direitos sociais da saúde e a limitação da autonomia para evitar abusos e violações éticas.

É crucial entender os direitos fundamentais no contexto constitucional brasileiro para identificar os fundamentos da saúde pública e privada. O estudo desses princípios é essencial para uma gestão eficaz da saúde. A autonomia de vontade em questões de saúde deve ser guiada pelos princípios constitucionais, conforme discutido em duas seções do presente artigo.

1. OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS VINCULADOS À SAÚDE

Nesta primeira seção será tratado o contexto constitucional do direito à saúde à luz dos princípios constitucionais pertinentes e da Carta Magna de 1988. Atingido este mister, ficará mais fácil tratar da questão da autonomia da vontade no âmbito da saúde.

Nem sempre será conveniente avaliar o que se denomina doutrinariamente de Direito à Saúde, enquanto preceito constitucional, sem contextualizar que outros princípios relevantes devem sistematicamente ser acionados para interagir, conforme o caso, e dar o suporte a soluções de eventos conflituosos. Não deve ser afastada a interpretação de uma norma do sistema que integra, portanto, para cercear dissentimentos.³

Graças a essa organização do sistema, torna-se possível haver uma transformação e adaptação dos dispositivos e conceitos, seja em seu interior, e pela interação de seus instrumentos conceituais e normativos, seja através do mecanismo da interferência dos fatores externos (políticos, sociológicos, e filosóficos, etc).

Alguns princípios expressos na Constituição Federal de 1988 sempre serão discutidos quando se trata do Direito à Saúde no âmbito dos direitos e garantias constitucionais.⁴

Veja-se, para iniciar a análise, que o art. 5º da Constituição Federal de 1988 consagra serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

O entrelaçamento com o Direito à Saúde surge em alguns aspectos, nesse princípio, bem como os conflitos inerentes a essa interação. É à luz dessa análise que se tenta entender, justificar, e buscar meios de superar, por exemplo, a impossibilidade de acesso a leitos hospitalares para todos.

É preciso perseguir uma igualdade material! A sociedade não pode se satisfazer apenas em ter a igualdade formalizada da lei.

Antes mesmo de se consagrar o princípio da igualdade na Carta Constitucional Pátria em vigor, pode-se partir do princípio exposto em seu art. 5º, *caput*, de que é inviolável o direito à vida.⁵

O Direito à vida, e mais do que isso, o **Direito a uma Vida Saudável**, está intrinsecamente vinculado a uma vida digna em diversas acepções. Evidente que o Direito à Vida guarda princípio verdadeiramente mais básico de todos os direitos, quando surge como genuíno pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente, sendo examinado dentro de determinados padrões conjugados com demais princípios (como o da

³ Isso será visualizado em casos onde se chocam, por exemplo, de um lado, o Direito à Vida e a um atendimento digno em estabelecimentos de prestação de serviços médicos e, do outro, as possibilidades ou meios materiais para atender a essas demandas.

⁴ Tenha-se sempre em mente, aliás, que a Carta Magna de 1988 nasceu com inspiração e em consonância com os mais modernos princípios dos Direitos Humanos.

⁵ Refere-se aqui a VIDA como bem jurídico tutelado como básico, e cujo alcance abrange desde a concepção até o óbito da pessoa.

dignidade), quais sejam: uma alimentação adequada, à moradia (art. 5º, XXIII, da CF/88), ao vestuário, à saúde (art. 196 da CF/88), educação (art. 205 da Carta Magna de 1988), Lazer (art. 217 da CF/88).⁶

Já a dignidade da pessoa humana é princípio expressamente enunciado no inciso III, do art. 1º da Constituição Federal de 1988, e nessa ordem constitucional pode ser analisada tanto pela perspectiva da dignidade como qualidade humana, quanto do aspecto da dignidade como norma (RUZYK, 2000, p. 169/173). A dignidade, entretanto, deve ser encarada pela humanidade como um conceito apriorístico, isto é, indissociável **sempre** de todos os seres humanos.

