

## CAPÍTULO II – CAPACIDADE E CONSENTIMENTO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

**Sumário:** **1.** A relação médico-paciente: 1.1 – Perfil histórico; 1.2 – Natureza jurídica; **2.** Capacidade e consentimento: 2.1 – Capacidade, legitimação e consentimento como requisitos do negócio jurídico; 2.2 – A doutrina do “consentimento informado”; 2.3 “Capacidade para consentir” e competência; 2.4 – Comunicação, compreensão e consentimento; 2.5 – Capacidade e validade do consentimento; **3.** Autonomia e ética médica: 3.1 – O princípio da autonomia; 3.2 – Autonomia *versus* beneficência: limites da autodeterminação do paciente.

### 1. A relação médico-paciente

#### 1.1 – Perfil histórico

O registro histórico mais relevante e duradouro, para a cultura ocidental, a respeito da relação entre médico e paciente é, sem dúvida, o *Corpus Hippocraticum*, compilação de aproximadamente sessenta escritos atribuídos a Hipócrates, médico e filósofo grego que, além de haver governado a cidade siciliana de Gela entre os séculos V e IV a.C., tornou-se conhecido como o “pai da Medicina”.

Dedicando-se a observar os efeitos da doença sobre o organismo, Hipócrates é tido como o primeiro a estabelecer um método verdadeiramente científico de tratamento médico. A partir do estudo sistemático do corpo humano e da observação clínica das moléstias em seus diferentes estágios, Hipócrates deixou para trás as tradições egípcias e

abilônicas<sup>1</sup>, segundo as quais o *exercício da Medicina*, noção que àquela época nem mesmo existia, era reservado aos sacerdotes e xamãs, por estar associado mais às magias e feitiçarias do que às ciências naturais ou biológicas. Essa transição da magia para a ciência, no entanto, não significou que a Medicina, a partir de Hipócrates, tivesse se dessacralizado ou abandonado seu caráter ritualístico. Pelo contrário, os escritos hipocráticos mostram-se bastante permeados pela concepção sacerdotal do exercício da Medicina, própria da Antigüidade.

Juntamento com o *Corpus Hippocraticum*, o Juramento de Hipócrates, espécie de tábua de mandamentos do médico, constitui o grande legado do médico grego. Conforme Robert G. Richardson, o termo “juramento” não deve ser interpretado restritivamente<sup>2</sup>. Para além de uma promessa de comportamento moral, o chamado Juramento de Hipócrates constitui verdadeiro código de ética médica, embora não tivesse força coercitiva, na medida em que não impunha nenhuma sanção ao médico que porventura o descumprisse.

Segundo Daniel Romero Muñoz *et all*, o Juramento de Hipócrates, exprimindo a postura tradicional do médico em relação ao paciente, é ainda hoje “o alicerce da postura ética do médico”<sup>3</sup>, isto é, de “uma postura virtuosa, daquele que busca o bem-estar do próximo, às vezes às custas do seu próprio, ou seja, coloca como regra básica o princípio da beneficência”<sup>4</sup>. Em algumas passagens do Juramento, é possível assimilar a ascendência do médico sobre o paciente, o que nos permite concluir a absoluta dependência (isto é, ausência de autonomia) deste em relação àquele. Dependência não apenas técnica, como também moral e até espiritual:

“O procedimento que eu adotar, conforme minha habilidade e julgamento, será para beneficiar meus pacientes, não para machucá-los ou fazer-lhes o mal”<sup>5</sup>.

Gradativamente, a partir de Hipócrates, o médico aproximava-se do método científico, distanciando-se do sacerdotalismo. Contemporâneo de Hipócrates, Platão (428-

---

<sup>1</sup> “Medicine, history of”. In *The New Encyclopaedia Britannica in 30 volumes, cit.*, p. 826.

<sup>2</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>3</sup> “O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido”, *cit.*, p. 53.

<sup>4</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>5</sup> “The regimen I adopt shall be for the benefit of my patients according to my ability and judgment, and not for their hurt or for any wrong” (“Medicine, history of”. In *The New Encyclopaedia Britannica in 30 volumes, cit.*, p. 827).

348 a.C.) observa em Atenas a existência de dois tipos de médicos, que se distinguiam um do outro quanto ao método que utilizavam, o qual era determinado não tanto pela natureza da enfermidade, senão pela condição civil dos enfermos a que o tratamento era destinado:

“Estás também ciente de que como as pessoas enfermas nas cidades são constituídas tanto por escravos quanto por cidadãos livres, os escravos são geralmente tratados pelos escravos, em suas rondas pela cidade ou aguardando nos dispensários; e nenhum desses médicos dá ou recebe quaisquer explicações sobre as várias doenças dos diversos servos que tratam, limitando-se a prescrever para cada um deles o que julga certo com base na experiência, como se detivesse conhecimento exato, e com a auto-suficiência de um monarca despótico; em seguida passa de um átimo muito rapidamente para um outro servo enfermo, poupando assim seu mestre do atendimento dos doentes. Mas o médico nascido livre se ocupa em visitar e tratar das enfermidades das pessoas livres e o faz investigando-as desde o começo e conforme o curso natural; conversa com o próprio paciente e com seus amigos, podendo assim tanto obter conhecimento a partir daquele que padece da doença [e seus amigos] como transmitir a estes as devidas impressões na medida do possível. Ademais, ele não prescreve nada ao paciente enquanto não conquistar o consentimento deste, para só quando conseguí-lo então, mantendo a docilidade do paciente por meio da persuasão, realmente tentar completar a tarefa de devolver-lhe a saúde”<sup>6</sup>.

Comparando o médico ao legislador<sup>7</sup>, Platão critica o método aplicado pela classe de médicos que não “dá ou recebe quaisquer explicações sobre as várias doenças dos diversos servos que tratam”. Ao mesmo tempo, o filósofo enaltece aquele que “conversa com o próprio paciente e com seus amigos”, transmitindo-lhes “as devidas impressões na medida do possível”, abstando-se de prescrever ao paciente enquanto dele não houver extraído o consentimento. Como se vê, a elaboração do discurso assume importância fundamental na relação entre médico e paciente. Segundo Platão, o discurso médico deveria orientar-se no sentido de persuadir o paciente ao consentimento, de modo a tornar possível a tentativa de reconduzirá-lo ao estado de saúde.

---

<sup>6</sup> *As Leis*, livro IV, tradução de Edson Bini, *cit.*, pp. 194-195.

<sup>7</sup> Por essa comparação, Platão pretende demonstrar que, assim como não deverá “o médico executar uma única função idêntica de duas maneiras” (*Idem*, p. 195), o legislador não deverá, nas leis que fizer editar, “compor duas formulações a respeito de uma única matéria, sendo necessário que proclame sempre uma única formulação a respeito de uma matéria” (*Idem*, p. 193).

A partir de então, como observam Daniel Romero Muñoz *et al*<sup>8</sup>, surge um novo médico, cujo esforço concentrava-se na comunicação de seus conhecimentos e, mais ainda, na busca dos meios necessários para torná-los inteligíveis ao grande público, por de exposições em conferências públicas ou em discursos escritos. “Surge assim uma literatura médica destinada às pessoas estranhas a essa profissão. Com essa divulgação do conhecimento médico nasce também um novo tipo de intelectual, ‘o homem culto em Medicina’, isto é, o homem que consagrava aos problemas dessa ciência um interesse especial ainda que não fosse profissional e cujos juízos em matéria médica se distinguiam da ignorância da grande massa”<sup>9</sup>.

Já no século III a.C., Aristóteles – tendo sido discípulo de Platão e, mais tarde, tutor de Alexandre, o Grande – surgiu como o primeiro grande biólogo, cujos trabalhos, notabilizados por haverem estabelecido os fundamentos da anatomia comparativa e da embriologia, foram de inestimável importância para a Medicina<sup>10</sup>. Após Aristóteles, o núcleo de produção científica, por assim dizer, deslocou-se da Grécia (notadamente de Atenas) para Alexandria, onde fora construída a maior biblioteca de que se teve notícia, símbolo máximo do processo de fusão das culturas grega e oriental, empreendido por Alexandre. Também em Alexandria, surgiria, em 300 a.C., a primeira escola médica, onde ensinaram Herophilus, com seu pioneiro tratado de anatomia, e Erasistratus, considerado o fundador da fisiologia. Mesmo diante do declínio do domínio romano sobre a Grécia, Alexandria continuaria o centro do ensino médico, sendo certo que o conhecimento dessa ciência permaneceria predominantemente associado à cultura grega<sup>11</sup>.

Deixando para trás a Antiguidade, passamos pela Idade Média e, já na Baixa Idade Média. Passamos também pelo movimento humanista de apreciação da cultura greco-latina, que marcou a transição para a Idade Moderna, até chegarmos à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. A partir de então, estabeleceram-se os direitos individuais e políticos como categoria jurídica, sintetizados no epíteto “liberdade, igualdade e fraternidade”.

---

<sup>8</sup> “O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido”, *cit.*, p. 54.

<sup>9</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>10</sup> RICHARDSON, Robert G. “Medicine, history of”. In *The New Encyclopaedia Britannica in 30 volumes, cit.*, p. 827.

<sup>11</sup> *Idem, ibidem.*

Em que pese ao processo de sofisticação da relação médico-paciente, assentada no preceito da informação ao paciente e da obtenção de seu consentimento, o fato é que o poder terapêutico da Medicina praticada nos séculos XVIII e XIX não se distinguia significativamente, em termos práticos, em relação ao da Antiguidade. Se, na Antiguidade, a expectativa de vida era de aproximadamente 18 anos de idade, na Paris do século XIX ela não ultrapassava os 30. No entanto, ao final do século XIX e início do século XX, o implemento de políticas sanitárias logrou êxito no combate de diversas doenças. Tinha início a chamada revolução terapêutica, a partir da descoberta de importantes medicamentos, como as sulfamidas e a penicilina<sup>12</sup>.

André Gonçalo Dias Pereira associa a crise do modelo paternalista de relação entre médico e paciente ao próprio progresso científico que, tornando mais preciso o exercício da Medicina, viabilizou o processo de informação do paciente. Isto é, “Uma medicina que sabia menos tinha menos a dizer ao doente”<sup>13</sup>. Ao mesmo tempo, o exercício médico tornava-se também mais invasivo e, portanto, mais arriscado e potencialmente perigoso. Contribuíram também para a crise do modelo paternalista a democratização do ensino e a difusão do conhecimento médico, além do desenvolvimento de novas formas de comunicação, associadas às tecnologias de comunicação em massa, assim como o pluralismo político, filosófico e religioso.

Com efeito, a consagração do consentimento como requisito da relação médico-paciente determinou a transformação do paradigma de exercício da Medicina. Perdia força a imagem do médico considerado a *autoridade máxima de Esculápio*, para quem o intuito beneficente da Medicina implicava a desconsideração da opinião do próprio paciente. Conforme esse paradigma, a relação médico-paciente era do tipo vertical, de modo que o médico desempenhava o papel de tutor e o *enfermo* o de desvalido. O próprio significado etimológico da palavra “enfermo”, do latim *infirmus* (isto é, débil, sem firmeza física ou moral), resultava historicamente na desnecessidade de dar voz ao paciente ou de escutá-lo<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> *O consentimento informado na relação médico-paciente, cit.*, p. 28.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 28.

<sup>14</sup> *Idem*, p. 29.

Para alcançarmos especificamente a evolução da relação médico-paciente, empreenderemos um novo salto, até chegarmos ao ano de 1947, quando, terminada a Segunda Guerra Mundial, foi promulgado o Código de Nuremberg, como tentativa não apenas de impedir a experimentação humana sem o consentimento do paciente – considerado objeto de pesquisa clínica –, como também de repudiar as teorias eugenéticas próprias do regime nazista. Conforme André Gonçalo Dias Pereira<sup>15</sup>, a exigência de consentimento para a investigação clínica desencadeou a reflexão filosófica e jurídica após 1947, que viria a resultar no debate acerca do consentimento também para tratamentos médicos em geral. Como observa o jurista português, seria preciso aguardar pela Declaração de Helsinque, de 1964, da Associação Médica Mundial, para que um texto de alcance internacional impusesse a exigência do consentimento, todavia restrita ao âmbito da experimentação médica<sup>16</sup>.

Gradativamente, a obtenção do consentimento do paciente vai-se firmando não apenas como imperativo ético-moral relacionado ao exercício da Medicina, mas como requisito de validade dos atos e negócios representativos da relação entre médico e paciente. Finalmente, em 1981, a Associação Médica Mundial veio afirmar, por meio da Declaração de Lisboa, o direito que assiste ao paciente de “dar ou retirar consentimento a qualquer procedimento diagnóstico ou terapêutico”<sup>17</sup>.

O consentimento, enquanto elemento indispensável da relação médico-paciente, embora tenha surgido no século passado como preocupação ética e humanitária – afirmado em termos genéricos por entidades médicas e sanitárias –, já havia sido reconhecido como

---

<sup>15</sup> *Idem, cit.*, p. 26.

<sup>16</sup> “In any research on human beings, each potential subject must be adequately informed of the aims, methods, sources of funding, any possible conflicts of interest, institutional affiliations of the researcher, the anticipated benefits and potential risks of the study and the discomfort it may entail. The subject should be informed of the right to abstain from participation in the study or to withdraw consent to participate at any time without reprisal. After ensuring that the subject has understood the information, the physician should then obtain the subject's freely-given informed consent, preferably in writing. If the consent cannot be obtained in writing, the non-written consent must be formally documented and witnessed” (Declaração de Helsinque, revisada pela 52ª Reunião da Associação Médica Mundial, Edinburgo, Escócia, outubro de 2000).

<sup>17</sup> “Um paciente adulto mentalmente capaz tem o direito de dar ou retirar consentimento a qualquer procedimento diagnóstico ou terapêutico. O paciente tem o direito à informação necessária e tomar suas próprias decisões. O paciente deve entender qual o propósito de qualquer teste ou tratamento, quais as implicações dos resultados e quais seriam as implicações do pedido de suspensão do tratamento” (Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente, adotada pela 34ª Assembléia Geral da Associação Médica Mundial em Lisboa, Portugal, setembro/outubro de 1981 e emendada pela 47ª Assembléia Geral da Associação Médica Mundial em Bali, Indonésia, setembro de 1995).

direito personalíssimo do paciente, desde o século XVIII, pela jurisprudência inglesa, em *Slater versus Baker & Staplenton*, de 1767<sup>18</sup>.

Já nos Estados Unidos, o reconhecimento de um direito individual, relacionado ao consentimento do paciente (especificamente à sua autodeterminação), pode ser observado em *Schloendorff versus Society of New York Hospital*, decidido em 1914 pelo corte suprema de Nova York<sup>19</sup>, conforme veremos no capítulo terceiro, em que abordaremos o desenvolvimento, nesses países, da capacidade e do consentimento relacionados ao tratamento médico.

## 1.2 – Natureza jurídica

Seria impensável, há não muito tempo, discutir a natureza jurídica da relação médico-paciente, pelo simples fato de que essa relação não produzia interesse jurídico relevante. Com efeito, é preciso ter em mente, antes de abordarmos especificamente o problema do consentimento na relação médico-paciente, traduzido genericamente – como veremos adiante – nas expressões *consentimento informado* ou *consentimento esclarecido*, que essa relação, nas palavras de André Gonçalo Dias Pereira<sup>20</sup>, se *juridificou*.

Impondo ao neologismo as reservas que ele merece, entendemos a *juridificação* de um fenômeno social como a sua inserção no *mundo do Direito*, para fazermos uso da linguagem recorrente na obra de Pontes de Miranda, a qual constitui índice do racionalismo idealista que permeia o pensamento do jurista alagoano. É o contrato o instrumento pelo qual se fez possível a intervenção do Direito nos domínios da Medicina. Em outras palavras, a relação médico-paciente desenvolve-se em termos de uma relação contratual, noção com a qual concordamos e que, conforme a orientação do presente trabalho, servirá de premissa fundamental para o desenvolvimento do presente tópico<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> *Idem*, p. 63.

<sup>19</sup> BARBER, Bernard. *Informed consent in medical therapy and research*, cit., p. 36; CORTÉS, Julio César Galán. *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, cit., p. 25; GARAY, Oscar Ernesto. *Código de Derecho Médico*, cit., p. 125.

<sup>20</sup> *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., p. 30.

<sup>21</sup> A concepção contratualista da relação médico-paciente tem orientado a jurisprudência norte-americana desde início do século XX, vigorando também na doutrina daquele país um consenso acerca da natureza contratual dessa relação. Nesse sentido, cf. DEWITT: “There is authority for the view that relationship of physician and patient arises in contract, either express or implied, and can be created in no other way.

Por outro lado, a concepção tradicional de negócio jurídico, isto é, de acordo de vontades destinado à obtenção dos efeitos jurídicos pretendidos pelas partes, caracterizado em regra pelo sinalagma e pela comutatividade dos direitos e obrigações contratuais, não se aplica indistintamente à formação de qualquer contrato entre médico e paciente. A formalização da relação médico-paciente prescinde, no mais das vezes, das chamadas circunstâncias negociais, isto é, das tratativas pré-contratuais em virtude das quais o negócio assume o contorno desejado pelas partes ou, ao menos, um formato que seja fruto de concessões mútuas.

Com efeito, o paciente é levado a contratar mais por necessidade do que por vontade, de modo que o elemento volitivo, nos estágios de formação e conclusão do contrato entre médico e paciente, resta substancialmente mitigado, o que não implica ausência absoluta de autonomia para contratar um ou outro profissional, para escolher este ou aquele hospital, clínica, laboratório e assim por diante. Excepcionalmente, o contrato entre médico e paciente surgirá como fruto de negociação entre as partes. Aqui nos referimos especificamente às cirurgias eletivas e, também, às cirurgias plásticas meramente estéticas.

Embora atualmente haja um relativo consenso acerca da idéia segunda a qual a relação médico-paciente formaliza-se mediante um contrato, ao longo do século XIX os efeitos dessa relação estiveram sujeitos apenas ao regime da responsabilidade extracontratual. Assinala André Gonçalo Dias Pereira<sup>22</sup> que, somente em 1936, a partir do *arrêt Mercier* da Câmara Civil da *Cour de Cassation* francesa, restou estabelecido textualmente o caráter contratual da relação médico-paciente, *in verbis*:

“Forma-se entre o médico e o seu cliente um verdadeiro contrato comportando, para o médico, a obrigação, senão obviamente de curar o doente (o que aliás nunca foi definido) ao menos de lhe fornecer os cuidados não quaisquer uns, mas conscienciosos, atentos, e, reserva feita a circunstâncias excepcionais, conforme aos dados adquiridos pela ciência;

---

However, it has been said that there is no necessity for for the existence of an express or even an implied contractual relation for hire” (*Privileged communications between physician and patient, cit.*, p. 101). Para ilustrar seu argumento, o autor traz à colação os casos *Smart versus Kansas City*, 1907, e *Bowers versus Santee*, 1919.

<sup>22</sup> *Idem, ibidem.*



que a violação mesmo involuntária desta obrigação contratual será sancionada por uma responsabilidade da mesma natureza, igualmente contratual”<sup>23</sup>.

A gradativa substituição da responsabilidade aquiliana ou delitual pela responsabilidade contratual consistiu, conforme nos adverte Josserand, em um dos expedientes de que a jurisprudência francesa lançou mão a fim de assegurar maior proteção ao paciente vítima de dano à saúde, no contexto dos processos judiciais de averiguação de má prática médica.

Em seus comentários ao *arrêt Mercier*, por ele próprio relatado, o jurista francês já vislumbrava, àquela altura, o fato de que os tribunais declarariam os médicos e os cirurgiões *contratualmente responsáveis* pelos danos resultantes de um tratamento contra-indicado ou de uma intervenção mal sucedida<sup>24</sup>.

No Brasil, à época em que veio a lume a obra de Aguiar Dias era já oportuna sua ponderação acerca da natureza contratual da responsabilidade médica. Segundo ele, a questão não suscitava grandes embates doutrinários ou jurisprudenciais<sup>25</sup>, sendo certo que a tendência jurisprudencial francesa, observada por Josserand na primeira metade do século passado, acabaria por se firmar definitivamente, para o que contribuiu decisivamente o julgado de maio de 1936 da Corte de Cassação Francesa.

Conforme a sistemática da responsabilidade civil no Direito pátrio, a responsabilidade médica é tratada como hipótese de responsabilidade extracontratual, nos termos dos artigos 949 a 951 do Código Civil. Não obstante essa classificação tenha orientado a configuração da responsabilidade a partir da constatação de conduta culposa do profissional da saúde<sup>26</sup>, o caráter extracontratual da responsabilidade médica não implica,

---

<sup>23</sup> LELEU, Yves-Henri; GENICOT, Gilles. *Le droit médical – aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Bruxelas: De Boeck, 2001, p. 48, *apud* PEREIRA André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, *cit.*, p. 31.

<sup>24</sup> *Evolução da Responsabilidade Civil*, Revista Forense, vol. 86, pp. 548 e seguintes, tradução de Raul Lima, *apud* AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*, *cit.*, p. 252.

<sup>25</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>26</sup> “Art. 951. O disposto nos arts. 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal ou causar-lhe lesão ou inabilitá-lo para o trabalho”

segundo o magistério de Serpa Lopes<sup>27</sup>, negar a existência de um contrato entre médico e paciente.

De qualquer maneira, sustenta o jurista, o contrato existe e pode ser discutido em praticamente todos os casos. Se a responsabilidade contratual é aquela em que o dano se caracteriza pela inexecução de um contrato ou, ainda, pelo inadimplemento de obrigação a ele inerente, a responsabilidade extracontratual é a que deriva de ato ilícito.

Como já referido, a relação médico-paciente, notadamente a partir do *arrêt Mercier* da Corte de Cassação Francesa, passou a ser claramente definida em termos de um contrato, especificamente de um contrato de prestação de serviços médicos. Muito além de assinalar a natureza contratual da relação médico-paciente, a *Cour de Cassation* francesa, nos moldes da decisão em comento, definiu também a obrigação imposta ao médico como sendo *obrigação de meios*.

No Direito brasileiro, o caráter mediato da obrigação médica transparece no artigo 2º do Código de Ética Médica (Resolução nº. 1.246, de 8 de janeiro de 1988, do Conselho Federal de Medicina), segundo o qual o médico, em benefício do ser humano, “deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”. As expressões “máximo de zelo” e “o melhor de sua capacidade profissional” não apenas estabelecem as balizas éticas da atuação médica, como também traduzem as obrigações fundamentais em qualquer contrato de prestação de serviços médicos que se queira ver adimplido.

Se situarmos a responsabilidade médica no âmbito da responsabilidade contratual, em que a obrigação do profissional da saúde seja definida essencialmente como *fornecimento de meios* necessários, possíveis e adequados à recondução do paciente ao estado de saúde, veremos que o espectro de alcance da responsabilidade médica mostrar-se-á excessivamente alargado, não se restringindo à constatação de um determinado resultado, como seria de se supor na execução de um contrato cujo objeto materializasse o cumprimento de *obrigação finalística*.

---

<sup>27</sup> *Direito profissional do cirurgião-dentista*, São Paulo, 1928, p. 43, *apud* AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*, *cit.*, p. 253.

Com efeito, a responsabilidade médica pelo eventual inadimplemento contratual não depende apenas da averiguação empírica do resultado esperado, que, no caso do contrato de prestação de serviços médicos, equivaleria à cura do paciente. A afirmação de que o médico realmente descumpriu o contrato depende precipuamente da análise objetiva de sua conduta profissional, que, nos termos do artigo 2º do Código de Ética Médica, é traduzida nas expressões “máximo de zelo” e “melhor de sua capacitação profissional”.

Não há dúvidas de que essas expressões constituem conceitos abertos, passíveis de interpretações conforme o tempo e o lugar. O “máximo de zelo”, por exemplo, corresponderia ao cumprimento do dever de diligência, sendo certo que o descumprimento desse dever impõe ao médico sua responsabilização por culpa, na modalidade de negligência. A expressão “melhor de sua capacitação profissional”, por sua vez, não apenas encerra a noção de perícia médica, enquanto fator fundamental à boa execução do contrato, como também estabelece a obrigação de constante adaptação do profissional às novas técnicas e prodecimentos médicos, na medida em que se presume que o médico seja um profissional sempre atualizado e consciente das inovações científicas e tecnológicas pertinentes ao seu mister.

Embora a responsabilidade médica tenha sua gênese no contrato de prestação de serviços médicos, ela deve ser definida em termos de realização do ideal de exercício da Medicina. Isto é, o adimplemento contratual consiste em saber se o médico de fato atuou com o “máximo de zelo” e o “melhor de sua capacitação profissional”, o que, em outras palavras, equivale a averiguar a diligência, a perícia e a prudência do médico na execução do contrato.

Voltando ao *arrêt Mercier*, essa decisão, do ponto de vista das políticas públicas de saúde, adverte-nos ainda André Gonçalo Dias Pereira<sup>28</sup>, assumiu importância fundamental não apenas por ter significado a desmistificação, em certo sentido, da relação entre médico e paciente, na medida em que os colocou no mesmo plano (o do contrato), como também por haver permitido a inserção dessa relação no campo do Direito e das obrigações legais, não mais exclusivamente morais.

---

<sup>28</sup> *O consentimento informado na relação médico-paciente, cit.*, p. 32.

Nas palavras do jurista português, essa decisão “permitia fazer passar as relações entre médicos e paciente de um plano mágico e quase religioso para um terreno balizado pelo Direito: a mensagem do arrêt Mercier é, numa palavra, que o médico é um contraente, como qualquer prestador de serviços”<sup>29</sup>.

Se é verdade que, atualmente, há um considerável consenso quanto à natureza contratual da relação entre médico e paciente, o mesmo não se pode dizer a respeito da tipificação desse contrato, havendo quem o tenha classificado como mera locação de serviços, como é o caso de Serpa Lopes<sup>30</sup> e Carvalho de Mendonça<sup>31</sup>, e outros, a exemplo de Aguiar Dias, que o enxergam como contrato *sui generis*, entendimento que nos parece mais acertado, “pois a idéia da elevação da natureza dos serviços médicos acima da simples locação de serviços, longe de ser mera reminiscência da noção ministrada pela honoraria, é ainda a que domina entre os que consideram atentamente a feição especial da assistência médica”<sup>32</sup>. Conclui o jurista:

“O médico é, ao mesmo tempo que conselheiro, protetor e guarda do enfermo que lhe reclama os cuidados profissionais. A soma excepcional de poderes do médico corresponde a característica limitação das faculdades do cliente, que, ‘*é, por definição, um fraco, incapaz de se proteger adequadamente por suas próprias forças*’ (Renè Savatier, *Traité de la responsabilité civile (délits et quasi-délits)*, t. 2º, nº. 777, p. 394)”<sup>33</sup>.

