

TEMA EM DEBATE/ARGUMENT

APRESENTAÇÃO/PRESENTATION

BIOÉTICA E DIREITO: DOIS CAMPOS QUE SE ENTRECRUZAM NA PÓS-MODERNIDADE

BIOETHICS AND LAW: TWO FIELDS INTERLACED IN POST MODERNITY

Paulo Fortes^(*)

A Bioética pode ser compreendida enquanto “estudo sistemático das dimensões morais — incluindo visão moral, decisões, condutas e políticas — das ciências da vida e dos cuidados da saúde, empregando uma variedade de metodologias éticas em um ambiente interdisciplinar”, segundo a definição exposta por W.T.Reich, na 2ª edição da Enciclopédia norte-americana de bioética, de 1995.

É, principalmente, resultante das repercussões sociopolíticas e culturais do desenvolvimento da ciência e da tecnologia ocorrido na segunda metade do século XX. Desenvolve-se em um momento histórico onde também florescem outras éticas aplicadas, como a ética na política, a ética nos negócios, a ética ambiental e a ética do consumo.

Nasce como parte de um movimento social que pretende conciliar o desenvolvimento das ciências, que apresentam alto potencial de interferência com a vida humana e a natureza, com os interesses éticos e humanitários. Quatro décadas depois de seu aparecimento está disseminada por todos os continentes, tendo se desenvolvido no Brasil a partir dos anos 90.

A reflexão bioética se dá sobre fatos, princípios, valores, normas, discursos e práticas que são considerados válidos para o comportamento humano conduzir a uma “boa e justa vida” nas questões de vida e da saúde.

(*) Bioeticista, professor titular da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo e presidente da Sociedade Brasileira de Bioética. E-mail: <pacfusp@usp.br>.

Deve-se lembrar que o termo “bioética” é relativamente novo, sendo um neologismo que aparece na literatura científica, pela primeira vez, em 1970, no artigo “The science of survival” do biólogo, atuante no campo da oncologia humana, Van Rensselder Potter, da University of Wisconsin/USA, mas foi disseminado no meio científico por seu livro “Bridge to the Future”, publicado em 1971.

Potter entendia que a bioética seria uma disciplina necessária para construir uma ponte entre a ciência e as humanidades, especificamente entre as ciências biológicas e sociais e a ética. Uma ponte que uniria os valores éticos aos fatos biológicos, uma ponte necessária em virtude das possíveis consequências desfavoráveis aportadas pelo desenvolvimento biotecnológico sobre a espécie humana e o meio ambiente.

Sua preocupação era voltada para o questionamento do progresso científico e sua relação com a vida em geral e a sobrevivência do ecossistema. Progresso que, ao lado dos benefícios que inegavelmente tem trazido, carrega possibilidades danosas como a poluição industrial e das águas, o “efeito estufa”, cujas consequências não se limitariam aos homens contemporâneos, mas para as gerações futuras, que seriam beneficiárias ou prejudicadas pelas ações e omissões do presente.

O pensamento de Potter tem pontos aproximativos ao do filósofo alemão Hans Jonas, que nos alertou, com pertinácia, que o universo ético tradicional, em vigor até meados do século XX, era composto de pessoas contemporâneas, e, diferentemente, no atual universo ético se inserem seres que estão ainda para vir num futuro distante, que formarão as “futuras gerações”⁽¹⁾.

Entretanto, no mesmo ano da publicação do livro de Potter, 1971, André Hellegers, obstetra holandês, fundador do Kennedy Institute for Human Reproduction and Bioethics, em Georgetown, Washington/DC, introduziu o termo bioética enquanto disciplina acadêmica e como denominação institucional. Isto favoreceu a divulgação do vocábulo, mas também possibilitou a “confusão” entre bioética e ética médica, restringindo o uso do termo para o campo biomédico.

A abordagem bioética é interdisciplinar, servindo-se da colaboração e da interação da diversidade das ciências biológicas, sociais e humanas. É necessariamente multiprofissional, tendo a participação ativa de profissionais de saúde, filósofos, teólogos, sociólogos, antropólogos e operadores do campo do Direito.