Toda situação onde a perversão moral, mesmo que relativizada, mereça menção, ou suscite degradações do ser humano, é sintoma ou sinal de que é necessária a atuação estatal e da sociedade civil para atacar e cercear o “mal” desestabilizador das camadas de consistência da dignidade.

Nesse sentido, ativismo judicial, atuação social, debate contínuo, democratização das políticas públicas e identificação/diagnose dos problemas crônicos que relativizam a dignidade são providências e atitudes urgentes de sistematização e aplicação na sociedade.

O Ministro Celso de Mello, chancelou a dimensão individual do direito à saúde, ao identificá-la como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, isto é, que conduz o indivíduo e o Estado para uma relação jurídica obrigacional⁷.

E um homem tem a sua dignidade aviltada não somente quando se vê privado de parte das suas liberdades fundamentais, como também quando lhe é negado acesso à alimentação, educação básica, moradia e, por corolário lógico, às suas condições de cuidar da saúde, sem a qual de imediato resta relegada à precariedade a condição humana de cidadão funcional (SARMENTO, 2000, p. 71).

Dos princípios constitucionais da igualdade, direito à vida, e da dignidade da pessoa humana derivam outros, que envolvem a fundamentalidade, a responsabilidade estatal, o acesso à saúde, integralidade de atendimento, e os direitos sociais. Para interesse da próxima seção de estudo, atenhamo-nos ao Princípio da Proporcionalidade e sua aplicação na avaliação médica, no momento.

⁶ Outro aspecto bastante discutido atualmente dentro da bioética é o início da vida e sua proteção, e os limites de disposição do próprio corpo em confronto com o direito à vida e a dignidade humana, aspectos que pedem estudo particular mais aprofundado e distinto dos presentes objetivos deste artigo.

⁷ (BRASIL, STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em Nov/2012).

O princípio da proporcionalidade como um mediador dos demais princípios, terá preponderante papel no estudo da responsabilidade civil médica e das instituições de saúde, exurgindo como um instrumento para solução de instigantes litígios, posto que contrapõe e orienta, compara e soluciona as colisões entre princípios.

O Estado considerará o princípio da proporcionalidade na consecução do Direito à Saúde, e nessa tarefa enfrentará desafios típicos como a escolha do meio mais eficiente e adequado para obtenção da finalidade desejada, a tarefa de evitar excessiva onerosidade ou custo, e a preservação dos direitos fundamentais protegidos pela Constituição Pátria vigente.

Observa-se desafios análogos em outras nações, gerando os mesmos dilemas que aqui enfrentamos. É a eterna contraposição entre o direito da sociedade a um mínimo comum em termos de saúde pública e o direito individual a um tratamento muitas vezes oneroso ao extremo e cujos recursos serviriam ao tratamento de diversas questões gerais em termos de saúde pública. No Brasil tais dilemas são maximizados não pelas disputas políticas, mas, antes disso, pelo agravamento das condições de precariedade social e de miserabilidade não enfrentadas de forma tão agudas nos países ricos.

Pode-se concluir que o Princípio da Proporcionalidade no seio das normas constitucionais e princípios em colisão enfrenta desafios delicados e procura solucionar questões polêmicas, dosando e harmonizando a proteção de direitos postos momentaneamente em contraposição.

É, de fato, uma tarefa onde muitas vezes esse Princípio aparentará não ter atingido a contento a finalidade de proteção dos direitos fundamentais e de encontro da melhor solução jurídica para determinado percalço, mas isso não retira do Princípio da Proporcionalidade a sua funcionalidade e relevância funcional.

Quando se fala em proporcionalidade, fatalmente se entra na seara da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, um mínimo existencial material e não apenas formal, sendo visível que o enfrentamento dos limites entre se garantir uma vida digna e as barreiras do esgotamento de recursos criam questões traumáticas, cujas discussões escalaram até o E. STF, mas que são incansavelmente enfrentadas no dia-a-dia pelos magistrados de primeira instância, onde as questões de saúde pública batem às portas do Judiciário diariamente pedindo uma

mediação jurídica conquanto igualmente humanitária, e debruçando os julgadores sobre os mais diversos percalços de falta de recursos para dar o que seria de fato justo para todos.⁸

Quanto ao princípio da responsabilidade estatal pela Saúde (ínsito no Art. 196, CF/88), estabelece esse dever do Estado por meio de políticas socioeconômicas próprias para equalização dos meios de promoção da saúde e efetivo alcance pelos destinatários.