A singularidade e a relevância do objeto do contrato entre paciente e médico exigem deste último, nas palavras de Aguiar Dias, “uma consciência profissional, para cuja observação não basta a simples correção do locador de serviços”<sup>34</sup>. Sob esse argumento, o jurista rechaça a classificação proposta por Serpa Lopes e Carvalho de Mendonça. Com

---

<sup>29</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>30</sup> AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil, cit.*, p. 253.

<sup>31</sup> “Em sua acepção mais ampla, é a convenção em virtude da qual alguém se obriga a prestar a outrem certos e determinados serviços recebendo uma remuneração. Fácil é deduzir que tal contrato é dominado pelas regras das obrigações de fazer, e tanto pode ter por objeto uma prestação material, como intelectual ou moral. Assim é que o serviço prestado por um operário ou artista, tanto quanto o de um médico, advogado ou professor, regula-se pelas mesmas normas” (*Contratos no Direito Civil brasileiro*, vol. II, *cit.*, p. 85). Mais adiante, Carvalho de Mendonça observa que, entre os romanos, não era admitido que “a serviços tais, como fossem os de médicos, advogados, etc., se aplicassem os princípios da locação. Esse rigor, porém, modificou-se com o correr dos tempos e atualmente ninguém mais põe dúvida que os referidos serviços devam se reger pelos preceitos da locação” (*Idem*, p. 101).

<sup>32</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>33</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>34</sup> *Idem, ibidem*.

efeito, caiu em desuso, diante da tipificação do contrato de prestação de serviços, a nomenclatura “locação de serviços”, sendo certo que essa espécie de contrato correspondia ao que hodiernamente se convencionou chamar prestação de serviços<sup>35</sup>.

Pela perspectiva da prestação de serviços, Orlando Gomes inclui o contrato formado entre médico e paciente na categoria das prestações *stricto sensu*, cuja característica essencial consiste em que tais prestações são executadas “com independência técnica e sem subordinação econômica. A parte que presta o serviço estipulado não o executa sob a direção de quem se obriga a remunerá-lo e utiliza os métodos e processos que julga conveniente, traçando, ela própria, a orientação técnica a seguir, e assim exercendo sua atividade profissional com liberdade”<sup>36</sup>. O exemplo fornecido pelo jurista não poderia ser mais oportuno: “O cirurgião, por exemplo, opera como lhe parece mais adequado, quando e onde reputa oportuna e apropriada a intervenção. Não é o paciente que dita a orientação técnica a ser observada ou o momento em que deve ser feita”<sup>37</sup>.

O Código Civil Holandês de 1995, por exemplo, tratou de tipificar e regulamentar o *contrato de prestação de serviços médicos*<sup>38</sup>. Se, por um lado, a iniciativa holandesa foi de modo geral louvada, a tipificação suscitou, por outro lado, algumas críticas. Entre as objeções, a mais recorrente, e ao mesmo tempo consistente, consiste na afirmação de que a formação de qualquer contrato, assim também e especialmente a da *prestação de serviços médicos*, pressupõe voluntariedade das partes, circunstância que, no exercício cotidiano da Medicina, nem sempre corresponde à realidade, haja vista os casos em que, por exemplo, o paciente se encontra em coma ou simplesmente incapacitado, ainda que momentaneamente, de declarar sua vontade.

Outra objeção que tem ganhado corpo diante da iniciativa de tipificação do contrato de prestação de serviços médicos refere-se ao fato de nem sempre haver uma correspondência entre os sujeitos da relação médico-paciente propriamente dita e aqueles

---

<sup>35</sup> “Para os modos de prestação de serviços que se não ajustam ao conceito legal do *contrato de trabalho*, seja pela inexistência de *subordinação*, pela falta de *continuidade*, ou pelo fim da atividade do trabalhador, aplicam-se as regras da *locação de serviços*. Como, porém, tal denominação é inconveniente e imprópria, todos os *contratos* não subordinados à legislação do trabalho podem ser enfeixados na rubrica comum de *contratos de prestação de serviços*” (GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., pp. 319-320).

<sup>36</sup> *Idem*, p. 323.

<sup>37</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>38</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., p. 32.

que integram o contrato como partes dele. Tome-se por exemplo o atendimento médico prestado ao menor absolutamente incapaz, posto sob a guarda dos pais: embora o próprio menor seja o destinatário do serviço médico, o cumprimento da obrigação de pagar por tal prestação é oponível somente aos pais, considerados seus responsáveis legais. No mesmo sentido, os seguros ou planos de saúde responsabilizam-se, perante os fornecedores de serviços médicos, pela contraprestação ao serviço fornecido diretamente ao segurado ou beneficiário do plano.

Essa objeção, ao contrário da primeira, não nos parece muito relevante, pois o paradigma atual de exercício da Medicina caracteriza-se justamente pelo envolvimento de diversos atores, todos interligados por uma verdadeira rede contratual, formando o que se convencionou chamar *contratos coligados*. Como ensina Carlos Ferreira de Almeida<sup>39</sup>, mister que se diferencie as *partes* no contrato das *pessoas* que intervêm no ato médico pelo qual se realiza a prestação. Assim, distinguem-se as seguintes modalidades contratuais: a modalidade médico-paciente; a modalidade clínica-paciente; a modalidade médico-empresa; e, finalmente, a modalidade clínica-empresa, todos coligados por uma *causa final* que lhes é comum.

No Brasil, embora o contrato de prestação de serviços goze de ampla disciplina (artigos 593 a 609 do Código Civil)<sup>40</sup>, não há no ordenamento pátrio, como há em outras ordens jurídicas, previsão legal específica que contemple, como contrato típico, a prestação de serviços médicos. Não obstante a atipicidade do contrato de prestação de serviços médicos, arriscamos uma apresentação sumária do seu conteúdo e de suas principais características.

Primeiramente, trata-se não de um contrato mercantil, mas de um contrato genuinamente civil, pois a relação entre médico e paciente jamais poderá ser considerada negócio mercantil ao mesmo ato de comércio, haja vista a natureza indisponível dos direitos a que tal contrato se refere. Além disso, consiste em um contrato sinalagmático. No mais, a prestação de serviços médicos é celebrada, via de regra, *intuitu personae*, impondo tanto ao paciente quanto ao médico obrigações personalíssimas. Por outro lado,

---

<sup>39</sup> *Os contratos civis de prestação de serviço médico, cit.*, pp. 89 e ss.

<sup>40</sup> O artigo 594 refere-se ao objeto da prestação de serviços como sendo “Toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial”.

as hipóteses de atendimentos de emergência, em que o paciente não exerce o direito de escolher o profissional que irá atendê-lo, constituem claras exceções ao caráter *intuitu personae* da prestação de serviços médicos.

Por fim, trata-se de um contrato de consumo e, como tal, merecedor da aplicação das regras de proteção às relações de consumo, observada a particular circunstância de se tratar de prestação fornecida por profissional liberal, portanto submetida o regime especial da responsabilidade subjetiva, que, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990), é excepcional.

Embora o contrato de prestação de serviços médicos não seja típico do ponto de vista do direito objetivo, conforme pudemos observar, ele goza do que poderíamos chamar tipicidade social, na medida em que é cotidianamente praticado<sup>41</sup>. Em outros termos, o contrato de prestação de serviços médicos, ainda que verbalmente concluído, representa o aspecto formal de uma conduta social amplamente difundida.

Buscando identificar o conteúdo fundamental do contrato de prestação de serviços médicos, deparamo-nos com o fato de que ele é formado e concluído oralmente. Como bem observa Aguiar Dias “o chamado, seguido de visita, já estabelece o contrato, seja diretamente com o enfermo, seja com pessoa de sua família ou qualquer outra, estipulando por terceiro, no caso, o doente”<sup>42</sup>. A oralidade dessa espécie de contrato remonta certamente ao seu caráter *intuitu personae*, assim também à confiança que, geralmente, o paciente deposita no médico.

---

<sup>41</sup> Assim também, GOGLIANO, Daisy: “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 contra-ato), daí o fato de muitos juristas considerarem tais relações como relações contratuais ‘de fato’” (“O consentimento esclarecido em matéria de bioética : ilusão de exclusão de responsabilidade”, *cit.*, p. 38).

<sup>42</sup> *Da Responsabilidade Civil*, *cit.*, p. 255. Assim também, DeWitt: “It is generally held, therefore, that it is not necessary that any contractual relation should be expressly created between them. If, upon request of others or upon his own motion the physician assumes to advise or administer treatment to the afflicted person and the latter in any way acquiesces therein, the relation is thereby established. The mere fact of the physician’s attendance upon a person needing medical assistance will in most cases be sufficient evidence of the relationship” (*Privileged communications between physician and patient*, *cit.*, p. 102).

Conforme Carlos Ferreira de Almeida<sup>43</sup>, o contrato de prestação de serviços médicos caracteriza-se, em primeiro lugar, por estar submetido à aplicação de *regras legais imperativas*: por um lado, aquelas impostas pela regulação ético-profissional e, por outro lado, as normas de proteção das relações de consumo.

Em segundo lugar, os *usos e costumes*, que não contrariem as normas cogentes, devem modular a formação e execução da prestação de serviços médicos. Considera-se contrário ao costume ou à ética profissional, por exemplo, a promessa de determinado resultado ao paciente. Todavia, o fato de o médico vincular-se a um certo resultado, assinala Aguiar Dias, “não influi na validade do compromisso desse teor livremente assumido por um médico para com o seu cliente”<sup>44</sup>. Defende o jurista que esse critério deva ser particularmente válido em relação às cirurgias estéticas, nas quais se supõe, pela própria finalidade do tratamento, a obrigação de resultado, posição com a qual não concordamos<sup>45</sup>.

Por fim, deve-se recorrer, ainda segundo Carlos Ferreira de Almeida, às normas dos *contratos de mandato* ou de *empreitada*, na medida em que forem suficientemente análogas as situações materiais a que se referirem. Quando houver, em relação a determinado aspecto do contrato de prestação de serviço médico, maior proximidade com o modelo legal de empreitada do que com o de mandato, a preferência pelas regras daquele contrato justificar-se-á. Carvalho de Mendonça, contrário à analogia entre mandato e prestação de serviços, então chamada *locação de serviços*, adverte-nos de que essa espécie

---

<sup>43</sup> *Os contratos civis de prestação de serviço médico, cit.*, p. 89.

<sup>44</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>45</sup> Se, nesse particular, nos for permitido discordar de Aguiar Dias, diríamos que a obrigação do médico, em cirurgias estéticas, deve ser classificada como naturalmente de meios. No entanto, os próprios médicos obrigam-se a um determinado resultado (ainda que sejam imprevisíveis os resultados de qualquer intervenção cirúrgica), na medida em que seduzem seus pacientes com a famigerada projeção do *antes e depois*, que nada mais representa que a aplicação imprudente de um recurso tecnológico à relação com seus pacientes, sem levarem em conta as variantes físicas e psicológicas de cada paciente individualmente considerado. Igualmente, discordamos de Ruy Rosado de Aguiar, para quem a promessa de determinado resultado, pelo cirurgião, não desvirtua a natureza de meios de sua obrigação (*Responsabilidade Civil dos médicos, cit.*). Ao contrário, acreditamos que o fato de o cirurgião vincular sua atuação a um determinado resultado, preestabelecido por ele próprio, transmuda o objeto de sua obrigação: se, por um lado, a obrigação do médico é naturalmente de meios, o cirurgião que porventura se comprometa, por outro lado, à obtenção de um resultado confere a esse potencial resultado o *status* de objeto de obrigação civil. Esse resultado passa a constituir, por si só, o objeto de um contrato, a cuja consecução o cirurgião não deveria se vincular, já que ele, enquanto profissional possuidor do conhecimento científico e da técnica médica, deveria reconhecer a imprevisibilidade das intervenções cirúrgicas no corpo humano. Considerando-se que o objeto da prestação médica tenha-se firmado claramente no sentido da obtenção de um resultado estético previamente estabelecido, o paciente (supondo-o ignorante em Medicina) não poderá ser penalizado pela inexecução contratual, na medida em que sua expectativa constituía legítima pretensão contratual.



de contrato jamais poderia confundir-se com o mandato, pois, “neste, o serviço é prestado pelo mandatário como representante do mandante”<sup>46</sup>.

Via de regra, o conceito de contrato, por mais abrangente que possamos considerá-lo, não deve referir-se a situações em que não exista o consentimento de uma das partes ou o concenso de ambas, exceção feita às hipóteses legais de contratação compulsória, em que a formação do contrato prescinde do acordo de vontades.

Assim, poderíamos estabelecer, nos casos em que a relação médico-paciente se desenvolve à míngua de um contrato, ainda que oralmente concluído, a analogia entre os atos unilaterais, notadamente a gestão de negócios: o médico, ao tratar o paciente inconsciente, portanto sem o seu consentimento, agiria conforme o interesse e a vontade presumível deste.

Se o paciente está inconsciente ou se se tratar de paciente incapaz sem representante legal, não há de se falar em formalização de contrato entre este e o médico, também ausente quando a relação médico-paciente decorre de contingências a que estiver submetido o paciente. Assim são, muitas vezes, os casos de Medicina do trabalho e, para alguma doutrina, de Medicina hospitalar, cooperativa ou os atendimentos médicos prestados no âmbito dos planos e seguros saúde.

Além de todos os aspectos até aqui abordados, uma outra característica assoma ao contrato de prestação de serviços médicos. Trata-se de seu caráter aleatório, pois se, por um lado, o médico está obrigado não a promover a cura, mas, como vimos, a “agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”, conforme o artigo 2º do Código de Ética Médica, o paciente, por outro lado, espera a cura do mal que o aflige, assumindo naturalmente o risco inelutável de que o resultado ou evento *cura* jamais ocorra.

Nesse sentido, ao mesmo tempo em que o contrato materializa, para o médico, exclusivamente uma *obrigação de meios*, o mesmo contrato encerra, para o paciente, uma *finalidade* bem definida, qual seja, a cura (ou expectativa de), resultado que se sabe incerto. A incerteza quanto ao resultado buscado pelo paciente confere à prestação de

---

<sup>46</sup> *Contratos no Direito Civil brasileiro, cit.*, p. 86.

serviços médicos o caráter aleatório de que falamos, na medida em que a vantagem esperada pelo paciente desde a formação do contrato impõe-se imediatamente como evento futuro e incerto. Ao mesmo tempo, essa vantagem (que é mera expectativa) vai se mostrando, ao longo da execução do contrato, desproporcional ao sacrifício real e presente a que uma das partes (o paciente) encontra-se submetida desde a conclusão do contrato.

Entre as espécies de contratos aleatórios, o de serviços médicos enquadrar-se-ia entre os que dizem respeito a evento futuro, cujo risco de não vir a ocorrer assumo exclusivamente o paciente. Nessa hipótese, ainda que o resultado perseguido pelo paciente não ocorra, o médico terá direito à contraprestação, desde que o serviço tenha sido efetivamente prestado e a frustração da expectativa do paciente não possa ser atribuída a eventual conduta culposa do profissional<sup>47</sup>.

Diante do fato de que a expectativa do paciente, isto é, a finalidade do contrato exclusivamente sob sua ótica, constitui evento futuro e incerto, a prestação de serviços médicos compreende uma certa álea. A respeito da natureza aleatória da atividade médica, a determinar a natureza e o conteúdo da prestação de serviços médicos, cumpre trazer à colação o magistério de João Álvaro Dias:

“[...] o que se pretende pôr em evidência é que o médico não está obrigado a determinado resultado material (*opus*) ou imaterial (a cura como evento incerto), mas deve desenvolver uma atividade profissional tecnicamente qualificada na escolha e utilização dos meios mais idôneos a conseguir a cura. Com efeito, nem poderia ser de outro modo, já que o exercício da actividade médica tem o seu quê de irredutivelmente aleatório. Se é certo que o diagnóstico é, em grande medida, um percurso lógico e cientificamente fundamentado, não é menos verdade que tem uma parte de empirismo, construído à custa de tentativas e hesitações sucessivas que, no mínimo, podem conduzir a uma certa álea e, em casos limites, a situações de irredutível impasse. A terapêutica, por seu turno, comporta sempre uma certa margem de desconhecido no que toca aos efeitos secundários de certos medicamentos ou técnicas, às complicações que daí podem advir e, não raro, à sua inexplicável inoperância”<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> GOMES, Orlando, *Contratos, cit.*, pp. 83-84.

<sup>48</sup> *Procriação assistida e responsabilidade médica, cit.*, pp. 251-252.

No que se refere aos direitos do paciente, o Código de Defesa do Consumidor alça à categoria de “direitos básicos do consumidor” “a proteção da vida, da saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”, assim como o direito à “informação adequada e clara sobre diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”, conforme os termos, respectivamente, dos incisos II e III de seu artigo 6º.

Todavia, não é toda e qualquer informação que deve ser prestada ao paciente. Note-se que o inciso III do Código de Defesa do Consumidor impõe ao fornecedor de serviços a obrigação de prestar informação “adequada e clara”, donde se conclui que a informação médica deve ser criteriosamente fornecida, tendo em vista o diagnóstico da doença que aflige o paciente, a sua condição clínica, os riscos associados ao seu tratamento, assim como o prognóstico, entre outros fatores. Não por acaso o Código de Ética Médica atribui ao médico, nos termos do artigo 59, a obrigação de “informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal”<sup>49</sup>.

Assim também, o artigo 35 do Código de Deontologia francês<sup>50</sup> permite ao médico “esconder a verdade por razões legítimas”, quando ele julgar, “em sua consciência, que a

---

<sup>49</sup> No mesmo sentido, os artigos 9º e 10 do Código de Ética Médica argentino: “Art. 9º. El médico evitará en sus actos, gestos y palabras, todo lo que pueda obrar desfavorablemente en el ánimo del enfermo y deprimirlo o alarmarlo sin necesidad; pero si la enfermedad es grave y se teme un desenlace fatal, o se esperan complicaciones capaces de ocasionarlo, la notificación oportuna es la regla el médico lo hará a quien a su juicio corresponda”; e “Art. 10. La revelación de incurabilidad se le podrá expresar directamente a ciertos enfermos cuando, al juicio del médico, y de acuerdo con la modalidad del paciente, ello no le cause daño alguno y le facilite en cambio la solución de sus problemas”. Assim também, conforme o artigo 157, n.º 1, do Código Penal português, o médico deverá informar ao paciente “o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica” (*In MONIZ, Helena. Legislação de direito da Medicina, cit.*, p. 119).

<sup>50</sup> “Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension. Toutefois, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-7, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination. Un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec circonspection, mais les proches doivent en être prévenus, sauf exception ou si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite”.

revelação de um diagnóstico desesperador ou de um prognóstico muito grave é perigosa e maléfica” ao paciente<sup>51</sup>. A prestação de informação não deve ser encarada pelo médico como medida capaz de eximí-lo da responsabilidade pelo tratamento, tendência que vem sendo observada com alguma frequência nos hospitais brasileiros, como se a prestação exaustiva de informações, muitas das quais inadequadas, pudesse configurar imaginosa excludente de responsabilidade médica<sup>52</sup>.

Também pela perspectiva do direito do consumidor, ao paciente deve ser aplicada a regra de inversão do ônus probatório, conforme a hipótese do inciso VIII do artigo 6º, com vistas à facilitação da defesa de seus direitos em juízo (em se tratando de ação civil), sendo verossímil a alegação de que, “segundo as regras ordinárias de experiência”, o paciente possa ser considerado hipossuficiente (do ponto de vista técnico) em relação ao médico. No campo da interpretação contratual, a facilitação da defesa dos direitos do paciente pode ser expressa em termos da regra hermenêutica inserta no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, segundo a qual as cláusulas de um contrato regulatório de relação de consumo serão interpretadas “de maneira mais favorável ao consumidor”.

Relativamente aos deveres do paciente, pode-se dizer que a ele, assim como ao médico, também seja imposta a obrigação de informar. Com efeito, o paciente deve prestar ao médico, com franqueza, informações pertinentes ao seu estado de saúde, aos sinais e sintomas que apresentar, aos seus hábitos e costumes, ao seu histórico familiar, etc., fornecendo ao médico, enfim, elementos que lhe permitam exercer propriamente a Medicina, enquanto ciência eminentemente empírica e investigativa. A esse respeito, a

---

<sup>51</sup> Uma interessante abordagem do tema da seletividade da informação médica (ou “privilégio terapêutico”, como vem sendo chamada essa postura ético-profissional), em prol da saúde do paciente, é feita por Philippe Meyer: “Nossos mestres nos ensinaram a esconder os diagnósticos de câncer e a mentir diante de todo sintoma alarmante. As relações de doentes com médicos baseiam-se na confiança dos primeiros e na lealdade dos segundos. Uma informação perfeita é fornecida ao paciente em troca de sua confiança para lhe trazer tranqüilidade psicológica e conforto material. Mas este princípio essencial da deontologia médica não é evidentemente irredutível senão na patologia, ampla hoje em dia, que é acessível a uma terapêutica. No caso inverso, o médico – o médico francês ao menos – pode sempre, segundo o artigo 42 (SIC) do Código Deontológico, abster-se de seguir a obrigação de transparência para com seu doente. Quando o médico, “em certos casos, julga, em sua consciência, que a revelação de um diagnóstico desesperador ou de um prognóstico muito grave é perigosa e maléfica, ele só se resolve a esconder a verdade por razões legítimas” (*A irresponsabilidade médica*, tradução de Maria Leonor Loureiro, *cit.*, p. 113).

<sup>52</sup> A esse respeito, cf. GOGLIANO, Daisy: “A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços a serem fornecidos ao consumidor de serviços de saúde não envolve, sob hipótese alguma, o abandono a sua ‘autonomia’, eis que o Código de Defesa do Consumidor é claro quando determina em seu artigo 7º o respeito aos direitos derivados dos princípios gerais de direito, da analogia, costume e equidade” (“Autonomia, bioética e direitos da personalidade”, *cit.*, p. 120).

Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes de Portugal impõe ao paciente o “dever de fornecer aos profissionais de saúde todas as informações relevantes para a obtenção de um correto diagnóstico e adequada terapêutica”<sup>53</sup>.

Quanto aos deveres do médico, voltamos à definição do próprio objeto do contrato entre ele e o paciente: o médico não apenas deve agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional, como também tem o dever de aconselhar, de cuidar e de abster-se de abusos ou desvios de poder. O médico, devemos reiterar, tem o direito de receber – seja diretamente do paciente, seja de seus familiares ou responsáveis legais – as informações necessárias ao regular exercício de seu mister, sendo certo que a informação insuficiente ou a informação falsa, capazes de comprometer a qualidade da prestação do serviço ou de interferir nas tomadas de decisão, podem configurar excludentes ou atenuantes da responsabilidade médica, conforme a hipótese do artigo 945 do Código Civil<sup>54</sup>.

Se a conduta culposa da vítima é suficiente para imputar-lhe, ainda que parcialmente, a causação do dano, com mais razão será responsável o paciente que, induzindo o médico em erro, ocultar-lhe dolosamente informações sabidamente sensíveis ao seu próprio tratamento médico ou, pior, fornecer-lhe informações falsas.

Por fim, assiste ao médico o direito de recusar as ingerências do paciente no tratamento médico. Em outras palavras, o médico goza da prerrogativa de instituir o tratamento e de abster-se de tratar o paciente que, sugerindo ou requisitando tratamento alternativo, porventura recuse aquele proposto primordialmente pelo profissional, advertindo-o sempre dos riscos que a falta do tratamento proposto poderá lhe casuar<sup>55</sup>. Isso significa que o médico, tanto quanto o paciente, também goza de autonomia<sup>56</sup>. Ao exercê-

---

<sup>53</sup> Cf. PEREIRA, André Gonçalves Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., pp. 53-54.

<sup>54</sup> “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

<sup>55</sup> A esse respeito, cf. GOGLIANO, Daisy: “O que não se concebe, em termos de responsabilidade profissional e técnica, é a atuação do médico sob as ordens do paciente ou sob sua livre escolha, com respeito à autonomia, cabendo ao profissional recusar a contratação, por justa causa, alertando comprovadamente o paciente sobre os riscos de sua decisão” (“Autonomia, bioética e direitos da personalidade”, cit., p. 122).

<sup>56</sup> Nesse sentido, MUÑOZ, Daniel Romero *et al.*: “Deve-se ainda salientar que a autonomia do paciente, não sendo um direito moral absoluto, poderá vir a se confrontar com a do profissional de saúde. Este pode, por razões éticas, a denominada cláusula de consciência, se opor aos desejos do paciente de realizar certos procedimentos, tais como técnicas de reprodução assistida, eutanásia ou aborto, mesmo que haja amparo

la, embora não deva descurar da autonomia do paciente, o médico há de estabelecer, na medida do possível, um equilíbrio entre o respeito à autonomia do paciente e à sua própria, colocando-se ética e autenticamente diante do dilema que o tratamento médico poventura possa representar.

Uma vez identificada a natureza jurídica da relação médico-paciente, isto é, estabelecida a natureza contratual dessa relação, passaremos à abordagem dos principais requisitos de validade desse negócio jurídico. O primeiro deles, a capacidade, consiste em requisito sem o qual não seria possível admitir a validade de grande parte dos contratos em espécie. O consentimento, por sua vez, embora também constitua requisito de validade do negócio jurídico, assume especiais contornos quando considerado no âmbito do contrato de prestação de serviços médicos. É o que veremos a seguir.

## 2. Capacidade e consentimento

### 2.1 – Capacidade, legitimação e consentimento como requisitos do negócio jurídico

Conforme pudemos observar no capítulo anterior, o conceito de capacidade é criação própria do direito privado, surgido como tentativa de assegurar a formação e cumprimento dos negócios entre particulares. Trata-se, tanto a capacidade quanto o consentimento, de requisitos de validade do negócio jurídico, não de elementos de existência, conforme a teoria de Pontes de Miranda, segundo a qual os negócios jurídicos devem ser analisados em três planos teórico-conceituais distintos: o da existência, em que se exigem elementos gerais sem os quais nenhum negócio seria possível; o plano da validade, no qual se desvendam os requisitos para que possa ser atribuída juridicidade ao negócio; e, finalmente, o plano da eficácia, em que são tratados os efeitos produzidos pelos negócios, sejam eles válidos ou não.

