

O CONSENTIMENTO ESCLARECIDO EM MATÉRIA DE BIOÉTICA: ILUSÃO DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE¹

THE INFORMED CONSENT IN BIOETHICS: ILLUSION OF EXCLUSION OF LIABILITY

Daisy Gogliano*

Resumo:

A proposta de nosso trabalho é um estudo crítico sobre os denominados “princípios da bioética”, precisamente a “autonomia” e o “consentimento-informado” ou esclarecida que têm dominado o consensualismo norte-americano, fundado na moral kantiana, mesclada com o utilitarismo. Para tanto, discorreremos sobre o ethos, na sua forma “originária” e própria de que fala Aristóteles, a designar o costume (mos, mores), que se circunscreve no agir, na tarefa empenhada, na excelência da ação, jamais na idéia de um fim de caráter absoluto. No que se refere à autonomia, distinguimos os preceitos aplicados na pesquisa biomédica, daqueles que dizem respeito ao tratamento médico. Nestes, em razão da natural incapacidade do paciente, fragilizado pela doença, subjugados pelas circunstâncias em que se encontra, as quais não pode controlar, por lhe faltar, justamente, a autonomia, o consentimento-informado (informed-consent) não pode ser transformado em cláusula de exclusão de responsabilidade do médico. O respeito ao paciente importa em fazer da prudência o liame necessário para o esclarecimento do diagnóstico e da terapêutica adequada, em benefício do paciente, nas bastando, portanto, a capacidade civil. O consentimento-informado está se tornando um instrumento de abusos, que vem afrontando os nossos costumes e a nossa tradição, rompendo com a relação médico-paciente, no momento em que a Medicina se transformou em mera técnica, deixando de ser arte.

Palavras-chave: Consentimento-informado. Consentimento-esclarecido. Bioética. Autonomia. Responsabilidade civil médica. Exclusão de responsabilidade. Incapacidade natural.

Abstract:

The proposal of our work is a critical account of the so-called “principles of bioethics”, precisely the “autonomy” and “informed consent” or clarified that have dominated the North American consensualismo, founded on moral kantiana, merged with the utilitarianism. For both, discorreremos about ethos, as “originating” and own that speaks Aristotle, to designate the usual (mos, mores), which limited the act committed, on the task, on excellence in action, never on the idea of an absolute character. As regards autonomy, we distinguish the provisions applied in biomedical research, of medical treatment. In these, because of patient’s natural inability, weakened by disease, subjugated by the circumstances, which cannot control, so you miss the autonomy, the consent-informed (informed-consent) cannot be transformed into Disclaimer of doctor. Respect for patient care in making

¹ O presente artigo integra o livro NERY, Rosa Maria de Andrade; Donnini, Rogerio (Coords.). *Responsabilidade civil: atualidade do tema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, em homenagem ao Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Doutor Rui Geraldo Camargo Viana.

* Professora Doutora de Direito Civil do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

the connection of prudence required for clarifying the appropriate diagnosis and therapy, the patient's benefit, simply therefore civil capacity. The informed-consent is becoming an instrument of abuse, which comes in an affront to our habits and our tradition, breaking with the physician-patient relationship, as the Medicine turned into mere technique than art.

Keywords: Informed Consent. Consent-savvy. Bioethics. Autonomy. Medical liability. Exclusion of liability. Natural Inability.

1. Noções introdutórias

Quem nos dá um perfil histórico abrangente sobre a Bioética, cuja finalidade é resolver questões ou dilemas morais que se apresentam na prática da biomedicina em face dos avanços tecnológicos é Joaquim Clotet, a quem se deve a abertura e os primeiros avanços no caminho do estudo da Bioética em nosso país, com a implantação dos Comitês de Bioética, ao expor: “A bioética é uma ética aplicada que se ocupa do uso correto das novas tecnologias na área de ciências médicas e da solução adequada de dilemas morais por ela apresentados. Trata-se, portanto, de um ramo específico da filosofia moral com características próprias. O termo bioética foi usado pela primeira vez pelo oncologista da Universidade de Wisconsin, Van Rensselaer Potter na sua obra *Bioethics: a brige to the future*. O significado originário atribuído por Potter ao conceito bioética era o de uma reflexão sobre as possíveis conseqüências negativas do desenvolvimento científico. Contudo, foi o obstetra de origem holandesa André Hellegers quem usou a mesma palavra de modo institucional, na Universidade de Georgetown, para significar o novo campo de pesquisa da ética biomédica. Esse mesmo significado solidificou-se na forma de uma nova disciplina de grande interesse para a medicina, a ética e o direito”.²

Acrescenta o ilustre autor, que em 1971 surgiu “sob a direção do próprio André Hellegers, o inicialmente denominado *The Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics* e posteriormente ‘Kennedy Institute of Ethics’, bem como o ‘Hastings Center’, de Nova York”.

A Bioética disseminou-se rapidamente com a criação de vários centros de estudos e Comitês de Bioética, tanto em nível nacional como internacional, além de comitês organizados em instituições particulares, no sentido de decidir sobre questões de vida, ou seja, “fazer juízos racionais para as opções morais”, aquilo que Clotet demonstra

² CLOTET, Joaquim. A bioética: uma ética aplicada em destaque. In: CAPONI, Gustavo A.; LEOPARDI, Maria Tereza; CAPONI, Sandra N. (Orgs.). *A saúde como desafio ético*. Anais do I Seminário de Filosofia e Saúde, Sociedade de Estudos de Filosofia e Saúde CCS/UFSC. Florianópolis, 1995. p. 115-129. Joaquim Clotet é Professor de Filosofia e Reitor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Em 1998 iniciou o programa de Bioética na Pós-graduação em Medicina.

como *the good reasons approach*, com base na **racionalidade** e **autonomia**, visando a possibilidade de um discurso moral público, surgindo daí, a ética calcada em **princípios**. Para tanto, como assevera Clotet, “a **ética aplicada** de natureza casuística, visa estabelecer parâmetros, melhor dizendo, “regras de comportamento ético”, considerada como “a parte da filosofia prática cujo objetivo é considerar e avaliar a conduta por meio de regras, princípios, valores, ideais, razões e/ou sentimentos”, surgindo, assim, a figura do “eticista” o “*expert*” em ética”.³ – Qual ética???

2. Princípios

Os princípios da bioética, deduzidos da razão, portanto meramente abstratos, surgem como uma “tábua de valores”, mandamentos, comandos que devem ser aplicados por adequação aos casos práticos, para uma tomada de decisão diante de um dilema moral. De origem norte-americana, com vasta literatura sobre o tema, envolta no pragmatismo, de caráter notadamente utilitarista, acabou por se espriar na resolução de problemas da biomedicina, para uma decisão “racional”, no denominado “principlismo”, na verdade “principismo”.

Tais princípios basilares, mandamentos, “imperativos categóricos”, resumem-se no seguinte: autonomia, consentimento informado ou esclarecido; justiça, não-maleficência e beneficência.

O “Código de Nuremberg”, de 1947 que veio à luz após as atrocidades nazistas com experimentação em seres humanos, sob o comando aliado, buscou traçar diretrizes na experimentação humana, trazendo, pela vez primeira, a necessidade do “consentimento informado”, neologismo esse utilizado com vigor na aplicação dos princípios da bioética. Calcado no dogma da vontade, o Código de Nuremberg assenta textualmente que “o consentimento voluntário é absolutamente essencial”, para qualquer experimento, com livre escolha, para tomarem uma decisão, portanto, autônoma, sem qualquer interferência, livre, após os esclarecimentos suficientes “do assunto em estudo”. Para que seja “esclarecido ou informado”, exige que “sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido a sua participação no experimento”.

³ CLOTET, Joaquim. A bioética: uma ética aplicada em destaque. In: CAPONI, Gustavo A.; LEOPARDI, Maria Tereza; CAPONI, Sandra N. (Orgs.). *A saúde como desafio ético*. Anais do I Seminário de Filosofia e Saúde, Sociedade de Estudos de Filosofia e Saúde CCS/UFSC. Florianópolis, 1995. p. 115-116.

Mas, ressalva o “Código de Nuremberg” que o “dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que indica ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidade pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente. Na verdade, permite o “Código de Nuremberg” a captação da vontade e não raro foram os experimentos realizados com a contraprestação em pagamento. E, “o grau de risco aceitável deve ser limitado pela importância do problema que o pesquisador se propõe a resolver”, vale dizer, o “balanceamento risco/benefício”.

Ora, durante décadas tais “comandos” utilitaristas nunca foram questionados, tornando-se o primeiro movimento para a bioética, quando o tribunal militar americano, em 1947 decide mostrar ao mundo os primeiros “princípios” da ética médica. A Segunda Guerra Mundial foi fato decisivo, porque o conflito armado é justamente o campo onde a medicina exercita seus experimentos, onde novas técnicas cirúrgicas são empreendidas, novos medicamentos etc., fazendo eclodir a tecnologia, com a abertura de um “mundo novo”, do pós-guerra.

Jean-Pierre Baud, professor de história do direito na Universidade Paris X – Nanterre, em sua obra “*Le Droit de vie et de mort – Archéologie de la bioéthique*”⁴ demonstra que a bioética se situa entre a religião, a medicina e o direito. E o jurista do direito civil não intervém na bioética, restando, portanto, marginalizado.

Para o ilustre jurista francês, a deontologia médica nasceu com o filósofo inglês Bentham, concebida como **ciência dos deveres**, no contexto médico acabou se tornando, também, a ciência dos direitos dos médicos. Em 1845, surge na França a primeira obra que trata da deontologia médica, cujo autor foi Max Simon que buscou oferecer a todos os cidadãos **garantias morais** na profissão médica. De modo estratégico, a deontologia médica passa a ser consagrada na sua autonomia normativa, com autoridade moral e caráter absolutista.

A “declaração de Helsink” (1964-2000) veio traçar princípios básicos para a pesquisa clínica, elaborada pela Associação Médica Mundial, fortalecendo, do mesmo modo, o dogma da vontade e inserindo a proteção à “dignidade do ser humano”, tal como exposto: “1. É dever do médico, na pesquisa clínica, proteger a vida, saúde e dignidade do ser humano”. Em seu item 13, expõe em detalhes como deve ser obtido

⁴ BAUD, Jean-Pierre *Le droit de vie et de mort: archéologie de la bioéthique*. Paris: Aubier, 2001. p. 303. Referindo-se à obra de Max Simon, “Deontologie médicale: Des devoirs et des droits des médecins dans l’état actuel de la civilisation”, Paris, Bailliére, 1845, p. 289, onde está escrito: “C’est Bentham qui le premier employa cette expression, et dans sa pensée, elle ne signifie que la morale, ou la science du devoir. En réfléchissant sur la valeur de ce mot, deon, de dei, il faut, il est nécessaire, il nous a semblé qu’il pouvait signifier également le devoir et le droit, et que nous pouvions d’autant mieux l’employer dans ce sens, que par là se trouvait exprimée la corrélation qui existe entre l’un e l’autre”.

o consentimento informado: “Em qualquer pesquisa envolvendo seres humanos, cada paciente em potencial deve estar adequadamente informado quanto aos objetivos, métodos, fontes de financiamento, quaisquer possíveis conflitos de interesse, afiliações institucionais do pesquisador, os benefícios antecipados e riscos em potencial do estudo e qualquer desconforto que possa estar vinculado. O sujeito deverá ser informado da liberdade de se abster de participar do estudo ou de retirar seu consentimento para sua participação em qualquer momento, sem retaliação. Após assegurar-se de que o sujeito entendeu toda a informação, o médico deverá então obter o consentimento informado espontâneo do paciente, preferencialmente, por escrito. Se o consentimento não puder ser obtido por escrito, o consentimento – não escrito deverá ser formalmente documentado e testemunhado”.

Como se constata, tais documentos internacionais não diferem muito dos paradigmas bioéticos utilizados pela nova era da “bioética”. Todos esses princípios buscam a decisão racional considerada “sensata”.

Portanto, o consentimento informado torna-se um imperativo ético. Tal princípio está estritamente ligado ao da autonomia, vale dizer, quando livremente, sem qualquer coação, a pessoa concorda em participar da pesquisa clínica.

Em 1979, a comunidade científica norte-americana publica o “Relatório Belmont”, em face dos abusos cometidos contra “sujeitos humanos” durante a Segunda Guerra Mundial, considerando os Códigos Internacionais “difíceis de interpretar e aplicar, dada a sua generalidade. Com isso, foram traçados os limites entre a prática e a investigação”, propugnando pela adoção de “princípios básicos”, a saber: 1. respeito às pessoas, consistente em tratá-las como “agentes autônomos”. E, toda pessoa com autonomia diminuída deve ser protegida. Considera-se uma pessoa autônoma aquela capaz de deliberar sobre seus fins pessoais e agir sob a deliberação tomada, de acordo com seus critérios razoáveis; 2. **beneficência**, resume-se em não causar dano, vale dizer, lembrando o aforisma de Hipócrates – *primum non nocere*. Nesse sentido, acrescenta o “Relatório Belmont”, ao lado da máxima hipocrática, a beneficência deve buscar “maximizar os benefícios possíveis e diminuir os possíveis danos”, obviamente em nítida contradição com a regra fundamental da medicina, a justa medida, o *altere non laedere*; e 3. **justiça**, onde os iguais devem ser tratados com igualdade. Busca o “Relatório” explicar os critérios da pretendida “igualdade”, notadamente quando da escolha dos sujeitos da pesquisa, tais como , prisioneiros, pessoas vulneráveis, crianças, idosos, minorias étnicas, grupos raciais particulares, etc., levando-se em consideração preceitos básicos: a cada pessoa segundo as suas necessidades individuais; a cada pessoa segundo o seu próprio esforço; a cada pessoa uma parte igual, colocando por terra todo o saber grego sobre a Justiça, relegando Aristóteles.

