

## CAPÍTULO III – O TEMA NO DIREITO ESTRANGEIRO

**Sumário:** 1. Inglaterra; 2. Estados Unidos; 3. Itália; 4. França; 5. Portugal; 6. Argentina.

No presente capítulo, abordaremos o tema do consentimento e da capacidade do paciente no direito estrangeiro, sem pretensões de um estudo verdadeiramente comparado. Assim também, pretendemos identificar os limites impostos à autonomia do paciente no âmbito dos tratamentos médicos, tal como estabelecidos pelos sistemas jurídicos de que nos ocuparemos.

Os quatro últimos países escolhidos – Itália, França, Portugal e Argentina – adotam, assim como o Brasil, as soluções do sistema romano-germânico, ao passo que Inglaterra e Estados Unidos seguem a tradição jurídica anglo-saxã. A despeito da divergência de origens, veremos que o tratamento dogmático do tema não difere essencialmente nos diferentes sistemas jurídicos a serem estudados. Assim como os países de herança romano-germânica têm assimilado com maior intensidade a tradição de afirmação oral e casuística do direito e, sobretudo, das noções de deontologia médica, os países da *common law* têm se mostrado mais e mais suscetíveis ao fenômeno da codificação.

Buscaremos na legislação, na jurisprudência e na doutrina desses países os contrapontos em relação ao direito brasileiro, procurando identificar os aspectos que aproximam e os que distanciam esses sistemas do nosso próprio, conforme o estudamos até o presente momento.

## 1. Inglaterra

Na Inglaterra, a discussão judicial envolvendo o consentimento do paciente teve início no caso *Slater versus Baker & Staplenton*, julgado em 1767<sup>1</sup>. Já àquela altura, a obtenção do consentimento se estabelecia não apenas como imperativo ético, mas também como medida prática necessária à boa realização dos procedimentos cirúrgicos. Índice do pioneirismo inglês na formação de uma jurisprudência a respeito da capacidade para consentir, o caso dizia respeito a dois médicos condenados por haverem submetido um paciente, sem o seu consentimento, a cirurgia da qual resultou a amputação de uma de suas pernas.

Já àquela altura, a obtenção do consentimento se estabelecia não apenas como imperativo ético, mas também como medida prática necessária à boa realização dos procedimentos cirúrgicos. Em uma época na qual o desenvolvimento e a difusão da anestesiologia eram tímidos, o consentimento talvez fosse a única medida capaz de estabelecer entre médico e paciente laços mútuos de confiança e de cooperação, sem os quais a execução da maioria dos procedimentos, por serem dolorosos e por infligirem muito sofrimento ao doente, tornava-se extremamente complexa e arriscada.

Atualmente, quase não se discute o caráter imperativo, em regra, do consentimento do paciente. Conforme as diretrizes da Associação Médica Britânica, a confiança que o médico inspira no paciente, de que não será feito mau uso do consentimento que este fornece àquele, é uma parte essencial da relação entre ambos, constituindo em verdadeira “agressão” a intervenção médica sem o consentimento do paciente<sup>2</sup>. Essa orientação do órgão britânico ecoa na doutrina inglesa, como se observa em SPELLER<sup>3</sup>, para quem o procedimento médico-cirúrgico, ou mesmo um simples exame, realizado sem o consentimento expresso ou tácito do

---

<sup>1</sup> BRITISH MEDICAL ASSOCIATION. *The Handbook to Medical Ethics*, cit., pp. 12-15; MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. *O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido*, cit., p. 63.

<sup>2</sup> “The patient’s trust that his consent to treatment will not be misused is an essential part of his relationship with his doctor but for a doctor to touch a patient without consent is an assault” (BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *The Handbook to Medical Ethics*, cit., p. 12).

<sup>3</sup> *Law of doctor and patient*, cit., p. 16.

paciente, implicará, em regra, a violação de sua personalidade, na medida em que constitui uma interferência direta e desautorizada no corpo do paciente, pela qual o médico, cirurgião ou qualquer outro integrante da equipe médica poderá ser responsabilizado<sup>4</sup>.