Desde o início mantém aproximações com o campo do Direito. Portanto, considero de grande importância a iniciativa dos editores da **Revista de Direito Sanitário** em trazer, neste número, artigos que tratam de temas de

(1) JONAS, H. Ética. *Medicina e técnica*. Lisboa: Veja; 1994.

interesse do Direito e da Bioética, mostrando algumas de suas interfaces assim como de possíveis distanciamentos de abordagem.

O primeiro artigo apresentado neste número “Bioética e Direitos Humanos: tratamento teórico da interface”, de Aline Albuquerque Oliveira, Advogada da União, mestre em Direito e doutoranda em Ciências da Saúde/Bioética, tentou identificar na produção dos bioeticistas de origem latino-americana, estadunidense e europeia, como estes explicitam a relação entre Bioética e Direitos Humanos, expondo pontos de contato e distanciamento entre os dois campos, assim como, seu trabalho objetiva apresentar “um panorama das implicações que envolvem a conjugação do referencial dos Direitos Humanos com a Bioética quando se trata de dilemas morais em Saúde Pública”.

O estudo mostrou que apesar dos bioeticistas utilizarem-se do discurso dos direitos humanos, poucos “se ocupam da análise dos desdobramentos que permeiam a junção dos dois campos ou buscam criar um espaço dentro da Bioética que empregue os direitos humanos como referencial teórico.”

A autora traz, inicialmente, uma mui interessante reflexão sobre as variações da bioética — Bioética Teórica, Bioética Normativa e Bioética Institucional. Parte da concepção dos direitos humanos como direitos morais, interrelacionados com o princípio da dignidade humana. Os Direitos Humanos são definidos como exigências consideradas imprescindíveis para uma vida digna, direitos morais que somam exigências éticas ou valorativas às normas jurídicas.

O trabalho destaca quatro formas de abordagem da interconexão entre os Direitos Humanos e a Bioética: (i) Direitos Humanos inseridos no corpo teórico da proposta bioética; (ii) Direitos Humanos trazidos para o campo bioético, enquanto portadores de valores, como a saúde, a integridade física, a privacidade, e integrados ao debate bioético; (iii) Direitos Humanos integrando a Bioética compondo uma corrente ética específica denominada “rights-based”, cujo fundamento ético seriam os próprios Direitos Humanos; (iv) elaborações críticas sobre a relação, visando identificar pontos de contato e distanciamento entre os campos.

Conclui pela existência de: construções bioéticas que consideram os Direitos Humanos como parâmetro e pauta axiológica para a Bioética; de ações de bioeticistas que incorporam os Direitos Humanos a seus construtos teóricos, levando-os à condição de marco referencial de análise de dilemas bioético; de propostas teóricas que não consideram os Direitos Humanos e seus princípios como normas condensadoras de valores. E, que “uma Bioética sustentada teoricamente na utilização do referencial dos Direitos Humanos consiste num saber que possibilita a tomada de decisões melhor fundamentadas por parte dos responsáveis por políticas de saúde”.

O artigo apresentado por Gabriela Guz, advogada e mestre em saúde pública, trata do tema do “consentimento livre e esclarecido na jurisprudência

dos tribunais brasileiros”. Relaciona-se à reflexão sobre a autonomia individual e as relações entre profissionais de saúde e seus pacientes, que sofreram importantes transformações no decorrer da segunda metade do século XX.

A autora nos recorda que a noção do consentimento livre e esclarecido apareceu pela primeira vez em decisões dos tribunais norte-americanos, como “consentimento informado”. Todavia, nos alerta, que críticos estadunidenses há anos apontam que vem ocorrendo um “hiato entre os dois sentidos que o ‘consentimento informado’ passou a ter: o de um processo de decisão, pautado no respeito à autonomia individual, e o de um evento, caracterizado mais pela preocupação com o cumprimento de deveres padronizados de informação e consentimento, e menos com o processo de decisão em si e com a autodeterminação individual”.