O “Relatório Belmont” foi considerado um “marco”, por se de fácil compreensão ao estabelecer distinções entre prática e investigação. Na mesma ocasião, surge a obra de Beauchamp, T. e Childress, J., *Principles of Biomedical Ethics*, com inúmeras re-edições, tornando-se um *best seller* sobre a matéria no sentido de aplicar os princípios éticos aos casos concretos, na dedução “more geométrico”.

Por sua vez, o *Comcil for International Organizations of Medical Sciences* (CIOMS), em colaboração com a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1993, elabora diretrizes éticas internacionais para a pesquisa envolvendo seres humanos, colocando o “consentimento informado” como a diretriz mestra para a participação na pesquisa. Estabelece, igualmente, diretrizes quando a pesquisa envolve crianças, prisioneiros, indivíduos de comunidades subdesenvolvidas etc., no âmbito de uma distribuição equitativa de riscos e benefícios.

Importa observar a “Diretriz n. 4”, que diz respeito à “indução à participação”, que assim se expressa: “os indivíduos poderão ser pagos pela inconveniência de e pelo tempo gasto, e devem ser reembolsados das despesas decorrentes de sua participação na pesquisa; eles podem receber, igualmente, serviços médicos gratuitos. Entretanto, **os pagamentos não devem ser tão grandes ou os serviços médicos tão abrangentes a ponto de induzirem os possíveis sujeitos a consentirem participar na pesquisa contra o seu melhor julgamento** (indução excessiva). Todos os pagamento, reembolsos e serviços médicos propiciados aos sujeitos da pesquisa devem ser aprovados por um Comitê de Ética” (grifos nossos).

Tais diretrizes, acolhidas pela própria OMS, estão a revelar, na verdade, a justa advertência de Hipócrates: “**Pedir à arte o que não é da arte e à natureza o que não é da natureza é ser ignorante, e de uma ignorância que resulta mais da loucura do que da falta de instrução**”.⁵

Entre nós, tais princípios foram agasalhados pela Resolução n. 196, de 10 de outubro de 1996 do Conselho Nacional de Saúde, que trata da “Pesquisa em seres humanos”, acolhendo explicitamente em seu preâmbulo “os quatro referenciais básicos da bioética: autonomia, não maleficência, beneficência e justiça, e visa assegurar os direitos e deveres que dizem respeito à comunidade científica, aos sujeitos da pesquisa e ao Estado”.

A Resolução 196/96, mero ato administrativo, a par das demais resoluções que complementam os princípios básicos, cuidam especialmente dos Comitês de Ética em Pesquisa (CEP), cuja missão é “salvaguardar os direitos e a dignidade dos sujeitos da pesquisa”.

⁵ Hippocrate. *De L'art Medical*. Trad. Émile Littré. Paris: Librairie Générale Française, 1994. p. 189.

Para tanto, o Conselho Nacional de Saúde (CNS) e a Comissão Nacional de Ética e Pesquisa (CONEP), do Ministério da Saúde elaboraram um “Manual Operacional para Comitês de Ética e Pesquisa”, com glossário especializado, cujas normas extravasam a própria Resolução, visando a capacitação e o treinamento dos “eticistas”, membros dos Comitês de Ética, onde o “Termo de Consentimento Livre e Esclarecido” (TCLE) revela-se o documento mais importante para a análise do protocolo de pesquisa.

A expressão “consentimento esclarecido” utilizada pelo Conselho Nacional de Saúde visa dar maior abrangência do que a simples “informação”, notícia ou aviso, com explicação e elucidação necessárias na obtenção do consentimento, que deixa de ser simplesmente “informado”, embora a Resolução n. 196/96, em seu item IV1. exija “que o esclarecimento dos sujeitos se faça em linguagem acessível”, não obstante deva incluir todos os aspectos que diga respeito à pesquisa, tais como: objetivos, métodos, desconfortos, risco, garantia de sigilo, no âmbito da confidencialidade e privacidade, formas de indenização no caso de danos decorrentes da pesquisa.

Trata-se, portanto, de informação básica, de modo que o “sujeito da pesquisa” possa facilmente compreender como leigo a natureza do consentimento, porque não se trata de “aula” sobre biotecnologia ou biomedicina, muito embora a Resolução n. 196/96 imponha a observância de requisitos quanto à sua justificativa, metodologia, e procedimentos a serem utilizados.

O que importa observar em nosso estudo é a preservação da autonomia e o respeito à dignidade humana para a obtenção do consentimento “livre e esclarecido”.

É importante observar que na bioética, em face do princípio da autonomia, o ser humano como o “animal racional” é capaz de julgar, de escolher valores, seja por emoções, sentimentos, crenças e vivências, no sentido de autoderterminar-se, responsabilizando-se por suas ações. Nada mais que o “cogito” cartesiano. Essa “razão” é a razão calculante, na busca de uma felicidade previamente estabelecida como o seu fim. Outra coisa não é do que o dogma da vontade, livre e desimpedida, que se denomina “imperativo categórico”, no âmbito prático, onde toda reflexão é um **fato da razão**. É o que delinearemos em breves pinceladas.

a) **Autonomia.**

Em sentido subjetivo, autonomia é o poder de dar a si próprio um auto-regramento, derivado da vontade. Para Kant, no âmbito prático, conforme assinalam Adela Cortina e Emilio Martinez,⁶ “o ponto de partida para a reflexão é um fato da razão”,

⁶ CORTINA, Adela; MARTINEZ, Emilio. *Ética*. Trad. Silvana Cobicci Leite. São Paulo: Ed. Loyola, 2005. p. 69.

em contraposição ao âmbito teórico, correspondente “ao que ocorre de fato no universo conforme sua dinâmica”. Trata-se, portanto, do “fato de que todos os humanos têm consciência de certos comandos que experimentam como incondicionados, isto é, como imperativos categóricos; todos temos consciência do dever de cumprir algum conjunto de regras, por mais que nem sempre tenhamos vontade de cumprí-las; as inclinações naturais, como todos sabemos por experiência própria, podem ser tanto um bom aliado como um obstáculo, dependendo dos casos, para cumprir aquilo que a razão nos apresenta como um dever”.

Essa moralidade kantiana consiste no respeito incondicionado a valores absolutos, aos imperativos categóricos, aqueles que estão ínsitos na consciência de todos, como: cumprir as promessas, falar a verdade, não matar, não roubar, não lesar a outrem etc., tal como expresso no decálogo. Como sustentam os autores espanhóis Cortina e Martinez, “tais imperativos não são ordens militares que nos mandam fazer algo ‘porque sim’, mas estão a serviço da preservação e da promoção daquilo que percebemos como um valor absoluto: as pessoas, incluindo a de si mesmo. Diferentemente dos imperativos hipotéticos – que têm a forma “se você quer Y, então deve fazer X” –, os categóricos mandam realizar uma ação de modo universal e incondicionado, e sua forma lógica corresponde ao esquema: “Você deve – ou não deve – fazer X! A razão que justifica esses comandos é a própria humanidade do sujeito ao qual obrigam, ou seja, devemos ou não devemos fazer algo porque é próprio dos seres humanos fazê-lo ou não”.⁷ É imoral agir contra tais imperativos deduzidos da razão.

Para tanto, visando a descoberta de tais imperativos, Kant apresenta a forma que tais imperativos devem possuir, vale dizer, a forma da razão, para que sejam considerados morais, para que a máxima moral possa adequar-se às seguintes características, assim resumidas por Cortina e Martinez:

“1. Universalidade. ‘Aja apenas de acordo com uma máxima que você possa querer, ao mesmo tempo que se torne lei universal’. Será lei moral aquela que, ao meu ver, todos deveríamos cumprir.

2. Referir-se a seres que são fins em si mesmos: ‘Aja de tal modo que você trate a humanidade, tanto em sua pessoa como na de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo e nunca apenas como um meio’. Será lei moral a que obrigue a respeitar os seres que têm um valor absoluto (são valiosos em si e não para outra coisa) e que são, portanto, fins em si mesmos, e não simples meios. Os únicos seres que podemos considerar que são fins em si – na opinião de

⁷ CORTINA, Adela; MARTINEZ, Emilio. *Ética*. Trad. Silvana Cobicci Leite. São Paulo: Ed. Loyola, 2005. p. 69.

Kant – são os seres racionais, pois só eles mostram – como veremos mais adiante – a dignidade de seres livres.

3. Valer como norma para uma legislação universal em um reino dos fins: ‘Aja por máximas de um membro legislador universal em um possível reino dos fins’. Para que uma máxima seja lei moral, é preciso que possa vigorar como lei em um reino futuro em que todos os seres racionais chegarão realmente a se tratar uns aos outros como fins e nunca só como meios!⁸ Para Kant a liberdade que possuímos é um postulado da razão.

Não pretendemos aqui discorrer sobre a ilusão kantiana, na sua “Crítica da Razão Pura”, nesse dogmatismo que tem dominado a bioética, a tal ponto, que a sua pretensão é torná-la universal. A vontade autônoma no sentido de disciplinar todos os interesses sejam morais ou materiais, acaba por desviar o ser humano de qualquer experiência concreta. Importa observar que, para Kant, a liberdade é propriedade do indivíduo, como capacidade que a vontade tem de agir independentemente de causas alheias que a determinariam, tal como expõe na “Metafísica dos Costumes”, ou seja, autonomia como propriedade da vontade, pertencente ao mundo inteligível, descartando, assim, o mundo sensível. Ora, essa vontade livre, puramente racional, com capacidade de se autodeterminar, com base em uma lei universal, denominada “imperativo categórico”, lei essa que a vontade dá a si mesma como vontade racional, faz da liberdade uma ilusão.

Como também afirma Karl Jaspers: “**a liberdade feita objeto já não é liberdade**”. Revela-se, portanto, impraticável a pura autonomia. Como diz Sartre, o homem, “estando condenado a ser livre, carrega nos ombros o peso do mundo inteiro: é responsável pelo mundo e por si mesmo enquanto maneira de ser”.⁸ A pura autonomia faz abstrair a vida social. Não existem mais “modos de ser”, vivências, temporalidade, movimento, diante da fragmentação do pensamento. Vivemos na mecanicidade do racionalismo, sem busca de sentido, na simples elaboração de idéias, conceitos, esquemas, teorias pré-elaboradas, onde tudo deve ser justaposto a uma razão universal, vale dizer, padronizada. Não existe mais nuances, tal como na fotografia digital, como assevera Bruno Romano, em que tudo se torna linear, na ausência de co-existência.⁹

Não é sem razão que Michel Maffesoli, professor de sociologia da Sorbonne, adverte: “... que é estando-se por demais emaranhados em conceitos previamente elaborados que se passa ao largo do vivente naquilo que ele tem, ao mesmo tempo, de enraizado e de móvel”. E acrescenta: “da mesma forma, é cômodo aplicar mecanicamente,

⁸ SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada*: ensaio sobre a ontologia fenomenológica. Trad. Paulo Perdigão. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 678.

⁹ ROMANO, Bruno. *Filosofia del diritto e questione dello spirito*. Torino: Giappichelli Editore, 2007. p. 22.

teorias, uma vez que se tenha decretado o que deve ser a sociedade, ou aquilo que é bom para os indivíduos”.¹⁰

b) Consentimento informado

Seja informado ou esclarecido, tal como propõe o CONEP, no âmbito da pesquisa, vez que o qualificativo em nada modifica a noção kantiana de autonomia estritamente ligada ao consensualismo, no sentido de o ser humano subordinar-se inteiramente à sua razão, vale dizer, no sentido de proteger-se contra qualquer ingerência externa que possa macular a sua autodeterminação, obviamente, como indivíduo isolado, constata-se que a bioética perde-se cada vez mais em noções abstratas, desvinculadas da realidade, na complexidade da relação médico-paciente.

Sophie Botros, discorrendo sobre o consentimento, no prestigioso *Dictionnaire d'éthique et philosophie morale*, aponta com clareza que a preocupação maior não é com o paciente em si, mas com “as condições do consentimento”, as quais buscamos resumir, dentre as várias teorias.¹¹

1. A posição extremista. Dar o consentimento é renunciar a uma parte da própria liberdade, embora tal premissa seja um absurdo jurídico. Os adeptos dessa teoria anglo-saxônica sustentam que o paciente deve ser informado não apenas da natureza “real” do tratamento a ser ministrado como do seu “objetivo”, como também de todos os eventuais riscos, em benefício do paciente, porque o que importa é assegurar a autodeterminação do paciente. Não existiria o “privilegio terapêutico”, no sentido de omitir certas informações que pudessem prejudicar o tratamento. Portanto, todos os riscos devem ser informados, na prática de uma medicina considerada “antipaternalista”. Tal consentimento denominado “real” só é válido no momento em que o paciente possa ser instruído de todos os fatos relacionados com a sua situação individual, em suma, uma “aula de medicina”, embora impraticável.¹²

¹⁰ MAFFESOLI, Michel. Elogio da razão sensível. Trad. Albert Christophe Migueis Steckenbuck. Rio de Janeiro: Vozes, 2005. p. 166-167.

¹¹ BOTROS, Sophie. Consentement. In: CANTO-SPERBER, Monique (Dir.). *Dictionnaire d'éthique et de Philosophie Morale*. Paris: PUF, 2001. p. 326-329.

¹² BOTROS, Sophie. Consentement. In: CANTO-SPERBER, Monique (Dir.). *Dictionnaire d'éthique et de Philosophie Morale*. Paris: PUF, 2001. p. 327, com a seguinte observação: “Les antipaternalistes extrémistes soutiennent que seule l'adaptation d'une 'norme subjective' de divulgation de l'information peut autoriser le médecin à placer son patient dans la position qu'il juge être la meilleure, sans contestation possible. S'illone cette norme, le consentement n'est réel que lorsque c'est le consentement que le patient donnerait s'il était entièrement instruit de tous les faits se rapportant à sa situation individuelle”. E acrescenta: “C'est le droit du patient à l'autodétermination qui justifie le devoir qu'impose au médecin ces exigences d'information exhaustives, lesquelles peuvent impliquer de la part du médecin des efforts laborieux afin de prendre connaissance de la situation personnelle du patient”.