Ainda segundo as diretrizes da Associação Médica Britânica, mesmo que um paciente tenha sido admitido a um hospital na condição de mentalmente incapaz de decidir, nos termos do *Mental Health Act (1959)*, o seu direito de “fornecer ou recusar consentimento para o tratamento de sua condição física não é diminuído pelo fato de ele ter sido internado nos termos dessa lei”<sup>5</sup>. Importa saber, para fins de averiguação da capacidade do paciente, se ele compreende os motivos que levam ao tratamento proposto pelo médico e, igualmente, as possíveis conseqüências da recusa ao tratamento<sup>6</sup>.

Quanto ao consentimento dos menores e à sua capacidade para consentir, a seção oitava do *Family Law Reform Act (1969)* estabelece que o consentimento, para qualquer tratamento médico, cirúrgico ou odontológico, de quem houver atingido a idade de dezesseis anos será tão eficaz quanto o consentimento de uma pessoa maior de idade, sendo certo que o tratamento sem o consentimento direto do menor (a quem o direito brasileiro atribuiria a condição de relativamente incapaz) constitui violação de sua personalidade jurídica. Mais ainda, “nos termos desse dispositivo, quando um menor houver consentido qualquer tratamento, não será necessário obter o consentimento de seus pais ou representantes legais”<sup>7</sup>.

Nesse aspecto, o direito inglês diverge essencialmente do brasileiro, pois, conforme a regra geral do sistema pátrio de incapacidades civis, seria necessária a assistência dos pais, tutores ou curadores para que o consentimento ou a recusa ao tratamento médico, pelo menor

---

<sup>4</sup> “An operation, or any other surgical or medical procedure, or even a medical examination, carried out without the consent, expressed or implied, of the person concerned will usually amount to actionable trespass to the person, for it is a direct, unauthorised interference with the patient’s body, for which the surgeon or other responsible medical practitioner and all those helping him may be held personally liable” (*Idem, ibidem*).

<sup>5</sup> “The patient’s right to give or withhold consent to treatment for a physical condition is not lessened by the fact of his being admitted under that act” (*Idem, ibidem*).

<sup>6</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>7</sup> “Section 8(1) of the Family Law Reform Act 1969 states that ‘the consent of a minor who has attained the age of sixteen years to any surgical, medical or dental treatment which, in the absence of consent, would constitute a trespass to his person shall be as effective as it would be if he were of full age; and where a minor has by virtue of this section given an effective consent to any treatment, it shall not be necessary to obtain any consent for it from his parent or guardian’ (*Idem, ibidem*).

relativamente incapaz, pudessem ser convalidados e, assim, produzir os efeitos desejados. De fato, entre as exceções à necessidade da assistência dos pais ou responsáveis legais aos atos dos relativamente incapazes, não encontramos o consentimento ou a recusa a tratamento médico<sup>8</sup>.

No direito inglês, ao contrário, não apenas o consentimento ou a sua recusa, pelo relativamente incapaz, independe da confirmação dos pais ou responsáveis legais, como também se presume que o menor, como qualquer outra pessoa, seja capaz de decidir por si mesmo acerca do tratamento médico, seja para consenti-lo, seja para recusá-lo.

Assim, chegamos ao *Mental Capacity Act (2005)*. Conforme os princípios que orientam a interpretação dessa lei, cujo objeto consiste em estabelecer normas a respeito da condição jurídica dos incapazes, uma pessoa não poderá ser assim considerada a menos que fique estabelecido que lhe falta capacidade. Ademais, ninguém será tratado como incapaz de decidir a menos que tenham falhado todas as tentativas de assisti-la na tomada de decisão. Assim também, ninguém será considerado incapaz de decidir pelo simples fato de haver tomado uma decisão reputada insensata, imprudente ou simplesmente ininteligente<sup>9</sup>.

Mais ainda, também nos termos do *Mental Capacity Act (2005)*, a falta de capacidade não poderá ser estabelecida simplesmente em virtude da idade da pessoa, muito embora a faculdade de decidir em nome de terceiros, instituída nos termos dessa lei, não possa ser

---

<sup>8</sup> Como assinala Nestor Duarte em seus comentários ao artigo 4º do Código Civil, a “incapacidade relativa é a que impede o sujeito de realizar os negócios jurídicos sem a assistência de quem a lei comete tal mister, ou seja, os pais, tutores ou curadores. Atos existem, porém, que podem ser praticados sem tal assistência, como o testamento feito por maior de dezesseis anos (art. 1860, parágrafo único), a aceitação de mandato (art. 666) ou servir de testemunha (art. 228, I). A pessoa considerada relativamente incapaz não é desprovida totalmente de discernimento, de tal modo que os atos por ela praticados são apenas anuláveis (art. 171, I), admitindo a confirmação ou ratificação (art. 172), e seu desfazimento depende da iniciativa do interessado (art. 177)” (*In Código Civil Comentado – doutrina e jurisprudência, cit.*, p. 18).

