

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

ANA THEREZA MEIRELES ARAÚJO

MÔNICA NEVES AGUIAR DA SILVA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

B615

Biodireito e direitos dos animais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Ana Thereza Meireles Araújo; Mônica Neves Aguiar da Silva; Heron José de Santana Gordilho – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-580-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

Os artigos a serem apresentados nesta publicação integraram o Grupo de Trabalho “Biodireito e Direito dos Animais”, durante o XXVII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Salvador/Bahia, de 13 a 15 de junho de 2018, com o tema “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”, em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

Os artigos apresentados apontaram discussões de temáticas atuais, considerando abordagens teóricas e práticas relacionadas às questões do biodireito e dos direitos dos animais. Assim, pode-se acompanhar os desafios das diversas linhas de pesquisa dos programas de pós-graduação no país, a partir da complexidade temática dos assuntos e da multiplicidade das matrizes teóricas abordadas.

Nesta coletânea, estão vinte e dois artigos, resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, Mestrado e Doutorado, detalhadamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. O grupo foi coordenado pelos professores doutores Ana Thereza Meireles Araújo, da Universidade do Estado da Bahia e Universidade Católica do Salvador, Heron José de Santana Gordilho, da Universidade Federal da Bahia, e Mônica Neves Aguiar da Silva, da Universidade Federal da Bahia e Universidade Católica do Salvador.

O trabalho “A Contribuição dos sentimentos para a formação do profissional de Saúde”, de Jessica Hind Ribeiro Costa, teve como proposta a possibilidade de construção de uma intervenção médica voltada à compreensão, diálogo e acolhimento do sujeito, tendo como paradigma fundante uma visão sentimentalista da relação profissional-paciente.

Ana Thereza Meireles Araújo apresentou o trabalho “A Informação na relação médico-paciente: o delineamento da obrigação mútua face ao argumento da vulnerabilidade”, que teve como objetivo descortinar uma análise adequada da função e importância da prestação da informação adequada no curso da relação médico-paciente, a partir de uma perspectiva que observa uma obrigação de natureza mútua.

“A lei nº 12.131/04 RS e a emenda constitucional nº 96/2017 diante dos cultos de origem africana e do estado laico”, de autoria de Simone Alvarez Lima e Eduardo Leal Silva, propôs uma análise sobre a possibilidade de uso e morte de animais em rituais religiosos, considerando a lei estadual gaúcha, bem como o entendimento do STF.

Amanda Souza Barbosa apresentou o trabalho “A licitude da gestação de substituição no Brasil”, que teve como objetivo geral analisar a (i)licitude da gestação de substituição à luz do ordenamento jurídico brasileiro, a partir da dignidade da pessoa humana e do regime dos direitos da personalidade.

O artigo “A teoria da libertação animal, bases, críticas e reais possibilidades após quatro décadas”, de Rogério Farinha Silva Nunes Baeta, buscou analisar as bases e principais propostas da Teoria da Libertação Animal, do filósofo australiano, Peter Singer, após quatro décadas de sua publicação.

Lucia Helena Ouvernei Braz de Matos e Litiane Mottamarins Araujo, com o trabalho “As desigualdades de acesso às técnicas de reprodução humana assistida”, buscaram promover uma análise reflexiva em torno do planejamento familiar, da medicalização da infertilidade e infecundidade, bem como do acesso às técnicas de reprodução humana assistida frente à cultura do consumo.

O trabalho “As Dimensões da autonomia do Direito Animal: Em direção a uma nova disciplina jurídica no Brasil”, de Heron José de Santana Gordilho e Fernando de Azevedo Alves Brito, apontou as cinco dimensões da autonomia que caracterizam o surgimento de uma nova disciplina jurídica (autonomias legislativa, didática, científica, jurisdicional e administrativa), destacando a necessidade da promulgação de uma Lei de Política Nacional de Proteção Animal e da criação de varas especializadas em Direito Animal pelo Poder Judiciário Brasileiro.

Lorena Saboya Vieira e Thayara Silva Castelo Branco, com o trabalho “Avanços e desafios da proteção animal no Brasil: Análise 30 anos após a Constituição Federal de 1988”, propuseram uma análise jurídica acerca da evolução dos direitos dos animais no Brasil, desde a Constituição de 1988 até os dias atuais, estabelecendo os principais marcos e avanços alcançados, bem como os desafios que impedem a integral proteção dos animais na sociedade brasileira.

“Bioética e Biodireito na sociedade pós-moderna: os direitos humanos como vetor dos experimentos científicos”, de autoria de Vanele Rocha Falcão Cesar, teve por escopo analisar

as categorias bioética e biodireito na sociedade pós-moderna na qual vão surgir inúmeros fenômenos como reprodução humana assistida, mapeamento do genoma, prolongamento da vida mediante transplantes, alteração de sexo, clonagem, engenharia genética, entre outros, contextualizando tais categorias no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro e internacional.

Roberto Henrique Pôrto Nogueira e Alexandra Clara Ferreira Faria, em “Consumo de material biológico, vulnerabilidade e biobancos”, propõem investigar se há relação de consumo na disposição de material biológico humano para instituição de biobancos, discussão com acentuada relevância por envolver a regularidade do avanço de terapias e de pesquisas clínicas.

“Da (In)aplicação da concepção de “pessoa” apresentada por Lucien Sève diante da esclerose lateral amiotrófica”, de Fernanda Teixeira Saches e Denis Franco Silva, destina-se a analisar a situação de pacientes tardiamente informados sobre o diagnóstico de Esclerose Lateral Amiotrófica, bem como objetiva criticar a concepção de “pessoa” sustentada por Lucien Sève, que repreende a prática do suicídio assistido.

A pesquisa intitulada “Direito dos animais e o controle da leishmaniose: Novas perspectivas”, de Mery Chalfun e Francesca Odetta Santos Ribeiro Cosenza, tem por objetivo destacar a doutrina do direito dos animais, e, sob este ângulo, questionar eticamente a eutanásia como forma tradicional de controle da leishmaniose, além de salientar a existência de novas possibilidades e necessidade de implementação.

“Eutanásia versus a dignidade da pessoa humana: um direito na vida e na morte”, de Gabriella Caroline Lima da Silva e Adriano Fernandes Ferreira, buscou analisar e conceituar a eutanásia partindo de um comparativo sócio-jurídico entre os ordenamentos pátrio e estrangeiro, a partir da análise do conceito de direitos fundamentais e das características da eutanásia.