2. Posição Moderada. Para os moderados, o médico deve revelar tudo o que este, “como pessoa prudente” gostaria de saber sobre a intervenção terapêutica. No caso, cabe ao médico, diante da vulnerabilidade do paciente, diante de suas condições psicológicas, invocar o “privilégio terapêutico”, para não prejudicar o paciente, riscos esses que habitualmente não seriam revelados em razão de não serem “medicamente importantes”.

Na Itália, Michele Aramini assinala com muita propriedade as dificuldades do consentimento informado, no sentido de dizer a verdade ao paciente, principalmente diante da doença incurável ou do paciente terminal. Sugere a busca de um equilíbrio, diante de dois princípios fundamentais: “a) Il diritto del paziente a proteggere e amministrare la propria vita e la propria salute; b) Il rispetto del malato nelle condizioni concrete in cui lo pone la malattia”.¹³

No primeiro caso, direito de proteger e administrar a própria vida, no sentido de ser ajudado, o paciente tem o direito de conhecer a doença que lhe aflige e de administrar melhor, no caso de doença incurável, o tempo que lhe resta.

Quanto ao respeito ao paciente, é necessário conhecer e compreender as condições psicológicas do paciente. É preciso compreender em que medida o paciente pode compreender a comunicação da verdade. Sustenta Aramini que o problema deve ser afrontado com delicadeza, com o objetivo de uma informação gradual, tendo presente o maior bem do paciente, porque a “práxis” médica nos últimos anos vem se conformando com a linha da informação ao paciente e na Itália 80% dos pacientes pedem a informação para saber a verdade acerca de sua doença, tal como está exposto nos arts. 13 e 32 da Constituição Italiana: o primeiro estabelece que “a liberdade da pessoa é inviolável” e o segundo que “ninguém pode ser obrigado a um tratamento sanitário a não ser por disposição de lei”, no resguardo da liberdade pessoal, seja na escolha do médico ou da terapia.¹⁴

Observa, ainda, Michele Aramini, que do ponto de vista jurídico o consentimento é colocado na categoria dos contratos, negócios bilaterais que surgem do encontro de duas vontades e que têm no consentimento o seu elemento constitutivo. O consentimento pode ser explícito, por representação por parte de terceiro ou presumido. Neste último caso, presumido, quando se trata de iminente perigo de vida, sem possibilidade de consentimento do paciente ou dos familiares, isto é, em situação de emergência, o que não acontece no sistema norte-americano, onde, mesmo nos casos de emergência busca-se

¹³ ARAMINI, Michele. *Introduzione alla bioetica*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 152.

¹⁴ ARAMINI, Michele. *Introduzione alla bioetica*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 152-153, onde se lê: “Il principio etico per cui la persona ha diritto alla questione della propria salute e della necessita di consetire alle terapie trova Il suo fondamento nella stessa dignità dell’uomo, nel suo essere realtà indisponibile a qualsiasi manipolazione altrui”.

o consentimento dos familiares. Assim, na ausência de consentimento, toda intervenção terapêutica pode configurar-se como violência privada.¹⁵

3. Caminhos inversos

Os caminhos que não se cruzam. De um lado, a medicina européia, cujos princípios são fundados na “beneficência”, melhor dizendo, na esteira de Hipócrates, “*être utile ou du moins ne pas nuire*” (*primum non nocere*). *Utilitas*, no caso, não é a utilidade da filosofia utilitarista, na busca do maior bem-estar ou de satisfação, não importando os meios. *Utilitas* no significado greco-romano, é a justa medida, o justo-meio diante do caso singular, não o melhor, no significado superlativo, mas no âmbito da eficácia, que ignora o *optimum* da matemática.

Em Hipócrates é a justiça como proporção que fala mais alto. Medicina é medida, na sua acepção etimológica. O que se vê em Hipócrates é o ser humano em sua totalidade, na sua relação com o cosmos, com a sua vida, com a sua experiência, com o seu meio. É aqui que entra Aristóteles, quando da fala da *proairesis*: (escolha), a qual sucede à deliberação (que não se confunde com a vontade). É o magistério tocante de Pierre Aubenque, ora resumido:¹⁶ o que importa é a escolha dos meios, “pois se quer os meios (hábeis) porque se quer os fins, sem a qual a escolha perderia toda razão de ser”. Aristóteles enfatiza a eficácia, a qualidade dos meios destinados a realizar os fins. Cumpre observar, entretanto, “que esses meios não sejam da ordem do impossível e, mais precisamente, que sejam escolhidos entre as coisas que dependem de nós”.¹⁷

O que Aristóteles tem em vista “é a eficácia dos meios, não a qualidade, não sua qualidade”. Não se trata de regra moral, citando o exemplo de Aristóteles: “ninguém escolhe estar saudável, mas caminhar ou repousar em vista da saúde; ninguém escolhe ser feliz, mas fazer negócios ou correr perigos tendo em vista a felicidade”.¹⁸ “Se o meio é meio em vista de um fim”, a responsabilidade advém daquilo que depende de nós, da “escolha deliberada”, ou seja, “da escolha de preferência a outra coisa”.¹⁹

¹⁵ ARAMINI, Michele. *Introduzione alla bioetica*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 155.

¹⁶ AUBENQUE, Pierre. *A prudência em Aristóteles*. Trad. Marisa Lopes. São Paulo: Discurso Editorial USP, 2003. p. 193-199.

¹⁷ Id. *Ibid.*, p. 199.

¹⁸ Id. *Ibid.*, p. 198.

¹⁹ Id. *Ibid.*, p. 214. Nesse passo, chamamos a atenção para a contingência da escolha, daquela que depende de outros fatores, tal como expõe Pierre Aubenque, cuja obra editada em 1963 coloca-o no patamar de um dos maiores especialistas em Aristóteles: lembrando que o bem que se visa não é o bem platônico, que o melhor não é uma idéia e que este melhor “designa um superlativo relativo” e não absoluto, daí o caráter neutro da escolha, que nada tem de moral, porque, nas palavras de Aristóteles, “Não somos o que escolhermos ser de uma vez por todas, mas o que escolhemos fazer”, justamente porque toda intenção, toda escolha “é uma atividade comparativa”, acrescenta Aubenque: “à tarefa da escolha é determinar por deliberação e eleger por

Por outro lado, voltando a Hipócrates, a autonomia, como sustentam os seus mais célebres comentadores, não está no sujeito, no “submetido” ao tratamento. A grandeza de Hipócrates foi livrar a medicina das crenças, da magia, dos oráculos e da vã filosofia. O que deve ser autônoma é a medicina, pois se trata da arte (τέχνη) que tem sua metodologia e teoria próprias, avessa ao empirismo, notadamente por ser etiológica, tal como nos informa D. Gouverich na sua introdução *De L’art Médical*,²⁰ o que se distancia muito da medicina moderna, que deixou de ser *arte* para mergulhar no tecnicismo, presa nos grilhões dos laboratórios, máquinas, instrumentos de toda sorte, rompendo a relação médico-paciente, não obstante a tecnologia médica seja capaz de aumentar a expectativa de vida dos seres humanos.

Mas, retornando ao consentimento, observa-se que no sistema norte-americano, as suas bases repousam sobre o princípio da autonomia, diversamente do modelo europeu, notadamente por força do Relatório Belmont, a denominada “vulgata” da Medicina, de 1978. Tal fato tem a sua gênese na filosofia de Locke, derivada de uma leitura transversa e distorcida de sua obra quando trata da “propriedade do homem” sobre o seu próprio corpo, o *jus in se ipsum*, que informou a teoria jusnaturalista dos direitos da personalidade²¹. Dominique Folscheid relata muito bem a divergência entre as duas tendências, a medicina como **missão**, no modelo europeu e a medicina como **contrato**, no modelo norte-americano. No sistema contratualista, a idéia de autonomia está ligada à propriedade de si-mesmo (*property in*), que constitui um dever fundado sobre o direito natural e a propriedade sobre as coisas (*property on*), que permite ao homem tornar-se proprietário. Portanto, na medicina, o recurso ao **contrato**, por intermédio do qual cada um se engaja em relação ao outro, limita o seu poder de gestão que tem sobre si mesmo, submetendo-se à gestão de outro, no caso o médico. Trata-se de uma reivindicação subjetiva do próprio ego²².

decisão qual a melhor opção, isto é, entendido que se quer sempre o bem, a melhor combinação possível considerados os obstáculos e as circunstâncias, na medida em que podemos conhecê-los ou prevê-los”. Em suma, “esse possível para nós”, “exclui outros possíveis cuja realização depende evidentemente de Deus, do acaso, ou simplesmente de outros homens”. Isto, por si só, põe por terra toda a ilusão de uma autonomia absoluta e de uma liberdade ilimitada.

²⁰ GOUVERICH, D. Introduction. In: HIPPOCRATE. *De L’art Medical*. Paris: L.G.D.J., 1994. p. 36.

²¹ GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*. 1982. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

²² FOLSCHIED, Dominique. La relation médecin-patient. In: *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, Paris: PUF, 1997. p. 247-255. Observa o autor com muita propriedade, ao discorrer sobre o consentimento, no modelo contratualista, que: *Présumer une extériorité entre le sujet, c’est oublier ou nier que le vouloir du patient n’est pas assimilable à celui d’un volontaire sain, car c’est le vouloir d’un être déjà engagé dans une situation pathologique, à laquelle il donne sens ou non-sens, mais qui se trouve toujours déjà orienté dans une certaine direction.* (grifos nossos)

Esse **contratualismo** justifica um processo de “negociação” entre o paciente e o médico, sobre o “corpo doente”, na verdade um objeto, na escolha da terapêutica ou em sua recusa, no seio de uma panóplia de opções propostas pelo “prestador de serviços médicos”, pressupondo uma exterioridade entre o paciente e seu estado, abstraindo o ser humano de sua existência, do seu sofrimento, de sua situação patológica que reclama cuidados e cura.

4. O consentimento informado no Brasil

Tal como dissemos, a imposição de um Termo de Consentimento Esclarecido foi ditada pela Resolução 196/96, portanto, um ato administrativo, do Conselho Nacional de Saúde e da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP). Inúmeras outras resoluções, de caráter administrativo, além da lei sobre biossegurança, trazem sempre como paradigma o princípio da “dignidade do ser humano”.

Importa observar que tais dispositivos concernem à pesquisa em seres humanos, onde não se inclui a terapêutica ou tratamento médico. Mesmo assim, dadas as inovações terapêuticas, no âmbito da medicina experimental, bem como das cirurgias inovadoras, os hospitais acabaram por instituir em seus quadros “comitês de ética”, destinados a resolver os dilemas éticos na prática médica.

O Ministério da Saúde, com a Secretaria da Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos e o Departamento de Ciência e Tecnologia, em 2006, publicou em dois volumes um manual de “Capacitação para Comitês de Ética em Pesquisa”, buscando o treinamento dos membros dos Comitês que envolvem “Pesquisa em seres humanos”.

A literatura, considerada pluridisciplinar, traz artigos específicos, em sua maioria norte-americanos, sobre a ética aplicada, com exímia tradução dos textos de especialista em “ética”, todos cientistas que têm dedicado seu trabalho no sentido de desenvolver a Bioética no Brasil.

Abrimos no momento um parêntese, no sentido de deixar bem claro, que o nosso estudo, não tem a finalidade de criticar a bioética, como disciplina pluridisciplinar. Não é este o nosso escopo. O que buscamos é o diálogo entre o Direito e a Bioética, trazendo à luz, no emaranhado de princípios da bioética, a filosofia que descansa sob esse véu de preceitos éticos que estão se refletindo na prática médica e nos serviços de saúde e que não podem ser visualizados pelos pesquisadores da ciência.

Nessa teia de propostas éticas e de conflitos, desponta em muitas passagens a filosofia utilitarista, em outras, a kantiana, além do relativismo ético. Na França, Marie Hélène Parizeau sustenta que a bioética, não obstante os trabalhos do comitê consultivo

nacional, acabou entrando em “pane”, a ponto de alguns autores assinalarem a “miséria da bioética”, perdida na sua fragilidade.²³

Cada vez mais assume um caráter normativo, cada vez mais toma um espaço legiferante, distorcido, à margem do direito. E, isso, não só na Itália como na Alemanha, nesta, com Habermas e Apel, propugnando pela ética da discussão. Formam uma verdadeira “jurisprudência”, regras e máximas de conteúdo geral aplicadas a casos particulares e uma taxonomia própria, para resolver dilemas éticos. Ao lado, surge o biodireito, que se funda sobre os direitos humanos, fundamentais, no controle da biomedicina e da teconociência.

Em se tratando de terapêutica médica, que não envolve a pesquisa pura, entre nós, não existe preceito legislativo sobre o assunto, apenas algumas resoluções do Conselho Federal de Medicina sobre cirurgias ainda em fase de experimentação, como a redução do estômago, diante da obesidade mórbida. Por outro lado, nos grandes centros, nas grandes metrópoles, em contraposição à Medicina abandonada no interior do país, onde, nem mesmo os preceitos ditados pela deontologia médica são conhecidos ou respeitados pelos médicos, “prestadores de serviços”, em que a saúde transformou-se em um bem de consumo, pululam os “Comitês de éticas” devidamente **adestrados** (essa é a expressão exata) pelos manuais de capacitação.