<sup>9</sup> “The following principles apply for the purposes of this Act: A person must be assumed to have capacity unless it is established that he lacks capacity; A person is not to be treated as unable to make a decision unless all practicable steps to help him to do so have been taken without success; A person is not to be treated as unable to make a decision merely because he makes an unwise decision; An act done, or decision made, under this Act for or on behalf of a person who lacks capacity must be done, or made, in his best interests; Before the act is done, or the decision is made, regard must be had to whether the purpose for which it is needed can be as effectively achieved in a way that is less restrictive of the person’s rights and freedom of action.”

exercida em relação a menores de dezesseis anos<sup>10</sup>. Antes disso, a incapacidade revela-se na medida em que a pessoa demonstre não compreender a informação relevante para a decisão e, ainda, na medida em que a pessoa mostre-se incapaz de comunicar sua decisão<sup>11</sup>. Por outro lado, a pessoa há de ser considerada capaz de decidir, ainda que não consiga reter por muito tempo a informação que lhe é fornecida<sup>12</sup>.

Essa mesma Lei – *Mental Capacity Act (2005)* – institui ainda o conceito de “melhor interesse” da pessoa a quem é atribuído o poder de decidir (no caso dos tratamentos médicos, o paciente). Por sua vez, a pessoa encarregada de identificar o “melhor interesse” do paciente, isto é, o médico que o assiste, levará em consideração as circunstâncias que circundam o ato da decisão do paciente. Nesse sentido, o médico deverá considerar o fato de que a pessoa, inicialmente reputada incapaz de decidir, poderá, em algum momento, tornar-se capaz<sup>13</sup>.

Além de estabelecer um verdadeiro estatuto dos incapazes, o *Mental Capacity Act (2005)* instituiu a Corte de Proteção, atuante desde outubro de 2007, cuja jurisdição é bem mais abrangente que a da câmara que, ligada à Suprema Corte, até então fazia suas vezes<sup>14</sup>.

Tanto o *Family Law Reform Act (1969)*, quanto o *Mental Capacity Act (2005)* parecem permitir ao médico excessiva discricionariedade para a atribuição, ao paciente, de capacidade de decidir acerca do tratamento, assim como o conceito de “melhor interesse” se mostra permeado por uma ética utilitarista, que poderá, em última instância, conduzir a decisões

---

<sup>10</sup> “No power which a person (‘D’) may exercise under this Act, (a) in relation to a person who lacks capacity; or (b) where D reasonably thinks that a person lacks capacity, is exercisable in relation to a person under 16”.

<sup>11</sup> “For the purposes of section 2, a person is unable to make a decision for himself if he is unable: (a) to understand the information relevant to the decision; (b) to retain that information, (c) to use or weigh that information as part of the process of making the decision; or (d) to communicate his decision (whether by talking, using sign language or any other means)”.

<sup>12</sup> “The fact that a person is able to retain the information relevant to a decision for a short period only does not prevent him from being regarded as able to make the decision”.

<sup>13</sup> “The person making the determination must consider all the relevant circumstances and, in particular, take the following steps: he must consider: (a) whether it is likely that the person will at some time have capacity in relation to the matter in question; and (b) if it appears likely that he will, when that is likely to be”.

<sup>14</sup> A esse respeito, cf. DIMOND, Bridgit: “The Court of Protection was established on the 1 October 2007 and has a much wider jurisdiction than its predecessor. It can now hear cases concerned with the personal welfare of those who lack the mental capacity to make their own decisions, as well as issues relating to property and finance which were the sole concern of its predecessor” (“The Mental Capacity Act 2005: the new Court of Protection”, *cit.*, p. 1328).

fundadas na coação do paciente ou, na melhor das hipóteses, em seu erro quanto às circunstâncias do ato, à sua natureza e às possíveis conseqüências das alternativas terapêuticas que o médico eventualmente lhe houver apresentado.