“Liberdade religiosa e sacrifício animal em rituais religiosos: Ponderação entre o direito à liberdade de culto e a prática proibitiva de crueldade contra os animais”, dos autores Tagore Trajano de Almeida Silva e Laura Cecília Fagundes dos Santos Braz, analisa a relação entre os humanos e os animais, visando discutir, indiretamente, o processo de coisificação animal e, diretamente, o sacrifício de animais em rituais religiosos de matriz africana.

Lauanda Queiroz Oliveira Marques e Daniela Davis Portela, em “Náufragos da solidão: Um diálogo entre a bioética e os cuidados paliativos”, buscam analisar a posição dos cuidados

paliativos no contexto médico-hospitalar e social brasileiros, bem como propõem um olhar sobre a necessidade de superação do paradigma estrito da cura, sem menosprezar os nítidos avanços obtidos pela medicina moderna.

“O destravamento dos direitos dos animais pelo Judiciário”, de Thais Boonen Viotto e Karina Sales Longhini, teve como proposta apresentar algumas decisões que apontam para uma nova forma de enxergar os animais no âmbito dos Tribunais, considerando a abertura do legislador constitucional, que incluiu a proteção dos interesses dos animais na Constituição.

Renata Oliveira Almeida Menezes e Silvio Romero Beltrao, com a pesquisa “Os desafios para a preservação do princípio da dignidade humana em face da revolução biotecnológica”, buscaram delinear quais desafios o princípio da dignidade encontra na atualidade para garantir a sua eficácia social perante o mundo biotecnológico.

“Os limites da disposição do próprio corpo em pesquisas em humanos na perspectiva da bioética”, de Mariana Mazuco Carlessi e Gustavo Silveira Borges, teve como proposta analisar a necessidade da proteção ética no que tange à realização de pesquisas envolvendo seres humanos.

Marcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e Rafaela Cândida Tavares Costa, com a pesquisa “Proteção deficiente e defesa dos animais: A condição jurídica dos animais e o simbolismo jurídico das normas que os protegem”, buscaram analisar a condição jurídica dos animais e sua defesa na legislação brasileira, a partir da hipótese de que os animais são sujeitos de direitos por serem sencientes.

“Tensão entre os saberes esquecidos dos povos autóctones latino americanos e o saber hegemônico eurocêntrico: Reformulação dos direitos dos animais não humanos”, de autoria de Karen Emilia Antoniazzi Wolf, buscou estudar a conexão entre os saberes autóctones e o saber eurocêntrico, para estender direitos aos animais, tendo como justificativa de pesquisa a nova concepção de uma comunidade mundial de valores, calcada no bem viver e na paz de humanos e não humanos.

Virgínia Pimentel Santos Custódio e Joaquim Custodio da Silva Júnior, com o artigo “Teste genético direto ao consumidor: Uma perspectiva entre autonomia e vulnerabilidade”, buscaram discutir a utilização de teste genético direto ao consumidor, sob a perspectiva da autonomia do indivíduo e da sua vulnerabilidade.

Na pesquisa “Tráfico de órgãos: Uma análise do fenômeno sob a perspectiva da legislação brasileira”, Mariana Faria Filard e Thandra Pessoa de Sena buscaram analisar o tráfico de órgãos à luz da legislação brasileira e suas implicações penais, bem como discorrer acerca da doação de órgãos no campo prático.

Registramos a valiosa contribuição de todos os pesquisadores do grupo e desejamos aos leitores proveitosa leitura.

Coordenadores:

Profa. Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva – Universidade Federal da Bahia/ Universidade Católica do Salvador

Profa. Dra. Ana Thereza Meireles Araújo – Universidade do Estado da Bahia/ Universidade Católica do Salvador

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho – Universidade Federal da Bahia

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A INFORMAÇÃO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: O DELINEAMENTO DA OBRIGAÇÃO MÚTUA FACE AO ARGUMENTO DA VULNERABILIDADE

INFORMATION ON THE DOCTOR-PATIENT RELATIONSHIP: THE DESIGNATION OF MUTUAL OBLIGATION FACES THE ARGUMENT OF VULNERABILITY

Ana Thereza Meireles Araújo ¹

Resumo

Artigo destinado à análise da função e importância da prestação da informação adequada no curso da relação médico-paciente, a partir de uma perspectiva que observa uma obrigação de natureza mútua. A relação médico-paciente agrega riscos que podem ser minimizados quando as partes envolvidas permaneçam conscientes de que titularizam a obrigação de informar mutuamente, desde de que seja ela clara e compreensível. A não informação ou a informação inadequada potencializa as vulnerabilidades concernentes aos envolvidos e deslegitima a obtenção do consentimento para a consecução dos tratamentos sugeridos.

Palavras-chave: Relação médico-paciente, Informação, Consentimento, Vulnerabilidade

Abstract/Resumen/Résumé

An article intended to analyze the function and importance of providing adequate information in the course of the doctor-patient relationship, from a perspective that observes an obligation of mutual nature. The physician-patient relationship adds risks that can be minimized when the parties involved remain aware that they have the obligation to inform each other, provided it is clear and understandable. Non-information or inadequate information enhances the vulnerabilities of those involved and delegitimizes obtaining consent for the achievement of suggested treatments.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Doctor-patient relationship, Information, Consent, Vulnerability

¹ Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia. Professora da Universidade do Estado da Bahia, da Universidade Católica do Salvador e da Faculdade Baiana de Direito.

1 INTRODUÇÃO

A complexidade do estágio atual das possibilidades que emanam da Medicina, seja por meio de procedimentos, tratamentos ou através de experimentos científicos, aponta para a tão constatada, ao longo dos últimos anos, mudança na relação médico-paciente. A motivação para tal mudança descortina uma gama de novas situações que envolvem aspectos éticos e jurídicos a serem considerados a partir de uma análise em torno das obrigações e dos direitos que podem envolver tais relações.

Compreende-se de maneira razoável o quanto a atuação do profissional da medicina pode ser prejudicial ou benéfica, mas, ao mesmo tempo, passa-se, também a admitir que o paciente é partícipe direto na colaboração da construção de uma boa relação com o seu médico. Há, por óbvio, uma obrigação mútua de informação que deve envolver as duas partes relacionadas, a fim de que se busque a melhor otimização dos resultados.