Em obra pioneira, Sophie Monnier²⁴ mostra a “institucionalização” formalizada pela criação de Comitês de ética na Europa, derogando normas jurídicas dos países membros da União Européia, até mesmo dos preceitos constitucionais dos países membros. De um lado, o Estado e de outro, aquilo que denominamos “o imperialismo ético” ou “Estado da Natureza”, onde não há lugar para o jurista. Como aponta Sophie Monnier, em sua alentada obra, o que se vê é a coexistência de lógicas contraditórias na formação de um sistema dogmático para-jurídico, principalmente levando em consideração que a norma ética é desprovida de sanção, cujos instrumentos repousam sobre normas institucionais e procedimentais, insuflando-se no direito, a tal ponto, que a ética passa a dominar o direito e o consensualismo do século XIII vai permeando toda a estrutura

²³ MONNIER, Sophie. *Lês comitês d'éthique et lê droit*: éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique. Préface du Professeur Bertrand Mathieu. Paris: L'Harmattan, 2005. Essa obra alentada, com 619 páginas, recebeu o prêmio “Jean-Marie Auby”, de 2005.

Constata a autora todas as aporias levadas a efeito pela institucionalização dos comitês de ética, a ponto de, em face da insuficiência de seus conceitos, da fluidez de seus preceitos, derogarem direitos fundamentais. O pluralismo dos valores, relativiza os direitos fundamentais, que perdem o seu valor intrínseco. Trata-se de uma situação soft law, cujo tipo é a norma ética. De nossa parte, visualizando essa obsessão pelo consentimento, dado o seu caráter polissêmico, o seu valor passa a ser paradigmático, de conteúdo trans-disciplinar. Trata-se do único modo “legítimo” de decisão, vale dizer, negociar, comprometer-se e decidir dentro de um pluralismo de valores, valores esses tirados da res cogitans. Aquilo que é *con-sensus* desemboca fatalmente na **ausência de sentido**. Não é sem razão que Kant separou a razão sensível da razão inteligível. É a catástrofe niilista.

²⁴ MONNIER, Sophie. *Lês comitês d'éthique et lê droit*: éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique. Préface du Professeur Bertrand Mathieu. Paris: L'Harmattan, 2005. p. 262-265.

jurídica, reforçando o positivismo jurídico. É o Leviathan da Bioética, na sua psicologia mecanicista, abrindo os tentáculos na institucionalização de um “poder paralelo”.

Examinando rapidamente os pontos cardeais da “capacitação” instaurada pelo Ministério da Saúde, observamos, inicialmente, que com base em nossas tradições mais profundas, em nosso costume e em nossas raízes históricas, tendo presente que o nosso Direito tem suas bases na família romano-germânica, não há como apropriar-se de conceitos extraídos da *common law*. A colisão é flagrante, pois, enquanto a Medicina funda-se no sistema norte-americano, por excelência, o Direito, ao seu modo, extrai os seus princípios da tradição européia.

Os textos básicos de referência, ali impostos, de conteúdo pluridisciplinar (no seu aspecto formal), “**questões para reflexão e estudos de casos**”, trazem em seu bojo aspectos singulares.

Na sua “Introdução”, que trata dos valores e da moral, com base em Gert, as normas básicas da moral são: 1) não matar; 2) não causar dor; 3) não inabilitar; 4) não privar da liberdade ou de oportunidade e 5) não privar do prazer. Nesse sentido, “a moral pressupõe três características: 1) seus valores não são questionados; 2) eles são impostos; 3) a desobediência às regras pressupõe um castigo”.²⁵

Por exemplo, furtar, roubar e desfrutar do prazer, mesmo ilícito não é imoral. Nessa contradição, que se vislumbra *ab initio*, relativa aos valores impostos e não questionáveis, na incondicionalidade *a priori*, o ser humano fica submetido ao tribunal da razão.

Nessa incoerência sem limites, assim sustentam: “Fica então claro que o nosso conceito de Ética está vinculado a: 1) percepção dos conflitos; 2) autonomia; e 3) coerência. Torna-se evidente, por exemplo, que, para nós, a postura religiosa não é autônoma, pois ela não se embasa nesses requisitos, sendo na prática equivalente a um posicionamento moralista”.²⁶

²⁵ COHEN, Cláudio; SEGRE, Marco. Texto 1: *breve discurso sobre valores, moral, eticidade e ética*. In: “Capacitação”, op. cit., p. 14-19.

²⁶ COHEN, Cláudio; SEGRE, Marco. Texto 1: *breve discurso sobre valores, moral, eticidade e ética*. In: “Capacitação”, op. cit., p. 17. Os autores relacionam tais conceitos filosóficos com uma abordagem psicanalística, **adicionando** a emoção à razão kantiana. Observamos que, com o devido respeito que merecem os ilustres autores, o modo de calcular, adicionar, medir etc., são típicos da ciência, na sua visão parcial. Esse apelo à Razão soberana outra coisa não é do que o positivismo jurídico. A moral, costume, hábito, a **longa consuetudo**, acaba sendo substituída pela “razão universal”, aquilo que Michel Villey denomina “a razão confirmada”: “O próprio da lei é tão-somente o que está escrito ou que, sem estar escrito, está conservado no direito das gentes ou no costume, em suma, a lei é o que foi **instituído**, a ‘instituição’ positiva, a razão agora confirmada, escrita, realizada, *confirmata et confecta* (ou *perfecta*). E, ... ante essas regras editadas pela sabedoria dos grandes homens, por causa de sua fonte racional e da ‘autoridade’ de seus autores, o povo comum é convidado à obediência”. Essa é a herança do estoicismo de Cícero, “forma vazia, onde não há limite à arbitrariedade. Nada que ajude a tornar a lei justa”. (VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*: texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials e notas revistas por Eric

Esclarecem, ainda: “A enorme diferença entre ética e moral, para nós, é que para que a moral funcione ela deve ser imposta; a ética, para ser atuante, deve ser apreendida pelo indivíduo, vinda de seu interior. A moral é imposta, a ética é sentida e percebida”.²⁷

O texto 3, de Maria do Céu Patrão Neves,²⁸ na visão distorcida do Direito, **alerta para o perigo de a ética subordinar-se ao direito**, onde se infere que a sua concepção do direito é o legalismo, a saber: “o perigo surge quando o direito toma a dianteira sobre a ética e as disposições jurídicas, que estipulam o curso da ação a cumprir, antecedem a ponderação ética, que reflete sobre os vários cursos possíveis de ação a realizar. Eis o que podemos dizer se verificou em alguns países relativamente à prática da clonagem onde, logo após o anúncio do nascimento da ovelha Dolly, se introduziu legislação para banir indiscriminadamente toda a investigação sobre clonagem humana” (*sic*). E, acrescenta: “O perigo surge frequentemente quando se tende a confundir ética com o direito, a estreitar o domínio alargado da primeira ao mais restrito do segundo, a reduzir aquela ao estatuto deste – o que obviamente seria desvirtuador da ética e nada acrescentaria ao direito”. “O Direito torna-se um perigo”.

Por outro lado, como texto básico de referência, na abordagem das “Teorias e Métodos de Análise para Avaliação Ética”, quando se trata de pesquisa com finalidade terapêutica, na qual o “pesquisado” não recebe um benefício direto com a pesquisa, quando se trata de voluntários sadios ou em pesquisas epidemiológicas, sustenta Schramm que, nestes casos, (sempre com base na autonomia e no consentimento informado), o princípio de benevolência kantiano que manda nunca utilizar um sujeito humano como mero meio, mas também como fim em si, pode ser desrespeitado, pois, no seu entendimento, “tais pesquisas podem ser consideradas *prima facie* moralmente aceitáveis se os sujeitos

Desmons e tradução Claudia Berliner. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005. p. 483-484).

²⁷ Id. *Ibid*.

²⁸ Maria do Céu Patrão Neves (Professora Associada com Agregação de Filosofia [Ética], Universidade dos Açores, Portugal, *Bioética e a sua evolução* – Comunicação apresentada na Sessão de Abertura do II Encontro Nacional dos Conselhos Federais de Medicina do Ano de 1998, de 21 a 23 de outubro, em Brasília, Brasil, *in* “Capacitação”, cit. 38-39. Sob a epígrafe – *A conquista do poder*: “Por fim, anuncia-se uma próxima conquista já em curso: **a conquista do poder**. Essa quarta conquista refere-se à crescente internacionalização da bioética no contexto da progressiva globalização em que vivemos – sentido que, sob diferentes expressões, vem sendo apontado por Luís Archer (1996) e Daniel Serrão (1996)”. Segundo a autora, durante os anos 60 e 70, começa a institucionalização da bioética. Em 1983 a França cria o *Comité Consultif National d'éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé*. No âmbito internacional a instituição do Cahbi, *Comité Ad-hoc d'Experts sur la Bioéthique*, pelo Conselho da Europa, em 1985. O *International Committee of Bioethics* das Nações Unidas, em 1993, e a *Academia Pontificiae per la Vita*, em 1994, criada pelo Papa João Paulo II. Convém lembrar aqui, a lição de Heidegger, assim resumida: “o poder, para poder, precisa cada vez mais de poder, para poder, caso contrário não será poder, na vontade do poder”.

concordam livremente em ser ‘meros objetos’ e após terem recebido todas as informações necessárias”.²⁹

No que se refere à **teoria utilitarista**, desenvolvida por Bentham e Stuart Mill, o Texto 7 – *Introdução à Ética na Pesquisa*, de Udo Scüklenk, traz importantes considerações, após abordar os preceitos kantianos, reconhecendo que os preceitos éticos sejam incorporados, embora não tenham “força legal”. E o raciocínio ético mais adequado é o utilitarista, nestas palavras: “Esse tipo de raciocínio ético se mostra mais adequado para a solução das questões morais relacionadas à ética na pesquisa. Isso ocorre porque o princípio norteador desta abordagem é singular e com pouca margem de ambigüidades, o que proporciona a adoção de procedimentos claros em tomadas de decisão e também de justificativas para as escolhas adotadas. A premissa básica utilitarista é a de que nossas ações devem sempre maximizar a utilidade para a maioria das pessoas envolvidas. A utilidade é normalmente definida em termo de bem-estar ou de satisfação de uma prioridade. Seus critérios de análise se identificam com as formas tradicionais de raciocínio utilizadas para a delimitação de políticas públicas.” E a razão de ser é apontada pelo autor: “... Os documentos de teor ético não são de caráter obrigatório ou compulsório, uma vez que não são considerados textos legais. No entanto, o senso de responsabilidade social da prática científica faz com que os pesquisadores incorporem preceitos éticos mesmo reconhecendo a ausência de força legal”.

Buscando a “capacitação” e a aplicabilidade do Conceito de ética, Udo Scüklenk nos dá um “guia” de passos para resolver um dilema ético, propostos por Gillam, onde, entre eles, destacamos o “passo 2” onde se questiona “se é ou não aceitável viver em um mundo onde a mentira seja um recurso aceitável para o consentimento”.

Diz que para um deontologista “enganar não é um meio eticamente aceitável”. Mas, para um utilitarista as perguntas seriam diferentes e se interessaria por fatos diferentes. Assim, “um utilitarista aceitaria o recurso à mentira como um fator necessário para a garantia do esquema geral da maximização da utilidade. No entanto, ele desejaria saber se os prováveis benefícios foram de tanta significância a ponto de a ilusão ter sido um custo aceitável. Por exemplo, se houvesse uma nova vacina que pudesse fazer grande diferença na luta contra o HIV/Aids e o único jeito de testá-la seria ludibriando os participantes para que eles a usassem sem saber, os utilitaristas podem considerar este um engano aceitável.”³⁰

²⁹ Fermin Roland Schramm, Professor Titular da Escola Nacional de Saúde Pública/FIOCRUZ; Coordenador do CEP/FIOCRUZ, in, “Capacitação...” op. cit., p. 55-59.

³⁰ Udo Scüklenk, Doutor em Bioética e diretor da Faculdade de Ciência da Saúde da Universidade Witwatersrand, África do Sul. *Introdução à ética na pesquisa*, in “Capacitação”, *Op. Cit.*, p. 60-65.

Finalmente, nessa breve exposição dos tópicos mais importantes que conduzem à “capacitação para comitês de ética em pesquisa”, no texto 12, temos as palavras de William Saad Hossne, sobre a “Pesquisa envolvendo seres humanos”, estabelecendo critérios sobre a diferença entre **moral** e **ética**, além da importância da **autonomia**, ao discorrer sobre a Resolução 196/96 do CNS.

Nas suas considerações busca uma reflexão sobre os valores morais, ensinando o seguinte: “Para muitos, moral e ética seriam diferentes apenas quanto à origem da palavra: latim, no caso de moral e grego, no caso de ética”.

“Na realidade, a diferença é bem maior. Os valores morais são valores decorrentes de usos e costumes, consagrados pela sociedade em determinada área geográfica, em determinado momento. Atingem-nos, de certa forma, vindos de ‘fora para dentro’, entretanto, tais valores não são por nós ativamente eleitos, mas sim, na maior parte das vezes, passivamente incorporados e obedecidos”.³¹

Para William Saad Hossne, “a ética ao contrário, exige-nos uma reflexão crítica, um juízo de valores vindos ‘de dentro para fora’. Esse processo envolve razão, sentimentos, emoções, vivências, patrimônio genético, processo educacional, personalidade, condicionamento e também valores morais”.

Todo esse conteúdo antropológico tem, na verdade, a sua razão de ser. Mas, com o respeito que merece o ilustre professor, que tanto tem dado de si para o ensinamento da bioética, a sua reflexão sobre o exercício da ética merece algumas ponderações. Sustenta, que “o exercício da ética, não raro, pode criar desconforto, ansiedade, ‘angústia’ – angústia essa, porém mobilizadora de nossas capacidades racionais e emocionais, vale dizer mobilizadora das capacidades e evolução do ser humano”.³²

Essa angústia abrigada pela própria autonomia, desvia o ser humano no seu ser-com-outrem, na linguagem heideggeriana. A autonomia absoluta, total, confundida com a liberdade e com o livre-arbítrio, leva o homem ao **abandono** e à **derelicção**, como teremos oportunidade de discorrer logo mais, não sem antes, cuidarmos da ética, que não se confunde com valor, e cujo exercício impõe a constante retomada, para **“liberar para um encontro”**, nas palavras de Heidegger,³³ enquanto a Medicina se transforma na fábrica da angústia, a liberar a angústia existencial, que nada tem de livre.

