

Luísa Neto¹

ÉTICA E AUTONOMIA DA VONTADE NO CAMPO DA SAÚDE

Ethics and will autonomy within health issues

¹Universidade do Porto. Porto, Portugal.

Correspondência: Luísa Neto. *E-mail*: lneto@direito.up.pt.

Recebido em: 20/07/2016.

Um novo número da *Revista Direito Sanitário* se apresenta, com o desiderato de discutir o modo como a ética e a autonomia da vontade encontram relevância no campo da saúde. Não obstante objeto de tradicional tratamento pela doutrina, as questões sub judice impõem desafios permanentes de atualização e problematização dos respectivos contornos. De facto, se o direito – entendido em termos subjetivos – é, em uma conhecida aceção, a permissão normativa específica de aproveitamento de um “bem”, não haverá certamente bem ou objeto mais essencial sobre o qual aquela permissão possa incidir do que o “próprio corpo”, ou a própria saúde. E, também nesse sentido, o **homem**, enquanto tradicional sujeito de **Direito**, regressa hoje transfigurado também surpreendentemente na veste simultânea do objeto. Ora, como compatibilizar, nesses contextos de saúde, a suposta indisponibilidade e inviolabilidade corporal com a possibilidade de o homem se autodeterminar racionalmente¹?

1. O Direito está inevitavelmente endossado a uma filosofia dos valores, e o legislador deve escolher um modelo normativo àquela adequado. Mas, na escolha entre modelos de objetivismo/subjetivismo, a autonomia privada surge como *voie moyenne*, problematizando as relações entre a vontade e a norma.
2. Podemos afirmar que uma norma moral ou ética é autónoma quando encontra em si mesma o seu próprio fundamento. Ora, afastada a possibilidade de conceber a tutela constitucional da autonomia como uma garantia direta, autónoma e global, tem-se procurado averiguar se ela emerge indiretamente da previsão de outros direitos, *v.g.* em um direito ao livre desenvolvimento da personalidade².
3. Sabendo existir uma miríade de possibilidades de definição da liberdade (positiva e/ou negativa) pressuposta na autonomia (desde logo como ausência de restrição a escolhas possíveis, ou *dispositional freedom* que *Feinberg* propõe), a ideia de direito implica um referencial ético legítimo, e a determinação do mínimo de liberdade negativa pessoal – que em circunstância alguma pode ser violado – impõe a invocação de um conceito de *agent relativity* não muito distinto da doutrina do deontologismo moral. Ora, se *Kant* explicou que “o que devo fazer depende do que sou capaz de fazer”, o que se pretende averiguar é a justeza absoluta dessa afirmação, trazendo à colação diferentes entendimentos da relação entre o dever e a possibilidade. As vias a seguir não poderão ser as de um mero ensaio livre do possível; antes, há de se encontrar uma *mezza via* que eleja porventura o critério ético como *indirizzo*

¹Vejam-se, *passim*, NETO, Luísa. *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo: a relevância da vontade na configuração do seu regime*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004 e *Id. Novos direitos: ou novos objectos para o Direito?* Porto: Ed. Universidade do Porto, 2010.

²Este direito, de inspiração germânica, encontra previsão expressa no n. 1 do Artigo 26 da Constituição da República Portuguesa desde a revisão constitucional de 1997. “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.” PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/crp_pt_2005.pdf>. Acesso em: 31 ago 2016.

essencial e que – como o racionalismo teleológico –, distinga entre a *freedom to believe* (*in se*), e *freedom to act* (*um zu*).

4. É a “consciência jurídica geral” que traça o limite da validade da autonomia constitutiva: a libertação do indivíduo é enquadrada por parâmetros de ética social, que determinam uma escolha razoável entre ações verdadeiras e possivelmente desejadas, numa tentativa de conciliação entre uma missão “iluminadora” dos indivíduos supostamente atribuída ao Estado e a necessidade de procurar a solidariedade própria do corpo social.

5. Mas o pluralismo social de valores está – tem que estar – intimamente associado à autonomia. Esta asserção conduz a um encorajamento ativo da liberdade das pessoas para guiarem suas próprias vidas por escolhas sucessivas a partir de uma gama adequada de opções válidas, bem como a uma tolerância passiva de escolhas erradas, pelo menos até ao ponto em que nenhuma medida sejam tomadas pelo Estado para corrigi-las, tendo em conta a necessidade de proteger os interesses dos outros. Assim, não só a autonomia deve ser orientada para o bem, como a própria liberdade é um bem, que entra em tensão com a democracia para a criação da esfera de autonomia privada e da delimitação público/privado.

6. A legitimidade de intervenção do Estado é, então, necessariamente medida como um espaço de consciência – um *non possumus*: o Estado só deve intervir nesta matéria para assegurar o essencial dos pressupostos em que assenta a autonomia privada – a capacidade³ e a liberdade da consciência do sujeito – e a igualdade dos sujeitos, bem como para garantir outros valores fundamentais da coletividade que esta não possa deixar entregues à livre atuação da consciência dos cidadãos⁴.