A não informação ou a informação inadequada pode prejudicar significativamente a relação, na medida que potencializa vulnerabilidades já existentes, ou cria novas situações que envolvem a condição de vulnerabilidade. Tanto o médico quanto o paciente são responsáveis pela construção de uma relação alicerçada na confiança e na boa-fé, elementos cujo alcance pressupõe a diligência do dever de informar.

Tem-se como pretensão principal evidenciar a importância de se conceber o dever de informação como uma obrigação mútua e necessária, tendo em vista que seu cumprimento adequado contribui de maneira significativa para a diminuição de problemas relacionados aos contratos de saúde. A informação, adequadamente prestada e devidamente compreendida, corrobora a boa prática nos contratos e desponta como uma forma preventiva e eficaz de gerenciar riscos.

Propõe-se um estudo analítico-discursivo em torno da relação existente entre a autonomia do ser humano, a compreensão como elemento necessário à manifestação dessa autonomia, as possíveis condições de vulnerabilidade ínsitas a cada pessoa, bem como a extensão do dever de informar, pressuposto da coleta do consentimento. Os elementos e conceitos apontados serão referenciados por meio de levantamento bibliográfico nacional e estrangeiro, consoante a perspectiva da pesquisa qualitativa, que visa analisá-los em prol de apontar a solução mais adequada ao problema proposto.

2 A NOVA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA PATERNALISTA E A ASCENSÃO DA AUTONOMIA

A significativa mudança na ideia que envolve a informação no curso da relação médico-paciente pode ser sintetizada pelo fato de que não cabe mais ao médico pensar que a regra é a não informação, seja porque o paciente possa não compreender, seja porque o próprio profissional possa ter incertezas quanto a suspeitas diagnósticas ou procedimentos a serem adotados, ou por qualquer outra motivação antes comumente ponderada.

O que se quer dizer, então, é que, agora, a regra é buscar informar o paciente, com cuidado e detalhamento, sobre todas as questões que podem envolvê-lo, o que pode incluir as incertezas e probabilidades concernentes ao caso. A exceção, então, é pensar que o médico possa ponderar uma motivação que justifique não conferir informações diretamente ao paciente autônomo, relacionada à possibilidade de que as mesmas possam agravar o seu estado de saúde, restando a obrigação de que a informação seja destinada aos seus familiares.

Disso resulta que o reconhecimento efetivo do dever de informação representa uma mudança de paradigma importante. A história da medicina evidencia o seu caráter eminentemente paternalista, na medida em que pouco se admitia que o paciente participasse do processo decisório que envolvia a sua própria saúde, restando ao mesmo acatar o aconselhado pelo profissional, que, pela sua capacidade técnica, detinha total condição de saber o que de fato era melhor para a sua situação.

O paternalismo que impregnou a relação médico-paciente ao longo dos tempos parte da investigação em torno da concepção da medicina hipocrática. Hipócrates foi um médico grego, historicamente considerado o “pai da Medicina”, que primeiro delineou posturas, consagradas em seus escritos, com contornos de natureza paternalista, e consolidou a ideia, de uma maneira geral, de que caberia somente ao médico as decisões relacionadas ao paciente. O *Corpus Hippocraticum* contém obras que foram organizadas em volumes por Ptolomeu, general das tropas de Alexandre, o Grande, para formarem a biblioteca de Alexandria e também compreendem escritos posteriores de outros autores. Hipócrates também fez descrições de várias doenças, discorreu sobre exames físicos, diagnósticos, procedimentos, cirurgias, além de ter identificado doenças relacionadas à psiquiatria e psicologia (CORDEIRO DA SILVA, 2013, p.16).

A lógica hipocrática de pensar a medicina esteve sempre associada à ideia de que a mesma estava diretamente relacionada à filosofia. Assim, a diferença entre medicina e filosofia também não era grande, desde que todas as virtudes da filosofia estivessem presentes também em medicina, como libertar-se da ganância, ter modéstica na forma de vestir-se, equilíbrio mental, ter capacidade de tomar decisões rápidas, ser honesto e ter um discurso

lógico e conciso, sabendo, inclusive, abordar as pessoas. Conceitos e metáforas filosóficas são relatados em textos destinados aos estudos da obra de Hipócrates. O médico não poderia ordenar o vento nem o mar, ele não planeja nada, quando em perigo, ele não pode fazer muito, o que exatamente ele pode é dirigir o barco para a segurança em prol de reverter a situação problemática (BULJAKOVA, 2001, p.119).

O pensamento filosófico hipocrático consolidou os primeiros passos para o estudo humanístico da prática médica, que historicamente sempre esteve diretamente associada à veia paternalística. Acrescente-se que a medicina paternalista era baseada essencialmente no princípio da beneficência, onde cabia ao médico decidir isoladamente, na maioria dos casos, sobre a atitude terapêutica apropriada para cada paciente. Havia, então, a tendência equivocada de pensar que um ser em estado de sofrimento não era capaz de tomar uma decisão livre e clara, já que a doença não só afetou seu corpo, mas também sua alma (CORTÉS, 1999, p.5).

Pode-se observar então que o paternalismo médico é referenciado como uma realidade inerente à prática da medicina e se consubstancia como uma espécie de poder de interferência nas questões que podem demandar uma tomada de decisão importante. Tal poder teve origem tanto no domínio técnico do conhecimento específico quanto na legitimidade social que reconhecia no médico a condição para exercê-lo. Assim, o compartilhamento de decisões médicas junto ao paciente não era uma prática habitual, revelando-se como um princípio absoluto de natureza beneficente (ALMEIDA, 1999).

Feinberg aponta tipos de paternalismo a partir da medida de capacidade das pessoas de fazerem suas escolhas e determina diferentes abordagens na relação médico-paciente. Assim, poderia o paternalismo ser interpretado então como necessário, considerando a busca pelo melhor procedimento médico e o bem do paciente, como, por exemplo, quando os benefícios da ação paternalista restem evidentes e superiores aos riscos. Nestes casos, mesmo em detrimento da autonomia do paciente, a ação paternalista mostrar-se-ia mais benéfica e adequada à melhora e/ou cura do enfermo (FEINBERG, 1971).

O paternalismo era moldado pela atribuição ao médico do poder de decidir sobre o que possa ser melhor e mais adequado a cada paciente, justificando-se a comparação com a relação de pais e filhos, onde sempre cabe aos mesmos as decisões concernentes à vida da prole. Durante tempos, essa foi “considerada a relação ética ideal, a despeito de negar ao enfermo sua capacidade de decisão como pessoa adulta. O médico tomava todas as decisões sem o paciente, a quem se dirigia para comentar o tratamento com vista a assegurar o seu cumprimento” (BARBOSA, 2009, p.224). O alicerce do paternalismo esteve assentado na

obrigação de reverência e reconhecimento aos profissionais da medicina, culturalmente sabedores e dedicados ao estudo técnico e responsável.