Por fim, a tríade formada pelo acesso universal e igualitário (o qual impõe que para indivíduos com a mesma situação clínica, ou acometidos pelos mesmos males, seja dado o mesmo tratamento – exames para diagnósticos, prazos, acomodações), juntamente com a gratuidade (vedação de qualquer forma de cobrança para o usuário pelos serviços - como hospitais públicos, pelas ações - como as campanhas de vacinação, questão tão em voga após a pandemia da *covid-19*, e pelos equipamentos públicos de saúde - como os de exames de imagem, por exemplo) e a integralidade do Direito à Saúde (que pressupõe uma política de amparo completa, a teor do art. 198, II da CF/88) aportam como princípios em constante intercâmbio.

À partir, portanto, desse leque de previsões e diretrizes constitucionais surge vasta e rica legislação infraconstitucional, intentando proteger o Direito à Saúde.

2. AUTONOMIA DA VONTADE E DIREITO À SAÚDE SOB O PRISMA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O dilema que se coloca, nesta segunda seção, é muito bem sintetizado por Luísa Neto (2016, p. 94), sendo o de que, com certeza, no que se refere ao conceito de direito no sentido subjetivo e, em uma acepção conhecida, a autorização normativa específica para utilizar um "bem", não existe um bem ou objeto mais crucial sobre o qual essa autorização possa ser aplicada do que o "próprio corpo" ou a saúde pessoal.

Nesse contexto, o ser humano, que tradicionalmente é sujeito de direitos, hoje também assume de forma surpreendente o papel de objeto. Portanto, como podemos conciliar, no âmbito da saúde, a alegada indisponibilidade e inviolabilidade do corpo com a capacidade do indivíduo de se autodeterminar de maneira racional?

⁸ A verdade é que, para a grande maioria, não há nem conhecimento mínimo sanitário, então falar no mínimo existencial, nesse particular, é desafio que clama por tutores de tais miseráveis, os quais não tem nem mesmo consciência de si mesmos, muito mais “existindo” do que de fato “vivendo” grande parte dessa vida.

Ao problematizar as relações entre vontade, contrato e norma, é preciso cuidado ao tratar da escolha de um sistema adequado para solucionar os impasses, mormente quanto ao Direito à Saúde, onde a opção entre modelos de objetivismo ou de subjetivismo pode fazer um salutar uso da autonomia da vontade como um caminho intermediário ou um meio-termo para se chegar a respostas. Senão vejamos.

Parta-se, pois, de um referencial filosófico para investigar o problema: a ética referenciada por Emmanuel Kant. O imperativo categórico em Kant é uma formulação apriorística, pura e sem vinculação com a ideia do útil ou do prejudicial, constituindo-se em uma escolha racional e voluntária, voltada para uma finalidade. Impera o ser moral e a ideia de dever, em contraposição a interesses pessoais. E esta resenha traz essa questão para o campo da bioética.

Nessa linha de pensamento, a consciência legal coletiva estabelece o limite da legitimidade da autonomia constitutiva: os limites da liberdade individual são definidos por critérios de ética comunitária, que orientam a seleção lógica entre ações que são verdadeiramente desejáveis, buscando harmonizar a suposta missão de iluminar os cidadãos pelo Estado, com a imperativa necessidade de promover a solidariedade inerente à coletividade (NETO, 2016, p. 95).

Vive-se um cenário em que conceitos como dignidade e boa-fé, plasmados no texto constitucional, tem força preponderante hoje na tomada de decisões, e regulam os preceitos da bioética enquanto disciplina que examina questões morais e éticas relacionadas à vida, especialmente no contexto da medicina e da pesquisa biomédica. Mas isso nem sempre foi assim: é fruto de uma evolução do panorama histórico jurídico.