³¹ William Saad Hossne, Professor Emérito (Cirurgia e ética) da Faculdade de Medicina de Botucatu; fundador e primeiro presidente da Sociedade Brasileira de Bioética e Presidente da Comissão Nacional de ética e Pesquisa (CONEP), do Ministério da Saúde, *Pesquisa envolvendo seres humanos*, in “Capacitação”, *op. cit.*, p. 115.

³² Id. *Ibid.*

³³ HEIDEGGER, Martin. *Ensaaios e conferências: o que quer dizer pensar?* Trad. Gilvan Fogel. São Paulo: Ed. Vozes, 2002. p. 115.

5. A Ética em Aristóteles

O espaço é pequeno e o assunto é imenso. Não se pode deixar de trazer Aristóteles, o fundador da ética, a **ética originária**, como diz Heidegger. Não se concebe tratar de ética, sem um olhar para o berço da civilização, sem um voltar-se à “palavra de origem”, sob pena de cair num abismo sem fim, no pensar que acaba se desviando do homem, do ser humano que habita o tempo e está lançado na liberdade.

A palavra *ethos*, tanto na *Ética a Nicômaco* como na *Ética a Eudemo*, de Aristóteles, deve ser vista em seus dois aspectos, escritas de modo diferente, porque a vogal “e” substitui duas vogais gregas, assim, buscando essa diferenciação, os franceses costumam escrever *L'éthos*, com o “e” longo (êta: η) e o **E** breve, *L'éthos*, como o “e” (épsilon: ε). O **êthos**, com a letra **êta** significa caráter, o conjunto de disposições adquiridas no curso da existência, aquilo que somos, aquilo que determina “quem somos”. Já o **éthos**, com a letra **épsilon**, significa hábito, costume (*mos, more*, do latim).³⁴

O adjetivo **êthikos** (ética, no feminino e **êthikon**, no neutro), relativo ao **êthos** pode ser traduzido, indiferentemente por “ética” ou “moral”.³⁵

Tal distinção etimológica é muito importante, notadamente em matéria de bioética, porque é voz corrente, impregnada de desvios, que a moral é costume e a ética um valor a ser aplicado ou um juízo de valor.

Maria do Carmo B. de Faria discorre com muita propriedade sobre a articulação dos dois conceitos aristotélicos, articulação essa que não pode ser visualizada como mera justaposição dos dois conceitos: “o caráter dos indivíduos se forma a partir de sua ‘exposição’ aos costumes, tradições e valores do grupo social. Por isso, uma única ciência, a ética, engloba a formação do caráter e o papel dos costumes”.³⁶ O **êthos** (com a letra **êta**) se articula com o **éthos** (com a letra **épsilon**). Aliás, todas as virtudes em Aristóteles se articulam, com veremos a seguir.

Ensina a ilustre autora: “O *ethos* (costume) nos leva a estruturar as nossas *hexis*, e com isso forma nosso caráter (*éthos*): *hexis* são os hábitos não simplesmente mecânicos e inconscientes, mas assumidos como forma de vida e comportamento preferido por nós. Nossas posturas (*hexis*) representam o que temos de próprio, aquilo que fazemos de nós mesmos, o modo como nós apropriamos de nós mesmos e determinam quem somos. Elas resultam de uma adesão consciente e voluntária a um *ethos*”.

³⁴ FOLSCHIED, Dominique; MATTEI, Jean-François. La naissance de l'éthique. In: *Philosophie, éthique et droit de la médecine*. Paris: PUF, 1997. p. 16-17.

³⁵ Id. *Ibid.*

³⁶ FARIA, Maria do Carmo B. de. *Direito e ética: Aristóteles, Hobbes, Kant*. São Paulo: Ed. Paulus, 2007. p. 37.

“A introjeção do *ethos* (costume) para a formação do caráter é por sua vez condicionada pelo *aidos*, o pudor, o sentimento de estar diante do olhar do outro. Os homens servem de espelho uns para os outros e é a partir deste jogo de espelhos que conquistam sua própria identidade. O indivíduo não se forma isolado dos demais, mas na interação, na relação com os outros”.³⁷

Por isso, na interação médico-paciente, a autonomia absoluta nega a própria relação, que acima de tudo é jurídica. Na verdade, o paciente, aquele que necessita de cuidados médicos, não tem a sua autonomia própria, no momento de sua doença. O médico deve restabelecer a autonomia “a título de um imperativo constitutivo e regulador de sua ação, cuja finalidade é a de restituir ao paciente as condições de base de sua autonomia”,³⁸ para que possa viver, trabalhar, desfrutar e ser nas suas próprias possibilidades.

O *ethos*, voltando ao magistério de Maria do Carmo B. de Faria, “tem como objetivo orientar e dirigir os atos dos homens, seu comportamento, de forma correta: não apenas dirigir a *práxis*, mas transformá-la numa *eupraxia*. As ações que se orientam pelo *ethos*, por sua vez, o confirmam: há uma circularidade por meio da qual o *ethos* se fortalece a cada volta. Ele age sobre o agente e leva os múltiplos atores a interagirem: corajoso é o homem que age com coragem; agir corajosamente forja o caráter corajoso; cada ato de coragem serve de referencial e exemplo para os demais. Sinto-me pressionado pelo olhar dos outros a agir corajosamente quando a coragem é um valor na comunidade em que vivo”.³⁹

A virtude moral, portanto, **está no agir, está na ação**. Não é algo que se adiciona, que se calcula, que se mede e muito menos que possa ser idealizado e representado, como algo já dado. A virtude moral é de ordem prática, que precisa ser constantemente retomada, praticada e exercida no mais alto grau. É trabalho duro. Diz Aristóteles: “É praticando as ações justas que nos tornamos justos”. Mas, os vícios, igualmente nascem do hábito.

Deixando de lado, no presente estudo o fato de que a ética aristotélica está estritamente ligada à política – a *polis* – desenvolvida num diálogo que se chama *Politéia* – na formação do cidadão justo, sem o caráter individualista da filosofia kantiana, a ética em Aristóteles é o que Pierre Aubenque tão bem descreve como “**a ciência da ação que conduz o homem individualmente à felicidade, ao bem**”. Não é uma idéia de bem, tal como pretende Platão. É o bem individualmente considerado na vida política coletiva, porque o homem é um “animal político”.

³⁷ FARIA, Maria do Carmo B. de. *Direito e ética*: Aristóteles, Hobbes, Kant. São Paulo: Ed. Paulus, 2007. p.38

³⁸ FOLSCHIED, Dominique. Le Médecin: patient. In: *Philosophie, éthique et droit de la médecine*. Paris: PUF, 1997. p. 250.

³⁹ FARIA, Maria do Carmo B. de. op. cit., p. 38.

Distingue Aristóteles: **as virtudes dianoéticas**, próprias da alma racional ou do intelecto, onde se compreende: a) o **intelecto teórico**; inteligência (*nous*); ciência (*episteme*); sabedoria (*sofia*) e o intelecto prático: prudência (*frónesis*); arte ou técnica (*tekne*); descrição (gnome); perspicácia (sinesis) e bom conselho (eubolia) **das virtudes éticas ou do caráter**, consideradas por muitos, próprias do autodomínio, a saber: a) coragem (*andreia*); temperança ou moderação (*sofrosine*) e pudor (*aidos*).

O elenco das virtudes ora apresentado, típicas dos manuais, serve para fins didáticos, porque não se circunscrevem a um catálogo de virtudes e suas implicações demandam um estudo aprofundado, além das virtudes próprias das relações humanas, onde se encontra a **justiça** (a virtude das virtudes), além da generosidade, amizade, bom humor, magnanimidade etc.

O termo grego que traduz a palavra virtude é *areté* – no significado de excelência ou perfeição, dentro da melhor escolha possível, repetindo, no sentido de um “superlativo – relativo” como fala Aubenque, tanto da *diánoia* (do intelecto) como do costume, que conduzem à decisão e à ação.

Como vimos, no âmbito do **intelecto prático**, a **prudência** (prónesis), portanto, **virtude dianoética**, nas palavras de Aubenque, tem a finalidade de fornecer à ação moral o seu necessário componente intelectual, a parte de teoria para determinar-se de modo racional. Tal teoria, no entanto, não é uma teoria científica, mas “**uma teoria que se move vizinha à experiência, experiência essa que caracteriza o nosso mundo**”.

Sob a epígrafe – cosmologia da prudência – Pierre Aubenque, explica que a virtude tem as sua “dupla face: não basta a disposição subjetiva, mas a **situação**, portanto, situação **contingente**, que se move no tempo”.⁴⁰

É justamente o que nos interessa no presente estudo, a contingência, a situação, pois, “em sua descrição das virtudes morais, Aristóteles sempre chama a atenção para as **situações** que dão ao homem a ocasião de ser corajoso, liberal, justo etc. Quando as situações não são dadas e, além disso, onde não há nenhuma possibilidade de serem dadas, não há nenhuma razão para que essas virtudes floresçam”.⁴¹ É aqui que observamos que o “autônomo” (kantiano) é completamente cego para a **situação**.

A virtude da prudência, que se move, é precisamente a que assegura a união entre a teoria e a prática, vale dizer, a relação entre a teoria e a prática, lembrando sempre que a teoria, no caso, não é uma *episteme*, uma ciência.

Daí a palavra **jurisprudente**, **jurisprudência**, como virtude prática, maleável, plástica, no sentido de conciliar os meios, de estar atenta aos meios, de ter

⁴⁰ AUBENQUE, Pierre. *A prudência em Aristóteles*. Trad. de Marisa Lopes. São Paulo: Discurso Editorial, 2003. p.107-108.

⁴¹ Id. *Ibid.*, p. 108.

cuidado com os meios, por ser contingente, por se mover dentro de um horizonte dado pela situação – “porque a prudência se move no domínio do **contingente**, ou seja, no domínio daquilo que **pode ser diferente do que é**, nas palavras lapidares de Aubenque.

Por outro lado, o “eticista kantiano ou utilitarista”, não consegue se movimentar no tempo, que para ele é absoluto. Não consegue visualizar a régua de Lesbos, a sua maleabilidade se conformando às modificações e flutuações do terreno, portanto, jamais poderá ser justo, sem qualquer comprometimento com o devir, embora o alarde da bioética seja a denominada “ética da responsabilidade”, herdade de Max Weber e que foi duramente criticada por Gadamer, porque o núcleo da ética só pode ser a “responsabilidade”.

Vale transcrever o ensinamento de Aubenque: “...há um **horizonte** da virtude humana em geral, como há um tipo de situação próprio a cada virtude particular. Se a definição deste horizonte deve ser procurada em algum lugar, é evidentemente na definição do objeto da virtude prudencial, uma vez que esta não é uma virtude particular, mas a virtude retora, que determina a missão das outras virtudes. A prudência, sem dúvida, não é uma virtude **situada**, no sentido em que as outras o são, visto ser ela quem aprecia e julga situações. Mas essa função da prudência não é possível senão num horizonte mais universal, condição para que uma situação em geral seja possível, horizonte em razão do qual o homem é um ser da situação, só podendo viver os princípios no modo da eventualidade e do singular”.⁴²

É ação que “deve ser bem sucedida”. Trata-se, como diz Aubenque, de um problema **técnico**, questão de **tática** que a própria situação reclama, ou seja, aquilo que está envolto pelas circunstâncias. “É um problema **técnico** de adaptação de meios e fins, exatamente análogo àqueles que se põem cotidianamente ao médico e ao piloto. Toda intervenção médica, toda iniciativa na navegação, comporta um perigo: a única questão é saber se o perigo é menor que aquele que correria o doente ou navio se nada fosse feito. Então, a má ação será aquela que se volta contra suas intenções, a boa ação será aquela ação “bem sucedida”. A moral parece reduzir-se a uma questão de **tática**: ressalta-se menos a definição de bem do que a realização do melhor possível”.⁴³

Não se trata de deduzir o fim do meio ou o meio do fim, como também estabelecer relações matemáticas. O fim pode ser realizado por muitos meios. Trata-se de uma aporia, a qual não diz respeito à ausência de **vias**, que podem ser múltiplas. A deliberação, portanto, meditativa, está em saber **prever** porque vivemos em um mundo no qual o acidente pode acontecer. Eis o exemplo: “Assim, o remédio ou a operação cirúrgica

⁴² AUBENQUE, Pierre. *A prudência em Aristóteles*. Trad. de Marisa Lopes. São Paulo: Discurso Editorial, 2003. p.109

⁴³ Id. *Ibid.*, p.160.

são meios em vista da saúde, mas ocorre também que matem o enfermo. Matam-no, é verdade, **por acidente**, e “do acidente simplesmente não há ciência”, o que não é em absoluto desculpa para o médico, **que deve se lembrar que vive num mundo em que está sempre presente a possibilidade de acidente, que não é inteiramente transparente à sua ciência**”.⁴⁴

Chamamos a atenção para esta passagem, com grifos nossos, que em muito irá desbancara a autonomia kantiana, em seus termos absolutos e que se tem prestado, atualmente, a toda sorte de falcatruas, ante a pluralidade de vias, no caminho a ser percorrido, onde “a deliberação que precede a solução não será senão a medida de nossa ignorância ou, ao menos, de nossa dificuldade em atualizar nosso saber”.⁴⁵

Não é sem razão que a “ética originária” sempre situou-se no presente, a **partir do porvir**, jamais a partir da apropriação do passado, como pensam erroneamente os “eticistas” modernos. É compromisso e responsabilidade para o futuro.

6 A contingência dos meios

A Medicina foi abandonando a sua “arte”, os preceitos hipocráticos, para se transformar em mera “técnica”; em mera ciência e foi, como dizia R. Limongi França perdendo a sua sacralização. Dizem que era paternalista, mas de *bonus paterfamilias*, na verdade, não tinha nada.