## 2. Estados Unidos

Assim como na Inglaterra, também nos Estados Unidos o reconhecimento de um direito individual relacionado à autonomia do paciente é atribuído à jurisprudência, como vemos em *Schloendorff versus Society of New York Hospital*, decidido em 1914 pela corte suprema do estado de Nova York<sup>15</sup>. Em seu célebre voto, o juiz Benjamin Cardozo, relator do caso, atribuiu ao ser humano a titularidade do direito de determinar o destino do próprio corpo, nos seguintes termos: “Todo ser humano, de idade adulta e mente sã, tem o direito de determinar o que deve ser feito de seu próprio corpo; e um cirurgião que realizar uma operação sem o consentimento de seu paciente comete uma violação pela qual deverá ser responsabilizado”<sup>16</sup>.

O caso dizia respeito a uma intervenção cujo propósito inicial era a exploração diagnóstica de um tumor abdominal, o qual acabou sendo extirpado pelos cirurgiões, não obstante o paciente tivesse manifestado expressamente o desejo de não se submeter à cirurgia, razão suficiente para imputar aos médicos o cometimento de ato ilícito, por cujos danos deveriam responder<sup>17</sup>.

Antes disso, em 1913, no caso *Rolater versus Strain*, um médico fora condenado por haver transgredido os limites do consentimento do paciente. Já em *Mohr versus Williams*, de

---

<sup>15</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; APPELBAUM, Paul S., et alli. *Informed consent: legal theory and clinical practice*, cit., pp. 43-44, PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., pp. 57-58.

<sup>16</sup> “Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient’s consent commits an assault for which he is liable in damages” (In BARBER, Bernard. *Informed consent in medical therapy and research*, cit., p. 36).

<sup>17</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico paciente*, cit., p. 58.

1905, um médico fora condenado pelo Supremo Tribunal de Illinois por haver operado o ouvido oposto àquele para cuja intervenção o paciente havia fornecido o consentimento. O mesmo tribunal decidiria, no ano seguinte, em *Pratt versus Davis*, que o consentimento presumido deveria circunscrever-se aos casos de urgência, de risco de morte ou, ainda, àquelas situações em que o paciente, em pleno gozo de suas faculdades, transfere exclusivamente ao médico o ônus de decidir acerca de seu tratamento<sup>18</sup>.

No entanto, o uso da expressão “*informed consent*”, para referir-se ao princípio ético-moral tal como hoje o conhecemos, somente viria a lume em 1957, no caso *Salgo versus Leland Stanford Jr., University of Trustees*, julgado pela Suprema Corte californiana<sup>19</sup>. Tratava-se de um paciente submetido a uma aortografia transtorácica, realizada devido a suspeita de obstrução da aorta abdominal. Posteriormente ao procedimento, o paciente sofrera paralisia dos membros inferiores, complicação considerada rara, conforme a técnica utilizada na época. Os magistrados do caso julgaram os cirurgiões culpados pelo fato de não haverem informado adequadamente ao paciente os riscos da técnica empregada, motivo pelo qual a sanção indenizatória haveria de ser imposta aos médicos<sup>20</sup>.

*Salgo versus Leland Stanford Jr. University Board of Trustees* é identificado como o *leading case* no tratamento jurídico do chamado *informed consent*<sup>21</sup>. A jurisprudência norte-

---

<sup>18</sup> CORTÉS, Julio César Galán. *Idem*; HILLIARD, Bryan. *The U.S. Supreme Court and medical ethics*, cit., p. 354.

<sup>19</sup> ROZOVSKY, Fay Adrienne. *Consent to treatment: a practical guide*, cit., XIII; APPELBAUM, Paul S., et alii. *Informed consent: legal theory and clinical practice*, cit., p. 44.

<sup>20</sup> MUÑOZ, Daniel Romero et alii. “O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido”, cit., p. 64.