Conforme a escola pandectística, o conceito de contrato estava vinculado a um modelo liberal em que o Estado desempenhava funções mínimas para proteger as liberdades individuais. No entanto, com a massificação das relações sociais e o fortalecimento do papel do consumidor após a Revolução Industrial, esse modelo revelou-se inadequado. Os códigos do século XIX não acompanhavam a evolução da sociedade, demandando uma mudança no enfoque patrimonialista para lidar com a complexidade das novas relações legais. Isso destacou a necessidade de incluir disposições que resolvessem conflitos de natureza existencial, mista, patrimonial e não patrimonial, ajustando o nível de intervenção estatal conforme a utilidade existencial do objeto do contrato. (RAGAZZO, 2009, P. 25-26).

Percebe-se pois a contraposição de duas correntes que ainda hoje dialogam sobre a autonomia e liberdade humana, nas relações que envolvem as disposições em matéria de saúde

sobre o próprio corpo: uma corrente primariamente e precipuamente contratualista, e outra que sobrepõe ao aspecto obrigacional privado uma ética, ou mais precisamente, uma bioética das relações humanas no direito à Saúde.

A autonomia dos pacientes na decisão de procedimentos médicos é um tema controverso que levanta questões sobre os limites do papel dos profissionais de saúde e seu impacto no direito à vida. Muitas vezes se questiona se os pacientes têm a capacidade de tomar decisões sensatas ao recusar tratamentos essenciais para sua saúde, alegando "autonomia existencial". No entanto, deve ser suprida a carência de discussão sobre questões igualmente preocupantes, como mistanásia (morte social) e distanásia (prolongamento artificial da morte), e o fato de serem rarefeitos esses debates, por si só, já é um dado preocupante. Exsurgem, nesse sentido, indagações pertinentes. Até que ponto um tratamento é fútil? E, inversamente, qual é o limite para manter um paciente vivo, praticando distanásia, quando ele se recusa a um procedimento? Quanto à mistanásia, que resulta também da desigualdade social, esta força os profissionais de saúde a "selecionar" quem tratar, quem viver e quem morrer (BARCELOS, 2022).

Além disso, enfrentamos desafios como a escassez de recursos nos hospitais públicos, falta de médicos, leitos, medicamentos e tratamentos contínuos para a população de baixa renda.⁹

Mas o dilema sobre a disposição de nossas próprias faculdades e de nossa própria saúde em prol da liberdade, autodeterminação e/ou autonomia da vontade é bem posto por Luísa Neto (2016, p. 96), a qual traz raciocínio que passa a servir de ponto de inflexão sobre o tema em estudo, quando elucida que a proteção legal do corpo humano é fundamentada na dignidade da pessoa humana, que é criada pelo direito. O corpo é salvaguardado porque serve como suporte dessa pessoa, e a proteção não é direcionada apenas ao corpo, mas à pessoa como uma abstração jurídica definida pelos atributos que representam a trama da dignidade humana.¹⁰

Eudes Quintino de Oliveira Júnior (2021), estudando os limites da autonomia da vontade do paciente, pondera que, sob a perspectiva de um vínculo linear estabelecido entre o profissional médico e o paciente, constata-se que este constitui atualmente o pilar fundamental do Código de Ética Médica, conforme preceituado na Resolução 2217/2018. Isso se traduz na estritamente proibição ao médico do ato de omissão na obtenção do consentimento do paciente ou de seu representante legal, após prestar esclarecimentos acerca do procedimento a ser

⁹ É crucial não apenas debater princípios constitucionais, mas também examinar a contento os liames entre a noção de dignidade individual e justiça social e debater os limites da autodeterminação quanto à saúde, em um contexto comunitário cada vez mais global.

¹⁰ Nesse sentido, para exemplificar, não se pode dar o mesmo peso à decisão de uma pessoa de extirpar a própria mão esquerda, se essa pessoa for uma pianista. O peso dessa decisão possui uma série de outras camadas ínsitas à dignidade e identidade da pessoa humana posta em análise.

executado, a menos que haja uma situação de iminente risco à vida, nos termos do artigo 22 do mencionado Código Deontológico. Assim é que se perscruta até onde se estende a autonomia da vontade do paciente. Em algumas ocasiões, as opiniões do médico, à despeito de seu conhecimento técnico aprofundado, podem não coincidir com as preferências do paciente.