A mudança da forma de se conceber a relação médico-paciente advém da nova estrutura que possibilita o acesso ao conhecimento das pessoas em geral, do fomento de uma transformação cultural consciente que busca o atingir de novos direitos humanos e da reivindicação do cumprimento de perspectivas que coadunem as diferenças que podem residir em cada individualidade. O acesso à informação pela sociedade em geral, seja por meio da educação tradicional, por meio da internet ou por qualquer outra ferramenta contemporânea, contribuiu de maneira expressiva para uma nova consciência em torno dos direitos fundamentais.

Essa consciência sobre “o direito a ter direitos” reivindica o pleno exercício da autonomia, ou seja, só pode ser diretamente viabilizada quando se reconhece, de maneira plena e incondicional, a liberdade das pessoas em exercer determinadas prerrogativas. A ascensão da autonomia, como um elemento ínsito à simples condição de ser humano, colimou a relação médico-paciente de uma nova perspectiva. Pode-se, nesse liame, perceber que a aceitação da medicina de caráter paternal foi, aos poucos, revisitada a partir da formação de uma nova consciência social relacionada aos direitos humanos, repecionando um plano normativo internacional, ou aos direitos de caráter fundamental, para contemplar a ótica constitucional.

Semanticamente, a palavra *autonomia* é proveniente do grego, “palavra formada pelo adjetivo pronominal *autos*, que significa ao mesmo tempo ‘o mesmo’, ‘ele mesmo’ e ‘por si mesmo’ e *nomos*, que significa ‘compartilhamento’, ‘lei do compartilhar’, ‘instituição’, ‘uso’, ‘lei’, ‘convenção’”. Assim, ter autonomia é ter competência humana em *dar-se suas próprias leis*. Em seu sentido filosófico, autonomia “indica a condição de uma pessoa ou de uma coletividade, capaz de determinar por ela mesma a lei à qual se submeter. E seu antônimo é heteronomia” (SCHRAMM *et al*, 2014, p.3).

A partir da concepção kantiana, a autonomia passa a ser introduzida significamente no cerne das reflexões de natureza filosófica, o que influenciará as construções teóricas modernas tanto bioéticas quanto jurídicas. Através do imperativo categórico de Kant, pode-se perceber a relevância do reconhecimento do ser humano como fim em si mesmo e a dimensão desse reconhecimento enquanto um vetor de orientação no desenvolvimento das relações sociais (KANT, 2008).

A autonomia então é um pressuposto que deve ser reconhecido a todo indivíduo, pois, somente por meio desse reconhecimento, pode-se alcançar a razão humana comum com

o objetivo de se identificar o que é um dever consistente e um dever inconsistente, ou seja, qual caminho é o melhor na tomada do processo decisório (SCHNEEWIND, 2005, p.560).

No cerne da bioética, a autonomia está relacionada diretamente à necessidade de respeito às decisões individuais no decorrer das relações médicas e dos processos científicos. Beauchamp e Childress, fundadores do princípalismo bioético, consideram o conceito de autonomia a partir de elementos essenciais: o governo da pessoa deve ser livre tanto de interferências controladoras por parte de outros como de limitações pessoais que podem impedir a escolha expressiva da intenção, como a compreensão inadequada. Assim, uma pessoa que tem autonomia reduzida é, ao menos em algum aspecto, controlada por influências variadas ou incapaz de deliberar ou agir com base em sua própria vontade. É o caso, por exemplo, de pessoas em cárcere ou pessoas portadoras de deficiências mentais, pois, a incapacitação mental restringe a autonomia dos portadores de deficiências, e a institucionalização coercitiva restringe a autonomia dos presos (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p.138-139).

O estudo da autonomia privada representa complexa tarefa, posto que agrega perspectivas históricas que influenciaram na construção da sua concepção atual, consideração do importante viés de natureza constitucional e apropriação da evolução do Direito Civil. O tema da autonomia privada representa, justamente, a comprovação de que não se pode mais imprimir ao direito privado qualquer tipo de interpretação que se desvincule dos aspectos essenciais da pessoa, abraçados pelo sistema de direitos fundamentais. Tradicionalmente, a autonomia privada manifestou-se vinculada à concretização de negócios jurídicos no Direito Romano e no Direito Germânico e tornou-se reconhecida, mais adiante, quando da consolidação do Direito Canônico, associada às ideias de propriedade e patrimônio (GLISSEN, 1995).

O sentido do Direito Civil contemporâneo, de uma maneira globalizada, pressupõe a apropriação do seu processo de constitucionalização. O conteúdo principiológico da Constituição alterou substancialmente o Direito Civil na medida em que transformou a tônica que anteriormente o dominava. Passou-se a propugnar pelas situações existenciais em detrimento das patrimoniais, promovendo-se a repersonalização das relações no plano privado (MARTINS COSTA, 2002).

Assim, deve-se pensar que “o Estado moderno não é caracterizado por uma relação entre cidadãos e Estado, onde um é subordinado ao poder, à soberania e, por vezes, ao arbítrio do outro, mas por um compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa”. Cabe ao Estado então “a tarefa de intervir e de programar na medida em que

realiza os interesses existenciais e individuais, de maneira que a realização deles é, ao mesmo tempo, fundamento e justificação da sua intervenção” (PERLINGIERI, 1997, p.54).

Conforme a Ordem Jurídica, para que possa ter validade, a vontade deve ser juridicamente autônoma. A autonomia é o espaço de liberdade reconhecido à pessoa para desenvolver sua vida de acordo com seus interesses e valores e engloba tudo quanto as pessoas naturalmente podem fazer, seja num prisma material, seja num prisma jurídico. Logo, “a autonomia privada deixa à liberdade humana a prática de factos jurídicos, portanto de ocorrências que, por integrarem previsões normativas, desencadeiam efeitos de Direito” (CORDEIRO, 2005, p.66). Assim também deve ser pensada a relação do paciente com o médico, calcada na possibilidade de manifestação livre e autônoma das suas decisões, com vistas a determinar o conteúdo do contrato celebrado.