<sup>21</sup> “*Salgo* is probably the most significant case in the mid-1950s, primarily because it coined the term ‘informed consent’” (APPELBAUM, Paul S., et alii. *Informed consent: legal theory and clinical practice*, cit., p. 44). “The doctrine of Informed Consent passed into its fourth decade in 1997, 40 years after the decision of *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, the case often cited as the first to hold that a patient’s consent, even if given voluntarily and formally documented, would not be legally effective if the patient were not adequately informed or knowledgeable about the treatment being offered. Over the 40 or more years that the doctrine has been around, it has become firmly embedded in American jurisprudence and health care practice” (ROZOVSKY, Fay Adrienne. *Consent to treatment: a practical guide*, cit., XIII). No mesmo sentido, MUÑOZ, Daniel Romero et alii: “Porém, somente em 1957, é que aparece a expressão *informed consent*, cunhada pela corte californiana julgadora do caso *Salgo versus Leland Stanford Jr., University of Trustees*. Este caso se referia a um homem que fora submetido a uma aortografia transtorácica realizada devido à suspeita de obstrução da aorta abdominal; posteriormente ao procedimento, o paciente sofrera paralisia dos membros inferiores, complicação dada como rara para a técnica utilizada na época. Os magistrados do caso julgaram que houve conduta culposa por parte dos operadores, porque não haviam revelado ao enfermo as possibilidades de risco da técnica empregada e, por isso cabia a sanção indenizatória” (“O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido”, cit., p. 64).

americana, a partir de decisões que se seguiram, tratou de explicitar progressivamente o dever de informação do médico em relação ao doente. A esse respeito, o *Justice* Bray, no julgamento a que nos referimos, asseverou que “um médico viola as suas obrigações para com o paciente e sujeita-se a ser demandado se lhe oculta qualquer fato que possa ser necessário para fundamentar um consentimento esclarecido do tratamento proposto<sup>22</sup>. Deste modo, o médico não pode minimizar os riscos conhecidos de um procedimento ou operação para induzir ao consentimento do seu paciente”<sup>23</sup>.

Do ponto de vista da ética profissional, a atividade médica é regulada, nos Estados Unidos, basicamente por duas organizações não-governamentais: a *American Medical Association*, fundada em 1847, com sede em Chicago, e o *American College of Physicians*, fundado em 1915, com sede na Filadélfia<sup>24</sup>. Tendo como fonte remota o Juramento de Hipócrates e, mais diretamente, o Código de Percival, publicado em 1803 pelo médico e filósofo inglês Thomas Percival, os Princípios de Ética Médica da Associação Médica Americana, adotados por ocasião de sua fundação, procuram “dar ênfase ao fato de que a atividade médica não é um negócio, mas uma profissão”<sup>25</sup>.

O Colégio Americano de Médicos, por sua vez, edita suas diretivas sob a forma de um Manual de Ética, que, revisado periodicamente, tem a função de orientar o processo de tomada de decisões médicas eticamente relevantes<sup>26</sup>. De modo geral, essas diretivas são também expressas sob a forma de princípios, dos quais se destacam os princípios fundamentais da atividade médica (o princípio hipocrático da beneficência, sintetizado no aforismo *primum non nocere*; o princípio do respeito à autonomia do paciente; e o princípio da justiça).

---

<sup>22</sup> Embora reconheça a importância do direito norte-americano no desenvolvimento da doutrina do consentimento informado, André Gonçalo Dias Pereira pondera que, “muito antes de este instituto estar consagrado para lá do Atlântico, já ele estava consolidado no direito continental em países como a França, Alemanha, Áustria e Suíça” (*O consentimento informado na relação médico-paciente*, p. 63).

<sup>23</sup> *Idem*, pp. 62-63.

<sup>24</sup> GORLIN, Rena A. *Codes of professional responsibility*, cit., p. 261.

<sup>25</sup> STRYKER, Paul Lloyd: “The Principles of Medical Ethics and Professional Conduct of the American Medical Association and the various state societies, reaffirm the lofty ethical concepts expounded by by the founder of medicine. They lay emphasis upon the fact that the practice of medicine is not a business, but a profession. A profession has for its prime object the servisse it can render to humanity; reward or financial gain should be a subordinate consideration. The practice of medicine is a profession. In choosing this profession an individual assumes as obligation to conduct himself in accord with its ideals” (*Courts and doctors*, cit., p. 9).

<sup>26</sup> *Idem*, p. 263.



Assim como o *Mental Capacity Act (2005)* inglês, o *Texas Health and Safety Code* também se baseia no conceito de “melhor interesse” do paciente incapaz de decidir, para assegurar-lhe a melhor proporção entre os riscos do tratamento médico e os prováveis benefícios que dele se esperam. Para determinar o “melhor interesse” do paciente que, sendo incapaz de decidir, não possui representante legal, será formado um comitê *ad hoc*, nos termos da referida Lei, *in verbis*:

“Seção 597.044. REQUERIMENTO PARA DECISÃO EM TRATAMENTO

(a) Caso os resultados da avaliação realizada de acordo com a Seção 597.021 indiquem que o cliente, que não possuir representante legal ou alguém que o substitua na tomada de decisões, não goza de capacidade para decidir acerca de tratamento médico ou odontológico substancial<sup>27</sup>, de medicação psicoativa ou de um procedimento altamente invasivo, a unidade de ICF-MR<sup>28</sup> deverá requerer ao departamento [de Saúde do Texas] uma autorização para decidir a respeito do tratamento.