Sempre foi uma questão de “poder”. O paciente lançava-se nas mãos dos médicos. Não tinha acesso aos exames, não podia sequer abrir um envelope com os seus exames, subjugado sob o temor reverencial. Do mesmo modo, o temor impedia todo e qualquer questionamento porque os médicos diziam-se “donos do corpo do paciente”.

Os processos envolvendo a responsabilidade civil médica, fundados na responsabilidade aquiliana eram escassos e a consciência de o paciente ser titular de seus direitos da personalidade restava desconhecida.

Qualquer esclarecimento, qualquer diálogo acerca da terapêutica adequada permanecia restrita ao tipo de relação médico-paciente, fundada ou não na amizade e no respeito mútuo.

A dificuldade em obter “informação” tornava praticamente inacessível a conferência médica, na busca de outros meios, outras vias, para um tratamento mais seguro.

⁴⁴ AUBENQUE, Pierre. *A prudência em Aristóteles*. Trad. de Marisa Lopes. São Paulo: Discurso Editorial, 2003. p.178.

⁴⁵ Id. *Ibid.*, p.178.

O “direito à informação” floresceu com o “Direito do Consumidor” e o sentimento de cidadania fortaleceu-se com a denominada “modernidade”. Por outro lado, inversamente, a Medicina abraçando a tecnologia perdeu a sua “arte” e acabou banalizada, **com a perda do sentido do trágico**. Não existe mais a anamnese, o corpo do paciente não é mais tocado, visto e examinado, resultando em danos de toda sorte, porque os sinais, os avisos dados pelo corpo não são mais perscrutados. O diagnóstico, que sempre compromete, transformar-se em prognóstico. As garatujas no prontuário do paciente e nas prescrições, outra coisa não denotem do que, não só a falta de cuidado como de ausência de formação educacional.

Outra gravidade está na permissividade, na desnecessidade de “residência médica”, tornando o médico recém- formado um perigo público. Justamente aqueles que não passam pela residência médica são os que se alojam nas pequenas cidades, sem qualquer busca pela “**excelência**”, porque a “internet” é o instrumento (embora perigoso) que está à mão, o utensílio do imediatismo, que não convida a pensar. Pólos extremos, porque basta o diploma para no dia seguinte sair “cortando por aí”, junto à população de baixa-renda, que não pergunta e não questiona. Várias, portanto, são as medicinas.

De outro lado, nessa massificação, os convênios e seguros-médicos fizeram da Medicina uma profissão que perdeu o seu caráter liberal, cujas empresas, no intuito do lucro, acolhem “o que vem pela frente”, em sua maioria, os “novatos”, os inexperientes, aqueles que estão no “primeiro emprego”, porque a “ética” médica, na sua deontologia, não exige a residência e muito menos o exame de aptidão para o exercício da Medicina, tal como faz a Ordem dos Advogados do Brasil, para o exercício da advocacia. Não é sem razão que Georges Canguilhem observa: “Quer o lamentemos, quer não, o fato é que, hoje, ninguém é obrigado, para exercer a medicina, a ter o menor conhecimento de sua história. É fácil imaginar qual impressão uma doutrina, tal com o hipocratism, pode produzir no espírito de quem só conhece o nome de Hipócrates pelo famoso juramento, rito final doravante esvaziado de seu sentido”.⁴⁶ E muito menos interessa a história do paciente, as suas vivências, o seu modo de ser, o seu mundo, o seu ambiente.

Karl Jaspers, filósofo e médico, traça com detalhes, “a influência da época da técnica na organização e no exercício da profissão médica”, porque não só “mudou” o médico como também “mudou” o paciente, onde o “**discurso cultivado**” deixou de existir: “Como está hoje a situação? Ouve-se a expressão: quanto maior o conhecimento e o poder científico, quanto maior a capacidade de realização dos aparelhos de diagnósticos e de terapia, tanto mais difícil será encontrar um bom médico, ou até muito simplesmente um médico: Um médico deve, porém, tratar um doente individual na continuidade da sua vida.

⁴⁶ CANGUILHEM, Georges. *Escritos sobre a medicina*. Trad. Vera Avellar Ribeiro; prefácio de Armand Zaloszye. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2005. p. 13-14.

Ultrapassar esta pretensão pessoal parece a outras vozes – ainda isoladas – o progresso correto para lá da época burguesa de cunho individualista. O doente moderno, dizem, não quer ser tratado pessoalmente. Vai à clínica como a uma loja, a fim de ser servido com o melhor, através de um aparelho impessoal. E o médico moderno atuaria como coletivo, por meio do qual o doente é tratado, sem que o médico pessoalmente sobressaia”.⁴⁷

Por outro lado, a expressão “**obrigação de meios**”, fruto da doutrina francesa, na qual o médico deve propiciar todos os meios, todas as suas habilidades para a cura do paciente, que pode não acontecer, falha por olvidar que a habilidade para Aristóteles sempre é **contingente**.

A expressão “obrigação de meios” converte o meio em um fim, determinado ou determinável, onde basta somente a determinação subjetiva, alheia à situação contingente, que se move no tempo, visto que o ser humano – habita no tempo.

A responsabilidade civil, no caso, **por falta de habilidade na escolha dos meios** – fundada na culpa (teoria subjetiva), está, como sempre esteve, na imprudência, na negligência ou na imperícia, todas resumidas na expressão romana – *culpa maxima negligentia est* -, porque toda negligência, todo o descaso, resulta na imprudência ou na imperícia.

Nessa visualização, a obrigação de meios, não deixa de ser a adaptação de meios a um fim, que pode ser obtido ou não, no caso a cura. Buscar a cura é buscar o justo. O que é cura?

Nas palavras de Canguilhem, a cura é antes de tudo um **acontecimento**, aquilo que o “doente espera do médico, mas nem sempre o que o doente obtém dele”⁴⁸

Por meio da etimologia, Canguilhem, nos mostra que “curar é proteger, defender, munir, quase militarmente, contra uma agressão ou uma sedição. A imagem do organismo aqui presente é a de uma cidade ameaçada por um inimigo exterior ou interior. Curar é conservar, abrigar. Isso foi pensado muito antes que alguns conceitos da fisiologia contemporânea, como os de agressão, *stress*, defesa, entrassem no domínio da medicina e de suas ideologias”.⁴⁹

E acrescenta que a tendência geral e constante é a de conceber a cura “como final de uma perturbação e retorno à ordem anterior, tal como, o testemunham todos os termos de prefixo *re* que servem para descrever seu processo: restaurar, restituir, restabelecer, reconstituir, recuperar, recobrir etc.”. “Nesse sentido, cura implica a reversibilidade dos fenômenos cuja sucessão constituía a doença; é uma variante dos

⁴⁷ JASPERS, Karl. *O médico na era da técnica*. Trad. João Tiago Proença. Lisboa: Edições 70 Ltda, 1986. p. 42.

⁴⁸ CANGUILHEM, Georges. op. cit., p. 52-53.

⁴⁹ Id. Ibid., p. 48-52.

princípios de conservação ou de invariância sobre os quais são fundamentadas a mecânica e a cosmologia da época clássica”.⁵⁰

Esse *ethos*, essa prática habitual em que se transformou a *praxis* médica, onde a terapia se transforma dia a dia na aplicação de meios (técnicos), meios esses calculáveis, dentro de especialidades cada vez mais afinadas, cada vez mais direcionadas a **fim determinados e previstos**, o diagnóstico passa a ser uma exigência igualmente técnica. Exames laboratoriais, radiológicos, ultra-som, tomografia, ressonância magnética, etc., são instrumentos técnicos de diagnóstico, que visam o diagnóstico, onde a medicina tecnocientífica assume o lugar da atividade simplesmente médica, pois no lugar do médico, surge o investigador, o pesquisador científico natural, a **impor o resultado visado**.

No Direito, tais transformações se refletem na responsabilidade civil, vez que a velha e cediça concepção de obrigação de meio e resultado, proposta por Demogue, cai por terra. Com os meios de diagnóstico cada vez mais aprimorados, passa a exigir o diagnóstico, a causa da doença, que não pode permanecer sob o pálio da dúvida. Determinados tratamentos, a seu turno, comportam o seu grau de especificidade técnica, cujos meios não podem ser aleatórios. O resultado passa a ser determinável e previsível.

Sabendo disso, a medicina passou a se comprometer, nos prontuários médicos apenas com o **prognóstico**. Tal panorama traz profundas implicações na responsabilidade, porque as ações diagnósticas e terapêuticas visam a um fim pré-determinado, por cujo resultado passa a responder, segundo as circunstâncias de tempo e lugar e da doença a ser investigada. Como diz Karl Jaspers, “o médico é agarrado pela pesquisa”, e como tal, “cessa de ser médico”.⁵¹

Esclarecendo melhor, a investigação tecno-científica, totalmente calculada, não se confunde com a **investigação** no sentido amplo da prática médica, que trata daquele paciente em particular, em carne e osso. A pesquisa científico-natural tende ao **exato**, ao maior grau de certeza, sem comportar dúvidas. E aí que a **obrigação de resultado** toma o lugar da **obrigação de meios**, principalmente quanto ao diagnóstico, já que os meios são instrumentos técnicos sem qualquer necessidade de um *ethos* na **habilidade dos meios**, como propõe Aristóteles.

Justamente é aí que a deliberação fracassa, porque tudo é matemático, por reduzir a ação a uma estrutura calculante.

O que importa deixar claro é que a autonomia pura tem encantado os mais afoitos. Bastando ser autônomo para consentir, no consentir sem sentido, o discernimento

⁵⁰ CANGUILHEM, Georges. *Escritos sobre a medicina*. Trad. Vera Avellar Ribeiro; prefácio de Armand Zaloznye. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2005. p. 53.

⁵¹ JASPERS, Karl. op. cit., p. 45

deixa de existir, porque todo o pensar deve ter a sua medida e a vontade por si só passa a ser uma quimera, por se tratar de vontade “não mediatizada”, nas palavras de Aubenque.⁵²

A escolha, diz o ilustre filósofo, “restringe à vontade à consideração dos possíveis. Mas esse **menos** é, na realidade **um mais**, visto que a escolha, mediatizando a vontade, a faz passar do estado de intenção frívola ao querer eficaz e formador”.⁵³

E finaliza: “O risco da moral kantiana é o mesmo que é inerente ao nosso mundo moderno, um mundo, no sentido rigoroso do termo, “imprudente”, onde a proliferação dos meios, conseqüência do progresso científico, torna paradoxalmente cada vez mais difícil a previsão das conseqüências e, por conseguinte, incerta a realização adequada dos fins, mesmo os mais morais”.⁵⁴

7. O consentimento informado e o Estado atual da questão

Seria erro grosseiro considerar o consentimento-informado ou esclarecido obra de questionamento da bioética. Parra isso, nos servimos de estudos realizados na França, no século XIX, considerada o berço da cultura, a influenciar a prática médica não só na Europa, como no Brasil, na denominada “Escola Francesa”, visto ser ainda incipiente a medicina norte-americana, que só tomou vulto após a Segunda Guerra Mundial.

Basta ler *O nascimento da clínica*, de Michel Foucault, quando o doente passa a situar-se num espaço homogêneo e coletivo, o hospital e a morte toma um novo lugar no discurso científico, a denominada medicina positiva, estruturada sobre o método anátomo-clínico.⁵⁵

Compulsando repertórios de jurisprudência da época, encontramos em C. Falque, professor da Faculdade de Direito de Lille, profundas observações acerca da evolução da responsabilidade civil médica na França. Relata o autor, que em 1923 a Corte de Paris confirmou, em respeitáveis decisões, a necessidade do consentimento do paciente e do esclarecimento por parte dos médicos dos riscos do tratamento. A preocupação com o consentimento desenvolveu-se *pari passu* com as questões doutrinárias sobre a natureza da responsabilidade civil médica, ou seja, contratual ou extracontratual, a impor a reparação do dano.

Tal fato se deu, notadamente, com o famoso aresto *Mercier* da Corte de Cassação, de 20 de maio de 1936. Por outro lado, os tribunais franceses vacilaram quanto

⁵² AUBENQUE, Pierre. *A prudência em Aristóteles*. Trad. de Marisa Lopes. São Paulo: Discurso Editorial, 2003. p. 215

⁵³ Id. *Ibid.*, p. 215.

⁵⁴ Id. *Ibid.*, p. 342.

⁵⁵ FOUCAULT, Michel. *O nascimento da clínica*. Trad. Roberto Machado. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

à extensão e a amplitude da responsabilidade civil do médico. Para muitos, considerando o *poder da ciência*, que não poderia ser questionada perante os tribunais, o erro quanto ao diagnóstico, quanto à escolha do tratamento não poderia jamais constituir uma falta médica e dar lugar à responsabilidade, porque se tratavam de “questões científicas” sobre as quais os juristas não podiam se imiscuir.

As decisões eram arbitrárias, malgrado o preceito contido no artigo 1.382 do Código Napoleão, condenando os médicos somente nos casos de falta grave e acima de tudo “certa”.

Por se tratar de responsabilidade extracontratual, as decisões eram movediças, quando, por influência de Josserand, a responsabilidade encaminhou-se no sentido de falta contratual, por se tratar de uma obrigação **consentida**.⁵⁶

C. Falque, comentando a influência do aresto *Mercier*, assinala, por sua vez, criticando a posição adotada por Josserand, que tratar do paciente e não transgredir as **regras de sua arte** (g.n.), é obrigação do médico, que não deriva do contrato, mas da lei, por se tratar de uma obrigação profissional. A falta, no caso, é uma falta acima de tudo profissional.