A autonomia na relação médico-paciente é plenamente manifestada pelo consentimento informado. Este pressuporá que o paciente pode livremente consentir e aquiescer à proposta emanada do profissional, conhecendo a totalidade dos efeitos, porque se encontra numa situação que permite entender as suas reais condições, considerando o seu estado de saúde e as consequências de admitir ou não admitir o tratamento sugerido. “*Solo si el paciente conoce todas estas circunstancias, podemos hablar de la existencia de un verdadero consentimiento entre las partes que intervienen en el acto médico*” (OCHOA, 2018, p.2).

Reconhecer a autonomia como um elemento indispensável à formação de uma relação médico-paciente adequada é de extrema importância. No entanto, identificar a condição de *autônomo* num paciente evidencia uma difícil missão, já que aspectos diversos podem influenciar a tomada de qualquer decisão. Tais aspectos restam concretizados por meio das vulnerabilidades, que possuem naturezas distintas e revelam causas também diferentes. A aferição da real autonomia de uma pessoa demanda, ao mesmo tempo, a aferição de suas presentes e potenciais vulnerabilidades.

Torna-se evidente que o conceito de autonomia reclama a tomada de consciência dos elementos subjetivos que podem integrá-lo. Ter autonomia, seja no que tange ao médico ou no que tange ao paciente, pressuporá o acesso à informações relacionadas à situação da saúde em voga. O médico somente agirá de maneira autônoma caso tenha conhecimento das informações que somente o paciente, enquanto titular da saúde, poderá fornecer. Da mesma forma, a obtenção legítima do consentimento do paciente, revelador da sua autonomia, está condicionada ao fornecimento das informações técnicas que compete ao médico esclarecer.

Conforme proposto nesta pesquisa, a informação deve ser claramente concebida

como uma obrigação de natureza mútua, restando necessário o estudo das condições de vulnerabilidade que se relacionam com os envolvidos na relação. Deve-se então compreender que o exercício da autonomia humana não pode ser aferido em desassociação à verificação das vulnerabilidades. O conceito de autonomia, em seu sentido ético e jurídico, passa demandar uma atualização justificável, consoante pode-se perceber em situações que envolvem tomadas de decisões relacionadas à saúde.

3 A EXTENSÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO

A informação é um elemento imprescindível à formação adequada da relação médico-paciente, pois é propositora da capacidade de ponderação do paciente em perceber benefícios ou prejuízos relacionados à sua condição de saúde, e esclarecedora também ao médico, cabendo ao paciente não esconder do profissional as informações concernentes à sua situação de saúde.

O dever de informação é capaz de apontar “os riscos do tratamento, a ponderação quanto às vantagens e desvantagens da hospitalização ou das diversas técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e ao quadro clínico e cirúrgico, salvo quando esta informação possa afetar psicologicamente o paciente” (TEPEDINO, 2006, p.90).

O dever de informar a ser cumprido pelo médico tem natureza instrumental e possibilita o esclarecimento adequado do paciente, para que o mesmo tenha condição de consentir, ou seja, autorizar o tratamento e/ou procedimento sugerido. A informação que gera o assentimento, então, possibilita a obtenção do consentimento informado.

O surgimento do consentimento informado está associado ao estudo da Bioética, que se consolidou como uma resposta às situações sociais emergentes, acentuadas pela eclosão dos processos científicos, muitas vezes especulativos e pouco responsáveis, que evidenciavam a capacidade destrutiva, se praticados sem responsabilidade e consciência e sem respeito à autonomia dos envolvidos. Consolidou-se a Bioética, então, como o campo de conhecimento responsável por conferir os contornos éticos em torno dos processos biológicos e médicos que se relacionam com a vida (MEIRELLES, 2015).

Há distintas matrizes ou paradigmas da Bioética, como o princípalismo, a bioética libertária, a bioética das virtudes, do direito natural, a de base contratualista, a bioética do cuidado e a antropológico personalista (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2005), que naturalmente não podem ser cuidadosamente referenciadas nesta pesquisa.

A principal delas, ou talvez a mais conhecida, é a bioética principialista, que surgiu em decorrência dos abusos praticados na realização das pesquisas científicas nos Estados Unidos. A Comissão Nacional sobre Proteção dos Sujeitos da Pesquisa Biomédica e Comportamental identificou três princípios éticos considerados básicos e necessários ao desenvolvimento das pesquisas com seres humanos: Respeito às pessoas, Beneficência e Justiça, criando o Relatório Belmont (FERRER; ÁLVAREZ, 2005). A partir deste documento, Beauchamp e Childress, com a obra *Princípios de ética Biomédica* (2002), identificaram quatro princípios gerais que devem ser observados na condução das decisões em torno das pesquisas científicas que envolvem seres humanos: o respeito pela autonomia, a beneficência, a não maleficência e a justiça, criando a mais conhecida matriz bioética, o *principialismo*, que passou a ganhar projeção em diversas partes do mundo, apesar de permanecer continuamente questionada, considerando a persistente dificuldade de resolver os conflitos num âmbito prático a partir do conteúdo dos princípios.

A consolidação do principialismo, que reconheceu o lugar em destaque da autonomia no âmbito das relações entre médicos e pacientes, foi o preliminar ponto de partida para a também reconhecer que a intervenção profissional precisava estar legitimada pela decisão do enfermo. Para que esta decisão por sua vez pudesse também ter legitimidade, era necessário o pressuposto da informação como condição inafastável ao exercício pleno da uma autonomia. O consentimento informado nasce, então, do reconhecimento de que não pode haver exercício adequado da autonomia, manifestada pela emissão do consentimento, sem que se tenha como pressuposto o acesso à informação. Assim, pode-se de logo pensar que não pode haver consentimento sem informação.

Os pressupostos do consentimento informado são o titular; o tempo; a forma; e o objeto. O caráter muito pessoal da relação em foco aponta para o fato de que é evidente que é o paciente ou usuário dos serviços de saúde é quem detém o direito e quem deve consentir a intervenção médica, desde que detenha capacidade. Quanto ao tempo, o consentimento do paciente deve ser dado antes do ato médico destinado a produzir efeitos e deve subsistir durante todo o seu tratamento, de modo que o consentimento seja modulado ao longo de todo o processo terapêutico no caso de doenças que requeiram tratamento em diferentes fases, evidenciando uma relação de trato sucessivo ou execução contínua e não trato único. O consentimento do paciente é temporário e revogável sem qualquer formalidade. A forma do consentimento sempre esteve atrelada à proposta oral, mas, hoje, sabe-se da importância de repensar a dispensabilidade da forma escrita, considerando ser uma forma de proteção aos envolvidos, tendência normatizada pela maioria das legislações especializadas, incluindo os

códigos de ética. O objeto do consentimento informado é constituído pelo tratamento médico-cirúrgico ajustado, acompanhado pelo anúncio dos riscos inerentes a ele, mas não inclui o resultado, que é aleatório, dada a incidência de múltiplos fatores endógenos e exógenos, não relacionados à intervenção do médico e que podem prejudicar o fim perseguido (CORTÉS, 1999, p.5).