(b) A requisição, a ser elaborada conforme as disposições do departamento, deverá ser assinada pelo requisitante, a quem incumbirá: (1) declarar as razões para acreditar que o cliente necessita de tratamento médico ou odontológico substancial, de medicação psicoativa ou de um procedimento altamente invasivo; (2) especificar as condições do tratamento proposto; (3) descrever o tratamento proposto, inclusive os riscos e benefícios para o cliente; (4) descrever os tratamentos comumente aceitos como alternativas ao proposto, inclusive os riscos e benefícios dos tratamentos alternativos, declarando os motivos de serem descartadas as hipóteses alternativas; (5) declarar o motivo pelo qual ele acredita que o tratamento proposto

---

<sup>27</sup> Conforme definição da própria lei, “tratamento médico ou odontológico substancial” (“*major medical or dental treatment*”), significa “o tratamento médico, cirúrgico ou odontológico: (A) cujo período de recuperação seja significativo, (B) que imponha riscos significativos ao paciente, (C) que seja realizado sob anestesia geral, ou (D) que, conforme a opinião de um especialista, seja consideravelmente invasivo da integridade física, requerendo a extração de fluídos ou incisões ou, ainda, que produza dor, desconforto ou debilidade significativos”. Tradução do original: “‘Major medical and dental treatment’ means a medical, surgical, dental, or diagnostic procedure or intervention that: (A) has a significant recovery period; (B) presents a significant risk; (C) employs a general anesthetic; or (D) in the opinion of the primary physician, involves a significant invasion of bodily integrity that requires the extraction of bodily fluids or an incision or that produces substantial pain, discomfort, or debilitation”.

<sup>28</sup> Segundo definição veiculada na Seção 531.002 do *Texas Health and Safety Code*, “ICF-MR” significa o programa de assistência médica destinado a portadores de retardo mental que recebem cuidados médicos em instalações de assistência básica à saúde.

será capaz de atender ao melhor interesse do cliente; (6) declarar a opinião do cliente a respeito do tratamento proposto, se conhecida; (7) fornecer qualquer outra informação necessária à determinação do melhor interesse do cliente em relação ao tratamento; e (8) declarar que o cliente não possui representante legal, parentes, cônjuge, filhos ou outra pessoa que, demonstrando interesse nos seus cuidados e bem-estar, esteja a fim de tornar-se o representante legal do cliente ou alguém que o substitua na tomada de decisões.

[...]

#### Seção 597.049. DETERMINAÇÃO DO MELHOR INTERESSE.

- (a) O comitê determinará, baseado em provas claras e evidentes, se o tratamento proposto atenderá ao melhor interesse do cliente, [...];
- (b) Ao determinar o melhor interesse do cliente, o comitê deverá levar em absoluta consideração, a qualquer tempo, a preferência do cliente, tal como ele a declarar;
- (c) De acordo com a determinação do melhor interesse do cliente, o comitê deverá consentir ou recusar o tratamento em nome do cliente;
- (d) O comitê deverá determinar uma data a partir da qual o consentimento tornar-se-á efetivo, assim como uma data em que ele deverá expirar;
- (e) Quem quer que, na qualidade de membro do comitê, consinta ou recuse um tratamento em nome do cliente, desde que o faça de boa-fé, com razoabilidade e sem má-fé, não será criminal ou civilmente responsabilizado pelo ato praticado em tais circunstâncias”<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> “Section 597.044. APPLICATION FOR TREATMENT DECISION. (a) If the results of the assessment conducted in accordance with Section 597.021 indicate that a client who does not have a legal guardian or surrogate decision-maker lacks the capacity to make a treatment decision about major medical or dental treatment, psychoactive medication, or a highly restrictive procedure, the ICF-MR facility must file an application for a treatment decision with the department. (b) An application must be in the form prescribed by the department, must be signed by the applicant, and must: (1) state that the applicant has reason to believe and does believe that the client has a need for major medical or dental treatment, psychoactive medication, or a highly restrictive procedure; (2) specify the condition proposed to be treated; (3) provide a description of the proposed treatment, including the risks and benefits to the client of the proposed treatment; (4) provide a description of generally accepted alternatives to the proposed treatment, including the risks and potential benefits to the client of the alternatives, and the reasons the alternatives were rejected; (5) state the applicant’s opinion on whether the proposed treatment promotes the client’s best interest and the grounds for the opinion; (6) state the client’s opinion about the proposed treatment, if known; (7) provide any other information necessary to determine the client’s best interest regarding the treatment; and (8) state that the client does not have a guardian of the person and does not have a parent, spouse, child, or other person with demonstrated interest in the care and welfare of the client who is able and willing to become the client’s guardian or surrogate decision-maker. [...]. Section 597.049. DETERMINATION OF BEST INTEREST. (a) The committee shall make a determination, based on clear and convincing evidence, of whether the proposed treatment promotes the client’s best interest and a determination that: (b) In making its determination of the best interest of the client, the committee shall consider fully the preference of the client as articulated at any time. (c) According to its determination of the client’s best interest, the committee shall consent or refuse the treatment on the client’s behalf. (d) The committee shall