Tem-se, pois, nesse momento, o ato médico onde a responsabilidade é partilhada com o paciente e ambos abraçam a missão de engenho do cuidado humano¹¹. A autonomia do paciente não pode superar limites éticos e morais do médico, justificando objeção de consciência. O médico pode recusar procedimentos que conflitam com suas convicções, mesmo se forem legítimas preferências do paciente.¹²

Sobre a juridificação da autonomia, aliás, observa-se que o objetivo do indivíduo na era pós-moderna é assumir o controle de sua vida e dar-lhe um significado pessoal, evitando seguir scripts pré-determinados. Em vez disso, ele busca criar seu próprio caminho, baseado em suas decisões pessoais, tornando-o legítimo e autêntico (MINAHIM, 2022, p. 21).

Cumpram agora ser didático e enfrentar os conceitos, para sintetizar a questão.

No contexto da assistência à saúde e da medicina, a autodeterminação se refere à capacidade das pessoas de influenciar, conforme o caso, o seu próprio curso de tratamento e cuidados de saúde ao tomar decisões no curso de suas vidas (RAZ, 1986, p.369), conquanto satisfatoriamente munido de informações preliminares pelos seus médicos.

No dizer de Michel Wehmeyer e Michelle Schwartz (1998, p. 3), a “autodeterminação refere-se ao conjunto de atividades e habilidades que o indivíduo necessita para atuar de forma autônoma e ser protagonista dos acontecimentos relevantes na sua vida, sem influências externas desnecessárias”.

Nesse sentido, pode-se inferir que a autodeterminação nos cuidados da saúde merece ser considerada como um conceito jurídico próprio em relação à autonomia privada. Isto porque, conquanto a autonomia privada encontre nos contratos uma de suas primordiais eclosões, não se limita aí, englobando conteúdos de caráter existencial (FARIA, 2007, p. 63).

¹¹ A Associação Médica Brasileira (AMB), em documento extremamente atual, formatado pelo Comitê Extraordinário de Monitoramento Covid-19, no item 7, com o intuito de direcionar os pacientes a respeito de condutas médicas, professou: "Reafirmamos que, infelizmente, medicações como hidroxiquina/cloroquina, ivermectina, nitazoxanida, azitromicina e colchicina, entre outras drogas, não possuem eficácia científica comprovada de benefício no tratamento ou prevenção da COVID-19, quer seja na prevenção, na fase inicial ou nas fases avançadas dessa doença, sendo que, portanto, a utilização desses fármacos deve ser banida". (Circular 02/21 da Associação Médica Brasileira)

¹² O Código de Ética Médica, no Capítulo atinente aos Direitos dos Médicos, item IX, proclama: "Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência".

A autonomia estaria em um espaço de atuação livre dentro do direito, onde o sujeito consegue agir dentro das normas protegido da ação arbitrária de terceiros. Na autodeterminação, complementarmente, e indo além, fixa-se o que se pretende para si mesmo.

Na medicina, a autodeterminação permite que o paciente tenha controle sobre seu tratamento, sendo a expressão máxima de seus direitos de personalidade¹³. Isso se aplica a relações médicas contratuais e extracontratuais, permitindo ao paciente tomar as rédeas de sua história e agir em oposição a decisões alheias (MONTEIRO, 2021).¹⁴

Conclui-se disso que o jurista deve considerar uma nova perspectiva decorrente da interação entre o direito civil-constitucional e a bioética, que envolve a expansão da autonomia nas decisões de cuidados de saúde. Essa evolução é motivada pela integração da cultura jurídica com os avanços da biotecnologia, destacando a necessidade de alinhar a bioética com a legalidade. A mudança na interpretação das leis, atribuindo maior importância aos valores humanos, reflete o reconhecimento do indivíduo como alguém capaz de exercer sua liberdade de escolha e autodeterminação, influenciando a forma como lida com questões que afetam seu corpo.¹⁵

Os estudos da bioética, a construção sistêmica dos direitos fundamentais e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento da República acabaram por penetrar o direito privado e modificar a forma de se visualizar os tradicionais institutos jurídicos e, dentre eles, os negócios jurídicos (MONTEIRO, 2021).