Acrescente-se que o consentimento informado está, portanto, intimamente ligado ao conceito de informação, que deve ser compreendida como um processo gradual, que avança progressivamente, não podendo ser reduzido a um simples documento escrito (QUINTANA TRÍAS, 1996, p.163). A redução do conteúdo do consentimento à forma escrita não é suficiente para comprovar que a informação foi devidamente passada. O alcance da informação não é promovido pela formação de um documento escrito, já que é necessário atentar para um outro elemento que integra um consentimento verdadeiramente informado: a compreensão.

O conceito de autonomia, pela proposta do principialismo, pressupõe que o governo da pessoa deve ser livre tanto de interferências controladoras por parte de outros como de limitações pessoais que podem impedir a escolha expressiva da intenção, como a compreensão inadequada. Assim, uma pessoa com autonomia reduzida é, ao menos em algum aspecto, controlada por influências variadas ou incapaz de deliberar ou agir com base em sua vontade. É o caso das pessoas institucionalizadas (presos ou portadores de deficiências mentais), pois, a incapacitação mental restringe a autonomia dos portadores de deficiências, e a institucionalização coercitiva restringe a autonomia dos presos. Assim, a construção das bases teóricas da autonomia deve partir da compreensão sobre o que seja de fato uma ação autônoma. A escolha autônoma é o ato de governar efetivamente e não puramente o autogoverno, pois, mesmo as pessoas autônomas com capacidades de autogoverno, podem não governar a si mesmas em razão de restrições temporárias impostas por doença, pela ignorância, pela coerção ou por condições que restringem as opções. Uma ação autônoma pressupõe, então, intenção, entendimento e ausência de influências controladoras (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p.138-139).

A obtenção do adequado consentimento então precisa também considerar a ideia da autonomia a partir da incidência da compreensão.

A informação devida ao paciente deve abranger um plexo de dados relacionados à sua condição de saúde, envolvem riscos, benefícios e incertezas que circundam a decisão por determinado tratamento. A informação clara é aquela que cogita as consequências de aderir ou de não aderir às possibilidades médicas, sem qualquer conduta coatora.

El deber de informar al paciente tiene sustento en el principio de la libertad personal, el cual se expresa en el derecho a salvaguardar la propia integridad psicofísica y en la autodeterminación en cuanto a las decisiones que se asocian con la propia salud. [...] Es decir, el deber de información se extiende al diagnóstico, pronóstico, las alternativas de tratamiento, las consecuencias sobre la vida personal, profesional, de relación en general y los riesgos previsibles. En este orden de ideas, el paciente debe ser informado, por ejemplo, de la evolución previsible de su estado de salud, la naturaleza exacta del acto médico que va a practicarse, el objetivo de la intervención y los medios técnicos existentes para llevarla a cabo, las consecuencias posibles, la duración de la hospitalización, las precauciones que debe tomar y el tiempo de convalecencia (MUÑOZ, 2015, p.156).

A relação médico-paciente, enquanto relação de consumo, conforme entendimento prevalecente doutrinário e jurisprudencial, está submetida a princípios importantes. A informação, que é direito básico do consumidor, nos termos do art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, lastreia a formação da relação, na medida em que possibilita o acesso aos elementos necessários para uma conscientização adequada do paciente em torno da sua situação.

No entanto, a informação não é um dever de mão única, trata-se de obrigação mútua, destinada tanto ao médico quanto ao paciente, que precisam, com sinceridade e consciência, prestar os esclarecimentos pertinentes para um melhor resultado. O dever de informação, como uma obrigação mútua, decorre do princípio da boa-fé, pertinente a todas relações contratuais.

4 A VULNERABILIDADE DO PACIENTE E DO MÉDICO: A CONFORMAÇÃO ADEQUADA DA INFORMAÇÃO COMO UMA OBRIGAÇÃO MÚTUA

A conformação de uma informação adequada tem como pressuposto a aferição da condição de vulnerabilidade, ínsita às relações humanas. “Vulnerabilidade é uma palavra de origem latina, derivando de *vulnus (eris)*, que significa “ferida”. Assim sendo, a vulnerabilidade é irredutivelmente definida como susceptibilidade de se ser ferido”. Apesar das múltiplas evocações do termo, sua significação etimológico-conceitual é necessária “tanto na linguagem corrente como em domínios especializados, não obstante o mesmo poder assumir diferentes especificações de acordo com os contextos em que é enunciado e com a própria evolução da reflexão e da prática bioéticas” (NEVES, 2006, p.156).

Maria do Céu Patrão Neves (2006, p.164), em estudo específico sobre o assunto, propõe uma reflexão aprofundada sobre a natureza da vulnerabilidade, levantando a discussão sobre ser ela uma característica, condição ou princípio. Aponta para o fato de que o desenvolvimento da bioética na Europa continental, que se inicia na década de 1980,

determinou substancial entendimento na noção de vulnerabilidade.

De função adjetivante, qualificadora de alguns grupos e pessoas, a vulnerabilidade passa a ser assumida como substantivo, descrevendo a realidade comum do homem; de característica contingente e provisória, passa a condição universal e indelével; de fator de diferenciação entre populações e indivíduos, passa a fator de igualdade entre todos; da consideração privilegiada do âmbito da experimentação humana, passa para uma atenção constante também no plano da assistência clínica e das políticas de saúde; de uma exigência de autonomia e da prática do consentimento informado, passa à solicitação da responsabilidade e da solidariedade (NEVES, 2006, p.166).

Historicamente, pode-se notar que a ideia de vulnerabilidade foi alcançando significativa relevância, à medida em que se potencializavam as relações envolvendo saúde, autonomia e vida humanas. A necessidade de um contingenciamento ético sobre as condutas humanas foi corroborando a necessidade de que se contemplasse universalmente a ideia de vulnerabilidade, considerando que pessoas desiguais precisavam ser tratadas na medida dessa desigualdade. A ideia de vulnerabilidade parte justamente do pressuposto de que a desigualdade nas condições e características das pessoas precisa ser vista e recepcionada como um fator elementar ao agir ético.