A propósito de assegurar o “melhor interesse” do paciente, a *American Medical Association*, por meio de seu Conselho de Assuntos Éticos e Judiciais, considerava legítima a sonegação de informações a respeito do estado de saúde do paciente, conforme se observa no seguinte enunciado editado em meados da década de setenta:

“Nossa posição é a de que o direito de um paciente receber informação médica tem fundamento em uma relação de confiança com o médico, pela qual lhe é imposta a obrigação de agir conforme o melhor interesse do paciente. [...] Nossa posição é a de que o médico possui o direito-dever de reter informações nas circunstâncias em que ele determina, com razoabilidade, que o fornecimento de tais informações não atenderia ao melhor interesse do paciente”<sup>30</sup>.

No mesmo sentido, a *American Psychiatric Association* preconizava que “o médico tem o poder de reter, como última instância, a informação ao paciente, quando ele, médico, julgar que tal informação poderá dificultar, ou mesmo complicar, o processo de tratamento ou, ainda, quando ele acreditar que tal informação seria prejudicial à saúde física ou mental do paciente”<sup>31</sup>.

Embora bastante difundido no cotidiano hospitalar e, de modo geral, nas políticas públicas de saúde norte-americanas, o conceito de “melhor interesse” não é imune a críticas da doutrina daquele país. Thomas Szasz<sup>32</sup>, denunciando o viés excessivamente paternalista da Associação Médica Americana e da Associação Americana de Psiquiatria, observa que o médico, a um só tempo, detém a informação clínica em si e, sobretudo, o conhecimento que

---

determine a date on which the consent becomes effective and a date on which the consent expires. (e) A person serving on a committee who consents or refuses to consent on behalf of a client and who acts in good faith, reasonably, and without malice is not criminally or civilly liable for that action”.

<sup>30</sup> “It is our position that the right of a patient to medical information from his physician is based upon the fiduciary relationship which imposes a duty to act in the best interest of the patient. [...] It is our position that the physician has both a right and duty to withhold information in circumstances in which he reasonably determines that it would not be in the best interest of the patient” (In WESTIN, A. F. “Medical records: should patients have access?”, *cit.*, p. 23).

<sup>31</sup> “The physician should have the final authority to withhold patient information when he or she judges that it could hamper or further complicate the treatment process or believes the patient’s reaction would be detrimental to his or her physical or mental health” (In SZASZ, Thomas. “The right to refuse treatment: a critique”, *cit.*, p. 112).

<sup>32</sup> “The right to refuse treatment: a critique”, *cit.*, p. 112.

lhe permitirá determinar se tal informação atende ou não àquilo que presumidamente deveria corresponder ao melhor interesse do paciente. Dan W. Brock<sup>33</sup>, por sua vez, observa que a concepção de “melhor interesse” há de ser levada a efeito apenas em circunstâncias especialíssimas. Trata-se de hipóteses em que o paciente, tendo – ao longo do tratamento – se tornado incapaz de decidir, não houver deixado instruções a quem o represente, seja sob a forma do chamado testamento vital (“*living will*”), seja sob a forma de uma procuração para cuidados de saúde (“*durable power of attorney for health care*”), de como proceder nas hipóteses de se tornarem efetivos os desfechos mais prováveis de sua condição de saúde<sup>34</sup>. Na falta de tais instruções, às quais Brock dá o nome de “ordens antecipadas” (“*advance directives*”), o representante do paciente incapaz deverá agir conforme a vontade presumida deste, supondo-se que ele, representante, possua elementos suficientes para presumir qual seria a vontade do paciente<sup>35</sup>.