7. Esse princípio de liberdade, que apenas pode abranger seres humanos na maturidade de suas faculdades, implica, assim, uma distinção entre as condutas que dizem respeito unicamente ao próprio indivíduo (*self regarding actions*, na terminologia de Mill) e as condutas que implicam outros membros da sociedade e em relação às quais, para prevenir a ocorrência de um dano, a intervenção social se justifica (desde que se não exceda o dano que a conduta do indivíduo causaria a outrem). Ou seja: quando a conduta de uma pessoa afetar de forma prejudicial os interesses de outras, a sociedade tem jurisdição sobre ela; mas o mesmo já não sucede quando a mesma conduta não afetar os interesses de ninguém além de seus próprios, ou não os afetaria se as outras pessoas não os quisessem (sendo de idade madura e entendimento normal todas as

³Os desafios de interação entre autonomia e capacidade são precisamente os trazidos a este volume por *Silvio Romero Beltrão* no artigo “Autonomia da vontade do paciente e a capacidade para consentir: uma reflexão sobre a coação irresistível”, ao questionar a validade da manifestação de vontade do paciente, em momento em que o mesmo está influenciado pela dor e pelo sofrimento.

⁴Neste volume, *Aline Albuquerque* – em “A segurança do paciente à luz do referencial dos direitos humanos” – escarpaliza a existência de um mandato de regulação que propicie um “direito ao cuidado em saúde seguro” – que faz derivar do direito à vida e do direito à saúde.

pessoas afetadas). Nesses casos, a autonomia e autodeterminação têm como corolário a responsabilidade (e a eventual culpa) de quem atuou livremente e impõem destringer entre auto e heterolesão (ainda que consentida) enquanto expressão do livre desenvolvimento do indivíduo: o consentimento válido e eficazmente expresso transforma a violação em mera lesão aparente de bem jurídico que se considere disponível⁵.

8. No entanto, o consentimento autónomo legalmente admitido pode frustrar o sistema social autorreferente positivo e provocar perturbações socialmente intoleráveis da convivência social constitucionalmente sancionada, mormente em termos como os atinentes ao corpo humano e à saúde, que lidam com o sistema de humanas representações. De facto, como lembra *Dijon*: “[P]arece-nos que o corpo humano constitui esta ‘matéria’ privilegiada capaz de dar peso às palavras utilizadas pelo jurista para designar o sujeito e os seus direitos subjectivos”⁶.

9. Essa questão é fulcral no dilucidar das questões que aqui nos unem. É que o corpo humano não ocupa um lugar particular no direito senão por intermédio de um conceito abstrato – o de pessoa. Ora, se é o direito que cria a pessoa, é o corpo humano que lhe serve de suporte. É, pois, a dignidade da pessoa humana que surge como justificação da proteção conferida ao corpo: o corpo humano na sua globalidade é bem protegido, porque se confunde com a pessoa que joga o papel de um *écran* protetor do corpo. De facto, e no fundo, não é o corpo que está protegido e fora do comércio, mas a pessoa – abstração jurídica definida pelos atributos, eles mesmos abstratos, que se estima constituírem a trama da dignidade humana.

10. O desafio contínuo é o de manter a crença de que o futuro das liberdades civis e dos direitos fundamentais é pelo menos tão importante no presente como foi no passado⁷ e que qualquer método de salvaguarda dos direitos tem que nos exigir uma revisão constante e um debate rigoroso. Há liberdades, *chez le législateur*, que não devem ser mais que tolerâncias e que não deveriam ser confundidas com o bem público. Mas a intolerabilidade mede-se pela afetação nuclear do princípio da dignidade humana, que há de necessariamente acompanhar todo o desenvolvimento da pessoa. Será conceito indeterminado, mas imprescindível. É que *Homo est, homo fit*: existencialmente, o **homem** faz-se ao determinar-se livremente, escolhendo em sua determinação individual a forma de sua própria essência.

⁵Para além do consentimento, são várias as figuras de disponibilidade que podem relevar a vontade: o acordo, a autocolocação em perigo, a autolimitação, a renúncia, a restrição.

⁶DIJON, Xavier. *Le sujet de droit en son corps, une mise à l'épreuve du droit subjectif*. Namur: Société d'Études Morales, Sociales et Juridiques, 1982.

⁷Ainda que o tema seja permanentemente revisitado por novos desafios advindos da evolução da técnica, sobre os quais *Fernanda Schaefer Rivabem* escreve em “Uso de placebos em pesquisas com fins comerciais: limitações jurídicas à luz do ordenamento brasileiro”. No artigo, a autoria discute – no âmbito traçado pelos princípios bioéticos de autonomia, justiça e equidade – as relações jurídicas decorrentes das pesquisas, com uso de placebos, financiadas por laboratórios e farmacêuticas e o modo de concretização de responsabilidades em caso de danos provocados ao pesquisado.

Referências

DIJON, Xavier. *Le sujet de droit en son corps, une mise à l'épreuve du droit subjectif*. Namur: Societé d'Études Morales, Sociales et Juridiques, 1982.

NETO, Luísa. *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo: a relevância da vontade na configuração do seu regime*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

_____. *Novos direitos: ou novos objectos para o Direito?* Porto: Ed. Universidade do Porto, 2010.

Luísa Neto - Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Portugal). Membro do Centro de Ciências Forenses (Cencifor) e do Centro de Investigação Jurídico Económica (CIJE) da Universidade do Porto. Porto, Portugal. *E-mail*: lneto@direito.up.pt.