No âmbito dessa celeuma surge a diferenciação entre obrigação do meio e de resultado, no sentido de se determinar o conteúdo da obrigação, preconizada por Demogue.⁵⁷

Nessa época, H. Mazeaud escreve importante trabalho, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, publicado em 1929. Mais tarde, o mesmo autor publica em 1936 o seu *Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extra-contractuelles, obligations déterminés et obligation générale de prudence et de diligence*, típicas da atividade médica.⁵⁸

Em nome do “progresso da ciência”, privilégio da época, o modo de apreciação da responsabilidade civil do médico sofreu marcantes deslizos, porque inúmeras decisões acabaram por considerar grave falta do médico desconhecer o **progresso da ciência**, ou melhor, “os dados da ciência”, principalmente em vista das especialidades médicas que afloravam na época, pois, ser “especialista” demandava maior responsabilidade.

Demonstra com muita propriedade C. Falque, em várias passagens, que “a ciência não é uma garantia de irresponsabilidade, porque *c’est, en effet, couvrir le médecin*

⁵⁶ FALQUE, C. La responsabilité du médecin après l’arrêt de la Court de Cassation du 20 de mai 1936. *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, Paris, 1937. p. 41.

⁵⁷ Id. *Ibid.*, p. 46. Alinha o autor importantes obras que surgiram na época: Pommerol, La responsabilité médicale devant les tribunaux, 1931; Mazen, Essai sur la responsabilité civile des médecins, thèse, Grenoble, 1934; Petel, La responsabilité des médecins et des chirurgiens, 1935; Negré, La responsabilité civile dans la pratique de la médecine, thèse, Aix, 1935, e Abel, La responsabilité civile des médecins, thèse, Nancy, 1936, consagrando regras gerais que devem governar especialmente os médicos.

⁵⁸ Apud, Id. *Ibid.*, p. 43 e 46.

qui aurait appliqué un traitement, et le chirurgien qui aurait fait une opération, sans prévenir le malade de la lésion que l'un et l'autre comportent, et de leurs suites possibles. C'est couvrir le médecin et le chirurgien qui n'auront pas obtenu le consentement du malade".⁵⁹

É necessário que o doente tenha consentido e que o tratamento ou a operação tenham, igualmente, uma certa utilidade para o paciente, decisões estas estabelecidas pelo Tribunal Civil de Sena, em 16 de maio de 1935.⁶⁰

E acrescenta: “a necessidade do consentimento é uma regra de princípio que ninguém pode colocar em dúvida”. E a Corte de Paris, em 11 de maio de 1937 julgou, do mesmo modo, a necessidade do consentimento para todo e qualquer ato médico, o qual deve ter **certas qualidades particulares**, precisamente para não prejudicar o paciente. Remete, igualmente, à decisão da Corte de Metz, de 21 de maio de 1867, bem como do Tribunal Federal Suíço, de 9 de dezembro de 1892, **considerando como obrigação profissional**, portanto, particular o dever de informar o paciente e seus próximos sobre a doença e o tratamento.

Considerando a prudência e a diligência do médico, a sua arte e a sua profissão, afirma C. Falque, com apoio nas obras citadas e em inúmeras decisões, que o **consentement éclairé** deve ser dado diante das circunstâncias de cada caso, pois, um paciente impressionável pode sofrer as conseqüências da informação dos riscos cirúrgicos, devendo o cirurgião dosar a informação, vez que não existe cirurgia sem riscos. Nesse caso, deve o cirurgião informar a natureza da operação, como por exemplo, em se tratando de ablação de um órgão, compete ao cirurgião demonstrar as vantagens da ablação, bem como os seus inconvenientes, portanto, dentro da **regra técnica da prudência**.⁶¹ Isto, vejamos bem, em assentada jurisprudência desde 1867.

Adverte, contudo, que o consentimento **não pode ser causa de irresponsabilidade**, mesmo obtido segundo as regras da arte médica, no sentido de dar ao paciente a sua **justa** utilidade. Os doentes não são sujeitos sobre os quais os médicos possam fazer experiências.⁶²

No mesmo sentido, esclarece que a Corte Suprema não obstante tenha reprovado tratamentos e procedimentos ainda não tentados, nada impede o emprego de novos métodos, tendo presente, sempre, a utilidade do tratamento, no seu sentido estrito

⁵⁹ FALQUE, C. La responsabilité du médecin après l'arrêt de la Court de Cassation du 20 de mai 1936. *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, Paris, 1937. p. 41.

⁶⁰ Id. *Ibid.*

⁶¹ Id. *Ibid.*, p. 54.

⁶² Id. *Ibid.*, p. 42, onde se lê: *c'est dire que le consentement d'un traitement ou à une opération, même accomplis selon les règles de l'art, ne peut pas être une cause absolue d'irresponsabilité.*

e de caráter excepcional, fundando o seu parecer em uma vasta bibliografia sobre a matéria.⁶³

Como se vê, a expressão *consentement éclairé* consagrou-se na doutrina francesa. Não é obra do Tribunal de Nuremberg e muito menos tem qualquer liame com a autonomia de origem kantiana, pois, é óbvio que os seres humano nascem livres, como, igualmente e óbvio, que a medicina só pode ser praticada com o consentimento do paciente, porque a arte médica funda-se nos preceitos hipocráticos, muito embora, hoje, estejam encobertos pelo véu do esquecimento.

Entre nós, Silvio Rodrigues, com apoio em Savatier, leciona: “Um problema que tem suscitado alguma controvérsia é o referente ao alcance da obrigação atribuída ao médico de advertir o doente sobre os riscos do tratamento, principalmente da intervenção cirúrgica a que ele vai se submeter. Tal dever, segundo ensina Savatier, é tão mais imperioso, quanto maiores são os riscos do tratamento. Isso decorre de que o cliente é o juiz de seu próprio interesse, e, para decidir se resigna a permanecer em seu estado atual ou se prefere enfrentar os riscos de um tratamento mais ou menos perigoso, deve ser esclarecido pelo profissional que o atende.”⁶⁴

Mas, o que suscitou o presente trabalho, a chama que o acendeu foi o diálogo com José Luis Gavião de Almeida, precisamente sobre um certo “modismo” que se instaurou derivado da bioética, sobre a necessidade de dizer a “verdade”, toda a “verdade” ao paciente sobre as condições de sua saúde.⁶⁵

Importa observar que a Resolução 196, de 10 de outubro de 1996 do Conselho Nacional de Saúde ao aprovar diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos, as quais se assentam sobre a autonomia do “sujeito

⁶³ FALQUE, C. La responsabilité du médecin après l'arrêt de la Court de Cassation du 20 de mai 1936. *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, Paris, 1937. p. 43. O consentimento é uma regra de princípio que ninguém pode colocar em dúvida. Nesse sentido, remete à obra: *Garraud et Laborde Lacoste, Le rôle de la volonté et du patient quant au traitement médical et à la intervention chirurgicale*. Rev. Gên. de Droit, 1926, p. 129.

⁶⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 197, v. 4, p. 260; citando Savatier, nesta passagem: **Devoir d'avertir le malade des risques de l'opération ou traitement conseillé**. Ce devoir est, pour le médecin, d'autant plus impérieux que les risques de l'opération ou du traitement sont plus graves, et que l'opération ou l'intervention tentée sont moins impérieusement nécessaires. Si le malade n'a pas été averti des risques du traitement ou de l'opération qui tourne mal, lui même ou les siens sont fondés à réclamer la réparation du préjudice. It l'on ne peut leur objecter que le malade aurait pu, en fait, consentir aux mêmes risques s'il en avait été avertir. Car la causalité doit s'apprécier toutes choses égales d'ailleurs, in *Traité de la responsabilité civile*, tomo II, n. 782.

⁶⁵ José Luis Gavião de Almeida é professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Observa-se que o ilustre professor tem a sua visão orientada para a concretude da vida, lembrando, aqui, uma passagem de Michel Villey, aludindo ao direito romano: “O mais notável na doutrina jurídica romana é que nela se busca a fonte do direito na **realidade das coisas**”, (VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito – os meios do direito*. Prefácio de François Terré e tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 367.

da pesquisa”, faz do consentimento esclarecido a peça-chave como princípio da bioética na área da tecnociência. A pesquisa, portanto, diz respeito à ciência, embora tenhamos demonstrado que a medicina deixou de ser “arte”, no seu saber-fazer, para se tornar mera técnica.

Não se pode confundir “pesquisa ou experimentação” com tratamento ou terapia. A pesquisa é orientada por uma visão meramente **cognitiva**, enquanto a terapêutica é orientada por uma visão da sua **necessidade**. A relação médico-paciente não é do mesmo tipo da relação **experimentador e sujeito-experimentado**. Consentir, na relação médico-paciente, é **dar sentido às estratégias** de cura e recusar o tratamento, significa rejeitar as estratégias que são privadas de sentido para um determinado doente, tendo em conta a história que é sua, porque o paciente é aquele que está pedindo um apelo na sua dor, na sua angústia, para que possa interagir com o médico.⁶⁶ Voltando às palavras de Karl Jaspers, a relação médico-paciente funda-se num **discurso-cultivado, um sendo-com-o-outro, no ser-com**, utilizando aqui a expressão heideggeriana. Não pode ser uma relação desprovida de sentido.

a. O estado atual da questão

A imposição de regras por parte da bioética tem conduzido a *práxis* médica fora de seu caminho autêntico. Instalou-se nos hospitais e clínicas, principalmente nos de “grande porte”, um sistema “cartorial”. Com base na propalada autonomia do paciente, os médicos, diante de casos complexos, limitam-se a apresentar ao paciente um rol de opções, melhor dizendo, um “cardápio” de opções, a cargo da escolha exclusiva do paciente, angustiado por sua doença ou por sua enfermidade. Casos em que as vias são várias, tais como, quimioterapia, radiação ou cirurgia, limitando-se o médico a dizer: “a escolha é sua, sem qualquer ponderação sobre os meios adequados, ou seja, sobre o melhor possível, no seu superlativo-relativo, próprio da prudência”.

Outros, por sua vez, impõem o termo de consentimento-informado para todo e qualquer tipo de exame. Esses “termos de consentimento” trazem um verdadeiro rol de arbitrariedades: alertas sobre o fato de a medicina não ser uma ciência exata; descrição do exame ou do ato cirúrgico em detalhes, em ordem decrescente, apontando todos os efeitos típicos da negligência e imprudência médica, como hematomas, hemorragias, perda de

⁶⁶ FOLSHEID, Dominique. La relation médecin-patient. In: *Philosophie, éthique et droit de la médecine*. Paris: PUF, 1997. p. 254-255, onde se lê: *Consentir aux soins, cela signifie d'abord donner du sens aux stratégies soignantes ; refuser certains soins, cela signifie d'abord rejeter des stratégies qui sont privées de sens pour un malade donné, compte tenu de l'histoire qui est la sienne*. Nesta passagem, voltamos à lição de Aristóteles, onde a prudência é bem mais uma questão técnica ou estratégica, do que moral, como tão bem exposto por Pierre Aubenque.

sentido e função, finalizando sempre com o risco-morte, além de embutir ali, pagamentos por exames, infração aos preceitos do sigilo-médico em benefício dos convênios e seguradoras, em nítida coação, sob **pena da não realização** do exame ou do ato cirúrgico, vale dizer, nítida cláusula, submetida à sorrelfa, de exclusão de responsabilidade.

Alguns hospitais passaram a exibir filmes, em DVD, em sala privativa, na exibição de todos os detalhes da terapêutica médica, como endoscopia, antes da realização do ato médico, transformando o **temor** do paciente em nítido **terror**, aquilo que denominamos “falcatruas” no consentimento-informado, que nada tem de “abusivo”, dada a ilicitude flagrante do ato, a violar as regras hipocráticas da medicina.

Outros, na sua confessada inexperiência, dizendo ao mundo “que não sabe o que faz e muito menos onde está”, assinalam com a “caneta” o membro a ser operado, para não confundir com o membro são, em manifesto desrespeito ao paciente, o qual passa ser “um caso”, sem nome e sem identidade.

Com base na “autonomia” o médico foge à responsabilidade, deixando o paciente, já angustiado, em derelicção, o qual deve assumir a responsabilidade por sua **escolha isolada**, portanto, assumindo todos os riscos do tratamento ou da terapêutica, tal como preconizado por Kant.

É nesse momento, que o sistema “contratualista” norte-americano, transforma o “consentimento-informado”, com fundamento na “autonomia”, em tácito “termo de exclusão da responsabilidade”, afrontando os nossos costumes, aquilo que se consagrou pela *longa consuetudo*, que os positivistas extremados negam a todo preço, incapazes de reconhecer todas as fontes ou formas complementares de expressão do direito, de que fala R. Limongi França.

Trazemos o magistério, sempre presente de Michel Villey: “O direito civil propriamente dito, segundo Pompônio, deve ter-se constituído inicialmente sem textos escritos: *sine scripto*. É obra dos jurisperitos, que o teriam tirado dos hábitos e costumes romanos, de um direito não escrito (D. I, 2.2.5 e 12)”.

“Segundo a definição de Ulpiano, a jurisprudência é inicialmente o estudo de realidades (*rerum notitia* D. I.1.10). O romanista alemão Affolter notava que o que caracteriza a linguagem jurídica romana é o fato de gravitar constantemente em torno do termo *res*”.

“O próprio direito é qualificado de *res*: não é um ser ‘de razão’, criação do homem, mas **realidade**: um dado da natureza. Citamos o texto de Sabinus, um dos fundadores do *jus civile*: o direito não é extraído de regras (*jus non a regula sumatur*), é a regra que é produzida a partir do direito existente (*sed a jure quod est regula fiat*); a função da regra é de descrever uma realidade (*Regula est quae rem quae est breviter enarrat* D.

50,17,1). O *jus* é um ser (*id quod est*) dotado de um valor, assim como a *phusis*. *Id quod ... aequum est ... quod utile est* (D. 1.1.12).⁶⁷

O paciente que consente, no seu auto-regramento (auto-nômos), dotado de “razão” passa a ser aquele que assume *a priori* todos os riscos do tratamento. Essa aberração jurídica, que afronta os mais comezinhos princípios do direito, tem sido decantada em todo o tempo e lugar.