São elementos gerais intrínsecos de existência a forma, o objeto e, conforme classificação de Antonio Junqueira de Azevedo<sup>57</sup>, as circunstâncias negociais. Os

---

legal ou deontológico para tais situações” (“O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido”, *cit.*, p. 61).

<sup>57</sup> *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia, cit.*, p. 34.

elementos gerais extrínsecos são os agentes, o lugar e o tempo. Por sua vez, os elementos categoriais de existência, assim considerados os elementos próprios de cada categoria de negócio jurídico, resultam não da vontade das partes, senão do próprio ordenamento jurídico. Entre os elementos categoriais, distinguem-se os essenciais (ou inderrogáveis) dos naturais (ou derogáveis).

Por fim, os elementos particulares – sempre voluntários, opostos pelas partes – são os observados no negócio jurídico em particular, sem serem próprios de todos os negócios, tampouco de uma determinada categoria deles. Assim, a condição (cláusula que subordina os efeitos do negócio jurídico a evento futuro e incerto), o termo (cláusula que subordina os efeitos do negócio jurídico a evento futuro e certo), o encargo (cláusula que restringe uma liberdade, impondo determinado ônus a um dos contratantes) e a cláusula penal são espécies de elementos particulares de existência dos negócios jurídicos.

O segundo plano de análise refere-se aos requisitos de validade dos negócios jurídicos. Trata-se de condições, isto é, de exigências que devem ser preenchidas a fim de que o negócio possa produzir os efeitos pretendidos pelas partes. Em outros termos, validade é o atributo que, conferindo juridicidade ao negócio, torna-o apto a ser reconhecido pelo sistema jurídico como fato juridicamente relevante. Logo, requisitos de validade são caracteres que a lei exige em relação aos elementos do negócio, para que este seja válido. Esse atributo ou qualidade do negócio consiste em sua conformidade com as normas jurídicas. Validade é, portanto, a qualidade do negócio jurídico existente.

Se, por um lado, as declarações de vontade constituem a gênese dos negócios jurídicos, cujos elementos gerais intrínsecos são essa mesma declaração tresplicada em objeto, forma e circunstâncias negociais; e, por outro lado, os requisitos são os atributos de tais elementos, então a declaração de vontade deve ser resultante de um processo volitivo, deliberado pelos contratantes com liberdade, consciência da realidade e boa-fé. Caso contrário, o negócio jurídico poderá, na ausência de cada um dos respectivos pressupostos, ser declarado nulo por força de coação absoluta, anulável por força de coação relativa, anulável por força de erro ou dolo e anulável por força de simulação<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Idem, ibidem*.

Os requisitos de validade associados aos elementos gerais intrínsecos são a liberdade da forma, desde que não haja uma preestabelecida em lei, bem como a licitude do objeto, sua possibilidade e determinabilidade. As circunstâncias negociais, por sua vez, têm requisitos próprios, variáveis conforme o negócio individualmente considerado. Os requisitos relativos aos elementos gerais extrínsecos, que produzem sobre nosso estudo maior interesse, são a capacidade do agente e, em alguns casos, sua legitimação para o negócio. Além disso, o tempo, que deverá ser o tempo útil, caso o ordenamento determine que o negócio se realize em certo tempo, e o lugar, que há de ser o apropriado, caso a lei determine um.

Legitimação e capacidade não se confundem<sup>59</sup>. Enquanto esta diz respeito às qualidades do sujeito, constituindo pressuposto subjetivo do negócio, a legitimação diz respeito à capacidade do sujeito quando colocado diante da norma jurídica em concreto ou de situações jurídicas especiais, de modo a configurar pressuposto subjetivo-objetivo do negócio jurídico<sup>60</sup>. A essa capacidade de natureza especial, isto é, capacidade de exercício de determinados direitos, em situações jurídicas especiais, dá-se a denominação de *legitimação*<sup>61</sup>. Em sua Teoria Geral, Clovis Bevilacqua adverte que, além da capacidade geral, é muitas vezes exigida do sujeito uma capacidade de natureza especial, pertinente ao negócio particularmente considerado<sup>62</sup>.

Coube a Carnelutti, como observa Haroldo Valadão<sup>63</sup>, elaborar a doutrina da legitimação, levando em consideração a posição da pessoa em relação a um determinado ato ou negócio jurídico, fazendo ver que a capacidade “depende de uma qualidade, i.e., de

---

<sup>59</sup> Cf. BETTI, Emilio: “Nesta orientação, a distinção entre capacidade e legitimidade manifesta-se com toda evidência: a capacidade é a aptidão intrínseca da parte para dar vida a atos jurídicos; a legitimidade é uma posição de competência, caracterizada quer pelo poder de realizar atos jurídicos que tenham um dado objeto, quer pela aptidão para lhes sentir os efeitos, em virtude de uma relação, em que a parte está ou se coloca, como objeto do ato” (*Teoria geral do negócio jurídico, cit.*, p. 11).

<sup>60</sup> Cf. LIMONGI FRANÇA, Rubens: “Distingue-se ainda a capacidade de direito da assim chamada *legitimação*. A primeira constitui um pressuposto meramente *subjetivo* do negócio jurídico; a segunda é de natureza *subjetivo-objetiva*. Ex: Todo homem maior é *capaz de direito* para alienar seus bens aos seus descendentes, mas depende do consentimento (*legitimação*) dos demais para concretizar esse direito (Cód., art. 1.132)” (*Manual de direito civil, vol. I, cit.*, pp. 148-149).

<sup>61</sup> “Assim, o maior casado é plenamente capaz; porém, no direito pátrio, não tem capacidade para alienar imóveis senão mediante autorização uxoriana ou suprimento desta pelo juiz. O indigno de suceder nenhuma diminuição sofre na sua capacidade civil, mas não a tem para herdar da pessoa, em relação à qual é considerado indigno, pelo que não tem eficácia jurídica a declaração, que acaso tenha feito, de aceitar a herança” (BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil, cit.*, p. 274).

<sup>62</sup> *Teoria geral do direito civil, cit.*, pp. 274 e seguintes).

<sup>63</sup> “Capacidade de direito”, in *Enciclopédia Saraiva de Direito, cit.*, pp. 36 e seguintes.



um modo de ser do sujeito em si, ao passo que a legitimação resulta de uma posição, i.e., de um modo de ser para com os outros”<sup>64</sup>.

Conforme Emilio Betti, as concepções de capacidade dos sujeitos do negócio e de idoneidade do objeto negociado sempre permearam as tentativas de sistematização dos pressupostos do negócio jurídico, empreendidas pela dogmática moderna<sup>65</sup>. O mesmo não se pode dizer a respeito do conceito de legitimação, encampado pelo direito privado a partir do direito processual<sup>66</sup>.

Afirmar a capacidade ou a incapacidade de uma pessoa significa discutir suas qualidades intrínsecas, “que a tornam mais ou menos idônea para exercer a sua autonomia privada”<sup>67</sup>, ao passo que a legitimação implica o confronto da pessoa “relativamente a determinadas coisas ou bens, considerados como possível objeto de auto-regulamento privado em geral, ou de especiais categorias de negócios”<sup>68</sup>.

Antonio Junqueira de Azevedo<sup>69</sup>, por sua vez, distingue a legitimidade-requisito de validade da legitimidade-fator de eficácia. A primeira refere-se à validade do negócio, por depender de uma qualidade do agente, consistente na aptidão, obtida por consentimento de outrem, para realizar validamente um negócio jurídico. Ela existe independentemente de relação jurídica anterior. A legitimidade-fator de eficácia, por outro lado, age sobre a eficácia do negócio. Trata-se igualmente de uma qualidade do agente, cuja presença lhe confere a titularidade de um poder para a realização de um negócio jurídico eficaz. A legitimidade-fator de eficácia, no entanto, existe em função de uma relação jurídica anterior (por exemplo, o mandatário que age em nome do mandante)<sup>70</sup>.

Por fim, o terceiro plano de análise teórico-conceitual dos negócios jurídicos é o da eficácia, no qual são perscrutados os fatores de eficácia que, sem integrarem o negócio

---

<sup>64</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>65</sup> *Teoria geral do negócio jurídico*, vol. II, *cit.*, p. 10.

<sup>66</sup> “A idéia de legitimação foi trazida para o direito privado do direito processual, no âmbito do qual a legitimidade ativa e passiva para a ação ocupa um lugar importante e serve para explicar fenômenos como a substituição processual, a intervenção na causa e o litisconsórcio necessário, sem falar da legitimação para o processo por parte do representante e da legitimação para o julgamento, na órbita da jurisdição, que se designa com o termo técnico de competência” (*Idem, ibidem*).

<sup>67</sup> *Idem*, p. 11.

<sup>68</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>69</sup> *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia, cit.*, pp. 58-59.

<sup>70</sup> *Idem, ibidem.*

jurídico do ponto de vista formal ou estrutural, concorrem para a obtenção do resultado almejado pelas partes.

Não se deve confundir validade com eficácia, sendo certo haver negócios que, embora válidos, são ineficazes, assim como há outros eficazes, não obstante sejam nulos<sup>71</sup>. No entanto, o que não se pode admitir, conforme Antonio Junqueira de Azevedo, é que lado a lado sejam colocados os negócios nulos, os anuláveis e os dito inexistentes. Segundo o jurista, impossível estabelecer critérios de gradação segundo os quais, partindo-se da invalidade (seja pela nulidade ou anulabilidade), chegue-se à inexistência, pois os exames de existência e validade são feitos em planos distintos.

A expressão “negócio aparente”, cunhada por Antonio Junqueira de Azevedo<sup>72</sup> para designar os negócios tradicionalmente chamados inexistentes, revela a principal característica dessa espécie de negócios, que é justamente a aparência de negócio jurídico, manifestada naquilo que assim não poderia ser chamado.

O exame do negócio jurídico, sob aspecto negativo (inexistência, invalidade e ineficácia) deve ser feito mediante a “técnica de eliminação progressiva”<sup>73</sup>, pela qual se deve examinar, primeiramente, o negócio jurídico no plano da existência. Se lhe faltam elementos gerais de existência, não é negócio jurídico, isto é, não existe como tal. A mera aparência de negócio jurídico não autoriza o exame subsequente, que deve ser feito no plano de validade, em que se examinam os requisitos de validade do negócio.

Apenas os negócios existentes alcançam o plano de validade. Nesse plano, os negócios existentes serão válidos ou inválidos. Se válidos, passa-se ao plano da eficácia, no qual os negócios existentes e válidos serão eficazes ou ineficazes. O ato ineficaz em sentido estrito é um ato válido, mas que, por falta de um fator de eficácia, não produz

---

<sup>71</sup> O mais notável exemplo de eficácia do nulo é o casamento putativo, que produz efeitos (é eficaz) em relação aos filhos e ao cônjuge de boa-fé. Segundo Antônio Junqueira de Azevedo (*Idem*, pp. 50-51), todo casamento, putativo ou não, produz efeitos até a declaração judicial de sua nulidade. Além do casamento, o contrato de trabalho, mesmo nulo (salvo se por ilicitude de objeto), mantém os efeitos já produzidos. Outras hipóteses de eficácia do nulo, conforme o direito brasileiro, são: a caducidade do legado, quando o testador, tendo feito a deixa testamentária, dispõe do bem legado; nesse caso, a alienação, mesmo nula, faz o legado caducar; a manutenção das obrigações societária do quotista em sociedade anônima, a despeito da nulidade do contrato social, conforme o artigo 17 do Decreto nº. 3.708, de 1919.

<sup>72</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>73</sup> *Idem, ibidem.*

efeitos desde o princípio. Ao contrário da superveniente, a ineficácia em sentido estrito existe desde a formação do negócio.

Pelo princípio da conservação dos atos, que permeia os planos de análise do negócio jurídico sob perspectiva negativa (inexistência, invalidade e ineficácia), procura-se conservar, em qualquer dos três planos, o negócio realizado pelos sujeitos, aplicando-se-lhe as normas relativas às diversas espécies de negócios jurídicos.

No plano da existência, por exemplo, o ordenamento permite ao intérprete a convalidação de um negócio em outro, mediante a aplicação do princípio da conservação substancial, pelo qual os elementos de um negócio, ao qual falte elemento categorial inderrogável, são aproveitados na formação de negócio jurídico novo. O mesmo não se observa quanto aos elementos gerais, cuja ausência não é passível de ser suprida pela aplicação do princípio da conservação.

A aplicação do princípio da conservação, no plano da validade, deu origem à atribuição de importância aos requisitos, gerando nulidade ou anulabilidade, conforme seja mais ou menos grave a ausência de determinado requisito. Assim, surge a possibilidade de confirmação dos atos anuláveis. O saneamento do nulo, em casos especialíssimos, é também corolário do princípio da conservação, conforme o desígnio de conservar atos econômica ou socialmente úteis<sup>74</sup>. A regra da nulidade parcial permite que o negócio persista sem a cláusula defeituosa, “se esta for separável”, nos termos do artigo 184 do Código Civil.

A nulidade de forma, por sua vez, pode acarretar a conversão formal, que torna válido o negócio. Aliás, observa-se uma tendência legislativa a admitir a correção de negócios jurídicos defeituosos, a exemplo dos casos de erro e de lesão<sup>75</sup>. Finalmente, no plano da eficácia, a construção doutrinária em torno dos negócios ineficazes em sentido estrito, como negócios diversos dos nulos, resulta também da aplicação do princípio da conservação. Uma vez observado um fator de eficácia, o ato passa a produzir efeitos. Por meio da ineficácia em sentido estrito, admite-se que o ato, válido desde sua formação, mas ineficaz até então, passe a gerar efeitos a partir da realização do fator de eficácia.

---

<sup>74</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>75</sup> *Idem, ibidem.*

O foco de nossa atenção recai naturalmente sobre os requisitos de validade do negócio jurídico, pois a capacidade e o consentimento assim devem ser considerados, embora observemos algumas situações em que o negócio jurídico entre médico e paciente, a despeito da falta de consentimento deste, permanece válido. Nossa digressão, tão breve quanto necessária, sobre o atual estágio da teoria do negócio jurídico tem o propósito de esclarecer ao leitor que a capacidade do agente, assim como o seu consentimento, constituem requisitos de validade do negócio.

Se, no capítulo primeiro, nossa atenção esteve voltada para o conceito de capacidade jurídica, conforme a doutrina pátria e italiana, no presente tópico abordaremos criticamente as noções de “capacidade para consentir” e de competência, recorrentes entre os bioeticistas.

## 2.2 – A doutrina do “consentimento informado”

“Faltavam cerca de cinco minutos para as oito quando, pegando o paciente pela mão, pedi que ele declarasse ao Sr. L-----l, com a maior clareza possível, se ele (Sr. Waldemar) estava de pleno acordo com a experiência de hipnotizá-lo na condição em que se encontrava. Sua resposta, embora débil, foi perfeitamente audível: ‘Sim, eu desejo ser hipnotizado’, acrescentando logo em seguida, ‘temo que tenhas protelado demais’” (Edgar Allan Poe, *Facts in the case of M. Waldemar*, *The American Review*, dezembro de 1845).

Muitas das noções adotadas no presente tópico, especialmente as extraídas da doutrina alemã, foram assimiladas a partir da leitura do capítulo “A construção da doutrina do consentimento informado”, da obra *O consentimento informado na relação médico-paciente*, do jurista português André Gonçalo Dias Pereira<sup>76</sup>. No desenvolvimento de nosso argumento, alternaremos referências a essa e a outras fontes bibliográficas, sempre interpoladas por nossa impressão pessoal e crítica a respeito do tratamento doutrinário,

---

<sup>76</sup> *Op. cit.*, pp. 17-75.

jurisprudencial e legislativo acerca do tema do consentimento informado na relação médico-paciente.

A expressão *informed consent*, concebida pela jurisprudência norte-americana e traduzida para o vernáculo como “consentimento informado”, designa, conforme Becky Cox White<sup>77</sup>, não apenas a prática mais difundida da Medicina moderna, como também a mais relevante do ponto de vista moral. Considerado por muitos autores o instrumento capaz de dar voz à individualidade e às convicções pessoais do paciente, o chamado “consentimento informado” representa, por um lado, o cumprimento do dever de esclarecimento e informação pelo médico, enquanto obrigação acessória ao contrato estabelecido entre ele e seu paciente<sup>78</sup>; por outro lado, o “consentimento informado” materializa o exercício, pelo paciente, de um direito fundamental.

Claramente inspirado no Direito positivo italiano, especificamente no artigo 32 da Constituição daquele país<sup>79</sup>, o artigo 15 do Código Civil brasileiro veicula comando semelhante ao da Constituição italiana, ao dispor que “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. O significado e alcance dessa norma serão analisados mais adiante, ao abordarmos os limites da autodeterminação do paciente em face de interesses públicos, coletivos ou simplesmente individuais homogêneos.

Normalmente obtido mediante a adesão do paciente a documento pelo qual o médico lhe informa o seu diagnóstico, o tratamento adequado para a respectiva condição clínica, bem como os riscos inerentes ao tratamento proposto e o prognóstico de cura, o “consentimento informado” não constitui, como tivemos oportunidade de sustentar, elemento de existência do negócio jurídico representativo da relação médico-paciente. Ao

---

<sup>77</sup> *Competence to consent, cit.*, XII.

<sup>78</sup> Segundo André Gonçalo Dias Pereira, “O fim principal do dever de esclarecimento é permitir que o paciente faça conscientemente a sua opção, com responsabilidade própria face à intervenção, conhecendo os seus custos e conseqüências, bem como os seus riscos, assumindo-se assim o doente como senhor do seu próprio corpo” (*O consentimento informado na relação médico-paciente, cit.*, p. 56). Conforme pretendemos tornar claro ao longo do presente capítulo, não nos parece que a obtenção do consentimento do paciente tenha o condão de transferir-lhe a responsabilidade “*face à intervenção*”.

<sup>79</sup> “Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento de saúde senão por disposição de lei. A lei não pode em nenhum caso violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana”. Tradução do original italiano: “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

contrário, trata-se, via de regra, de requisito de validade, muito embora o contrato entre médico e paciente, concluído à míngua do consentimento, possa, em determinadas circunstâncias, ser considerado válido, assim como os seus efeitos.

Conforme o Relatório Belmont, publicado em 1979 pelo Departamento Americano de Saúde, Educação e Bem-estar, a obtenção do consentimento do paciente deve ser o produto de um processo comunicativo, que envolve basicamente três elementos: informação, compreensão e voluntariedade do paciente<sup>80</sup>. Conforme Dan W. Brock<sup>81</sup>, a validade do consentimento do paciente condiciona-se, em primeiro lugar, ao fornecimento da informação pelo médico. Essa informação deve abranger, minimamente: a) o diagnóstico da doença ou da condição de saúde do paciente; b) os possíveis tratamentos para a hipótese diagnóstica suscitada pelo médico; c) a prognose associada a cada uma das hipóteses de tratamento para a condição de saúde do paciente; e, finalmente, d) a relação entre risco e benefício para cada uma das hipóteses de tratamento aventadas pelo médico. Em segundo lugar, a validade do consentimento está condicionada à sua voluntariedade. Em outras palavras, será nulo o consentimento obtido mediante coação ou indução do paciente em erro. Finalmente, e não menos importante, a validade do consentimento está obviamente condicionada à capacidade do paciente. Assim também, Fay A. Rozovsky<sup>82</sup> identifica na doutrina e na jurisprudência americana os seguintes requisitos de validade e fatores de eficácia do consentimento: a) descrição das indicações do tratamento proposto; b) explicação compreensiva acerca do tratamento; c) explicação compreensiva a respeito dos prováveis benefícios e riscos associados ao tratamento; d) descrição do diagnóstico ou tratamento alternativos, assim como dos prováveis benefícios e riscos associados a tais alternativas; e e) descrição das conseqüências da recusa ao tratamento proposto, assim como aos alternativos.

O respeito ao paciente, observado desde a Antiguidade, não implicava necessariamente o reconhecimento de sua liberdade. Assim é que os escritos hipocráticos orientavam o médico a cativar o paciente, granjeando-lhe a confiança e a cooperação que

---

<sup>80</sup> “While the importance of informed consent is unquestioned, controversy prevails over the nature and possibility of an informed consent. Nonetheless, there is widespread agreement that the consent process can be analyzed as containing three elements: information, comprehension and voluntariness”.

<sup>81</sup> “Patient competence and surrogate decision-making”, in *The Blackwell Guide to Medical Ethics*, cit., p. 128.

<sup>82</sup> *Consent to treatment: a practical guide*, cit., p. 1.

permitted the doctor the regular performance of his duty<sup>83</sup>. No mesmo sentido, Platão julgava ser necessário informar o paciente, para dele obter o consentimento. Todavia, como tivemos oportunidade de observar, esse procedimento era reservado aos médicos dos homens livres, aos quais o profissional deveria comunicar todos os aspectos relacionados à sua enfermidade e ao tratamento dela. Tratava-se de verdadeiro método discursivo persuasivo<sup>84</sup>.

No entanto, teriam sido as Leis Talmúdicas o primeiro registro escrito a partir do qual o consentimento haveria sido definitivamente incorporado à relação médico-paciente (*Talmud*, Tratado *Baba Kamma*)<sup>85</sup>. Se, por um lado, o médico, em respeito ao ser humano, deveria abster-se de qualquer intervenção com a qual o paciente não tivesse consentido, por outro lado o consentimento, até o século XIX, não se firmara como imperativo ético-moral, senão como simples fator facilitador do tratamento médico e, de modo geral, contributivo do exercício da Medicina<sup>86</sup>.

A partir do século XVIII, a encampação das doutrinas filosóficas idealistas no âmbito das ciências médicas significou a relativa emancipação do paciente: gradativamente, o consentimento era alçado à categoria de direito humano. Já no século XX, o reconhecimento do direito ao consentimento é compreendido sobretudo como reação ao trauma ético representado pelas políticas nazistas de, em um primeiro momento, esterilização dos deficientes recém-nascidos e, posteriormente, de assassinato sistemático não só dos recém-nascidos, como também de crianças portadoras de deficiências<sup>87</sup>. Além de políticas como essa, a experimentação envolvendo seres humanos também desencadeou, após a Segunda Guerra Mundial, o processo de aversão às intervenções médicas realizadas sem o consentimento do paciente.

---

<sup>83</sup> A esse respeito, o primeiro dos aforismos atribuídos a Hipócrates impõe ao médico a obrigação de preparar-se não apenas para fazer o que é certo, mas também para fazer com que o paciente, seus acompanhantes e terceiros cooperem: “1. A Vida é curta; e a Arte [Medicina], longa; a crise, passageira; a experiência perigosa, e a decisão, difícil. O médico deve estar preparado não apenas para fazer o que julga ser correto, mas também para fazer com que o paciente, os acompanhantes e terceiros cooperem”.

<sup>84</sup> *As Leis*, livro IV, tradução de Edson Bini, *cit.*, pp. 194-195.

<sup>85</sup> PEREIRA, André Gonçalves Dias. *O consentimento informado na relação médico paciente*, *cit.*, p. 25.

<sup>86</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>87</sup> Como resultado dessas políticas, vigorou na Alemanha, de 1939 até o final do regime nazista, a *Lei de Proteção à Saúde Hereditária*, de iniciativa de Karl Brandt e Philipp Bouhler. Por meio dessa lei, foi instituído um programa de eliminação sistemática de portadores de deficiências físicas e mentais, conhecido como T-4 ou, eufemisticamente, *programa de eutanásia*. Entre outubro de 1939 e agosto de 1941, o programa T-4 teria feito mais de setenta mil vítimas. Ulf Schmidt, em sua obra *Karl Brandt: the Nazi Doctor: Medicine and Power in the Third Reich*, oferece o histórico detalhado dessa e de outras políticas nazistas de eugenia.

Nesse contexto, o Código de Nuremberg, de 1947, surge como o primeiro texto a explicitar a exigência do consentimento. A necessidade de consentimento para a investigação clínica constituiu o grande desencadeador da reflexão filosófica e jurídica após 1947, que resultaria, nas décadas seguintes, no debate sobre o consentimento para os tratamentos médicos em geral.

Curiosamente, em 1931, portanto apenas dois anos antes de Hitler ser apontado chanceler da República de Weimar pelo então presidente Hindenburg, surgira na Alemanha um dos primeiros diplomas legislativos a impor a obtenção do consentimento antes da prática de atos de experimentação médica envolvendo seres humanos. Tragicamente, como observa André Gonçalo Dias Pereira<sup>88</sup>, o Terceiro *Reich* firmar-se-ia como antípoda da filosofia dessa legislação supostamente pioneira.

Não obstante consistisse em um texto nitidamente orientado à abordagem de questões éticas pertinentes à experimentação clínica envolvendo seres humanos, não ao tratamento médico de modo geral, o Código de Nuremberg firmou-se como primeira tentativa de sistematização dos direitos do paciente. Assim, é estabelecido o primado da essencialidade e indispensabilidade do *consentimento voluntário* do sujeito da pesquisa.

Em verdade, o Código de Nuremberg consiste em uma espécie de sumário dos debates em torno do julgamento dos crimes de guerra submetidos ao Tribunal Internacional de Nuremberg. Trata-se de dez súmulas orientadas à regulamentação dos experimentos científicos envolvendo seres humanos. A primeira dessas súmulas, assim redigida, é certamente a que mais interessa ao nosso estudo:

“O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas submetidas a experimentos devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto 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

---

<sup>88</sup> *O consentimento informado na relação médico-paciente, cit.*, p. 59.



riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente”<sup>89</sup>.

Foi apenas em 1964, a partir da Declaração de Helsinque, da Associação Médica Mundial, que o direito ao consentimento ganhou a amplitude de um texto internacional de ética médica, ainda que restrito ao campo da experimentação clínica. Finalmente, a partir da Declaração de Lisboa, de 1981, a exigência da obtenção do consentimento foi estendida ao âmbito dos tratamentos médicos, tendo sido recinhecido o direito do paciente de aceitar ou rejeitar o tratamento proposto pelo médico.