Nesse sentido, não se deve deixar de reconhecer: a relação entre o profissional de saúde e o paciente está sofrendo diariamente uma ressignificação. Isso é fruto da evolução da tecnologia, dos dilemas jurídicos novos, e principalmente da preocupação dos juristas em responder a contento, quando não tentar se antecipar até, às novas questões apresentadas pela bioética e pela regulação humana das próprias relações e de si mesmos.

Segundo Gerson Luiz Carlos Branco (2011, p. 03 e 04), a autodeterminação está relacionada a novos tipos de declarações de vontade ligadas às liberdades individuais, como o

¹³ Juliano Monteiro (2021) alerta pois que, embora frequentemente tratados como sinônimos, autonomia privada e autodeterminação são conceitos importantes na bioética e debates jurídicos.

¹⁴ O teor do art. 15 do Código Civil Brasileiro milita nesse sentido: *Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.*

¹⁵ Corte de Cassação Italiana, 21 de janeiro de 2009, n. 2.437. No caso em questão, uma paciente foi submetida a um procedimento cirúrgico laparoscópico, no qual suas trompas de falópio foram removidas. A paciente, insatisfeita por não ter sido adequadamente informada sobre a salpingectomia, decidiu processar o médico. O tribunal condenou o médico por infringir a liberdade de decisão do paciente em assuntos médicos. Notavelmente, a Corte de Cassação Italiana, nessa decisão, reconheceu que a violação do direito de autodeterminação do paciente pode levar à responsabilização médica, indicando uma tendência em considerar esse direito como uma figura jurídica distinta e digna de proteção no sistema legal, especialmente em questões de assistência à saúde. Exemplo extraído do artigo do Prof. Juliano Ralo Monteiro descrito nas referências.

consentimento informado e contratos para pesquisas médicas. No entanto, o avanço da responsabilidade médica e a importância da informação na área de saúde tornaram esses atos rotineiros, mas não podem ser vistos como atos de autonomia privada devido à proteção constitucional das liberdades pessoais.

Otávio Luiz Rodrigues Junior (2004, p. 126/128) prenuncia que o direito à autodeterminação está ganhando destaque no direito privado e vai além da autonomia privada. A autodeterminação, baseada no princípio da dignidade da pessoa, concede a cada indivíduo o poder de gerenciar livremente seus interesses e escolhas de vida, enquanto a autonomia privada se refere à formação livre de relações jurídicas, especialmente em contratos.¹⁶

Não se trata apenas de uma liberdade jurídica, como quer a autonomia, mas sim, significa dizer que o indivíduo há de ser senhor de seu corpo, mente e espírito que além de direito natural, recebe a tutela máxima existencial do ordenamento jurídico, independentemente de qualquer fator externo de sujeição do indivíduo (MONTEIRO, 2021).

Baseado na proteção constitucional de liberdades e privacidade, a autodeterminação permite que o indivíduo tenha controle sobre seu corpo, incluindo a capacidade de aceitar ou recusar tratamento médico, refletindo um interesse legítimo do indivíduo; sendo, nesse sentido, a autodeterminação em essência irrenunciável.

A informação desempenha um papel essencial na relação médica, capacitando os pacientes a tomar decisões conscientes sobre sua saúde. Essa informação deve ser comunicada de maneira simples e compreensível pelo profissional médico, permitindo ao paciente ponderar os riscos e benefícios da intervenção em seu corpo. Além disso, a autodeterminação é independente da autonomia nos assuntos que envolvem direitos pessoais.

CONCLUSÃO

Seja adotando o pensamento de um corrente liberal e afeita à deixar que as partes transacionem ao máximo sobre as condições de um tratamento de saúde, ou filiando-se a uma facção que prefira a proteção e controle maior do poder público para evitar arbitrariedades e abusos contra a dignidade humana, em qualquer que seja a corrente, sempre irá se verificar a necessidade de se pautar as decisões conforme os princípios constitucionais balizadores dos direitos voltados para a saúde, no intuito de promover a justiça social e a proteção da sociedade.