Pode-se dizer que a noção de vulnerabilidade protagoniza dois sentidos: “o primeiro, como característica, numa função adjetiva, é o mais restrito, comum e imediatamente apreensível; o segundo, como condição, numa função nominal, é o mais amplo e remete a uma concepção antropológica como fundamento da ética”. Assim, a confluência destes dois sentidos é testemunhada pelo artigo 8º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, que determina a obrigatoriedade de “respeito pela vulnerabilidade humana e pela integridade pessoal”, firmando que a “vulnerabilidade humana deve ser tomada em consideração”, pois os “indivíduos e grupos especialmente vulneráveis devem ser protegidos”. Assim, percebe-se a vulnerabilidade normativamente considerada como um princípio ínsito à Declaração (NEVES, 2006, p.166-167).

Independente da sua natureza, deve-se pensar ser indiscutível a consubstanciação da vulnerabilidade no âmago nas relações bioeticamente orientadas. Tornou-se, hoje, a vulnerabilidade um pressuposto que extravazou o plano da bioética e passou a ser discutida na esfera jurídica, consoante ser capaz de contemplar situações que, sem qualquer dúvida, interessam ao Direito.

O conceito de vulnerabilidade agrega diferentes elementos, entre eles, “risco, estresse, suscetibilidade, adaptação, elasticidade (resiliência), sensibilidade ou estratégias para lidar com o estresse (estratégias de enfrentamento)”. Há, no entanto, alguns elementos em comum na maioria das definições de vulnerabilidade, são eles: 1) A definição de vulnerabilidade é feita considerando algum tipo de ameaça, sejam eventos de origem natural,

como secas, terremotos, inundações ou doenças, ou ainda ameaças decorrentes da conduta humana, como poluição, acidentes, fome ou perda de emprego; 2) Há uma unidade a ser analisada, que pode ser individual, relativa à uma casa ou a um grupo social, que é vulnerável à ameaça específica, ou, ainda, é vulnerável à uma situação de perda, que pode ser da saúde ou da renda; 3) A análise da construção das vulnerabilidades é feita em dois momentos diferentes: *“en las condiciones que la unidad de análisis tiene antes de una situación de estrés, que le hacen más o menos propensa a una pérdida específica (susceptibilidad). Por otro lado, están las formas que desarrolla la unidad de análisis para enfrentar una situación de estrés [...]”*(RIVERA, 2012, p.64).

Tratando a vulnerabilidade como um princípio, pode-se perceber que, enquanto tal, há na sua proposta uma carga axiológica. O primeiro sentido de vulnerabilidade pode ser aferido a partir da ideia de que todo ser humano é essencialmente vulnerável, havendo, então, em toda a espécie, uma condição de vulnerabilidade enraizada e inerente, que se mostra própria à existência humana. Sendo assim, pode-se assumir que ambos, tanto o médico, quanto o paciente, são essencialmente vulneráveis. Essa primeira noção de vulnerabilidade deve funcionar como um *standard* ou estigma que deve ser lembrado quando celebrada a relação de natureza médica. Pensar a vulnerabilidade como condição inerente à espécie humana é também contextualizá-la, levando em conta que as relações que lidam com saúde, integridade e vida podem envolver riscos conhecidos e deflagrados pela medicina e ainda riscos desconhecidos.

A vulnerabilidade comporta também diferença importante, a vulnerabilidade extrínseca (existente tendo em vista fatores externos, como falta de poder socioeconômico, pobreza, falta de escolaridade ou carência de recursos e outros relacionados); e a vulnerabilidade intrínseca (atinentes a características relacionadas aos próprios indivíduos, como doença mental, doença grave, deficiência de ordem mental, ou relacionadas à idade, como no caso de crianças e idosos) (ROGERS; BALLANTYNE, 2008, p.32).

A vulnerabilidades extrínseca e intrínseca são por demais importantes à uma adequada avaliação ética e jurídica do exercício da autonomia, que no Direito, manteve-se tradicionalmente vinculada à ideia de capacidade. A capacidade jurídica é a aptidão atribuída às pessoas, em geral, e a certos entes, em particular, para serem titulares de uma situação jurídica (MELLO, 2014, p.116). Nem todos os entes são detentores, porém, da capacidade de fato ou de exercício, pois essa capacidade é a aptidão para pessoalmente o indivíduo adquirir direitos e contrair obrigações, são as situações relacionadas à idade e ao estado de saúde e de consciência, concernentes à limitações que recaiam sobre a pessoa. “É portanto a idoneidade

para, através de atos próprios ou mediante procurador (representante voluntário), agir juridicamente exercendo direitos e cumprindo obrigações, ou seja, praticar atos da vida civil.” (RODRIGUES, 2002, p.31) A capacidade de fato é a expressão da capacidade de agir por si próprio em todos os momentos da vida. Se o indivíduo é possuidor tanto a capacidade de direito quanto da capacidade de fato, detém uma capacidade plena.

Disso resulta que a mera aferição da condição de capacidade à luz dos critérios normativamente prescritos podem não revelar um indivíduo autônomo. Uma pessoa maior de idade e saudável, portanto juridicamente capaz, pode não ter condições de exercer a sua real autonomia por carência de compreensão, o que pode ser justificada pela presença de algum tipo de vulnerabilidade extrínseca, como a falta de escolaridade.

A aferição das vulnerabilidades naturalmente descortina um complexo de motivadores de natureza subjetiva, consoante estarem relacionados à características, à história de vida, a elementos sócio-econômicos, que são difíceis de serem identificados se feita uma análise generalista e de cunho objetivo. Propõe-se que tais condições de vulnerabilidade possam ser singularmente consideradas, para que o processo de compreensão de fato tenha ocorrido. É relevante, em especial, considerando a tarefa do profissional, preocupar-se em ser compreendido.

Oposta à uma visão estanque ou hermética do sentido de vulnerabilidade, Florência Luna propõe considerar o aspecto dinâmico e contextual do conceito como parte de seu próprio conteúdo. Somente a partir da proposta que contextualiza a ideia de vulnerabilidade, a partir da dinamicidade, poderia se alcançar um sentido legítimo do que, de fato, deve-se conceber como vulnerável. Assim, *“la vulnerabilidad debería ser pensada mediante la idea de capas. La metáfora de las capas nos da la idea de algo más “flexible”, algo que puede ser múltiple y diferente, y que puede ser removido de uno en uno, capa por capa”*. A autora completa dizendo existir uma única e sólida vulnerabilidade que consiga exaurir a categoria, *“pueden haber diferentes vulnerabilidades, diferentes capas operando. Estas capas pueden superponerse y algunas pueden estar relacionadas con problemas del consentimiento informado, mientras que otras lo estarán con las circunstancias sociales”*(LUNA, 2008, p.7-8).