Em que pese às iniciativas jurisprudenciais inglesa, francesa e norte-americana, respectivamente nos séculos XVIII, XIX e XX, todas elas pontuais e circunstâncias, foi ao longo da segunda metade do século XX que tomou corpo – organizando-se e consolidando-se – a chamada doutrina do “consentimento informado”, assim entendido o esforço dogmático por conferir ao consentimento caráter de imperativo ético-moral, sob duplo aspecto: seja no que se refere à proibição, imposta ao médico, de tratar ou intervir sem o consentimento do paciente; seja no que tange ao fornecimento mínimo de informações pertinentes ao estado de saúde, de modo a orientá-lo no processo decisório.

Julio César Galán Cortés<sup>90</sup> observa quatro fases do processo de evolução da doutrina do “consentimento informado”: a primeira delas, a fase do *consentimento voluntário*, corresponde ao período pós-segunda guerra mundial, quando, em julgamento do Tribunal de Nuremberg, foi afirmada expressamente a essencialidade e indispensabilidade do consentimento voluntário do sujeito de pesquisas clínicas. Em seguida, a fase do *consentimento informado* ou *esclarecido* foi marcada pela ênfase não tanto ao direito de informação, de que todo paciente é titular, quanto ao seu correspectivo, isto é, ao dever de esclarecimento imputável ao médico. Posteriormente, considerando-o requisito de um ato de ampla significação jurídica e social, o consentimento passou a ser questionado sob o prisma da validade (fase do *consentimento válido*), sendo que,

---

<sup>89</sup> “Trials of war criminal before the Nuremberg Military Tribunals. Control Council Law”, 1949;10(2):181-182.

<sup>90</sup> *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, cit., pp. 26-27.

atualmente, está em voga o chamado *consentimento autêntico*, caracterizado pela crescente necessidade de identificar, no consentimento do paciente, aspectos de autenticidade de sua decisão.

Conforme a concepção de *consentimento autêntico*, a decisão do paciente tem de ser coerente com o seu universo axiológico, guardando relação com seus valores e convicções pessoais. Mais adiante, ao estudarmos o princípio a autonomia e os limites objetivos que lhe devem ser impostos, veremos que um suposto sistema de valores individuais (e individualistas) não deve ser levado em consideração no juízo de validade a que a decisão do paciente deve necessariamente ser submetida, sob pena de se comprometer todo um complexo de interesses que transpõem os meramente individuais.

A despeito disso, essa visão do indivíduo como portador de um sistema de valores auto-referenciais e absolutos foi ganhando corpo na jurisprudência norte-americana, como observa André Gonçalo Dias Pereira<sup>91</sup>. Em *Rogers versus Oakin*, julgado em 1979, o Tribunal do Estado de Massachussets considerou que “todo adulto capaz tem direito a renunciar a tratamento, ou inclusivamente à cura, se o tratamento implica aceitar o que para ele são conseqüências ou riscos intoleráveis, por mais desaconselhável que isso possa parecer aos olhos médicos”<sup>92</sup>.

Já a Suprema Corte do Missouri, no caso *Cruzan et ux. versus Director, Missouri Department of Health, et al*, de 1990, embora reconhecesse o direito à recusa de tratamento médico, como consectário da doutrina do “consentimento informado”, considerou que o seu exercício deve ser condicionado à efetiva capacidade de o paciente expressar, por si próprio, aquela recusa. Mais ainda, a Corte afastou a interpretação extensiva da Constituição do Estado do Missouri, cujos termos não permitiriam inferir que o tratamento médico pudesse ser recusado em qualquer circunstância. Assim também, a 14ª Emenda à Constituição dos Estado Unidos (*Citizenship rights no to be abridged*) não comportaria o alegado direito à recusa do tratamento médico.

O caso dizia respeito ao pedido de interrupção das terapias de nutrição e hidratação, formulado à Corte Suprema do Missouri pelos pais de Nancy Cruzan, uma jovem que

---

<sup>91</sup> *O consentimento informado na relação médico paciente, cit.*, pp. 64-65.

<sup>92</sup> *Idem*, pp. 65-66.

sofrera um grave acidente automobilístico, que a deixara em estado vegetativo. A Suprema Corte do Missouri entendeu que o direito à interrupção do tratamento somente poderia ser exercido por Nancy: a representação de seus pais não alcançava essa atribuição.

Discordamos de André Gonçalo Dias Pereirra quando ele se refere ao caso *Cruzan* como suposto exemplo da orientação jurisprudencial em apoio à chamada doutrina do consentimento autêntico. Ao contrário, vemos o caso *Cruzan* como bom exemplo de relativização do direito à recusa do tratamento médico, enquanto consectário da doutrina do consentimento válido. Como podemos observar ao longo da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, no *Certiorari to the Supreme Court of Missouri*<sup>93</sup>, a Suprema Corte do Missouri condicionou a recusa ao tratamento à demonstração de capacidade do indivíduo, afirmando o caráter personalíssimo desse direito, que não poderia ser exercido por ninguém, senão pelo próprio titular:

“Embora tenha reconhecido o direito a recusar tratamento como decorrência da doutrina do consentimento informado, própria da *common-law*, a corte [do Missouri] questionou a sua aplicabilidade ao caso. Ela também afastou, conforme a Constituição Estadual, a extensão atribuída ao direito à privacidade. Por força do direito à privacidade, pretendeu-se que o tratamento médico pudesse ser irrestritamente recusado, posto a corte levantar dúvidas de que a própria Constituição Federal comporte o alegado direito à recusa de tratamento médico. A corte então decidiu que o estatuto estadual do Testamento Vital reflete uma política que privilegia claramente a preservação da vida, sendo certo que as declarações de Cruzan a seu companheiro não eram suficientemente confiáveis no que se refere à identificação de qual teria sido a sua intenção. A corte rejeitou o argumento de que os pais de Cruzan teriam legitimidade para determinar a cessação de seu tratamento médico, concluindo que ninguém pode decidir a esse respeito em lugar de pessoa incapaz, uma vez ausentes os requisitos formais exigidos nos termos do estatuto do Testamento Vital ou provas claras e convincentes acerca da vontade do paciente<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> No direito processual americano, *certiorari* é a ordem escrita pela qual um tribunal superior determina a um inferior o envio dos autos de um processo, para revisão da corte superior, expedidora do *certiorari*. Via de regra, o *certiorari* é expedido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que seleciona os casos a serem apreciados em sede de apelação. Para apelar à Suprema Corte dos Estados Unidos, a parte deve impetrar um *writ of certiorari*, que é concedido ou não, conforme o julgamento discricionário da Corte Suprema e o entendimento de pelo menos três de seus membros no sentido de que o julgamento do caso interessa à sociedade como um todo ou à uniformização da interpretação da Constituição Federal. Negando o *writ of certiorari*, a Suprema Corte declara automaticamente a procedência da decisão da corte inferior, sobretudo se ela estiver de acordo com precedentes daquela corte ou da própria Corte Suprema.

<sup>94</sup> A seguir, transcrevemos o excerto original extraído do julgamento do *Certiorari to the Supreme Court of Missouri*, nº. 881.503, arguído em 6 de dezembro de 1989 e julgado em 25 de junho de 1990, *Supreme Court*

Externando entendimento semelhante, o Tribunal Supremo da Espanha, em sentença de 24 de maio de 1995, decidiu que “o consentimento é de índole pessoal e não pode ser suprido pelo prestado por um familiar íntimo, nem sequer pelo cônjuge do interessado, a não ser na ocorrência de certas circunstâncias (urgência ou incapacidade)”<sup>95</sup>. Tratava-se de uma paciente submetida, sem o seu consentimento, a ligadura de trompas no curso de uma cesárea.

Assim também, a Câmara Nacional Civil argentina, em 25 de outubro de 1990, ao considerar a informação como elemento essencial para o estabelecimento de vínculos de mútua confiança entre médico e paciente, ponderou que “a saúde é um direito personalíssimo, relativamente indisponível, cujo titular é o único legitimado para aceitar determinadas terapias, especialmente quando põem em sério risco a vida, importam em mutilações ou outros resultados danosos”<sup>96</sup>. Por esse motivo, torna-se necessário limitar as faculdades de intervenção, de modo a impedir que um terceiro, sem o consentimento ou contra a vontade do titular, decida quais riscos este haverá de assumir ou a que bens haverá de renunciar.

Finalmente, a Corte Constitucional Colombiana abriu caminho para a consolidação de significativa doutrina naquele país, ao denegar a tutela tendente a impor, a quem padecia de uma enfermidade grave, a obrigação de submeter-se a tratamento médico, declarando que “a atribuição de autonomia à pessoa traz conseqüências inevitáveis e inexoráveis, e a primeira e mais importante de todas consiste em que os assuntos que somente à pessoa dizem respeito somente por ela devem ser decididos; decidir por ela

---

*of the United States, CRUZAN, by her parents and co-guardians, CRUZAN et ux. versus DIRECTOR, MISSOURI DEPARTMENT OF HEALTH, et al.:* “While recognizing a right to refuse treatment embodied in the common-law doctrine of informed consent, the court questioned its applicability in this case. It also declined to read into the State Constitution a broad right to privacy that would support an unrestricted right to refuse treatment and expressed doubt that the Federal Constitution embodied such a right. The court then decided that the State Living Will statute embodied a state policy strongly favoring the preservation of life, and that Cruzan’s statements to her housemate were unreliable for the purpose of determining her intent. It rejected the argument that her parents were entitled to order the termination of her medical treatment, concluding that no person can assume that choice for an incompetent in the absence of the formalities required by the Living Will statute or clear and convincing evidence of the patient’s wishes”.

<sup>95</sup> CORTÉS, Julio César Galán. *Responsabilidad médica y consentimiento informado, cit.*, p. 76.

<sup>96</sup> *Idem*, pp. 73-74.

significaria arrebatar-lhe brutalmente sua condição ética, reduzir-la à condição de objeto, reificar-la, converte-la em meio para os fins que à sua revelia são escolhidos”<sup>97</sup>.

Do voluntarismo à autenticidade, a doutrina do consentimento informado foi sendo edificada ao longo do século XX. “O consentimento informado é um processo, não apenas um formulário”. Com essa advertência, a Secretaria Americana para Proteção contra os Riscos de Pesquisa, em documento destinado a orientar os profissionais de saúde no processo de obtenção do consentimento de pacientes submetidos a ensaios clínicos, ressalta o aspecto pedagógico do documento representativo do consentimento do paciente: “Os procedimentos usados na obtenção do consentimento informado devem ser elaborados com vistas à educação das populações sujeitas à pesquisa, em termos que elas possam compreender”<sup>98</sup>.

Como observa Fay A. Rozovsky, “há muito se diz que o consentimento não é um pedaço de papel, mas um processo. A verdadeira natureza desse ‘processo’ implica a comunicação efetiva entre os fornecedores de serviços médicos e os pacientes. Em muitas situações, o processo de comunicação é estabelecido entre fornecedores de serviços médicos e representantes do paciente, que o substituem na tomada de decisões. Entre esses, se destacam os parentes, os representantes legais (tutores e curadores) e as pessoas previamente designadas pelo paciente em suas ordens antecipadas”<sup>99</sup>. A fim de tornar o formulário mais inteligível, é encorajado o uso de linguagem acessível ao leigo em Medicina, assim como o emprego da primeira pessoa do singular, conferindo ao texto aspectos de declaração pessoal. Em suma, o consentimento informado deve ser pensado como um instrumento pedagógico, não como instrumento jurídico<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>98</sup> “Tips on Informed Consent, Office for Protection from Research Risks”, U.S. Department of Health & Human Services.

<sup>99</sup> “It has long been said that consent to treatment is a process, not a piece of paper. The true nature of that ‘process’ is one that involves effective communication between care providers and patients. In many instances, the communication process takes place between care providers and surrogate decision-makers, including parents, guardians, and those designated to represent the patient through an advance directive” (*Consent to treatment: a practical guide, cit.*, p. 1). Sobre as “ordens antecipadas” (“*advance directives*”), cf. Capítulo III, nº. 2 - Estados Unidos, em que analisaremos o Enunciado 8.801, da Associação Médica Americana.

<sup>100</sup> “Tips on Informed Consent, Office for Protection from Research Risks”, U.S. Department of Health & Human Services.

O dever de esclarecimento, que incumbe ao médico, visa fornecer ao paciente subsídios para uma decisão consciente. Não se deve confundir, portanto, a informação para o consentimento com a informação terapêutica. Enquanto a primeira refere-se à informação que o médico deve fornecer previamente a qualquer intervenção, proporcionando a formação da convicção do paciente e, por conseguinte, o exercício autônomo de sua decisão, a informação terapêutica consiste em prestar todas as informações necessárias para que o paciente cumpra devidamente uma prescrição, se prepare para uma intervenção diagnóstica ou curativa, se adapte a uma dieta, etc.<sup>101</sup>

Do ponto de vista dogmático, a informação terapêutica, sendo parte integrante das *leges artis*, suscita menos questionamentos que o esclarecimento para o consentimento<sup>102</sup>. A violação grosseira dos deveres do esclarecimento terapêutico resulta, via de regra, em erro médico. O alcance da informação para o consentimento, por sua vez, deve ser o mais extenso possível: a informação deve ser precisa o bastante para permitir ao paciente o melhor juízo acerca das opções de escolhas viáveis<sup>103</sup>.

Aos poucos, a concepção segundo a qual a obtenção do consentimento deve ser o alvo primordial da informação médica vem sendo superada pela doutrina norte-americana. Alaister Campbell *et alli*<sup>104</sup> propõem o abandono do conceito tradicional de *informed consent*, em favor do que chamam *informed choice*. Designando um conceito mais abrangente, a *informed choice* abarcaria não apenas o papel informativo do médico, mas também outros aspectos relacionados às diversas etapas do tratamento médico, como a orientação acerca das conseqüências da recusa ou revogação do consentimento, as alternativas terapêuticas, a escolha do estabelecimento de saúde, etc.

André Gonçalo Dias Pereira observa que, no Direito português, a consagração de uma ampla gama de direitos do paciente, como o direito à “informação sobre os serviços de saúde existentes”, o “direito à livre escolha do médico” e “à segunda opinião” são, em

---

<sup>101</sup> A esse respeito, cf. PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., pp. 71-72.

<sup>102</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>103</sup> Em sentido contrário, cf. PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Idem*, p. 72.

<sup>104</sup> *Medical ethics*, cit., p. 25.

suas palavras, “expressões avançadas do direito ao consentimento informado, na sua vertente mais moderna de *informed choice*”<sup>105</sup>.

A par das múltiplas terminologias – “consentimento voluntário”, “consentimento informado”, “consentimento autêntico” e “escolha esclarecida” –, que em rigor visam designar um só fenômeno social e jurídico, a doutrina alemã começa a cogitar a crise do “consentimento informado”. Reihard Damm<sup>106</sup> identifica os fatores aos quais pode ser atribuída, segundo ele, uma incipiente – porém bem definida – tendência neo-paternalista das relações entre médico e paciente. Em primeiro lugar, o autor aponta a tecnicização, a desregulação, a economicização e a objetivação da Medicina. À medida que cresce a complexidade técnica de novas especialidades e procedimentos médicos, tais como a reprodução assistida, o mapeamento genético, o transplante de órgãos e as terapias com células-tronco, torna-se igualmente mais delicado o processo de obtenção do consentimento do paciente.

O autor aponta a economicidade dos recursos empregados em políticas de saúde, tanto públicos quanto privados, como fator determinante do neo-paternalismo nas relações entre médico e paciente. Efeito da racionalidade econômica nos domínios da Medicina, o estabelecimento de protocolos conduta médica, *guidelines* de atuação dos profissionais de saúde, conduzem à excessiva objetivação do exercício da Medicina, de modo a impor limites à liberdade terapêutica do médico e, em contrapartida, à liberdade de expressão e decisão do paciente.

No mesmo sentido, Dieter Hart<sup>107</sup> compartilha o entendimento de que as diretrizes médicas (ou *guidelines*) põem em xeque tanto a liberdade terapêutica, do médico, quanto a liberdade decisória, do paciente. O autor vê nos *guidelines* verdadeiros instrumentos de atuação de interesses privados, capazes de, por exemplo, garantir a inserção de medicamentos no mercado ou, ainda, o controle atuarial e financeiro por parte de empresas seguradoras.

---

<sup>105</sup> *Idem*, p. 74.

<sup>106</sup> *Imperfekte Autonomie und Neopaternalismus. Medizinrechtliche Probleme der Selbstbestimmung in der modernen Medizin*, MedR 2002, Heft 8, pp. 375-387, *apud* PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Idem*, p. 75.

<sup>107</sup> *Ärztliche Leitlinien – Empirie und professioneller Normsetzung*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, *apud* PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Idem*, p. 76.

Outro fenômeno que tem posto em causa a doutrina do “consentimento informado” consiste no uso defensivo que muitos médicos fazem do processo de obtenção do consentimento. Sobretudo nos Estados Unidos, verifica-se que os médicos têm “hiper-informado” os pacientes, como se a informação excessiva, fornecida sem o menor critério ou sensibilidade por parte do profissional, pudesse eximí-lo de responsabilidade pelo insucesso do tratamento. Ao contrário, o excesso de informações, em certas circunstâncias, constituirá índice de um comportamento transgressor da ética profissional, pelo qual o médico poderá ser responsabilizado.

Como observa André Gonçalo Dias Pereira<sup>108</sup>, encarar o fornecimento de informação ao paciente como salvo-conduto em favor do médico, supostamente capaz de liberá-lo de responsabilização profissional, significa desvirtuar a finalidade precípua do processo de obtenção do consentimento do paciente e sua função na relação médico-paciente, que é justamente garantir a este último maior liberdade para as decisões que dizem respeito à sua personalidade. “Impõe-se, portanto, que na construção jurídica deste instituto se encontre um equilíbrio que permita responder às exigências da autonomia da pessoa humana e à confiança que deve presidir a relação clínica”<sup>109</sup>.

Não se pode perder de vista o fato de que o consentimento constitui faculdade inalienável do ser humano – enquanto expressão de um complexo de direitos da personalidade –, não uma simples prerrogativa profissional atribuída ao médico.

### 2.3 – “Capacidade para consentir” e competência

Como pudemos ver no capítulo anterior, o consentimento, como qualquer operação do intelecto, pressupõe discernimento (qualidade adquirida mediante o desenvolvimento das faculdades cognitivas), sem o qual não pode haver capacidade de exercício, na medida em que o discernimento constitui predicativo da própria capacidade de exercício. Em outros termos, o consentimento dado sem discernimento em relação ao objeto ou situação consentida é nulo, pois o consentidor não ostenta o requisito fundamental para o exercício da referida faculdade (cognição, valoração e decisão), qual seja, a capacidade de exercício.

---

<sup>108</sup> *Idem*, p. 77.

<sup>109</sup> *Idem*, *ibidem*.



Não seria possível atribuir-se à mesma pessoa – a um só tempo, dada uma mesma situação de fato – a condição, por um lado, de incapaz para a prática de atos jurídicos genericamente considerados e, por outro, de capaz para consentir. É bem verdade que a capacidade deva se referir não a um único fato ou situação, mas a categorias deles<sup>110</sup>. Por outro lado, não é possível que convivam, no ordenamento jurídico, dois comandos referentes a uma mesma e única categoria de situações.

A partir da segunda metade do século passado, tanto na Europa quanto nos Estados Unidos passou a ser estruturado, por doutrinadores da Bioética, um conceito de capacidade que se pretendia autônomo em relação ao núcleo conceitual da capacidade jurídica, que, como vimos, remonta às noções de aptidão e de discernimento.

A nosso ver, a concepção de *capacidade para consentir* vem provocar a atomização do conhecimento científico, na medida em que propõe uma solução assistemática ao problema da capacidade de exercício do paciente (especificamente considerada no que se refere ao consentimento ou recusa do tratamento médico proposto). Com efeito, ao admitir-se a possibilidade de que uma pessoa seja, ao mesmo tempo, incapaz para atos jurídicos genericamente considerados e capaz para consentir, isto é, capaz para *autorizar* intervenções que repercutam em sua integridade física e psíquica, está-se implicitamente reconhecendo, na melhor das hipóteses, uma incapacidade de exercício preexistente ou, pior, negando o conceito jurídico de capacidade de exercício.

Para o reconhecimento do atributo da capacidade de exercício, dada uma situação concreta e observadas as convenções do tempo e lugar, parte-se de uma constatação científica, assentada em critérios médicos. Quando adotamos a idade, *v.g.*, como requisito da capacidade de agir, é porque se convencionou considerar uma certa idade como o momento a partir do qual o indivíduo atinge o grau de desenvolvimento psicofísico que lhe permite compreender adequadamente um fato e seu significado, suas implicações e os riscos que ele representa para, então, decidir acerca da situação posta.

---

<sup>110</sup> CARNELLUTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, cit., p. 349.

Assim, o mesmo conhecimento científico que, por um lado, fundamenta a interdição, isto é, que alheia o indivíduo da prática, por si mesmo, dos mais variados atos da vida, é o que orienta, por outro lado, a sua participação em protocolos de pesquisa clínica. Ora, se uma pessoa não pode praticar pessoalmente atos da vida em sociedade, como casar-se ou alienar um bem imóvel, então com mais razão não será capaz de decidir sobre atos que repercutam sobre sua personalidade, como, por exemplo, a adesão a um protocolo de estudo clínico ou o consentimento relativamente a um tratamento médico experimental ou simplesmente arriscado.

Nesse sentido dizemos que a noção de “capacidade para consentir”, conforme a doutrina da Bioética, provoca a atomização do conhecimento científico, pois propõe o isolamento anacrônico das questões pertinentes à compreensão da capacidade do paciente, como se o seu consentimento pudesse ser obtido independentemente do reconhecimento de uma eventual incapacidade civil.

Enquanto a concepção de “capacidade para consentir” propõe interpretações compartimentalizadas, e não menos antagônicas, de um mesmo fenômeno (incapacidade de exercício genericamente considerada concomitantemente à “capacidade para consentir”), o conceito jurídico de capacidade civil, por sua vez, encerra uma compreensão sistemática do mesmo fato: a proposição jurídica, dependente da apreensão do conhecimento médico e expressa em termos do binômio capacidade-incapacidade, resulta da interação entre a Medicina e o Direito, ao passo que a noção bioética de “capacidade para consentir” nega a apreensão daquele fenômeno conforme o Direito, cujo conhecimento, como já dissemos, está assentado em uma proposição médica, que inclusive precede a jurídica.

Embora entendamos inviável o conceito de “capacidade para consentir” enquanto categoria supra jurídica, não podemos deixar de admitir a necessidade de revisão dos critérios sobre os quais se assenta a noção de capacidade jurídica, sobretudo quando relacionada a atos que dizem respeito aos direitos da personalidade.

O estado de inconsciência, ou de simples debilidade física, por exemplo, subtrai do indivíduo o mínimo resquício de capacidade de fato, na medida em que esse estado o priva, ainda que circunstancialmente, do discernimento. Daí porque não é possível falarmos em

capacidade especial para consentir, presente mesmo quando ausente a negocial (subespécie da capacidade de exercício)<sup>111</sup>, da qual o discernimento constitui pressuposto elementar.

Por tais motivos, não nos resta senão sustentar a impossibilidade de uma “capacidade para consentir” conceitualmente apartada da capacidade para a prática de atos que, abstratamente considerados, demandem discernimento e inflijam a esfera de direitos da personalidade<sup>112</sup>.

A noção de competência do paciente, por sua vez, compreendida no âmbito da doutrina norte-americana com sentido equivalente ao da “capacidade para consentir”, constitui, nas palavras de Becky Cox White<sup>113</sup>, a pedra angular de qualquer sistema de assistência à saúde. Até prova em contrário, adverte-nos a jurista, todos os pacientes são competentes para consentir, isto é, gozam das faculdades mentais que lhes permitem compreender não apenas sua condição psicofísica, como também os riscos que tal estado naturalmente lhes impõe e, mais ainda, os riscos que cada alternativa, isoladamente considerada e colocada diante do paciente, representa.

Assim como a presunção de inocência milita em favor dos acusados em geral, a competência ou capacidade para consentir, acredita a jurista norte-americana, deve ser presumida em relação todo paciente<sup>114</sup>. Nesse sentido vão as diretrizes do *General Medical Council*, órgão britânico criado em 1858 por força do *Medical Act*<sup>115</sup>. No que tange à capacidade para consentir, a entidade britânica orienta os médicos a presumirem que “todo

---

<sup>111</sup> FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano, cit.*, pp. 461-462.

<sup>112</sup> A respeito da autonomização da “capacidade para consentir”, em relação ao conceito jurídico de capacidade de exercício, veja-se PEREIRA, André Gonçalo Dias: “A capacidade para consentir é um conceito que tem vindo, nos últimos anos, a ser autonomizado em relação face à capacidade negocial de exercício, pela doutrina e pela jurisprudência, sendo por vezes ainda insuficientemente estruturado” (*O consentimento informado na relação médico-paciente, cit.*, p. 148).

<sup>113</sup> “To begin, competence is the cornerstone for one of the most widespread practices of modern health care – free informed consent. Informed consent cannot move forward without a competent consentor because an informed consent is neither morally nor legally valid unless the person giving it is competent. Because a competent patient is the sole source of decisional authority for diagnostic or therapeutic interventions, competence must be determined in order to ascertain whether the health care provided has legitimate authority to diagnose or treat” (*Competence to consent, cit.*, XII).

<sup>114</sup> “Just like law assumes people are innocent until proven guilty, clinicians presume patients are competent until their incompetence is proven or until they have good reasons to suspect it” (*Idem, ibidem*).

<sup>115</sup> SMITH, Russell G. *Medical discipline: the professional conduct jurisdiction of the General Medical Council, 1858-1990, cit.*, p. 1.

adulto tem capacidade de decidir se consentem ou recusam a intervenção médica proposta, a menos que a pessoa demonstre não compreender claramente a informação veiculada”<sup>116</sup>.

Por outro lado, o fato de a decisão do paciente parecer irracional ao profissional da saúde, ou simplesmente não corresponder ao que este supõe serem os “melhores interesses” do paciente, não constitui evidência de que falta competência a este.

Pela perspectiva da ação comunicativa, teorizada pelo filósofo alemão Jürgen Habermas, cuja aplicabilidade à relação médico-paciente será abordada ainda no presente capítulo, não parece servir como regra geral a afirmação de que todo paciente seja capaz de consentir ou recusar racionalmente determinada intervenção médica. Isso porque a compreensão tanto de sua situação física e psíquica, como dos riscos que dela naturalmente advêm e que adviriam das escolhas que lhe são apresentadas, depende de conhecimento científico que o paciente na maioria das vezes não possui. Em outras palavras, o *medium* lingüístico em que são veiculadas as informações médicas é geralmente inacessível ao paciente. Por esse motivo, o bom senso compele o médico a utilizar uma linguagem compreensível, levando-se em consideração a capacidade natural de compreensão do paciente, assim como o seu estado de saúde, que, em muitos casos, pode interferir no processo cognitivo das informações que o médico procura transmitir<sup>117</sup>.