Cumpra deixar bem claro, que a **situação** (a realidade) em que se encontra toda a pessoa doente, é de angústia, de dor, de sofrimento na busca de um socorro médico. Não existe **autonomia** do paciente quando este busca um socorro médico, precisamente por lhe **faltar a autonomia**, que a **situação existencial lhe retira**. Falar em doença é falar na finitude humana, na morte, na possibilidade de não-ser. O médico é aquele que lhe deve restituir a “autonomia”, dar-lhe as condições de uma vida saudável, de um equilíbrio, no seu “deixar-ser”, pacificado na existência, utilizando, aqui, a expressão heideggeriana.

Mesmo a recusa de tratamento, não aparece como um livre-arbítrio, mas como a expressão de um sinal e um apelo – sinal de uma perturbação, de um apelo, de uma angústia, que só o médico pode lhe restituir.⁶⁸ Onde falta a arte do *logos* cultivado é impossível a medicina.

Ninguém como Karl Jaspers retrata tão bem a relação médico-paciente: “relação do doente com o médico pode ser muito diversificada: alguns doentes entregam-se cegamente ao médico numa confiança ilimitada; outros estão com ele numa confiança de um saber partilhado, como estariam com um amigo, do qual nada esperam de sobre-humano, mas também não temem a incerteza. Alguns amam o médico dotado de uma ajuda ilimitada, outros odeiam-no porque o ser-médico se prende com a doença ou porque não sabem dissimular perante o médico, porque se tornam conscientes da sua impotência: estes doentes estão na situação paradoxal de procurar o médico, pois não podem passar sem ele, e de o odiar, porque gostariam de se ver livres dele. Uns pensam cepticamente como Montaigne: “Se adoeceres, não chames um médico, se não ficas com duas doenças”. Outros consideram como tacticamente possível uma gratidão ao médico, como ela existe realmente desde os tempos homéricos. Em toda a diversidade da relação, permanece a idéia da possibilidade de uma terapia médica racionalmente fundada, que seria realizada, se ambos, médico e paciente, fossem racionais”.⁶⁹ Observamos que a expressão – racional

⁶⁷ VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito – os meios do direito*. Prefácio de François Terré e tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 367.

⁶⁸ FOLSHEID, Dominique. La relation médecin-patient. In: *Philosophie, éthique et droit de la médecine*. Paris: PUF, 1997. p. 255.

⁶⁹ JASPERS, Karl. op. cit., p. 19. Acrescentamos, ainda, a pertinente observação, na demonstração da estrutura de cuidado, em relação ao consentimento-informado: “Temor e expectativa, opinião e observação têm um efeito inapreensível na vida do corpo. O homem não se contrapõe livremente, sem mais, ao próprio corpo. Por isso, o médico, com as suas informações, age indiretamente sobre o próprio corpo. É um caso-limite ideal que

– nesta passagem diz respeito ao *logos* que tudo reúne, que tudo enlaça e congrega, ou seja, a palavra, o discurso, que abre e revela.

Portanto, aqueles que vêm no consentimento-informado uma possível exclusão de responsabilidade ou limitação a se refletir na reparação do dano, sob o pretexto de o doente assumir os riscos, estão a “barganhar” com a responsabilidade civil.

A informação médica sobre os riscos do tratamento ou da cirurgia não pode ser dada sem as regras da prudência e das cautelas que a situação e a própria doença do paciente exigem. É o modo de ser do paciente, a sua condição, as suas vivências, que norteiam o rumo da informação básica sobre os riscos do tratamento.

Alguns pacientes, em razão da idade, da cultura e no seu modo de ser frente à doença, hipocondríacos ou não, sugestionáveis ou não, temerosos ou não, devem receber a informação que não prejudique ainda mais o seu estado de saúde, a ponto de refletir-se na cirurgia e no tratamento, o que faz ainda mais difícil a recuperação. O paciente é aquele que está frágil, aquele que se encontra em situação de miserabilidade humana, muitas vezes em situação-limite, que não pode ser banalizada, em nome do consentimento-informado, que se transformará em instrumento de dano e prejuízo, não só material como moral, a ponto de se refletir no seu círculo familiar e social, *par ricochet*.

É o justo meio que comanda a informação, levando em consideração aquele que sofre e a sua situação, a sua vida fática, tal como se apresenta, a reclamar cuidados especiais, porque certas verdades podem ocasionar a morte e tentativa de suicídio, porque a doença conduz o ser humano ao extremo de sua fragilidade e ali a “autonomia” cede lugar à angústia, sem alternativa.

Por outro lado, a falta de informação ou a sua insuficiência podem acarretar riscos de **perda de chance**, na possibilidade de um tratamento menos perigoso ou escolha de conferência médica, vedando ao paciente melhores possibilidades na busca da cura, tal como se vê nas decisões mencionadas por C. Falque.

Mas, como foi demonstrado em todo o decorrer do presente estudo, o consentimento-informado não pode ser confundido como exclusão ou limitação de responsabilidade, na deturpação fraudulenta de seu conteúdo e de sua extensão.

b) a natureza jurídica da relação médico-paciente

Não há que se falar em relação contratual entre médico e paciente, como modalidade de negócio jurídico. Situa-se, tal relação, tendo em vista o fato de que

um homem, não obstante todas as notificações e a possibilidade de pensamento que lhe chegam à mão, influa vitalmente sobre o seu corpo só de modo favorável. A consequência é que **o médico de modo nenhum pode dizer ao paciente, sem mais, o que sabe e pensa, mas deve inserir as suas informações na condição de que o doente inerme não seja lesado e não faça uso delas com prejuízo vital**”. (g.n.)

a prestação de serviços médicos, insere-se no âmbito das relações de consumo, sob a égide do Código do Consumidor, como relação de serviços do denominado “tráfego de massas”.

Buscamos o magistério de Werner Flume, o qual citando Larenz sustenta que o usuário do serviço, na verdade, não declara nada, porque inexistente a declaração formal da vontade na produção de efeitos jurídicos, desejados pelo agente.

O paciente busca o médico. Não efetua um contrato específico e típico quando ingressa no consultório ou no hospital. Basta marcar a consulta, dirigir-se à consulta, receber a prescrição e pagar os honorários. Do mesmo modo, sucede quando um familiar ou amigo solicita a presença do médico. Seja no âmbito particular ou privado, insere-se tal conduta nas relações de prestação de serviços.

Larenz, citado por Flume, diz: “A vontade do usuário se encaminha aqui regularmente só ao resultado de fato, não existe uma produção de uma consequência jurídica, e por conseguinte ‘atua’ (de modo totalmente típico), mas nada declara”.⁷⁰

Esse atuar, socialmente típico, retrata o costume reiterado e uniforme. Tal como tomar um taxi ou se utilizar do serviço público de transporte. Na relação médico-paciente, o que busca o usuário é o tratamento de saúde eficaz, limitando-se a ser examinado e a descrever os seus sintomas. Ora, tal atitude, não deixa de ser um “**contrato**” (um contrato), daí o fato de muitos juristas considerarem tais relações como relações contratuais “de fato”. Quem utiliza tais serviços, na verdade, não emite uma declaração de vontade “no sentido lingüístico do termo”, como observa Flume.⁷¹

O que molda, o que dá forma a tais relações é a conduta social típica, reconhecida *ex lege*, a regular o conteúdo de tais relações já predispostas. Trata-se, nas palavras de Flume, “de um ato consciente de configuração jurídica, um negócio jurídico, com a aceitação regular de uma oferta, de caráter oneroso, necessários na vida cotidiana”.

A nossa lei civil, em seu art. 144, não coloca a vontade como elemento essencial na formação do negócio jurídico, apenas bastando a capacidade do agente; a licitude do objeto, que deve ser possível, determinado ou determinável e a forma prescrita ou não defesa em lei.

Não fala da vontade, expressamente, porque, como sustenta Antonio Junqueira de Azevedo, “a vontade não é elemento do negócio jurídico; o negócio é somente a declaração de vontade. Cronologicamente, ele surge, nasce, por ocasião da declaração;

⁷⁰ FLUME, Werner. *El negocio jurídico: parte general del derecho civil*. 4. ed. Trad. do alemão de José Maria Miguel Gonzales e Esther Gómez Calle. Madrid: Ed. Fundación Cultural del notariado, 1998. tomo 2, p. 131-133.

⁷¹ Id. *Ibid.*, p. 132.

sua **existência** começa nesse momento; todo o processo volitivo anterior não faz parte dele; o negócio todo consiste na declaração.⁷²

Na relação médico-paciente, as particularidades se fazem notar, porque, tal como vimos, por envolver a vida e a integridade do ser humano, no restabelecimento da saúde, não é um negócio como um negócio qualquer. Ali é o lugar da **deliberação e da escolha**, não da vontade, dentro da concepção contratualística que tem dominado a bioética.

Na França, inúmeros são os trabalhos sobre as imperfeições do modelo contratual na relação médico-paciente. É o que demonstra Marion Girer, em alentada obra, *Contribution à une analyse rénovée de la relation des soins*,⁷³ em face da necessidade de uma adaptação específica por intermédio da **perda de chance** e da ausência de informação, pois, dificilmente a relação médico-paciente se insere no quadro das regras contratuais. Para a autora, trata-se de uma situação legal e regulamentar, em que se situam o paciente e o médico, com a aplicação de um estatuto particular⁷⁴ Mas, tal tema, comporta um trabalho específico, que não pode ser levado a efeito no presente estudo.

Chamamos a atenção, entretanto, para o fato de que a capacidade civil sofre limitações, dada a situação do paciente, a impor regras que digam respeito à “incapacidade natural” de se defrontar com a doença, incapacidade esta que tem sido vista com especial atenção pela jurisprudência italiana, levando em consideração o fato de que o aludido consentimento-informado ou esclarecido, seja, nos casos especialíssimos, instrumento a ser utilizado **somente em benefício do paciente**.

Para aqueles que procuram **inverter** os fins e a finalidade do Direito, “**deduzindo o direito da regra**”, principalmente das “regras para-jurídicas”, no governo da ciência, com noções de conteúdo variável, na manipulação instrumentalizadora de conceitos jurídicos, o nosso Código Civil traz a sua resposta no conceito amplo de ilicitude, ao consagrar em seu art. 187, que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, lembrando sempre que a Medicina tem acima de tudo a sua inescandível função social e o que caracteriza a natureza do homem é a sua humanidade.

O perigo é o Direito!

⁷² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 96.

⁷³ GIRER, Marion. *Contribution à une analyse rénovée de la relation des soins*. Essai de remise en cause du contrat médical. Thèse de droit privé soutenue à l’université Jean Moulin Lyon 3 le 6 décembre 2005. Bordeaux: Ed. Les Études Hospitalières, 2008. p. 411-443.

⁷⁴ Id. Ibid.

Foi o que visualizamos nesse caminho pleno de percalços, na cisão entre a bioética e o direito. Mas, buscando o alento e a inspiração em Heidegger, que nos toca com os versos de Hölderlin, quando justamente tratou da questão da técnica, que nada tem de “técnico”...

“Ora, onde mora o perigo
é lá que também cresce
o que salva”.

São Paulo, junho de 2009.

Referências

- ARAMINI, Michele. *Introduzione alla bioetica*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2003.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1974.
- AUBENQUE, Pierre. *A prudência em Aristóteles*. Trad. Marisa Lopes. São Paulo: Ed. Discurso Editorial, 2003.
- BAUD, Jean-Pierre. *Lê droit de vie et mort: Archéologi de la bioéthique*. Paris: Aubier, 2001.
- BOTROS, Sophie. *Consentement*. In: CANTO-SPERBER, Monique (Dir.). *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*. Paris: PUF, 2001.
- CANGUILHEM, Georges. *Escritos sobre a medicina*. Trad. de Vera Avellar Ribeiro e prefácio de Armand Zalozsye. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- CLOTET, Joaquim. A bioética: uma ética aplicada em destaque. In: CAPONI, Gustavo A.; LEOPARDI, Maria Tereza; CAPONI, Sandra N. (Orgs.). *A saúde como desafio ético*. Anais do I Seminário de Filosofia e Saúde, Florianópolis, 1995.
- CORTINA, Adela; MARTINEZ, Emilio. *Ética*. Trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005.
- FALQUE, C. La responsabilité du médecin après l'arrêt de la Court de Cassation du 20 mai 1936. *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, Paris, 1937.
- FARIA, Maria do Carmo B. de. *Direito e ética*. São Paulo: Ed. Paulus, 2007.
- FLUME, Werner. *El negocio jurídico: parte general del derecho civil*. 4. ed. Trad. José María Miguel Gonzales e Esther Gómez Calle. Madrid: Ed. Fundación Cultural del notariado, 1998. t. 2.
- FOUCAULT, Michel. *O nascimento da clínica*. Trad. Roberto Machado. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

GIRER, Marion. *Contribution à une analyse rénovée de la relation des soins. Essai de remise en cause du contrat médical*. Bordeaux: Ed. Les études Hospitalières, 2008.

GOUVERICH, D. *Introduction*. In: HIPPOCRATE. *De l'art medical*. Paris: Bibliotheque Classique, 1994.

HEIDEGGER, Martin. *Ensaio e conferências*. Trad. Gilvan Fogel. Petrópolis: Vozes, 2002.

HIPPOCRATE. *De l'art médical*. Trad. Émile Littré. Paris: L.G.D.J., 1994.

JASPERS, Karl. *O médico na era da técnica*. Trad. João Tiago Proença. Lisboa: Ed. 70, 1986.

MAFFESOLLI, Michel. *Elogio da razão sensível*. Trad. Albert Christophe Migueis Stckenbuck. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

SATRE, Jean-Paul. *O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica*. Trad. Paulo Perdigão. São Paulo: Vozes, 1997.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 4.

ROMANO, Bruno. *Filosofia del diritto e questione dello spirito*. Torino: Giappichelli, 2007.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Texto estabelecido e revisto por Stéphane Rials, tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito – os meios do direito*. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.