A proposta aportada pela autora facilita a construção de uma ideia de vulnerabilidade voltada pela aferição do contexto. Ou seja, cada situação demanda um refinamento individualizado, a partir da percepção das condições envolvidas. As vulnerabilidades não devem ser interpretadas como categorias rígidas, que não são capazes de serem contornadas. Naturalmente, a percepção sobre a flexibilidade de uma condição aprioristicamente vulnerável

não é um exercício qualquer.

Consoante a relação em voga, comumente se percebe que o paciente está em maior vulnerabilidade que o médico. A condição de atécnico evidencia a sua posição frágil na relação. Cumpre, ainda, lembrar a original assimetria da relação médico-paciente, naturalmente fincada no poder do discurso do médico sobre o enfermo. Essa tradicional assimetria, na proposta atual, precisa então ser repensada.

A vulnerabilidade é descortinadora da necessidade de repensar a forma com que a relação médico-paciente foi concebida. Manter a assimetria da relação, por meio de discursos técnicos, incompreensíveis e excessivamente burocráticos, também vulnerabiliza o profissional. Cabe ao médico conscientizar-se em plenitude sobre a importância de aferir a compreensão do paciente sobre o discurso técnico. É da feitura do profissional bucar ser compreendido, considerando os contextos de vulnerabilidades das múltiplas naturezas.

5 CONCLUSÃO

A transformação da relação médico-paciente tem como pressuposto o cumprimento detalhado do dever de informar. A informação é condicionante à aferição do exercício legítimo da autonomia, manifestada tanto nas decisões do profissional quanto nas decisões do paciente. Este dever de informar revela uma obrigação que tem natureza mútua, cabendo a ambas as partes prestar quaisquer informações relacionadas ao estado de saúde em voga.

Considerando a perspectiva do paciente, não compete ao médico cumprir o dever de informação sem atentar para a compreensão de seu destinatário. A compreensão, intimamente relacionada às condições de vulnerabilidade, é um elemento indispensável à obtenção adequada da informação. A existência da capacidade, que pode sugerir a presença da autonomia do ponto de vista estritamente normativo, não é suficiente para que reste configurada a compreensão.

Torna-se necessário atentar para as situações individuais, que diferenciam pacientes a partir de seus contextos de vida, como as condições sócio-econômicas, em prol de considerar as vulnerabilidades relacionadas ao processo de compreensão das informações deflagradas.

O consentimento verdadeiramente legítimo demanda esclarecimentos detalhados, cujo o esforço deve ser recíproco. A preocupação em prestar o melhor esclarecimento possível dimensiona a ponderação das escolhas, que podem envolver a avaliação da real condição de saúde e conseqüentemente o melhor protocolo a ser seguido, bem como a concepção sobre o que o paciente entende ser mais benéfico à sua saúde, vida e dignidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luis Teles de. *Respeito à autonomia do paciente e consentimento livre e esclarecido: uma abordagem principialista da relação médico-paciente* Tese. 1999. Doutorado em Saúde Pública. Fundação Oswaldo Cruz: Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro. Orientador: Professor Fermin Rolland Schramm.

BARBOSA, Heloísa Helena. Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos: efeitos do consentimento livre e esclarecido. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (org.). *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BULJAKOVA, Maria. Hippocrates and his principles of medical ethics. History of the medicine. *Bratislavské lekarske listy*, February 2001; 102 (2): 117120.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1, t. 1.

CORDERO DA SILVA, José Antonio. *Autonomia versus Paternalismo Médico: Perfil Bioético dos Egressos do Laboratório de Cirurgia Experimental do Curso de Medicina da UEPa*. Tese. 2013. Doutorado em Bioética. Faculdade de Medicina da Universidade do Porto. Lisboa. Orientador: Professora Stella Barbas.

CORTÉS, Júlío César Galán. La responsabilidad médica y el consentimiento informado. *Rev Med Uruguay*, 1999; 15.

FEINBERG, Joel. Legal Paternalism. *Canadian Journal of Philosophy*, 1971; 1:105-24.

FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Para fundamentar bioética*. São Paulo: Loyola, 2005.

GLISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holtzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

LUNA, Florência. Vulnerabilidad: la metáfora de las capas. *Jurisprudencia Argentina*, IV, fascículo n.1, 2008.

MARTINS COSTA, Judith. *A reconstrução do Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da eficácia. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Ana Thereza. *Neoeugenia e reprodução humana artificial. Limites éticos e jurídicos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

MUÑOZ, Mónica Lucía Fernández. La protección del paciente frente a los deberes de información y secreto profesional médico. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, Bogotá, D.C., Colombia, Volume XVIII, Número 35, Enero - Junio 2015.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista Brasileira de Bioética*, Volume 2, Número 2, 2006.

OCHOA, Francisco Bernate. *Deber de Información, Consentimiento Informado y Responsabilidad en el ejercicio de la actividad médica*. Disponível em: <<https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian. *Problemas atuais de Bioética*. 7.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

QUINTANA TRÍAS, Octavi. Bioética y consentimiento informado. In: CASADO, Maria (Ed.). *Materiales de bioética y derecho*. Barcelona: CEDECS Editorial, 1996.

RIVERA, Naxhelli Ruiz. La definición y medición de la vulnerabilidad social. Un enfoque normativo. *Investigaciones Geográficas, Boletín del Instituto de Geografía, UNAM*, Núm. 77, 2012.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROGERS, Wendy; BALLANTYNE, Angela. Special Populations: Vulnerability and Protection. *Electronic Journal of communication Information & Innovation In Health*, v.2, Sup.1, Dec., 2008.

SCHNEEWIND, Jerome B. *A invenção da autonomia*. Tradução de Magda França Lopes. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

SCHRAMM, Fermin Roland; SEGRE, Marco; LEOPOLDO; SILVA, Franklin. O Contexto Histórico, Semântico e Filosófico do Princípio de Autonomia. *Revista Bioética*, v.6, n.1. Disponível em: <revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewArticle/321>. Acesso em: 12 jan. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, t. II, 2006.