Contanto que o paciente compreenda os riscos atuais e futuros a que ele está ou estará sujeito, ele poderá ser considerado capaz para consentir ou recusar o tratamento que lhe é proposto. O pragmatismo anglo-saxão, do qual é reflexo a tradição do Direito

---

<sup>116</sup> “**Establishing capacity to make decisions** 19. You must work on the presumption that every adult has the capacity to decide whether to consent to, or refuse, proposed medical intervention, unless it is shown that they cannot understand information presented in a clear way. If a patient's choice appears irrational, or does not accord with your view of what is in the patient's best interests, that is not evidence in itself that the patient lacks competence. In such circumstances it may be appropriate to review with the patient whether all reasonable steps have been taken to identify and meet their information needs (see paragraphs 5-17). Where you need to assess a patient's capacity to make a decision, you should consult the guidance issued by professional bodies” (<http://www.gmc-uk.org/guidance/current/library/consent.asp#presenting>).

<sup>117</sup> Nesse sentido, cf. ROZOVSKY, Fay Adrienne: “Common sense dictates that for patients to appreciate the nature and consequences of procedures, the explanations proffered to them must be in terms and language that they can understand. The importance of this criterion cannot be overlooked, however, and its deserving of discussion. A physician or any other health care provider must gear the level of discussion to meet the needs of individual patients. A physician can use medical terminology and present a more sophisticated explanation to a physician or nurse who is a patient than would be possible with an individual without medical education. By the same token, the details of an explanation may vary not so much with the level of a patient's education as with his or her ability to converse in English or the native language of the physician” (*Consent to treatment: a practical guide*, cit., p. 1-59).

oralmente afirmado e transmitido, isto é, do Direito elaborado caso a caso, no sentido primitivo de *jurisdictione*, favoreceu a criação de um sistema próprio de aferição da “capacidade para consentir”, fundamentado na observação clínica do paciente pelo profissional de saúde.

Conforme Becky Cox White<sup>118</sup>, cabe ao profissional de saúde, no processo de obtenção do consentimento informado do paciente, verificar – em primeiro lugar – se este goza ou não de competência para a tomada de decisões. Em rigor, o processo de informação não deve prosseguir enquanto o profissional de saúde não estiver seguro quanto à competência do paciente a quem as informações se destinam.

De fato, o sistema anglo-saxão, fundado na aferição casuística da “capacidade para consentir”, tem a vantagem de tornar mais dinâmico e flexível o processo de esclarecimento do paciente e de obtenção de seu consentimento. Entretanto, se, por um lado, a atribuição aos profissionais de saúde do poder-dever de verificarem e afirmarem a competência dos pacientes, pelos quais sejam responsáveis, exprime com clareza o pragmatismo anglo-saxão, por outro lado essa atribuição *ad hoc* constitui fator de insegurança jurídica, na medida em que exacerba a discricionariedade dos profissionais de saúde para a afirmação ou modificação do estado de seus pacientes.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a chamada “capacidade para consentir” (*competence to consent* ou *decisional capacity*) pode ser empiricamente avaliada por meio do método *MacCAT-CR* (“*MacArthur Competence Assessment Tool for Clinical Research*”)<sup>119</sup>, largamente utilizado na aferição concreta da capacidade para consentir<sup>120</sup>. Conforme o método *MacCAT-CR*, a capacidade para consentir deve ser aferida em três níveis básicos: capacidade no nível da compreensão do significado da informação médica transmitida; capacidade no nível da ponderação crítica em relação à informação recebida; e capacidade no nível da expressão de uma determinada escolha<sup>121</sup>.

---

<sup>118</sup> *Competence to consent, cit.*, p. 3.

<sup>119</sup> APPELBAUM, Paul S. *et alli*. “Prevalence and correlates of adequate performance on a measure of abilities related to decisional capacity: differences among three standards for the MacCAT-CR in patients with schizophrenia”, *cit.*, p. 110.

<sup>120</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>121</sup> *Idem, ibidem*.

Ao analisarem a aplicação do método *MacCAT-CR*<sup>122</sup>, bem como a interpretação dos resultados de sua aplicação, Paul Appelbaum *et alli* observam o consenso na comunidade médica dos Estados Unidos acerca do fato de que um grau maior de capacidade é tanto mais desejável quanto maior for o risco a que o paciente estiver exposto, concluindo não haver um nível adequado de capacidade para toda a sorte de casos e circunstâncias clínicas<sup>123</sup>.

Thomas Grisso, por sua vez, juntamente com Appelbaum, identifica quatro aspectos relacionados ao que chama “qualidade da decisão do paciente”<sup>124</sup>. São eles: a capacidade de comunicar escolhas; a capacidade de compreender não apenas a relevância das informações que lhe são prestadas, como também as circunstâncias do tratamento e suas consequências; e a capacidade de interpretar racionalmente as informações e as prováveis consequências das escolhas possíveis<sup>125</sup>.

Sustentando argumento semelhante, Alec Buchanan assinala que, “quando um paciente recusa o tratamento médico, a lei no Reino Unido, nos Estados Unidos e no Canadá impõe o respeito à vontade declarada pelo paciente, a menos que seja provada sua incapacidade jurídica”<sup>126</sup>.

Buchanan observa ainda que a capacidade jurídica está condicionada a uma série de faculdades mentais, como o raciocínio, o juízo, a compreensão de valores e de circunstâncias materiais, o entendimento da informação que é transmitida e, por fim, a capacidade de comunicar uma escolha ou decisão. Em se tratando de procedimentos

---

<sup>122</sup> Embora o método *MacCAT-CR* tenha sua aplicação restrita às pesquisas clínicas, acreditamos que o seu estudo, ainda que superficial, poderá fornecer importantes subsídios para o estudo da capacidade considerada também no âmbito dos tratamentos médicos e, de modo geral, da relação médico-paciente.

<sup>123</sup> “General consensus exists that as the degree of risk increases, a higher level of capacity is desirable (Roberts and Dyer, 2004). Thus, no particular level of ability is determinative of adequate capacity in all circumstances (Appelbaum and Grisso, 2001). [...] These issues go beyond application and interpretation of the *MacCAT-CR*, reflecting genuine lack of consensus regarding what defines adequate consent capacity and under what conditions. Absent such consensus, or empirical or regulatory guidance, investigators and IRBs may make idiosyncratic decisions that may not represent a contextually appropriate balance among the goals of protecting potentially vulnerable persons, fostering important research, and respecting individuals’ decision-making autonomy” (*Idem, ibidem*).

<sup>124</sup> *Assessing competence do consent to treatment – a guide for physicians and other health professionals, cit.*, p. 67.

<sup>125</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>126</sup> “When a patient refuses medical treatment, the law in the UK, the US, and Canada requires that their stated wishes be respected unless they can be shown not to be legally competent” (“Mental capacity, legal competence and consent to treatment”, *cit.*, p. 415).

médicos que, por sua complexidade, demandem sucessivos consentimentos do paciente, sua capacidade para consentir deve ser avaliada a cada momento em que um novo consentimento se fizer necessário, haja vista a possibilidade de que essas faculdades sofram alterações ao longo do tratamento médico<sup>127</sup>.

Atento a essa realidade, James F. Drane concebeu, ao sabor do pragmatismo americano, um “Modelo de Escala Ajustável de Competência”<sup>128</sup>, segundo o qual a competência do paciente é definida em virtude de sua condição clínica. Conforme o modelo de Drane, haveria três níveis de gravidade em situações médicas, às quais devem corresponder três padrões distintos de comportamento do paciente, mais ou menos esperados diante de seu respectivo estado de saúde.

O primeiro nível da escala de Drane refere-se a situações em que o tratamento médico não representa alto risco ao paciente, sendo-lhe significativamente favorável a relação risco-benefício, considerado o risco envolvido e a probabilidade de sucesso do tratamento, assim como o benefício que, em caso de sucesso, adviria ao paciente. Em situações clínicas de “nível um”, o “padrão de competência do paciente” consiste em que ele demonstre estar ciente de sua situação e, tendo compreendido os riscos do tratamento, bem como as consequências da ausência de tratamento, concorde em submeter-se a ele, sendo dispensável, em tais circunstâncias, eventual teste de sua capacidade cognitiva<sup>129</sup>.

No segundo nível são consideradas as situações nas quais o diagnóstico é duvidoso ou, sendo certo, possa haver dúvida quanto à eficácia do tratamento ou, ainda, possa o tratamento representar considerável risco ao paciente, não havendo tratamento alternativo ao proposto pelo médico. Em tais situações, conforme o respectivo padrão de competência, espera-se que o paciente possa não apenas compreender os riscos e consequências das diversas opções, como também gozar de condições de decidir.

---

<sup>127</sup> “Legal competence is specific to the task at hand. It requires the mental capacities to reason and deliberate, hold appropriate values and goals, appreciate one's circumstances, understand information one is given and communicate a choice. These capacities can change over time, so medical procedures that require consent over extended periods necessitate repeated assessments. The law recognizes that mental capacity is a continuous quality that may be present to a greater or lesser extent” (*Idem, ibidem*).

<sup>128</sup> Cf. CULVER, Charles M. *Competência do paciente*, tradução de Patrícia Roffó de Nelson, *cit.*, p. 70.

<sup>129</sup> *Idem, ibidem*.

Finalmente, o “nível três” da escala de Drane abrange os casos nos quais, pelo fato de estar em risco a vida do paciente, qualquer decisão contrária ao tratamento proposto deve ser interpretada como “perigosa” e “contrária à racionalidade pública e profissional”<sup>130</sup>. Portanto, espera-se do paciente que ele possa sustentar racionalmente sua decisão, demonstrando haver compreendido as informações que lhe foram fornecidas e, sobretudo, as prováveis consequências da recusa ao tratamento. “As razões pessoais do paciente não necessitam ser científicas ou publicamente aceitas, porém também não podem ser exclusivamente privadas ou ‘idiossincrásicas’”<sup>131</sup>.

Como observa Culver, talvez a característica mais marcante da escala de Drane consista na associação que ela estabelece entre a definição de competência do paciente e a exigência de que sua decisão reflita uma escolha racionalmente justificável. Em outras palavras, conforme a escala de Drane, não basta que o paciente tenha demonstrado compreender sua condição clínica e as informações que a respeito dela e do seu tratamento lhe foram transmitidas. É imperativo que, além disso, a decisão do paciente expresse o mínimo de racionalidade. Isto é, exige-se do paciente a capacidade de sustentar a sua decisão mediante argumentos válidos.

A nosso ver, não se trata exatamente de aferir a racionalidade, mas a moralidade da decisão do paciente. Com efeito, uma decisão objetivamente racional pode não ser sustentável do ponto de vista moral, o que a tornará tanto menos aceita quanto uma decisão evidentemente irracional. Tomemos, por exemplo, um paciente cuja condição física não lhe permita trabalhar, a quem é proposto um tratamento altamente dispendioso, o único capaz de proporcionar-lhe sobrevida de, digamos, seis meses. Caso esse paciente opte por esse hipotético tratamento, não lhe sobrarão recursos para viver mais do que o próprio período da sobrevida, de modo que ele decide não se submeter ao tratamento e, em vez disso, resolve empregar os recursos que lhe restam na satisfação das mais mezinhas necessidades materiais. Ao menos do ponto de vista da racionalidade econômica, a decisão do nosso paciente parece ser plenamente sustentável.

Entretanto, pode-se dizer que sua opção seja aceitável, do ponto de vista moral? Seria moralmente aceitável o sacrifício da possível sobrevida (admitindo que ela fosse

---

<sup>130</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>131</sup> *Idem, ibidem.*



provável, não apenas possível) em nome do conforto material imediato? Entendemos que o julgamento que, em situações semelhante à presente hipótese, se faz da decisão do paciente não é puramente racional, mas eminentemente moral.

No entanto, a “racionalidade” da decisão do paciente tem sido alçada à condição de requisito indispensável de sua competência. Pelo atributo da racionalidade, restou superada a concepção de competência enquanto capacidade puramente cognitiva.

Jürgen Habermas, criticando o conceito de “racionalidade”, introduzido por Max Weber “a fim de determinar a forma da atividade econômica capitalista, das relações de direito privado burguesas e da dominação burocrática”<sup>132</sup>, observa que a progressiva “racionalização” da sociedade, a que corresponde não apenas a industrialização do trabalho social, como também a introdução de padrões de ação instrumental em outros domínios da vida em sociedade, está ligada sobretudo ao progresso científico e técnico:

“Na medida em que a técnica e a ciência penetram os setores institucionais da sociedade, transformando por esse meio as próprias instituições, as antigas legitimações se desmontam. Secularização e ‘desenfeitiçamento’ das imagens do mundo que orientam o agir, e de toda a tradição cultural, são a contrapartida de uma ‘racionalidade’ crescente do agir social [...]. Em vez de reduzir a racionalidade da ciência e da técnica a regras invariantes da lógica e do agir controlado pelo sucesso, não seria preferível pensar que ela absorveu em si um *a priori* material, surgido historicamente e portanto perecível? Marcuse responde afirmativamente a essa questão: [...] ‘Nesse universo a tecnologia provê também a formidável racionalização da não-liberdade do homem e demonstra a impossibilidade ‘técnica’ de ser ele autônomo e de determinar a sua própria vida. Isso porque essa não-liberdade aparece, não como irracional ou política, mas antes como uma submissão ao aparato técnico que amplia as comodidades da vida e aumenta a produtividade do trabalho. Assim a racionalidade tecnológica protege, em vez de suprimir, a legitimidade da dominação e o horizonte instrumentalista da razão se abre sobre uma sociedade racionalmente totalitária’ (Herbert Marcuse, *Der eindimensionale Mensch*, Neuwied, 1967, pp. 172 ss. (N. Do A.))”<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> *Técnica e ciência como “ideologia”*, tradução de Zljko Loparic, cit., p. 303.

<sup>133</sup> *Idem*, pp. 305.306.

Se, por um lado, o “Modelo de Escala Ajustável de Competência” tem sido louvado por considerar a “racionalidade” da decisão como elemento indispensável à atribuição de competência ao paciente, por outro lado o esquema proposto por Drane tem sido criticado pelo fato de não permitir a adequada avaliação da competência do paciente senão quando ele externaliza inequivocamente sua decisão. Conforme o modelo de Drane, “em algumas situações não podemos classificar o paciente como competente ou incompetente até sabermos se ele consente ou recusa”<sup>134</sup>.

Conforme Culver, o fato de ser impossível qualificar um paciente como competente ou incompetente “até sabermos se ele recusa um determinado ato terapêutico”<sup>135</sup> põe em xeque, em sua opinião, o princípio da autonomia diante da atuação concreta do médico em relação à personalidade jurídica do paciente, afastando deste a possibilidade de, em suas palavras, “tomar qualquer decisão que ele quiser”<sup>136</sup>.

O conceito de autonomia, tal como o abordaremos mais adiante, não deve significar, em hipótese nenhuma, a transferência do poder decisório, e do próprio ônus da decisão, ao paciente. Por isso, com a devida vênia, discordamos completamente de Culver quando ele admite que o paciente possa “tomar qualquer decisão que ele quiser”. Essa liberdade absoluta simplesmente não existe, na medida em que falta ao paciente o conhecimento técnico que lhe permitiria exercê-la autônoma e autenticamente. Supô-la equivaleria a submeter o paciente a verdadeira “ditadura da autonomia” (ou pseudo-autonomia)<sup>137</sup>, que aprisiona a pretexto de libertar.

Portanto, não se trata de avaliar a competência do paciente para a escolha, mas tão-somente para o consentimento ou recusa do tratamento, cabendo ao médico decidir, previamente à obtenção do consentimento, diante de uma dada situação clínica, qual tratamento ou terapêutica há de ser instituída na hipótese de consentimento válido.

Nesse sentido, ao médico é vedado, conforme o artigo 56 do Código de Ética Médica, “Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida”. A

---

<sup>134</sup> CULVER, Charles M. *Idem*, p. 72.

<sup>135</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>136</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>137</sup> GOGLIANO, Daisy. “Autonomia, bioética e direitos da personalidade”, *cit.*, p. 120.

interpretação desse dispositivo não deixa dúvidas de que somente ao médico deve ser atribuído o poder-dever de determinar o tratamento adequado para o caso concreto, cuja execução (somente a execução do tratamento previamente determinado por ele, não a escolha do tratamento em si) fica condicionada ao consentimento do paciente.

Conforme o nosso entendimento acerca da questão, seguindo a orientação dada ao presente trabalho, o médico que, em nome de uma pretensa autonomia do paciente, impõe-lhe o ônus da decisão terapêutica não apenas infringe a ética profissional, como também incorre, conforme o caso, em omissão de socorro<sup>138</sup>.

O conceito de competência, adverte-nos Culver, é geralmente invocado nas situações em que houver “alguma razão para questionar se o paciente está tomando decisões inteligentes, que sejam verdadeiramente em seu próprio interesse”<sup>139</sup>. Mais adiante, após considerar que, “na maioria dos casos, a escolha do paciente sobre seu tratamento deve ser seguida”, Culver conclui que “ir contra o consentimento ou rejeição de um paciente a um tratamento sugerido é quase sempre eticamente insustentável”<sup>140</sup>.

Em que pese ao autor, não acreditamos que a conduta médica contrária ao consentimento ou à rejeição ao tratamento proposto seja “quase sempre eticamente insustentável”. A eticidade da conduta médica não deve significar submissão incondicional à vontade do paciente. A decisão deve ser fruto de reflexão não apenas do paciente, como também de todos que possam de alguma forma ser afetados por ela. Entre tais pessoas está incluído, obviamente, o médico, a instituição de saúde da qual ele eventualmente faça parte, muitas vezes a família do paciente e, não raro, o próprio Estado e a coletividade de modo geral.

Ética não significa voluntarismo, de modo que o respeito à vontade do paciente nem sempre exprime um comportamento genuinamente ético. Agir eticamente não implica absolutizar a decisão do paciente, sob o dogma da vontade. Ao abordarmos criticamente o princípio bioético da autonomia, veremos o quão importante deve ser sua relativização, quando o confrontarmos com o interesse público (tanto primário quanto secundário), com

---

<sup>138</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>139</sup> “Competência do paciente”, *cit.*, p. 64.

<sup>140</sup> *Idem, ibidem.*

interesses da coletividade e, em alguns casos, com interesses transindividuais. Como veremos mais adiante, a relativização da autonomia do paciente não constitui absolutamente índice de uma ética utilitarista, ao menos não conforme o enfoque proposto no presente trabalho.

Culver informa, ainda, que o “princípio geral, mantido por vários eruditos, é o de seguir a escolha do paciente competente e não fazê-lo (SIC) quando ele for incompetente”<sup>141</sup>. Em seguida, o autor lança a seguinte questão: “sob que circunstâncias é eticamente justificável para um médico não aceitar o consentimento ou a recusa de um paciente?”<sup>142</sup> Respondendo a esse questionamento retórico, Culver vaticina: “quando, e somente quando, o paciente não for competente para recusar”<sup>143</sup>.

Muito embora concordemos quanto à invalidade do consentimento ou da recusa de um paciente incompetente, não podemos endossar o entendimento segundo o qual a competência ou incompetência do paciente constitua condição suficiente para a validade ou invalidade de seu consentimento ou recusa ao tratamento.

Não é a competência do paciente o único requisito de validade de seu consentimento. Além da competência ou incompetência, há de ser considerada também a decisão em relação a interesses que transcendam os puramente individuais. Como observaremos oportunamente, a competência impõe-se como condição *sine qua non*, mas não suficiente, à validade do consentimento ou recusa ao tratamento.

Ao emprendermos uma tentativa de conceituação de competência no âmbito das ciências médicas, devemos ter em mente, em primeiro lugar, a inexistência de consenso quanto a um possível conceito. O conceito mais difundido de competência diz respeito à identificação de habilidades cognitivas do paciente. Segundo esse conceito, é competente todo aquele que demonstre, em um primeiro momento, compreender a informação que lhe é fornecida e, além disso, que demonstre ser capaz de avaliá-la criticamente. A

---

<sup>141</sup> *Idem*, p. 65.

<sup>142</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>143</sup> *Idem*, *ibidem*

competência, portanto, expressar-se-ia em termos da fórmula “E+A”, isto é, “entendimento mais avaliação” das informações médicas<sup>144</sup>.

Essa definição de competência requer não somente que o paciente compreenda a informação, mas também que ele perceba que a informação fornecida se aplica a ele, nas circunstâncias em que o paciente se encontra<sup>145</sup>. Além disso, o paciente deve compreender a própria condição, assim como as consequências que a perpetuação de tal estado pode lhe acarretar.

Definir a competência do paciente exclusivamente a partir da avaliação de suas faculdades cognitivas, sem levar em consideração o ato posterior a essa avaliação (isto é, o efetivo consentimento ou a inequívoca recusa ao tratamento), pode conduzir a situações ilógicas e, em alguns casos, até mesmo à inaplicabilidade do conceito de competência, como observa Culver:

“Já que os defensores dessa definição visaram à caracterização da competência como pressuposto para que o paciente possa tomar qualquer decisão, seria lógico, por parte deles, incluir a real decisão do paciente na definição de competência. [...] A definição E+A tem uma simplicidade e elegância atrativas, mas desafortunadamente também tem problemas. O problema maior é que algumas vezes conduz a resultados que quase ninguém aceita. Há pacientes ocasionais que recusam o tratamento e, de acordo com a definição E+A, são competentes; porém, para a maioria, a recusa deve ser anulada e os pacientes tratados apesar de suas objeções.

A definição de um conceito, que tem resultados inaceitáveis quando o conceito é aplicado a casos particulares, significa quase sempre que o mesmo é inadequado e necessita correções”<sup>146</sup>.

A propósito de corrigir o conceito de competência fundado na avaliação das faculdades cognitivas do paciente, Culver propõe a inserção do elemento “racionalidade da escolha” como critério para a afirmação da competência ou incompetência do paciente. Segundo o conceito por ele proposto, “a decisão de indeferir uma recusa de um paciente

---

<sup>144</sup> CULVER, Charles M. “Competência do paciente”, *cit.*, p. 66.

<sup>145</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>146</sup> *Idem, ibidem.*

vai depender não só de ser o paciente competente, mas também de ser a recusa do paciente racional ou irracional (e, se for irracional, de quão irracional ela seja)”<sup>147</sup>.

Linhas atrás, tivemos chance de questionar a racionalidade da decisão como requisito para a atribuição de competência ao paciente, quando sustentamos não se tratar exatamente de aferir a racionalidade, mas a moralidade da escolha que se pretende exercer, por entendermos que uma decisão objetivamente racional pode não ser sustentável do ponto de vista moral.

Conforme Daisy Gogliano, esse racionalismo, de caráter utilitarista, aproximando a prática médica do primado da razão pura, isto é, de uma lei moral objetiva (o imperativo categórico kantiano), acaba por afastá-la de uma moral social, da moral familiar e da moral de uma coletividade, “o *éthos*, ou seja, a tradição”<sup>148</sup>:

“O racionalismo da Bioética descarta tanto a natureza humana quanto a própria natureza em si. Essa determinação buscada pela Bioética revela-se ilusória, sob o manto de uma possível ‘razão pura’, pois, como vimos, os direitos da personalidade no seu exercício podem ser revogados, e os vícios do consentimento ou da vontade podem acarretar a anulação do ato jurídico, po erro, dolo, coação, fraude ou simulação”<sup>149</sup>.

Outra proposta de solução ao problema do conceito de competência consiste na sua abordagem casuística<sup>150</sup>, de tal forma que a competência possa ser definida segundo as nuances de uma dada situação clínica. Dessa concepção essencialmente pragmática e empirista resultou o “Modelo de Escala Ajustável de Competência” de Drane, sobre o qual discorreremos linhas atrás.

Tornando a atribuição de competência um ato discricionário do médico, o Modelo de Drane peca por transmutar o foco do conceito de competência, que passa a ser não mais um atributo do paciente, mas o resultado da interpretação dos sinais e sintomas que, em um dado momento, constituem índice do estado de saúde do paciente<sup>151</sup>.

---

<sup>147</sup> “Competência do paciente”, *cit.*, p. 68.

<sup>148</sup> “Autonomia, bioética e direitos da personalidade”, *cit.*, p. 125.

<sup>149</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>150</sup> WHITE, Becky Cox. *Competence do consent*, p. 3.

<sup>151</sup> A esse respeito, cf. CULVER, Charles M.: “Portanto, se este paciente é olhado como competente, isto não depende de seus atributos, mas sim de uma postura profissional sobre o significado de um conjunto de sinais

A toda evidência, a competência, assim como a capacidade, consiste em um conceito eminentemente dinâmico e cambiável, sujeito a infinitas variações conforme o tempo e o lugar. Em suma, o conceito de competência mostra-se intimamente relacionado ao de capacidade jurídica, sendo apropriado dizer que o paciente absolutamente incapaz nunca poderá ser considerado competente, ao passo que o relativamente capaz ou o plenamente capaz poderão ou não, conforme o caso, ser considerados competentes para fins de consentimento ou recusa do tratamento médico que lhes é proposto.

Por essa razão, parece-nos impossível sustentar a cisão conceitual entre capacidade jurídica e as concepções de “capacidade para consentir” e de competência, conforme a doutrina Bioética. Essas noções, se consideradas absolutamente apartadas do conceito jurídico de capacidade – como querem alguns estudiosos da Bioética, sobretudo na Alemanha –, darão causa ao isolamento anacrônico das questões pertinentes à compreensão da capacidade, como se o consentimento pudesse ser obtido independentemente do reconhecimento jurídico de uma eventual incapacidade civil.

#### 2.4 – Comunicação, compreensão e consentimento

A capacidade de exercício, como dissemos reiteradamente, pressupõe espírito crítico do sujeito, isto é, discernimento para avaliar as possíveis conseqüências de sua decisão. A validade da opção derivada de reflexão consciente do paciente, enquanto declaração de vontade, depende essencialmente das condições de comunicabilidade entre este e o médico. Em favor dessas condições de comunicabilidade, o médico deverá adequar seu discurso ao *medium* lingüístico do paciente, sendo que a opção deste somente se reveste de validade quando puder exprimir-se em linguagem que seja compreensível por ele ou por seu representante.