O consentimento informado, expresso mediante termos escritos, passa a ser utilizado como forma de prevenção dos profissionais à responsabilização jurídica, deixando de lado sua essência relacionada à manifestação de escolhas autônomas por parte dos pacientes, não tendo mudado o panorama da ocorrência de “erros médicos” no país.

Lembra também que, no Brasil, a expressão *informed consent* foi introduzida, não pelo Direito, mas pela literatura bioética, assim como por normatização médica e, sobretudo, por sua inserção nas normas da Resolução 196/96, do Conselho Nacional de Saúde/ Ministério da Saúde, que trata, fundamentalmente, da proteção dos sujeitos de pesquisa.

O estudo jurisprudencial nos aponta a tendência das decisões sobre responsabilidade civil médica – a obtenção do consentimento e o dever de informar ao paciente, sendo que “o dever de informar é observado com muito mais frequência do que o questionamento sobre o dever de obter o consentimento do paciente”. Segundo a autora, isso decorre da influência do Código de Defesa do Consumidor e sua entrada em vigor no ano de 1991. E, que a jurisprudência brasileira verificada refere-se ao dever médico de informar especificamente sobre os riscos dos procedimentos realizados pelos profissionais de saúde.

E, que “o dever de informar delineado pelos tribunais brasileiros está, via de regra, focado na transmissão de informações ao paciente pelo médico, e não na comunicação e na troca de informações entre ambos”.

Os achados de pesquisa nos alertam para uma tendência dos tribunais brasileiros a aceitarem a necessidade de que o consentimento seja expresso em documentos escritos, os “termos de consentimento” para a comprovação dos deveres de informar e obter o consentimento dos pacientes.

Segundo a autora, tal tendência leva a considerar a relação médico-paciente como uma relação de consumo, padronizando as informações prestadas e levando a uma preocupante equiparação do “consentimento

livre e esclarecido” com os “termos de consentimento”, que ampliam a “medicina defensiva” que tem causado distanciamento entre pacientes e profissionais de saúde, assim como provocado aumento expressivo de custos dos serviços e sistemas de saúde

O terceiro artigo “A bioética e o problema do acesso à atenção em saúde”, de Osmir Globekner, bacharel em direito, engenheiro químico e especialista em Direito Sanitário, aborda também importante temática, relacionada à questão do acesso a ações e serviços de saúde em ambiente de restrição e escassez de recursos, característica dos sistemas de saúde.

O autor nos apresenta, mediante análise de elementos das obras de Tom Beauchamp e James Childress e Ronald Dworkin, autores importantes no estudo da bioética norte-americana, as bases do pensamento liberal sobre o tema. Adentrando em diferentes teorias de justiça, os primeiros autores defendem a noção do “direito a um mínimo decente de atenção em saúde, diferindo da concepção brasileira de um sistema universalista, cujos fundamentos constitucionais almejam garantir os princípios da universalidade e da integralidade.

Em seguida, trata de elaborações sobre a questão emitidas por importantes bioeticistas europeus — Maria do Céu Patrão, de Portugal e Angel Puyol Gonzalez, da Espanha. Lembrando que ambos provêm de países que adotam sistemas de saúde universalistas, ao modo do SUS brasileiro. Identifica-se a “exigência da responsabilidade moral sobre a alocação de recursos” com os princípios da dignidade humana, da participação, da equidade e da solidariedade.

Finalmente, o autor se debruça sobre duas linhas de pensamento bioético latino-americano, a “Bioética da Intervenção”, proposta pelos professores Volnei Garrafa e Dora Porto, e a “Bioética da proteção”, de Miguel Kottow e Fermin Roland Schramm e suas relações com a alocação de recursos escassos, em posições que podem ser contrapostas às liberais, defendidas pelos autores estadunidenses.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

JONAS H. *Ética. Medicina e técnica*. Lisboa: Veja, 1994.