¹⁶ O autor também destaca que a autodeterminação abrange a autonomia privada e as escolhas individuais relacionadas a ideologia, partido político, religião, orientação sexual e o direito de renunciar à própria vida.

A aceitação de Direitos Fundamentais pertencentes a toda a humanidade é condição para o entendimento do Direito à Saúde de uma maneira ampla, fundamental e com acepções complementares, e não excludentes.

Desde a promulgação da CF/88, e a partir da implantação dos mecanismos previstos para assegurar o Direito à Saúde, sempre se tem questionado o sistema de Saúde Pátrio, e nunca esteve tão atual a afirmação de que a Saúde não tem recebido os devidos cuidados do Poder Público, o qual não vem cumprindo o seu desiderato de suprir essa prestação, o que só fica mais sensível por se tratar de direito fundamental.

Definitivamente, estes desafios propostos não são simples, e tanto o Estado como os entes privados, enquanto provedores da Saúde, precisam estar em constante vigília para se adaptar aos desafios, estar preparados para os incessantes obstáculos que a proteção da Saúde - Direito Fundamental - apresenta.

Não se pode ingenuamente, por outro lado, relevar que a desigualdade e exclusão social dos países pobres dificulta muito tudo isso, pois falar em autodeterminação, como visto na segunda seção do presente artigo, implica em diversas camadas de discernimento, razão e capacidade sem as quais um consentimento para determinado ato se esvazia em mera formalidade incapaz de concretizar o objetivo real de proteção da saúde e da comunidade. Respeitar a autodeterminação implica reconhecer o direito do paciente de decidir sobre sua vida, considerando suas experiências e valores, mesmo que difiram do consenso social, priorizando a preservação da liberdade de escolha.

Não se pode deixar de lado, enfim, que os desafios impostos pelo estudo do contratualismo e seus limites na autonomia da vontade e autodeterminação do paciente nunca deixarão de se pautar pelas normas constitucionais fundadas no Direito à Saúde como Direito Fundamental e pelos princípios constitucionais correlatos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELOS, Stephanie. A autonomia jurídica do paciente e os tratamentos de saúde no Brasil. 2022. Disponível em: www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/122308/119045. Acesso em: 05/11/2023.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Primeiras linhas para distinguir atos de autonomia privada de atos de pura autodeterminação**, 2011, p. 3/4;

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. **Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária. Direito Civil: Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais.** Coordenação: César Fiúza, Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 63.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Aspectos Éticos e Jurídico-Penais da Relação Médico Paciente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

MONTEIRO, Juliano Ralo. **A Autodeterminação nos Cuidados Da Saúde.** 2021. Coordenação: Miguel Kfourir Neto e Rafaella Nogaroli. Disponível em: www.contraditor.com/a-autodeterminacao-nos-cuidados-da-saude/. Acesso em 02/11/2023.

NETO, Luísa. **Ética e Autonomia da Vontade no Campo da Saúde.** 2016. Disponível em: www.contraditor.com/a-autodeterminacao-nos-cuidados-da-saude/. Acesso em: 06/11/2023.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintina de. **Limites da autonomia da vontade do paciente.** 2021. Disponível em: www.migalhas.com.br/coluna/leitura-legal/342488/limites-da-autonomia-da-vontade-do-paciente. Acesso em: 03/11/2023.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 163, jul./set. de 2004, p. 126/130.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O Dever de Informar dos Médicos e o Consentimento Informado.** Curitiba: Juruá, 2009.

RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom.* London: Oxford University Press, 1986, p. 369.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianoviski e CLÉVE, Clémerson Merlin (org.) **A fiscalização abstração da constitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 71.

WEHMEYER, Michael; SCHWARTZ, Michelle. **The relationship between self-determination and quality of life for adults with mental retardation. Education and Training in Mental Retardation and Developmental Disabilities.** ISSN 0013-1237. 33:1 (1998) 3–12.