Como tentativa de solução do problema de comunicabilidade entre médico e paciente (e de aplicação do conceito de capacidade de exercício no âmbito da prática

---

e sintomas. Contudo, se ‘competência’ é um atributo das pessoas, o que parece ser o caso, então mudanças na competência devem co-variá com mudanças na pessoa, e não com desacordos teóricos entre médicos” (“Competência do paciente”, *cit.*, p. 71).

médica), procuraremos abordar a questão sob a perspectiva da teoria da “ação comunicativa”, de Jürgen Habermas.

Contrapondo a razão instrumental, da qual resulta o *agir instrumental*, à razão comunicativa, Habermas define o *agir comunicativo* como a “interação mediatizada simbolicamente”<sup>152</sup>, regida por normas cogentes que, segundo o filósofo, “definem as expectativas de comportamento recíprocas e que precisam ser compreendidas e reconhecidas por, pelo menos, dois sujeitos agentes”<sup>153</sup>. Prossegue o filósofo:

“Normas sociais são fortalecidas por sanções. Seu sentido se objetiva na comunicação mediatizada pela linguagem corrente. Enquanto a vigência das regras técnicas e das estratégias depende da validade das proposições empiricamente verdadeiras ou analiticamente corretas, a vigência das normas sociais é fundamentada exclusivamente na intersubjetividade de um entendimento acerca das intenções e é assegurada pelo reconhecimento universal das obrigações. A violação da regra tem, em cada um dos dois casos, consequências diferentes. Um comportamento *incompetente*, que viole regras técnicas confirmadas ou estratégias corretas, é por si só condenado ao abandono, em virtude do insucesso; a ‘punição’ está, por assim dizer, incorporada ao fracasso diante da realidade. Um comportamento *anômalo*, que viole as normas vigentes, desencadeia sanções que só são ligadas às regras exteriormente, ou seja, por convenções. Regras aprendidas do agir racional-com-respeito-a-fins nos equipam com a disciplina das *habilidades*, normas interiorizadas, com a disciplina das *estruturas da personalidade*. Habilidades nos dão condições para resolver problemas, motivações nos permitem praticar a conformidade com as normas”<sup>154</sup>.

Conforme Habermas, notável expoente da teoria crítica da Escola de Frankfurt, o estabelecimento de um processo comunicativo, desenvolvido a partir de argumentos coerentes, que sejam compreensíveis aos interlocutores, independentemente do substrato social ou do nível cultural e intelectual de cada um deles, constitui o fundamento de qualquer ação ou fenômeno social que se pretenda válido<sup>155</sup>. Esse processo comunicativo desenvolve-se mediante a articulação e veiculação de argumentos em um discurso que vise

---

<sup>152</sup> *Técnica e ciência como “ideologia”*, tradução de Zljkó Loparic, in LOPARIC, Zljkó; FIORI, Otília B. (org.). *Os Pensadores*, vol. XLVIII cit., p. 311.

<sup>153</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>154</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>155</sup> *Direito e democracia – entre facticidade e validade, cit.*



o acordo entre os diversos dialogadores. Discurso eminentemente retórico<sup>156</sup>, mas que não deixa de privilegiar a interação entre as partes do diálogo, às quais, conforme a teoria da ação comunicativa, devem ser assegurados meios idôneos de comunicação livre e igualitária.

Para Habermas, o desenvolvimento e fortalecimento de estruturas e organizações sociais capazes de proporcionar melhor entendimento e comunicação entre os sujeitos de um determinado discurso ou os interlocutores de um dado processo comunicativo aumenta a probabilidade de um acordo de maior alcance, somente possível por meio da linguagem, atributo universal do ser humano, que contém em si aspectos permanentes e universais.

No âmbito específico das práticas médicas, somente o discurso médico que tenha por pressuposto a racionalidade comunicativa (não puramente técnica ou instrumental), com vistas à implementação efetiva de uma ação comunicativa entre médico e paciente, tornará possível a assimilação da tensão entre facticidade e validade, de modo a validar o discurso médico diante de um interlocutor fragilizado pela doença, levando-se em consideração o fato de que o *medium* lingüístico, pelo qual o médico comunica ao paciente seu estado de saúde e os atos que a ele dizem respeito, os coloca quase que naturalmente em desigualdade.

Abordando o tema especificamente no contexto social norte-americano, Beauchamp e Childress chegam a conclusão semelhante, ao considerarem o esteriótipo da relação médico-paciente:

“Profissionais, sujeitos da pesquisa e pacientes são geralmente dessemelhantes. O cenário esteriótico envolve um profissional branco, pertencente à alta classe social, do sexo

---

<sup>156</sup> Entendida a retórica, em sentido aristotélico, como “a capacidade de descobrir o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir” (Aristóteles. *Retórica, cit.*, p. 95). “Mas a retórica é útil porque a verdade e a justiça são por natureza mais fortes que seus contrários. De sorte que, se os juízos se não fizerem como convém, a verdade e a justiça serão necessariamente vencidas pelos seus contrários, e isso é digno de censura. Além disso, nem mesmo que tivéssemos a ciência mais exata no seria fácil persuadir com ela certos auditórios. Pois o discurso científico é próprio do ensino, e o ensino é aqui impossível, visto ser necessário que as provas por persuasão e os raciocínios se formem de argumentos comuns, como já tivemos ocasião de dizer nos *Tópicos* a propósito da comunicação com as multidões. Além disso, é preciso ser capaz de argumentar persuasivamente sobre coisas contrárias, como também acontece com os silogismos; não para fazer uma e outra coisa – pois não se deve persuadir o que é imoral – mas para que nos não escape o real estado da questão e para que, sempre que alguém argumentar contra a justiça, nós próprios estejamos habilitados a refutar os argumentos” (*Idem*, pp. 93-94).

masculino, nos seus trinta anos, que solicita o consentimento de uma mulher idosa e mal instruída, negra ou hispânica. A menos que o profissional tenha sensibilidade no que se refere ao uso da linguagem e às pressuposições e inferências subjacentes à experiência comunicativa dos sujeitos da pesquisa ou dos pacientes, ele estará fadado a não compreender o significado que os sujeitos da pesquisa ou os pacientes pretendiam transmitir, de tal forma que a informação fornecida por ele, profissional, não corresponderá àquela que os sujeitos da pesquisa ou os pacientes pretendiam obter”<sup>157</sup>.

Assim também, Bernard Barber considera o estabelecimento de uma comunicação eficiente um dos principais obstáculos na relação entre médico e paciente, haja vista que a assimetria lexical, assim como a diversidade de estruturas lingüísticas, acabam por impedir a boa comunicação<sup>158</sup>. O diálogo, como observa João Álvaro Dias, é a única perspectiva pela qual a relação médico-paciente, e particularmente o processo de obtenção do consentimento deste, pode se tornar válido e efetivo, diálogo esse “em que ambas as partes trocam informações e se interrogam reciprocamente; diálogo que há de culminar na concordância ou anuência do doente à realização de certo tratamento ou intervenção”<sup>159</sup>.

Pela perspectiva existencial, trata-se de transpor a facticidade do *ser-aí* no mundo, para a facticidade especial do paciente, o *ser-aí* no hospital que, debilitado pela doença, deve exprimir-se em um mundo de significados estranho à sua experiência cotidiana. Em tempos de fragmentação social e crise da modernidade, marcados pela crescente heterogeneidade das demandas sociais e pela diversidade de modos de ser do indivíduo, das quais resultam condutas sociais discricionárias, a informação é alçada à categoria de valor fundamental para a tomada de decisões, tanto em nível individual, quanto social.

Gradualmente, o conceito de razão prática como faculdade subjetiva é substituído pela noção de razão comunicativa, a partir da transposição do conceito de razão para o

---

<sup>157</sup> “Professionals and their subjects and patients are often very dissimilar. The stereotypic scenario involves a white, upperclass male professional in his thirties soliciting consent from an elderly, poorly educated, Black or Hispanic woman. Unless the professional is sensitive to the linguistic usage and ordinary assumptions about meaning and inference that underlie the patient’s or subject’s attempts at communication, the professional can easily fail to understand the patient’s or subject’s intended meaning well enough to respond with the desired information when questions are asked” (*A history and theory of informed consent*, cit., p. 317).

<sup>158</sup> “One of the chief obstacles to effective communication in medical relationships arises because the different participants often have different vocabularies of illness and health, different languages that impede communication among them rather than facilitate it” (*Informed consent in medical therapy and research*, cit., p. 86).

<sup>159</sup> *Procriação assistida e Responsabilidade Médica*, cit., p. 281.

*medium* lingüístico<sup>160</sup>. Em grande parte das relações médicas, isto é, das relações entre médico e paciente, não é possível o diálogo, em virtude do estado de um dos interlocutores, cuja capacidade de agir, no que se refere ao discernimento, encontra-se comprometida pela doença. Como observa Gadamer<sup>161</sup>, o estabelecimento de um diálogo entre médico e paciente não é algo fácil no mundo moderno:

“O médico da família, que outrora quase pertencia à própria família, não existe mais e o assim chamado ‘horário de consulta’ não é próprio para o diálogo. Nela o médico não está livre. Quer dizer, em seu consultório sua atenção é sempre desviada por uma conversa importante com outro paciente e pelo seu tratamento – e o paciente é absorvido por uma espera angustiante, quando não o é pelo clima de aflição de toda a sala de espera. De modo que a aproximação entre paciente e médico é muito questionável. Sobretudo, quando hoje se vai a uma clínica moderna. Ela suscita uma verdadeira perplexidade ao, logo no início, se perder o verdadeiro nome e, em seu lugar, se receber um número. Com ele se é, então, chamado na clínica moderna, por exemplo, pelo número 57. Essas talvez sejam exigências do moderno sistema de saúde, o qual eu não quero aqui, de maneira alguma, criticar. Mas tudo isso nos deixa conscientes do quão difícil é a tarefa que é colocada a ambas as partes, ao médico e ao paciente, de se estabelecer um diálogo que inaugure o tratamento e acompanhe a cura”<sup>162</sup>.

Diante dessa realidade, Gadamer adverte-nos da importância do diálogo no exercício da Medicina, não como simples recurso introdutório ou preparatório do tratamento médico, mas como parte do tratamento em si<sup>163</sup>. Em outras palavras, o diálogo entre médico e paciente não deve ser entendido como mera transmissão de informação de uma a outra parte, mas como comunicação efetiva e interativa, orientada para aspectos específicos do tratamento, como, por exemplo, a anamnese e a pesquisa patogênica, entre outros. Assim, o tratamento médico pressupõe, conforme Walton<sup>164</sup>, o mínimo entendimento entre médico e paciente, o qual deve compreender o tratamento senão como

---

<sup>160</sup> “Até Hegel, a razão prática pretendia orientar o indivíduo em seu agir, e o direito natural devia configurar normativamente a única e correta ordem política e social. Todavia, se transportarmos o conceito de razão para o *medium* lingüístico e o aliviarmos da ligação exclusiva com o elemento moral, ele adquirirá outros contornos teóricos, podendo servir aos objetivos descritivos da reconstrução de estruturas de competência e da consciência, além de possibilitar a conexão com modos de ver funcionais e com explicações empíricas” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*, vol. I, *cit.*, p. 19).

<sup>161</sup> *O caráter oculto da saúde*, tradução de Antônio Luz Costa, *cit.*, p. 132.

<sup>162</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>163</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>164</sup> *Physician-patient decision-making: a study in medical ethics, cit.*, pp. 105-108.

ato médico em toda a sua complexidade e nuances, ao menos enquanto uma seqüência de procedimentos e de práticas estabelecidas pela praxe médica. Esse entendimento mínimo somente é possível por meio do diálogo<sup>165</sup>. A fim de promover o diálogo, o médico deve criar em seu consultório um ambiente no qual o paciente se sinta a vontade para falar livremente, o que não significa que o médico deva permitir qualquer espécie de comportamento. Segundo Kevin Browne *et all*<sup>166</sup>, o médico não deverá impor limites excessivos à qualidade ou à quantidade da informação, sob pena de obter do paciente somente a informação que este julga capaz de conduzir ao resultado por ele próprio desejado<sup>167</sup>.

Por outro lado, conforme as diretivas do *General Medical Council*, o médico, partindo do pressuposto de que todo paciente tem direito a informação sobre sua condição de saúde, deve limitar a quantidade de informações a ser fornecida a cada paciente tendo em vista os seguintes fatores: natureza de sua condição; complexidade do tratamento que lhe é proposto e os riscos associados a tal terapêutica; e, finalmente, a vontade declarada pelo paciente. “Por exemplo, um paciente pode precisar de mais informação para decidir conscientemente a respeito de um procedimento que envolva alto risco de insucesso ou de efeitos colaterais adversos ou de uma investigação de condição que, se presente, representaria sérias implicações para a vida profissional, social ou pessoal do paciente”<sup>168</sup>.

Ainda de acordo com as diretivas do órgão britânico, devem ser necessariamente comunicadas ao paciente as seguintes informações:

- a) O diagnóstico da doença e seu prognóstico, tanto na hipótese de o paciente consentir o tratamento proposto, quanto na hipótese de ele recusa-lo;
- b) As eventuais incertezas a respeito do diagnóstico, que possam ensejar investigações mais profundas, antes de se iniciar a terapia mais adequada ao caso;

---

<sup>165</sup> “Doctor-patient interactions in arriving at treatment decisions take the form of a dialogue. A dialogue may be defined, in the simplest case, as a two-person interchange where the two parties take turns asking and answering questions. One of the most critical parts of this process is the skill of asking the right questions” (WALTON, Douglas N. *Physician-patient decision-making: a study in medical ethics*, cit., p. 107).

<sup>166</sup> *The doctor-patient relationship*, cit., p. 34.

<sup>167</sup> “Permissiveness of self-expression is all-important in first contact doctoring, or the doctor will continue to receive from patients only that information which they see as likely to produce the result they desire, and their expectations are often different from the effect actually produced on the doctor” (*Idem, ibidem*).

<sup>168</sup> In <http://www.gmc-uk.org/guidance/current/library/consent.asp#presenting>.

- c) As opções de tratamento curativo, paliativo ou, ainda, de ausência de tratamento, caso essa seja uma opção viável para o caso;
- d) A finalidade da investigação ou tratamento propostos;
- e) Particularidades dos procedimentos ou terapias envolvidas, inclusive das subsidiárias, como métodos analgésicos;
- f) Orientações a respeito dos preparativos que dependam exclusivamente do paciente, como jejuns, hábitos sociais, administração de medicamentos em casa;
- g) Alerta acerca de sensações que possam caracterizar efeitos colaterais do tratamento;
- h) Probabilidade de sucesso do tratamento proposto e os potenciais benefícios ao paciente;
- i) Explicação dos riscos e das eventuais alterações que o tratamento possa causar no estilo de vida do doente ou, de outra sorte, das mudanças de hábitos que o tratamento possa demandar do paciente;
- j) Advertência, se for o caso, a respeito do caráter experimental do tratamento proposto<sup>169</sup>;
- l) Como e quando as condições do paciente, assim também os eventuais efeitos colaterais, serão monitorados e reavaliados;
- m) O nome do médico responsável pelo tratamento e dos membros de sua equipe;
- n) Se haverá residentes incumbidos de tarefas pertinentes à investigação ou ao tratamento;
- o) Advertência ao paciente de que ele poderá, a qualquer momento, reavaliar intimamente sua decisão, sendo-lhe garantido o direito de comunicá-la à equipe médica e de vê-la respeitada;
- p) Advertência de que o paciente tem o direito de consultar outros médicos; e
- q) Os custos do tratamento, com os quais o paciente deverá arcar, em se tratando de assistência privada à saúde.

Além deste detalhado protocolo de conduta médica, certamente inviável nos hospitais brasileiros, sobretudo se consideradas as deficiências de comunicabilidade entre as partes envolvidas no processo de informação médica, o *General Medical Council*

---

<sup>169</sup> O médico não é orientado, no entanto, a fornecer informações a respeito dos patrocinadores de estudos clínicos, a quem deve ser atribuída, conforme a teoria do risco proveito, responsabilidade objetiva pelos danos eventualmente causados ao paciente em decorrência de sua participação no ensaio clínico.

orienta o médico a identificar “as necessidades individuais e as prioridades do paciente. Por exemplo, as crenças, o substrato cultural e a ocupação do paciente, assim como outros fatores que possam ser relevantes para a tomada de decisão do paciente”<sup>170</sup>.

Ao abordar o artigo 35 do Código de Deontologia Médica francês<sup>171</sup>, a propósito da análise do dever de informação do médico conforme a experiência francesa, Philippe Meyer considera que o “limite entre a mentira piedosa e a verdade” deva ser “fixado diferentemente para cada doente por um conjunto complexo de dados culturais, morais religiosos e afetivos. Mas a zona de dissimulação não pára de encolher em benefício da franqueza., por causa do progresso científico e médico”<sup>172</sup>.

O autor lembra o caso de um célebre clínico francês que, na década de cinquenta, costumava comunicar a seus pacientes uma pressão arterial três centímetros de mercúrio abaixo da efetivamente constatada, a fim de tranquilizá-los naturalmente em uma época em que não havia medicamentos anti-hipertensivos<sup>173</sup>. Esse expediente, observa Philippe Meyer, só fazia sentido em um tempo em que terapias pouco eficientes precisavam ser contrabalançadas por um discurso persuasivo, fundado em uma “mentira piedosa”, sendo certo que a “A dissimulação de um processo mórbido é, aliás, ilusória quando se pode combatê-lo com estratégias terapêuticas bem definidas”<sup>174</sup>.

O médico é orientado a não deduzir, baseado em conjecturas, quais seriam os pontos de vista do paciente, mas discutí-los ativamente com o próprio paciente, fornecendo-lhe informações adequadas a respeito do tratamento e dos riscos a ele inerentes. Não basta, no entanto, simplesmente fornecer a informação, mas certificar-se de

---

<sup>170</sup> In <http://www.gmc-uk.org/guidance/current/library/consent.asp#presenting>.

<sup>171</sup> “O médico deve à pessoa que ele examina, trata ou aconselha uma informação leal, clara e apropriada sobre o seu estado de saúde, as pesquisas (investigações) e os cuidados que ele lhe propõe. Ao longo de toda a doença, ele deve levar em conta a personalidade do paciente em suas explicações e esclarecer para sua compreensão. Todavia, sob restrição das disposições do artigo L 1111-7, no interesse do doente e por razões legítimas que o praticante aprecia em consciência, um doente pode ficar na ignorância de um diagnóstico ou de um prognóstico grave. Um prognóstico (conjetura) fatal não deve ser revelado a não ser com circunspeção (ponderação), mas os parentes (os próximos) devem ser prevenidos, salvo exceção ou se o doente tiver interditado previamente esta revelação ou designado os terceiros aos quais ele (prognóstico) deve ser feito”.

<sup>172</sup> *A irresponsabilidade médica*, tradução de Maria Leonor Loureiro, *cit.*, pp. 113-114.

<sup>173</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>174</sup> *Idem, ibidem.*

que o paciente a compreendeu e de que ele a considera suficiente para a formação de sua convicção a respeito do tratamento.

Nesse sentido, Gadamer<sup>175</sup> observa que o médico deve ser hábil o bastante para evitar que a comunicação com o paciente lhe cause transtornos psicológicos e, em última análise, agrave o seu estado de saúde<sup>176</sup>:

“Assim, o diálogo que deve ser conduzido entre médico e paciente não tem, por exemplo, somente o significado de anamnese. Essa é uma forma modificada que também faz parte do diálogo, sobretudo porque o paciente mesmo quer se lembrar e contar para si. Acontece, então, o que, na realidade, o médico, como médico, procura, a saber, que o paciente esqueça que ele é paciente e que está em tratamento. Quando se chega ao diálogo do modo como nós, no mais, também nos entendemos um com o outro através do diálogo, passamos a estimular novamente o contínuo equilíbrio de dor e bem-estar e a sempre repetida experiência da recuperação do balanceamento”<sup>177</sup>.

Por esse motivo, o *General Medical Council* orienta os médicos a não excederem o objetivo da autorização concedida pelo paciente, exceto em casos de emergência. “Portanto, se você é o médico que proporciona o tratamento ou que conduz uma investigação, você deve explicar claramente ao paciente a respeito da finalidade do pretendido consentimento”. Chamamos a atenção para o caráter pedagógico e essencialmente informativo do protocolo sugerido pelo órgão britânico. A obtenção do “consentimento informado”, por outro lado, não deve ser buscada a todo custo pelo médico, sob pena de transferir ao doente o ônus de decisões para as quais ele não possui capacitação técnico-profissional, o que vem tornar desnecessariamente burocratizada e desconfortável a relação com o paciente. O médico deve trazer conforto ao doente, não dúvida.

---

<sup>175</sup> *O caráter oculto da saúde*, tradução de Antônio Luz Costa, *cit.*, pp. 141-142.

<sup>176</sup> “Aqui se apresenta a significação do diálogo e da comunhão que se cria entre médico e paciente. Isso não é justamente aquele misterioso latim em que os médicos freqüentemente sussurram um ao outro no tratamento ao trocarem suas impressões, mesmo que não usem exatamente a palavra *exitus*. Eu entendo os motivos. Não se quer preocupar o indefeso paciente, mas também não se quer privar-se do conselho de outros médicos. É necessário, no entanto, muita cautela para que o tratamento não revire tudo na cabeça do paciente, mas que o permita caminhar novamente com os próprios pés” (*Idem, ibidem*).

<sup>177</sup> *Idem, ibidem*.

A esse respeito, lembramos a orientação da Secretaria Americana para Proteção contra os Riscos de Pesquisa. Conforme o órgão americano, a tônica do processo comunicativo entre médico e paciente deve recair sobre o aspecto pedagógico do discurso médico. Nesse sentido, o profissional deve dar preferência ao uso de linguagem coloquial, em detrimento do tecnicismo médico, de tal forma a proporcionar a efetiva comunicação entre médico e paciente<sup>178</sup>.

Em suma, não sendo possível a cognição das informações médicas pelo paciente, não será possível a comunicação entre ele e o médico, restando, portanto, irremediavelmente prejudicado não apenas o esclarecimento para o consentimento, mas sobretudo o esclarecimento para a decisão. No entanto, as restrições cognitivas do paciente, impliquem ou não diminuição de sua capacidade, não devem impedir, via de regra, a atuação do médico conforme o imperativo ético-moral de preservação da vida e da saúde.

## 2.5 – Capacidade e validade do consentimento

A essa altura, tendo abordado o negócio jurídico conforme a teoria da análise planificada, assim como a evolução doutrinária do “consentimento informado” e as modernas teorias da “capacidade para consentir” e da competência, resta-nos estabelecer a relação entre capacidade, enquanto requisito de validade associado a elemento geral extrínseco do ato ou negócio jurídico, e a validade do consentimento resultante do processo comunicativo entre médico e paciente, cujos contornos procuramos apontar na unidade precedente.

Um paciente capaz outorga consentimento quando, livre de coação e provido da informação adequada, aceita submeter-se ao tratamento proposto pelo médico. Diante do caráter personalíssimo do bem jurídico em questão, resulta que somente ao paciente assiste o direito de consentir ou recusar a intervenção médica, sempre que sua capacidade de juízo e discernimento assim permitir. O requisito da capacidade há ser entendido não no sentido

---

<sup>178</sup> “Tips on Informed Consent, Office for Protection from Research Risks”, U.S. Department of Health & Human Services.



de capacidade jurídica (titularidade de direitos), mas no sentido de capacidade de exercício, isto é, de capacidade de compreensão, juízo e decisão.

Assim, a capacidade de decidir corresponde à aptidão cognitiva para compreender a informação e para eleger autônoma e racionalmente o que ele, paciente, julga ser o melhor para si (aceitar ou recusar uma intervenção médica tendo em vista a informação recebida)<sup>179</sup>. Se o paciente não possui maturidade suficiente para consentir o ato médico ou para compreender seu alcance, seus representantes legais deverão ser provocados a outorgar o consentimento preceptivo (“consentimento diferido”)<sup>180</sup>.

Culver observa que a atribuição de validade ao consentimento está condicionada basicamente a três fatores. Em primeiro lugar, o paciente deve ser informado dos possíveis danos e benefícios associados não apenas ao tratamento efetivamente proposto, como também a possíveis tratamentos alternativos. Além das informações acerca do tratamento, o paciente deve ser informado a respeito do prognóstico de sua condição de saúde. Em seguida, ciente de tais informações, o paciente não deve ser coagido a consentir, isto é, o paciente não poderá ser submetido a “ameaças negativas que seriam suficientemente fortes para que a maioria das pessoas razoáveis se rendessem a elas”<sup>181</sup>.

Finalmente, Culver elege a competência (leia-se capacidade) como o terceiro critério a ser observado quando da aferição da validade do consentimento do paciente. Seria prudente observar a necessidade de inverter, sob o ponto de vista da sucessão temporal, a ordem de aplicação dos critérios de validade, de modo que o terceiro critério apontado por Culver seja averiguado em primeiro lugar. Vale dizer, de nada adiantaria fornecer as mais criteriosas informações a um paciente incapaz, assim como a coação de qualquer pessoa, incapaz ou não, teria o condão de eivar de nulidade o consentimento assim obtido.

Não é a competência (ou capacidade) do paciente o único requisito de validade de seu consentimento. Além da competência ou incompetência, há de ser considerada também a harmonia da decisão em relação a interesses que transcendam aos meramente individuais,

---

<sup>179</sup> CORTÉS, Julio César Galán. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, cit., p. 73.

<sup>180</sup> *Idem*, p. 81.

<sup>181</sup> *Competência do paciente*, tradução de Patrícia Roffo de Nelson, cit., p. 64.

sendo certo que a competência impõe-se como condição *sine qua non*, mas não suficiente, à validade do consentimento ou recusa ao tratamento.

Ao tratarmos da evolução doutrinária do conceito de consentimento informado, o abordamos mais profundamente pela perspectiva da construção contemporânea do consentimento enquanto preceito ético-moral, do que propriamente do consentimento como requisito de validade do ato ou negócio jurídico representativo da relação entre médico e paciente. Pudemos observar que sua afirmação como direito personalíssimo remonta ao caso *Slater versus Baker & Staplenton*, decidido na Inglaterra em 1767. No mesmo sentido, o caso *Cruzan et ux. versus Director, Missouri Department of Health, et al*, julgado em 1990 pela Suprema Corte Americana, assim como casos semelhantes decididos no mesmo ano pela Câmara Nacional Civil argentina e pelo Tribunal Supremo da Espanha, em 1995.

Embora decorra de um direito da personalidade, o exercício do consentimento ou sua recusa estão condicionados à capacidade do paciente. Vale dizer, nas hipóteses em que o paciente não gozar de capacidade para os mais variados atos da vida, tampouco deverá ser-lhe atribuída capacidade para decidir, por si próprio, acerca do tratamento ou intervenção médica.

O fato de o consentimento ou sua recusa representarem o exercício de um direito personalíssimo, de titularidade do paciente, não implica necessariamente que o médico não possa tratá-lo sem que ele haja consentido uma determinada intervenção ou conduta terapêutica. Aguiar Dias enumera algumas hipóteses nas quais a atuação médica prescinde do consentimento do enfermo, pois exigí-lo importaria em abandono do paciente, “dada a impossibilidade de manifestação da vontade livre”<sup>182</sup>:

“Isso ocorre, por exemplo: **a)** quando se trata de alienado ou de menor: o consentimento não pode, evidentemente, ser obtido deles, mas sim das pessoas sob cuja guarda estejam; **b)** quando a operação ou tratamento se imponha como decisão de emergência, em face do estado de necessidade ou de situação de perigo; se é possível obter o consentimento dos parentes da pessoa em iminente perigo de vida, é claro que o médico não agirá sem o haver obtido; **c)** quando em face do propósito suicida do paciente: o médico não poderia, decerto,

---

<sup>182</sup> *Da Responsabilidade Civil, cit.*, p. 259.

ater-se à consideração da vontade de quem manifesta claramente não a possuir, intentando um gesto que se considera como revelador de perturbação mental”<sup>183</sup>.

O consentimento é igualmente dispensável, lembra-nos Aguiar Dias, nos casos em que o tratamento médico é obrigatório nos termos da lei. Trata-se, por exemplo, do tratamento de doenças infecto-contagiosas de notificação compulsória, cuja erradicação, interessando à coletividade, constitui questão de ordem pública, que se sobrepõe ao interesse individual.

O tratamento obrigatório é igualmente permitido nos casos de internações psiquiátricas, as quais, nos termos da Lei nº. 10.216, de 6 de abril de 2001, podem ser: voluntárias, pois ocorrem mediante o consentimento do paciente psiquiátrico; involuntárias, assim consideradas as realizadas a pedido de terceiro, sem o consentimento do paciente; e, finalmente, as internações compulsórias, isto é, aquelas determinadas pela Justiça. Nenhuma dessas formas de internação, no entanto, poderá prescindir de laudo médico justificador do respectivo tratamento.

Assim também, é permitido ao médico, nos casos de urgência e emergência, atuar independentemente do consentimento do paciente, uma vez que tenha sido impossível obtê-lo ou, ainda, quando não houver tempo hábil seja para consultar a família do paciente e dela receber o consentimento ou sua recusa, seja para provocar o consentimento do próprio doente. Por exemplo, o médico pode atuar nas situações em que, durante um procedimento cirúrgico, seja preciso sacrificar um órgão ou função orgânica em favor da preservação da própria vida do doente. Em casos especialíssimos como esse, pode-se dizer que seja permitido presumir que o doente consentiria em que tal conduta fosse adotada, haja vista o consenso acerca da supremacia da vida, enquanto bem jurídico tutelado pelo direito, em relação à integridade física. Acreditamos que essa presunção seja razoável, de modo que o médico estará legitimado para agir de acordo com ela. No entanto, não se deve tolerar a excessiva discricionariedade do médico, a pretexto de presunções supostamente balizadas pela moral, sob pena de infringir direitos da personalidade do paciente, como a liberdade, dignidade, a intimidade, a honra, etc.

---

<sup>183</sup> *Idem, ibidem.*

Por outro lado, conforme a lei penal brasileira, o consentimento do paciente, para a realização de “intervenção médica ou cirúrgica”, é dispensável apenas nos casos em que o “imminente perigo de vida” justificar a conduta médica. Caso contrário, isto é, nas situações em que o paciente não estiver, por sua própria condição clínica, exposto a risco de morte, a atuação médica deve condicionar-se à obtenção do consentimento, sob pena de a conduta médica subsumir-se à hipótese típica de constrangimento ilegal. É o que se depreende do inciso I, do parágrafo terceiro do artigo 146 do Código Penal.

Acreditamos que a interpretação literal do referido dispositivo não deva prevalecer. A dispensabilidade do consentimento não está adstrita às situações de perigo de morte, aqui entendida morte cerebral (conceito médico-legal de morte). Ao contrário, a atuação médica pode prescindir do consentimento, por exemplo, quando se destinar à preservação de função sem a qual a vida de contato poderia restar prejudicada, embora a vida em sentido estritamente orgânico pudesse ser conservada a despeito da intervenção médica. Por exemplo, o médico poderá tratar ou submeter um paciente a cirurgia para conservar-lhe a visão ou qualquer outro sentido. Assim, entendemos que a expressão “*imminente perigo de vida*” deva ser interpretada extensivamente, de modo a significar não apenas as situações de morte conforme o conceito médico-legal, mas também as situações clínicas capazes de prejudicar uma vida socialmente proveitosa.

Em suma, identificamos cinco hipóteses em que o consentimento do paciente pode ser dispensado: a) casos de emergência e urgência médica, seja porque o paciente se encontra inconsciente, seja porque o processo de obtenção do consentimento representaria risco à sua incolumidade; b) renúncia, pelo paciente, à faculdade de tomar decisões pertinentes ao próprio tratamento médico; c) casos em que o médico estiver convencido de que a divulgação de informações, que normalmente orientariam o paciente no processo de consentimento, representaria riscos à sua saúde; d) casos de tratamento médico compulsório, assim como os casos em que houver interesses públicos, coletivos ou simplesmente individuais homogêneos subjacentes ao interesse meramente individual do paciente; e, finalmente, e) nos casos em que o paciente não gozar de capacidade para decidir por si mesmo.

As questões que a atuação médica sem o consentimento de seu destinatário suscita são extremamente complexas e não menos polêmicas. Se, por um lado, as intervenções

médicas devem, via de regra, ser realizadas mediante o consentimento do paciente, não podemos deixar de observar que, por outro lado, nas situações em que for impossível obter o consentimento, é esperado que o médico atue no sentido da preservação da vida do ser humano, conduta que não apenas constitui sua obrigação legal e ética, como também dá concretude à presunção de que o indivíduo deseja manter-se vivo (isto é, a presunção de que o ser humano rejeita a morte).

### 3. Autonomia e ética médica

#### PNEUMOTÓRAX

Febre, hemoptise, dispnéia e suores noturnos.  
A vida inteira que podia ter sido e que não foi.  
Tosse, tosse, tosse.

Mandou chamar o médico:

- Diga trinta e três.
- Trinta e três... trinta e três... trinta e três...
- Respire.

.....

- O senhor tem uma escavação no pulmão esquerdo e o pulmão direito infiltrado.
- Então, doutor, não é possível tentar o pneumotórax?
- Não. A única coisa a fazer é tocar um tango argentino.

(Manuel Bandeira, *Libertinagem*, 1930).

Dissertando sobre a capacidade e o consentimento do paciente, no âmbito dos tratamentos médicos de que este participa, não nos poderíamos furtar ao estudo da autonomia, alçada à categoria de princípio fundamental da ética médica<sup>184</sup>. Autonomia é a qualidade de quem governa a si próprio, daquele que age por si mesmo sem interferências. Autônomo é, portanto, o ente *capaz* de reger-se e de comportar-se conforme as próprias regras, independentemente da ação ou cooperação de terceiros.

---

<sup>184</sup> BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. *Principles of biomedical ethics*, cit..

Conforme Felipe Rocha, a autonomia, em sentido ético-moral, “designa, por um lado, o controle racional das pulsões instintivas (liberdade moral) e, por outro lado, a não aceitação, sem consideração prévia, de regras de conduta provenientes de uma entidade eterna”<sup>185</sup>. Essa independência entre a vontade individual (desejo ou propósito de desejo) e a capacidade de determinar-se por suas próprias leis (segundo o imperativo categórico ditado pela razão pura), a que Daisy Gogliano chama “mito ético-moral”, “ganhou relevo ao ser erigido como a essência da vontade”, de modo que ela – a vontade – se legitima “na razão pura, na abstração, no racionalismo que tudo pode e tudo governa. É o ser racional bastando-se a si próprio”<sup>186</sup>.

O mito ético-moral, do qual Kant é sem dúvida o maior expoente, é expresso em termos de um imperativo categórico, segundo o qual o indivíduo deve agir de tal maneira que o seu comportamento possa servir de modelo de conduta para outras pessoas, ainda que abstratamente consideradas. Em outros termos, o imperativo categórico pode ser traduzido na máxima *não faça aos outros aquilo que não queres que façam a ti*<sup>187</sup>.

Kant sustenta a existência de uma lei moral objetiva, apreendida unicamente pela razão, não pela experiência. Essa lei moral compele o indivíduo a agir ou a abster-se de qualquer conduta, pelo simples fato de que a ação é exigida por esse lei universal ou proibida por ela. “Ela é um ‘imperativo categórico’: nem sua autoridade, nem seu poder de nos motivar são derivados de outra parte senão dela mesma”<sup>188</sup>. “Por ‘imperativos’, Kant não quer dizer precisamente ‘ordens’: ele quer dizer ‘ordens da razão’. Um imperativo é uma ‘regra que é indicada por um ‘dever’... e que significa que, se a razão determina

---

<sup>185</sup> *Revista Portuguesa de Filosofia*, 1993, nº. 49, p. 104, *apud* GOGLIANO, Daisy. “Autonomia, bioética e direitos da personalidade”, *cit.*, p. 107.

<sup>186</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>187</sup> “Mas, finalmente, qual poderá ser esta lei, cuja representação deve, por si só e independentemente da consideração do objeto esperado, determinar a vontade, para que ela possa chamar-se absolutamente boa, sem restrições? Como já afastei da vontade todas as impulsões que ela poderia encontrar na esperança de que prometeria a execução de uma lei, só resta a conformidade universal das ações com a lei em geral que lhe deve servir de princípio, isto é, devo agir sempre de tal maneira que *possa também querer que a minha máxima se torne uma lei universal*; o único princípio que, aqui, dirige e deve dirigir a vontade, se o dever não for um conceito quimérico e, em suma, vazio de sentido, é, portanto, esta simples conformidade com a lei em geral (sem se basear numa lei determinada aplicável a algumas ações). A razão humana comum mostra-se perfeitamente de acordo conosco nesse ponto no seu juízo prático e tem sempre diante de si este princípio” (KANT, Immanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, *cit.*, p. 26.

<sup>188</sup> WALKER, Ralph. *Kant e a lei moral*, tradução de Oswaldo Giacóia Junior, *cit.*, p. 7.

completamente a vontade, a ação ocorreria infalivelmente de conformidade com essa regra'(CRpr 20)"<sup>189</sup>.

Ao separar “a vontade de todo desejo, ou propósito de desejo”, da “capacidade de determinar-se conforme a lei própria”, Kant estabelece a clássica oposição entre autonomia e heteronomia<sup>190</sup>. Francisco dos Santos Amaral Neto, ao distinguir a vontade psicológica da jurídica, chama a atenção para o fato de que a primeira é compreendida no âmbito do ser, enquanto a vontade jurídica somente é relevante no campo do dever-ser, isto é, “no campo da dogmática jurídica, reconhecendo-a como fator de eficácia jurídica nos limites e na forma estabelecida pelo sistema normativo”. Assim, o jurista conclui seu argumento:

“A esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. A autonomia da vontade é, portanto, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouber, salvo disposição cogente em contrário. E quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada; autonomia da vontade como manifestação de liberdade individual no campo psicológico, e autonomia privada, o poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas”<sup>191</sup>.

Daisy Gogliano, por sua vez, trata de distinguir a autonomia em sentido filosófico da autonomia jurídica, embora reconheça que “as idéias filosóficas influenciem de algum modo as concepções jurídicas”<sup>192</sup>. Conforme seu magistério, enquanto a autonomia, como fundamento da ética, pressupõe a independência do ser humano para a valoração dos problemas morais, como faculdade de autodeterminação, a autonomia normativa refere-se ao poder de impor a si mesmo as próprias normas, em oposição à heteronomia, que implica sujeição ao poder de outrem<sup>193</sup>.

---

<sup>189</sup> *Idem*, p. 9.

<sup>190</sup> COHEN, Claudio; MARCOLINO, José Álvaro Marques. “Autonomia & Paternalismo”, *cit.*, p. 53.

<sup>191</sup> “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Ferrer-Correia”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1989, p. 11, *apud* GOGLIANO Daisy. “Autonomia, bioética e direitos da personalidade”, *cit.*, pp. 108-109.

<sup>192</sup> “Autonomia, bioética e direitos da personalidade”, *cit.*, p. 110.

<sup>193</sup> *Idem, ibidem*.

A essa altura, seria impossível falarmos em autonomia sem associá-la ao conceito de capacidade jurídica, como o estudamos no segundo capítulo. De fato, somente o sujeito capaz é autônomo, embora a capacidade jurídica não implique necessariamente autonomia em sentido bioético.

Conquanto o relativamente novo *standard* da relação médico-paciente possa significar, e até certo pressuponha, maior autonomia do paciente, que agora assume a condição de parte em um contrato de serviços médicos, não podemos concluir que o paciente possa ser considerado autônomo a ponto de participar ativamente de todo e qualquer ato ou processo decisório pertinente ao seu tratamento médico, pois para a grande maioria deles falta-lhe capacidade, no sentido de discernimento, para a assunção de tamanha responsabilidade. Lembremos que o processo decisório envolve, em um primeiro momento, a adequada apreensão de determinados fatos, a identificação das possíveis alternativas de ação e, finalmente, a compreensão dos riscos que cada umas delas representa.

Em última análise, no instante em que o indivíduo se submete às regras de convivência, aderindo ao contrato social – para ilustrarmos o presente argumento a partir da concepção contratualista das relações em sociedade, própria dos séculos XVIII e XIX – ou, conforme o existencialismo heideggeriano, imergindo-se no mundo fenomênico como *ser-aí* (*da-sein: ser para o mundo, ser para a morte*), sujeitando-se aos fatos e circunstâncias que o precedem, ele imediatamente passa a integrar o tecido social não como sujeito absolutamente autônomo, mas como *ser-com-outro*, submetido às injunções e contingências dos fatos. A propósito do tema, é tempo de resgatar as noções de quadratura e facticidade na teoria de Heidegger, tão bem compreendidas e transmitidas por Daisy Gogliano:

“HEIDEGGER descreve, a seguir, o construir a partir da essência do habitar, tomando como exemplo, dentro da fenomenologia, para uma reflexão – uma ponte, a qual ‘a seu modo reúne integrando a terra e o céu, os divinos e os mortais junto a si’.

Nessa fenomenologia, uma coisa está sendo-com-outra e os homens, os mortais, na quadratura (terra, céu, divinos e mortais), não aparecem como simples espectadores, como



sujeitos isolados dessa relação originária, porque também pertencem à quadratura, não são sujeitos em oposição ao objeto, porque a coisa, no caso a ponte, é reunião integradora”<sup>194</sup>.

Assim, a autonomia, como princípio da ética médica, é por nós admitida com a ressalva de que ela não deve significar a transferência do ônus da decisão ao paciente. Com isso não queremos dizer que o médico possa agir sem o consentimento daquele. Pelo contrário, o consentimento, como tivemos oportunidade de observar, é necessário e – via de regra – indispensável. Por outro lado, considerar o paciente como sujeito autônomo não implica, absolutamente, atribuir-lhe poder decisório, sob pena de privá-lo do próprio acesso à assistência à saúde, o que, nas precisas palavras de Daisy Gogliano, “pode resvalar a omissão dolosa de socorro médico”<sup>195</sup>.

### 3.1 – O princípio da autonomia

Conforme o modelo autonomista da relação médico-paciente, a pessoa deixa de ser simples paciente, isto é, mero expectante de decisões e condutas médicas, sem poder de decisão, para tornar-se parte atuante nos assuntos que digam respeito à sua personalidade jurídica e, por conseguinte, à esfera de direitos que em torno dela gravitam<sup>196</sup>.

Não raro, o tema da autodeterminação tem sido tratado segundo uma concepção idílica da relação médico-paciente, que, desprezando as condições materiais nas quais tais relações se desenvolvem, parte do pressuposto (muitas vezes equivocado) da viabilidade da comunicação entre médico e paciente. Não é preciso dizer que, muitas vezes, não há tempo para o diálogo que idealmente deve permear as decisões permissivas ou proibitivas das intervenções médicas sobre a personalidade do paciente.

---

<sup>194</sup> “A função social do contrato (causa ou motivo)”, *cit.*, p. 11.

<sup>195</sup> “Relegar o paciente, com base na autonomia, para que ele possa decidir livremente mesmo contra a saúde (categoria), abandonando-o à sua própria sorte quando ele apela ao outro, pode resvalar a omissão dolosa de socorro médico. Tal fato por certo não passará despercebido aos Juristas, pois não é dado ao médico dar ‘meia Medicina’, em razão de sua própria profissão que não pode ser descuidada” (“Autonomia, bioética e direitos da personalidade”, *cit.*, p. 120).

<sup>196</sup> A respeito do novo paradigma da relação médico-paciente, cf. MEYER, Philippe: “Os meios de comunicação de massa, a própria Medicina e a proteção social mudaram os doentes, que suportam mal seu estado e vivem com o hedonismo do corpo silencioso, segundo a definição de Canguilhem. Um extraordinário apetite por cuidados, por conhecimento de seu próprio corpo, por estética e bem-estar, caracteriza a sociedade ocidental há cerca de meio século. Essa bulimia parasita as redes de cuidados médicos e aumenta o custo da saúde” (*A irresponsabilidade médica*, tradução de Maria Leonor Loureiro, *cit.*, p. 75).

A Medicina moderna, como tivemos oportunidade de observar, vem experimentando a transição do paradigma paternalista, concebido segundo o modelo hipocrático de observação clínica, para o paradigma da autonomia, moldado a partir da segunda metade do século XX, quando surgiram os primeiros códigos de ética médica.

Neste momento, trataremos de abordar algumas normas que, inseridas em nosso ordenamento jurídico<sup>197</sup>, têm propiciado vivo debate em torno da autonomia do ser humano enquanto paciente, isto é, enquanto objeto da atuação médica ou, conforme concepção contratualista da relação médico-paciente, enquanto consumidor de serviços médicos.

O Código de Ética Médica Brasileiro (Resolução n. 1.246, de 8 de janeiro de 1988, do Conselho Federal de Medicina), embora permeado por soluções claramente paternalistas, exprime uma ética até certo ponto autonomista, fundada no direito à informação e, sobretudo, à autodeterminação do paciente. Nesse contexto de transição de paradigmas, em que gradativamente se consolida o modelo autonomista, veio a lume a Resolução CFM n. 1.805/2006, facultando ao médico “limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal de enfermidade grave e incurável, respeitando a vontade da pessoa, ou de seu representante legal”, conforme os termos do artigo 1º da referida norma<sup>198</sup>.

De plano, percebe-se a clara antinomia entre esta norma e a do artigo 66 do Código de Ética Médica<sup>199</sup>, pois não é possível permitir ao médico “limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal de enfermidade grave e incurável” e, ao mesmo tempo, proibi-lo de “utilizar, em qualquer

---

<sup>197</sup> Para a exposição de tais normas, adotaremos critério hierárquico, não cronológico. Assim, passaremos da análise da Resolução n. 1.805 do Conselho Federal de Medicina, de 28 de novembro de 2006, à análise da Lei Estadual n. 10.241, de 17 de março de 1999, do Estado de São Paulo, para, finalmente, nos ocuparmos do artigo 15 do Código Civil (Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

<sup>198</sup> Esta Resolução é objeto de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal no Distrito Federal: “*A ortotanásia pode virar instrumento para uma eugeniação social da população. Ou seja, eliminar os pobres e menos abastados*”, sustenta Wellington Marques de Oliveira, procurador-regional dos Direitos do Cidadão no Distrito Federal.

<sup>199</sup> “É vedado ao médico: [...] Art. 66. Utilizar, em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido desde ou de seu responsável legal”.

caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante”.

Tratando-se de normas hierarquicamente equivalentes, vemos que a Resolução CFM nº. 1.805/2006 revogou tacitamente o artigo 66 do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº. 1.246/1988), pois, além de suceder-lhe no tempo, o conteúdo da norma posterior revela-se absolutamente incompatível com o da anterior.

Transmutando o enfoque sobre as prerrogativas ético-profissionais veiculadas pela Resolução CFM nº. 1.805/2006, e com ela estabelecendo importante interface, a Lei Estadual nº. 10.241, de 17 de março de 1999, do Estado de São Paulo, conhecida como *Lei Covas*, trata especificamente dos direitos subjetivos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo.

Em primeiro lugar, é preciso advertir para a duvidosa constitucionalidade desta lei, pois, a pretexto de dispor “sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado”, como consta em sua epígrafe, a referida norma acaba por criar direitos da personalidade, tais como o direito de “consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados”, o direito de “recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida” e, ainda, o de “optar pelo local de morte”, conforme, respectivamente, os incisos VII, XXIII e XXIV de seu artigo 2º. A nosso ver, essa lei estadual padece de inconstitucionalidade formal, na medida em que a competência para legislar a respeito de direito civil é exclusiva da União, conforme o inciso I, do artigo 22 da Constituição Federal.

Em sentido contrário ao da relativização da autonomia do paciente – cujas balizas devem ser definidas em atenção a interesses públicos, coletivos ou transindividuais, que naturalmente se sobreponham aos estritamente individuais – estabeleceu-se em Portugal, a partir da promulgação da Convenção de Oviedo para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina<sup>200</sup>, o primado

---

<sup>200</sup> Adotada e aberta à assinatura em Oviedo, Portugal, em 4 de abril de 1997; vigente na ordem internacional desde 1º de dezembro de 1999.

segundo o qual “O interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência”.

Ora, se é verdade que a sociedade a que esse primado se refere é formada única e exclusivamente por seres humanos, não há motivo razoável para que o interesse dessa, isto é, o consenso acerca de um valor socialmente desejável, seja preterido em relação ao “interesse e bem-estar do ser humano” individualmente considerado.

### 3.2 – Autonomia *versus* beneficência: limites à autodeterminação do paciente

Em consonância com o conceito de Estado Social, o bem-estar coletivo passou a ser considerado, a partir da Constituição Federal de 1988, um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, noção que se estabelece desde o artigo 3º<sup>201</sup>. Como não se pode admitir o bem-estar coletivo sem que consideremos, em um plano mais imediato e concreto, o bem-estar do indivíduo, o Estado, em rigor, deverá preocupar-se primeiramente com o indivíduo em particular, considerado como pessoa em si ou como integrante abstrato do tecido social genericamente concebido.

Necessariamente, o conceito de bem-estar da pessoa envolve a noção de estabilidade de seu corpo, isto é, para estar bem ela deverá gozar de perfeita saúde. Assim, é papel do Estado ocupar-se não apenas da administração dos mais variados recursos, com vistas à promoção do bem-estar coletivo, como também permitir que as pessoas comportem-se de modo a lhes proporcionar, por elas próprias, o seu bem-estar individual.

No âmbito dos tratamentos médicos, o dilema entre a promoção do bem-estar coletivo, considerado, conforme vimos, *causa final* do próprio Estado, e a garantia, por meio de normas permissivas e proibitivas, do bem-estar individual transparece claramente no conflito autodeterminação *versus* beneficência, comum no cotidiano hospitalar.

---

<sup>201</sup> “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Se, por um lado, o médico tem o direito-dever de agir em benefício da saúde do paciente, conduta que configura o estrito cumprimento de um dever legal – hipótese excludente de ilicitude, nos termos do artigo 23 do Código Penal –, por outro lado não devem ser desprezadas, no exercício desse direito-dever, as convicções pessoais do paciente, que, consentindo ou recusando determinado tratamento médico, por meio delas expressa sua personalidade.

A questão, que – vista exclusivamente pelo prisma da Bioética – tem sido reduzida ao nível do simples conflito entre os princípios da autonomia e da beneficência, consiste em identificar, segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade<sup>202</sup>, o *grau de disponibilidade*, digamos assim, de determinados direitos da personalidade, casuisticamente antagônicos.

De um lado, a dignidade, as liberdades individuais (notadamente a liberdade de expressar-se e de comportar-se como sujeito autônomo, como “senhor de si mesmo”) e a honra; de outro lado, o direito à vida e à integridade física, protegidos, em última análise, como tentativa de concretização dos conceitos de cidadania e de incolumidade pública.

A grosso modo, o tema é tratado, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência brasileira, pela perspectiva da supremacia da vida (considerada bem jurídico passível da tutela estatal) em relação aos demais direitos da personalidade, notadamente o direito à

---

<sup>202</sup> Após identificar o caráter teleológico, e ao mesmo tempo instrumental, do direito como fundamento teórico-conceitual do princípio constitucional da proporcionalidade, “de modo que meio e fim, em razão da regra jurídica, se acham numa conexão normativa e também numa relação sistemática, determinada pelo conjunto do Direito e da Sociedade”, Paulo Bonavides conclui: “Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As Cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para dominuir ou eliminar a colisão de tais direitos. Contudo, situações concretas onde bens jurídicos, igualmente habilitados a uma proteção do ordenamento jurídico se acham em antinomia, têm revelado a importância do uso do princípio da proporcionalidade. Partindo-se do princípio da unidade da Constituição, mediante o qual se estabelece que nenhuma norma constitucional seja interpretada em contradição com outra norma da Constituição, e atentando-se, ao mesmo passo, para o rigor da regra de que não há formalmente graus distintos de hierarquia entre normas de direitos fundamentais – todas se colocam no mesmo plano – chega-se de necessidade ao ‘princípio da concordância prática’ cunhado por Konrad Hesse, como uma projeção do princípio da proporcionalidade, cuja virtude interpretativa já foi jurisprudencialmente comprovada em colisões de direitos fundamentais, consoante tem ocorrido no caso de limitações ao direito de opinião” (*Curso de Direito Constitucional, cit.*, p. 394 e pp. 425-426).

dignidade da pessoa, à honra e à liberdade (especificamente a liberdade de expressão e de credo religioso)<sup>203</sup>.

A nosso ver, essa abordagem conduz a uma conclusão inválida, na medida em que é igualmente inválida a premissa segundo a qual a proteção à vida (não é propriamente a vida, mas a adoção de medidas que visem à manutenção de condições orgânicas vitais) possa ser sobreposta, de modo absoluto e inderrogável, aos demais direitos da personalidade.

Em primeiro lugar, no íntimo das pessoas que recusam a transfusão de sangue em nome de convicções pessoais, tal dilema não parece ser justificável. Isto é, no momento em que determinada pessoa recusa a transfusão, mesmo sabendo que tal medida lhe será conveniente do ponto de vista terapêutico (de restabelecimento das condições vitais, de viabilidade mesmo da vida), ela está implícita e racionalmente atribuindo menos valor à vida, enquanto bem jurídico, do que à dignidade ou à honra, pois, conforme a *visão de mundo* que as orienta em seus comportamentos sociais, seria *a priori* preferível morrer a viver tendo recebido determinado tratamento médico<sup>204</sup>.

Daí porque julgamos inadequado resolver a questão a partir da identificação de um suposto conflito entre o direito à liberdade (no mais das vezes a liberdade religiosa) e o direito à vida, quando o próprio titular desse direito já nega aprioristicamente tal conflito.

---

<sup>203</sup> A exemplo do entendimento jurisprudencial a respeito do tema, veja-se as seguintes ementas extraídas da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “TESTEMUNHAS DE JEOVÁ - Necessidade de transfusão de sangue, sob pena de risco de morte, segundo conclusão de médico que atende o paciente - Recusa dos familiares com apoio na liberdade de crença - Direito à vida que se sobrepõe aos demais direitos - Sentença autorizando a terapêutica recusada - Recurso desprovido” (Apelação Cível n. 132.720-4/9 - Limeira - 5ª Câmara de Direito Privado - Relator: Boris Kauffmann - 26.06.03 - V.U.)” e “MEDIDA CAUTELAR - Objetivo - Transfusão de sangue em adepto da religião ‘Testemunhas de Jeová’ - Necessidade do tratamento - Risco de morte - Pessoa vítima de acidente - Insurgência do marido quanto à terapêutica - Alegada liberdade de crença e religião - Inadmissibilidade - Direito à vida que se sobrepõe aos demais direitos - Liminar deferida - Recurso não provido” (JTJ 268/203).

<sup>204</sup> A esse respeito, confira-se a posição ultra-racionalista de Furrow *et alli*: “The right to choose to die is usually based upon the premises that a person rationally may decide that death is preferable to the pain, expense, and inconvenience of life. Given that the process of weighing the value of life and death is necessarily based in personal history, religious and moral values, and individual sensitivity to a number of different factors, and given that it finds its philosophical basis in the principle of autonomy, is there any justification for independent second-party evaluation of whether the balancing was properly, or even rationally, performed by the patient?” (*Bioethics: health care and law ethics, cit.*, p. 273).

Com efeito, as políticas de saúde pública são, de modo geral, encampadas sob o ponto de vista dos interesses públicos (tanto primários quanto secundários) e coletivos, não da proteção da vida individualmente considerada, pois não interessa ao Estado proteger e zelar pela vida do cidadão particularizado e personificado.

Essa constatação nos faz lembrar, em certo sentido, o magistério de Francesco Degni, tal como o colacionamos no segundo capítulo, quando podemos observar que os direitos da personalidade – em entre eles obviamente o direito à vida – antes de representarem “um domínio, ‘*una signoria*’ de si mesmo”, consistem em “um complexo de direitos contra o agir de outrem, para o reconhecimento e a tutela do próprio ser”<sup>205</sup>.

Por esse motivo, entendemos que o limite à autodeterminação do paciente, nesses casos específicos, não pode ser justificado a partir da identificação de um suposto conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à vida, cuja proteção constitui, na visão de muitos autores, premissa fundamental da tutela estatal, como se interessasse ao estado a preservação daquela vida particularizada.

Ao contrário, é a “dignidade da pessoa humana”, não a vida, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, organizada sob a forma de estado democrático de direito, noção que permeia todo o ordenamento jurídico, a partir do artigo 1º da Constituição Federal<sup>206</sup>. Por essa perspectiva, deveria ser plenamente justificável, em nome da dignidade do paciente, a recusa ao tratamento médico que contrarie suas convicções pessoais, notadamente as de cunho religioso.

Aqui nos referimos especificamente aos pacientes adeptos das religiões cujas doutrinas lhes proíbe – ou desaconselha – o recebimento de sangue alheio mediante transfusões. O fundamento teológico segundo o qual não seria permitido aos pacientes

---

<sup>205</sup> *Apud* GOGLIANO, Daisy. *Direitos Privados da Personalidade*, p. 356. Conforme o jurista italiano, os direitos da personalidade constituiriam direitos subjetivos negativos em relação a terceiros que inflijam a personalidade jurídica de outrem, cuja proteção é tutelada pelo sistema jurídico de modo geral. Assim também, Emilio Onfei enxerga a essência dos direitos da personalidade na proteção, assegurada à pessoa por meio de normas jurídicas, em relação a atos e pretensões que atentem injustamente contra seus legítimos interesses.

<sup>206</sup> “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”.

“Testemunhas de Jeová” serem transfundidos pode ser supostamente inferido de passagens bíblicas, especialmente em Gênesis (9:3-6)<sup>207</sup> e Levítico (17:10-12)<sup>208</sup> e, no Novo Testamento, em Atos (15:28, 29)<sup>209</sup>.

Como baliza à autodeterminação fundada em convicções pessoais, vem à tona o interesse coletivo<sup>210</sup>. Nessa esteira, impõe-se como questão de cidadania (fundamento do Estado brasileiro tanto quanto a dignidade da pessoa) o tratamento médico compulsório, portanto a transfusão de sangue, quando necessária, de pacientes que a recusem motivados por crenças religiosas, sempre que essa medida terapêutica possa comprovadamente favorecer a recuperação de tais pacientes e, dessa forma, incrementar o aproveitamento dos recursos públicos empregados em saúde.

Em outras palavras, por haver um certo consenso de que a proteção à vida, isto é, o tratamento médico mediante transfusão sanguínea, deva prevalecer em relação à liberdade de expressão religiosa, não é permitido ao indivíduo abrir mão daquela em favor desta, sobretudo porque o seu tratamento médico, nessa particular situação, interessa à coletividade<sup>211</sup>. Assim, não identificamos o problema em termos do pseudo-conflito entre o

---

<sup>207</sup> “Tudo o que se move e vive servos-a para alimento; como vos dei a erva verde, tudo vos dou agora. Carne, porém, com sua vida, isto é, com seu sangue, não comereis. Certamente, requererei o vosso sangue, o sangue da vossa vida; de todo animal o requererei, como também da mão do homem, sim, da mão do próximo de cada um requererei a vida do homem. Se alguém derramar o sangue do homem, pelo homem se derramará o seu; porque Deus fez o homem segundo a sua imagem”.

<sup>208</sup> “Qualquer homem da casa de Israel ou dos estrangeiros que peregrinam entre vós que comer algum sangue, contra ele me voltarei e o eliminarei do seu povo. Porque a vida da carne está no sangue. Eu vo-lo tenho dado sobre o altar para fazer expiação pela vossa alma, porquanto é o sangue que fará expiação em virtude da vida. Portanto, tenho dito aos filhos de Israel: nenhuma alma de entre vós comerá sangue, nem o estrangeiro que peregrina entre vós o comerá”.

<sup>209</sup> “Pois pareceu bem ao Espírito Santo e a nós não vos impor maior encargo além destas cousas essenciais: que vos abstenhais das cousas sacrificadas a ídolos, bem como do sangue, da carne de animais sufocados e das relações sexuais ilícitas; destas cousas fareis bem se vos guardardes. Saúde” (Cf. HIGHTON, Elena I.; Sandra M. Wierzba. *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, cit., p. 465).

<sup>210</sup> O interesse coletivo, conforme o significado que pretendemos lhe atribuir, confunde-se com a noção de interesse público primário, que significa o interesse de toda a comunidade, não apenas do Estado enquanto administrador público, embora em algumas passagens do texto iremos nos referir especificamente ao interesse público secundário (interesse do Estado enquanto gestor de recursos públicos e executor de políticas públicas). O interesse coletivo, conforme seu significado preponderante no presente capítulo, identifica-se também com o interesse social da coletividade. Não obstante a expressão “interesse coletivo” vá ser usada reiteradamente ao longo deste tópico, em çagumas passagens o seu significado mais preciso não será o de interesse social da coletividade, mas de interesses transindividuais, os quais, segundo Roberto Senise Lisboa, constituem categoria distinta do interesse público, “atingindo grupo de pessoas relacionadas entre si por uma situação de fato em comum, que necessita de tratamento jurídico compatível” (*Contratos difusos e coletivos*, cit., p. 59).

<sup>211</sup> Ao analisar o fundamento teórico-conceitual do princípio da beneficência, Engelhardt veicula idéia semelhante, ao sustentar que a beneficência pressupõe um juízo particular acerca dos interesses a serem perseguidos mediante a aplicação de tal princípio: “Ao expressarmos o princípio da beneficência por meio da



direito à vida e o direito à liberdade de expressão religiosa, mas entre este e a própria cidadania, enquanto fundamento do estado brasileiro, assim considerada como o complexo de interesses sociais coletivos e de interesses públicos, tanto primários quanto secundários.

Em tais situações, o interesse público parece restringir a aplicação do princípio da autonomia, na medida em que a recusa a transfusões sanguíneas, em virtude de convicções religiosas, retarda a recuperação do paciente, prolongando desnecessariamente o período de convalescença e, por conseguinte, o de internação hospitalar. Com efeito, o interesse público secundário em acelerar a recuperação do paciente e, assim, aumentar a produtividade dos hospitais públicos (interesse do estado enquanto gestor de recursos públicos) deve se sobrepor ao interesse individual de ver respeitada determinada convicção pessoal.

Sustentando argumento semelhante ao que propomos, encontramos na jurisprudência argentina um julgado da *Primera Instancia Correccional n.º 3 de La Plata*. Nesse caso, julgado em 1992, a Corte Platina estabeleceu que “o limite das ações privadas consiste no fato de não ofenderem de nenhum modo a ordem e a moral pública nem prejudicarem um terceiro, já que se tratava um paciente em um hospital público; que, por serem os profissionais funcionários públicos, a suspensão da prestação assistencial poderia tipificar-se em violação a regras penais (arts. 106 e 249 do Cód. Penal); que o profissional médico deve manter e cuidar da saúde, e o julgado a meu cargo vela pelo respeito à ordem pública”<sup>212</sup>.

No mesmo sentido, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em *Jacobson versus Commonwealth of Massachusetts* (1905)<sup>213</sup>, decidiu que o interesse estatal em implementar políticas de saúde pública sobrepunha-se ao interesse individual fundado em convicções religiosas. O caso dizia respeito a um cidadão do estado de Massachusetts que se recusara a ser vacinado contra varíola, sob o argumento de que a vacinação contrariava suas

---

máxima ‘Faça o bem aos outros’, reconhecemos que qualquer discussão acerca dos melhores interesses dos outros pressupõe um juízo particular a respeito do que possa ser considerado melhor interesse” (*The foundations of bioethics, cit.*, p. 113, tradução do original: “Expressing the principle of beneficence in the maxim ‘Do to others their good’ recognizes that any talk of the best interests of others presupposes a particular judgment about what constitutes those best interests”).

<sup>212</sup> In GARAY, Ernesto Oscar. *Código de Derecho Médico, cit.*, p. 138.

<sup>213</sup> In HILLIARD, Bryan. *The U.S. Supreme Court and Medical Ethics: from contraception to managed health care, cit.*, p. 185.

convicções religiosas<sup>214</sup>. Em seu favor, Jacobson arguiu seu direito à liberdade religiosa, conforme a Primeira Emenda à constituição norte-americana. Por maioria de votos, os *justices* consideraram que o dever estatal de zelar pela saúde pública deveria prevalecer em relação ao direito individual de liberdade religiosa e de exercício do credo religioso<sup>215</sup>.

A premissa fundamental, em torno da qual se consolidou na jurisprudência americana o entendimento de que o interesse coletivo sobrepõe-se naturalmente ao direito individual, consiste na distinção entre crença religiosa (“*religious beliefs*”) e prática religiosa (“*religious practices*”), tal como estabelecida em *Reynolds versus United States*, julgado pela Suprema Corte em 1789. O caso tratava do julgamento de um mórmon, acusado de cometer bigamia. Naquela oportunidade, a Suprema Corte endossou a perspectiva segundo a qual, quando o estado demonstra seu interesse em preservar e promover a saúde, a vida, a segurança ou o bem-estar coletivo, determinadas práticas religiosas, que eventualmente representem riscos à consecução de tais objetivos estatais, devem ser restringidas<sup>216</sup>.

Em outros casos, a Suprema Corte norte-americana, não identificando conflito entre o direito individual de expressão da crença religiosa e o interesse público (ou, conforme a linguagem empregada nas decisões, o “dever estatal de proteger o bem-estar da população”), decidiu pela legitimidade e licitude da recusa ao tratamento médico, ainda que tal opção pudesse ser fatal<sup>217</sup>.

---

<sup>214</sup> “In 1902, Cambridge, Massachusetts, enacted a regulation whereby all the residents over the age of twenty-one would be vaccinated against smallpox. The board of health of Cambridge empowered a physician to enforce the regulation. On July 17th, 1902, Henning Jacobson refused to be vaccinated and subsequently was arraigned. After pleading not guilty, Jacobson asked the trial judge to give the jury several reasons in support of his acquittal” (*Idem, ibidem*).

<sup>215</sup> “A majority of the justices found that the state’s interest outweighed Jacobson’s freedom to refuse vaccination on religious grounds and that the state could use its police power to enforce the vaccination law” (*Idem, ibidem*).

<sup>216</sup> ROZOVSKY, Fay Adrienne: “The basic legal premise for compelling treatment in the United States rests on the court-drawn distinction between religious *beliefs* and *practices*. In an 1789 case, involving polygamous marriage practices, the U.S. Supreme Court set a precedent that, although guaranteeing the free exercise of religious beliefs, permits the state to limit religious practices in certain circumstances. When the state can demonstrate a compelling interest in the preservation or promotion of health, life, safety, or welfare, religious practices may be curtailed. Thus, the state has been able to force compulsory vaccination and to stop ritual snake handling, despite the existence of fervid religious beliefs” (*Consent to treatment: a practical guide, cit.*, p. 7-5).

<sup>217</sup> Ao comentarem os casos “*Osborne*” (1972) e “*Melideo*” (1976), Elena I Highton e Sandra M. Wierzbicka concluem: “Si bien la Corte reconoció que el Poder Judicial puede imponer un tratamiento médico compulsivo em ciertas situaciones aúne en contra de creencias religiosas, tuvo em cuenta que cada ser humano adulto tiene derecho a la autodeterminación y no puede sometérsele a tratamiento médico sin su consentimiento; que no habia interés público comprometido que justificara dejar sin efecto la decisión de um

Mesmo nas situações em que a recusa ao tratamento possa não representar, em tese, malefício à coletividade, o problema urge por ser resolvido. Nesses casos, isto é, nas hipóteses em que a recusa ao tratamento não infringir direitos alheios, ainda que abstratamente considerados, veremos que o conflito se estabelecerá em termos do dilema entre o exercício, pelo paciente, de uma teórica liberdade individual (autodeterminação) e o direito-dever, que assiste ao médico, de tratá-lo.

Novamente analisada do ponto de vista dos fundamentos da Bioética, a questão consiste em saber se a exacerbação da autonomia do paciente não acaba por privar o profissional da saúde, cuja atuação exprime a concretização do princípio da beneficência, de sua autonomia técnico-funcional. Não se discute que o médico, como reiteradamente sustentamos, tenha o direito-dever de obviar a morte ou os efeitos da doença sobre o organismo, tratando o paciente até o limite das condições (materiais e humanas) que se lhe apresentam. O paciente, por sua vez, tem o direito de recusar tratamento médico que possa impingir risco à sua própria vida, conforme o artigo 15 do Código Civil, segundo o qual “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Interpretado a *contrario sensu*, esse dispositivo estabelece que o constrangimento de alguém, a submeter-se a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, será permitido nos casos em que tais condutas médicas não impuserem risco à vida<sup>218</sup>. Assim, por um lado, proíbe-se o constrangimento nos casos em que o tratamento ou a intervenção, por si só, expuserem o paciente a risco fatal, ao passo que se dispensa, por outro lado, o seu consentimento prévio em relação a intervenções que visem salvá-lo de iminente perigo de vida. Por-se-iam a salvo, dessa forma, os casos de política sanitária cuja objetivo seja o tratamento tendente à erradicação de doenças epidêmicas ou de notificação compulsória ou, ainda, os casos de adoção de medidas terapêuticas capazes de materializar os princípios da moralidade e da eficiência da administração pública, bem como o princípio de

---

paciente adulto de no recibir una transfusión de sangre fundada en convicciones religiosas; que tal transfusión de sangre no debía ser coactivamente impuesta; y que tal orden importaría una violación de al Enmienda I” (*La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, cit., p. 470).

<sup>218</sup> Na mesma esteira vem o artigo 46 do Código de Ética Médica, por cujos termos é vedada a realização, pelo médico, de procedimentos “sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida”.

continuidade do serviço público, em se tratando – obviamente – de tratamento médico em hospitais da rede pública.

Com efeito, não seria razoável que esse direito subjetivo, isto é, essa permissão, dada pela norma ao indivíduo, de recusar tratamento ou intervenção que exponha sua vida a risco, prevalecesse, por exemplo, sobre o interesse público em erradicar determinada epidemia. Assim também, a assistência em caso de “imminente perigo de vida” impõe ao médico “a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas”, conforme o artigo 56 do Código de Ética Médica<sup>219</sup>. Portanto, estando o indivíduo exposto a risco de morte ou a situação em que deva prevalecer o interesse coletivo, é dever do médico prestar-lhe assistência, ainda que contrariamente à vontade daquele.

Desta feita, em um primeiro grupo de casos, reuniríamos as situações de imminente risco de morte e de interesse público no sentido de que seja tratada determinada doença. Em tais situações, conforme o artigo 15 do Código Civil, não é dado ao indivíduo recusar o tratamento. Noutra extremo, agrupar-se-iam as situações em que o tratamento, por si só, inflige risco de morte ao paciente, diante do que ele poderá recusá-lo. Em zona de interseção entre os dois grupos a que nos referimos, estão os casos em que tanto o paciente está exposto a risco de morte, quanto o tratamento proposto lhe inflige risco semelhante. Nessas hipóteses, somos pela autonomia do paciente, de modo que ele possa recusar o tratamento.

A respeito do assunto, podemos concluir que somente o paciente capaz, em situações nas quais o seu tratamento médico interesse a ele exclusivamente, não à coletividade, deve gozar de autonomia para consentí-lo ou recusá-lo. Caso contrário, isto é,

---

<sup>219</sup> Cf. Capítulo V da Resolução CFM n. 1246/88: “Relação com pacientes e familiares – É vedado ao médico: Art. 56 – Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de imminente perigo de vida. Art. 57 – Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente. [...] Art. 59 – Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal. [...] Art. 66 – Utilizar, em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu responsável legal. Art. 67 – Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo ou conceptivo, devendo o médico sempre esclarecer sobre a indicação, a segurança, a reversibilidade e o risco de cada método. Art. 68 – Praticar fecundação artificial sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o procedimento. Art. 69 – Deixar de elaborar prontuário médico para cada paciente. Art. 70 – Negar ao paciente acesso a seu prontuário médico, ficha clínica ou similar, bem como deixar de dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionar riscos para o paciente ou para terceiros. [...]”.

representando o tratamento a concretização de interesses públicos, coletivos ou mesmo transindividuais, não será dado ao paciente recusá-lo, ainda que ele goze de capacidade (portanto autonomia) para tal ato. Por fim, em se tratando de paciente incapaz (absoluta ou relativamente), a atuação médica, em tais situações, deve prescindir do consentimento do próprio paciente (admitindo-se inviável a obtenção do consentimento de seus responsáveis), sobretudo se o seu tratamento representar a materialização de interesses públicos, coletivos ou transindividuais.

A nosso ver, o princípio hipocrático da beneficência deve ser compreendido não em sua dimensão individualista, mas social. Conforme a orientação do presente trabalho, distanciamos-nos terminantemente da corrente que vê o paciente sempre como sujeito autônomo, capaz de decidir por si mesmo sobre as questões atinentes à esfera de seus direitos de personalidade. Com efeito, não acreditamos que o paciente de hoje seja mais ou menos autônomo que o paciente dos três primeiros quartéis do século passado. Houve sim, sobretudo a partir do último quarto do século XX, um intenso avanço tecnológico, que não apenas tornou a Medicina extremamente tecnicizada, como também facilitou os processos de comunicação, portanto o acesso à informação e ao conhecimento, o que não implica necessariamente maior autonomia do paciente.

Nesse sentido, compartilhamos o entedimento de Daisy Gogliano, para quem a exacerbação da autonomia, traduzida em pseudo-liberdade do paciente diante das “opções terapêuticas” que o médico lhe põe à disposição, encobre verdadeira ditadura do voluntarismo, aplicado ao exercício da Medicina:

“Não se pode oferecer ao paciente, com base no ‘consentimento informado’, tal qual um cardápio, um rol de sugestões de curas plausíveis, abandonando-o à sua livre escolha, para que decida, isto é, para que se auto-determine, no momento em que a procura de um profissional legitimamente habilitado justifique tal conduta humana.

[...]

Não se pode, v.g., com base na autonomia, deixar ao paciente a escolha sobre a espécie de tratamento ou terapêutica a ser ministrada quando necessite de quimioterapia, cirurgia ou radiação, o que importará em maior angústia e aflição, podendo, isto sim, causar-lhe danos morais como materiais, na violação aos direitos da personalidade que não comportam

limitação voluntária. Olvidando os direitos do paciente, a autonomia vem, isto sim, redundar em ditadura, sob pseudo-liberdade”<sup>220</sup>.

Com efeito, a autodeterminação não deve significar liberdade absoluta, “um tudo ou nada, e sim, mais claramente, um problema sempre aberto: o problema de determinar a medida, a condição ou a modalidade da eleição que pode garanti-la”<sup>221</sup>. Isto é, a exata dimensão da autonomia do paciente condiciona-se, em primeiro lugar, ao próprio reconhecimento da autonomia, não apenas como referência conceitual, mas sobretudo como qualidade intrínseca do sujeito individualmente considerado (o sujeito deve ser capaz, isto é, gozar do atributo do discernimento). Além disso, o exercício da autonomia depende de elementos que permitam a opção pelo sujeito capaz: trata-se da “questão do exercício da autonomia ligado à possibilidade de se poder optar, e não como uma abstração conceitual”<sup>222</sup>. Por fim, como reiteradamente arguimos, o exercício da autonomia não deve sobrepor-se a interesses que transcendam os meramente individuais<sup>223</sup>.

Autonomia é, portanto, livre arbítrio para o exercício de uma determinada escolha, desde que se tenha capacidade para tanto e, ademais, desde que essa escolha não prejudique o convívio social. O livre arbítrio do paciente devemos considerá-lo sempre pela perspectiva do Direito enquanto busca do justo, da “justa medida” ou dos “justos

---

<sup>220</sup> “Autonomia, bioética e direitos da personalidade”, *cit.*, p. 120.

<sup>221</sup> COHEN, Claudio *et all.* “Autonomia & Paternalismo”, *cit.*, pp. 53-54.

<sup>222</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>223</sup> A esse respeito MUÑOZ, Daniel Romero *et all.*: “A autonomia não deve ser convertida em direito absoluto; seus limites devem ser dados pelo respeito à dignidade e à liberdade dos outros e da coletividade. A decisão ou ação de pessoa, mesmo que autônoma, que possa causar dano a outra(s) pessoa(s) ou à saúde pública poderá não ser validada eticamente. Se a garantia do princípio da autonomia requer respeito a padrões morais que não sejam convencionais, padrões que não são majoritários na sociedade, isto não significa a defesa de uma ética sem limites” (“O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido”, *cit.*, p. 60).

meios”<sup>224</sup>, que não se confunde absolutamente com lei moral ou norma de comportamento<sup>225</sup>.

---

<sup>224</sup> Cf. VILLEY, Michel: “O justo meio, que é também o direito (*dikaion*), oferece, segundo a análise de Aristóteles O comentário de Santo Tomás sublinha este ponto), uma singularidade notável: ele não se situa no sujeito, ele está ‘nas coisas’, no real, na realidade externa (*medium in re*, diz Santo Tomás). Nós compreendemos sem dificuldades. Se eu considero, de fato, uma virtude como a temperança, é nun sujeito que ela reside; o justo meio é subjetivo; eu mesmo sou convidado a não ser bêbedo nem abstinente, mas na média destes dois excessos. Assim será da *virtude* de justiça mesmo particular: se sou justo é porque *eu não sou* nem muito ávido de aumentar minha parte nem muito desleixado para não fazer valer meus direitos. O direito (*to dikaion*) é, ao contrário, um objeto, é, por exemplo, minha parte do imposto de renda, que devo pagar ou já paguei, não sendo nem excessivo nem insuficiente. O direito é, pois, um ‘meio’, um justo meio objetivon ‘nas coisas’, *in re*” (*Filosofia do direito: definições e fins do direito, cit.*, p. 61).

<sup>225</sup> “Existe uma arte que se relaciona com a virtude subjetiva do indivíduo, ou lhe preceve condutas, compreendendo-se justas as do homem justo (*dikaions*); podemos chamá-la de *moral*. Uma outra disciplina, porém, se destaca da moral, visando àquilo que é justo, o que pertence a cada um. Ciência não da *dikaioúsne*, do *dikaios*, da conduta justa, mas do *dikaion*. Vale dizer, do direito. A função do diteito não é a de que o indivíduo seja justo, a de vigiar a virtude do indivíduo, nem mesmo a de regulamentar sua conduta. Não importa ao jurista que subjetivamente eu seja honesto e cheio de boas intenções com relação às finanças públicas; somente que meu imposto seja pago; ainda mais precisamente (é o papel da ciência do direito), que seja desde o início *definida* a parte do imposto que me é atribuída. Assim, o direito penal não tem por função, embora alguns o pretendam, impedir o homicídio, o furto, o adultério, o aborto; estas proibições advêm da moral; um juri ou o Código Penal graduam as penas; a cada um a pena que lhe cabe” (*Idem, ibidem*).