Na maioria dos casos, ou o paciente não deixa “ordens antecipadas”, ou, quando as deixa, não é possível interpretá-las de acordo com sua efetiva condição de saúde. Isso porque as instruções devem obviamente ser fornecidas enquanto o paciente ainda gozar de capacidade e, geralmente, muito antes do momento em que elas potencialmente poderiam ser utilizadas. Comumente, as instruções deixadas pelo paciente não correspondem ao estado de saúde imaginado por ele ou pelo médico, assim como o tratamento a que se referem as instruções não corresponde ao mais adequado para o enfrentamento de sua condição de saúde. Portanto, quando o paciente não houver deixado “ordens antecipadas”, o seu representante deve operar o “julgamento substitutivo” (“*substituted judgement*”), princípio pelo qual o representante

---

<sup>33</sup> “Patient competence and surrogate decision-making”, *cit.*, pp. 138-139.

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

<sup>35</sup> A respeito das “ordens antecipadas” (“*advance directives*”), veja-se o Enunciado “8.801 – Surrogate Decision Making”, emitido pelo Conselho de Assuntos Éticos e Judiciais da Associação Médica Americana, de dezembro de 2001: “Competent adults may formulate, in advance, preferences regarding a course of treatment in the event that injury or illness causes severe impairment or loss of decision-making capacity. These preferences generally should be honored by the health care team out of respect for patient autonomy. Patients may establish an advance directive by documenting their treatment preferences and goals in a living will or by designating a health care proxy (durable power of attorney for health care) to make health care decisions on their behalf. In some instances, a patient with diminished or impaired decision-making capacity can participate in various aspects of health care decision making. The attending physician should promote the autonomy of such individuals by involving them to a degree commensurate with their capabilities” (AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION. *Code of Medical Ethics of the American Medical Association: 2006-2007 edition, cit.*, p. 232).

procura tomar a decisão que o paciente, se competente, tomaria em determinada situação<sup>36</sup>. Somente nas hipóteses em que o paciente, incapaz de decidir, não houver deixado as chamadas “ordens antecipadas” e, ainda, o seu representante não possuir elementos suficientes para decidir conforme a vontade presumida daquele, entra em cena a noção de “melhor interesse”<sup>37</sup>.

À primeira vista, os enunciados da *American Medical Association* e da *American Psychiatric Association*, anteriormente referidos, equivaleriam aos artigos 59, Código de Ética Médica brasileiro, 9º e 10º do Código de Ética Médica argentino, e 35, do Código de Deontologia Médica francês, analisados no capítulo precedente. No entanto, ao contrário das diretrizes norte-americanas, os dispositivos brasileiro e argentinos tratam a retenção de informações, pelo médico, como exceção à regra da informação plena.

Nos últimos vinte anos, a postura radicalmente paternalista da Associação Médica Americana vem sendo flexibilizada, de tal forma a permitir maior participação do paciente na tomada de decisões concernentes ao seu tratamento médico. Essa tendência é observada sobretudo no enunciado “8.08 – Consentimento Informado”, editado em março de 1981, *in verbis*:

“O direito de autodeterminação do paciente somente poderá ser efetivamente exercitado se ele possuir informação o bastante para permitir-lhe uma escolha inteligente. O paciente deve tomar sua própria decisão a respeito do tratamento. O dever do médico é expor com precisão, ao paciente ou a seu representante, as informações médicas e recomendar a conduta que esteja de acordo com a boa prática médica. O médico tem o dever ético de auxiliar o paciente nas escolhas das alternativas terapêuticas condizentes com a boa prática médica. O consentimento informado consiste em uma política social fundamental, em relação à qual exceções são admitidas:

---

<sup>36</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>37</sup> “As noted above, these three guidance principles are not to be used in different circumstances: Advance Directives when there is an advance directive with relevant and clear instructions; Substituted Judgement when there is no such advance directive, but the surrogate has sufficient relevant knowledge of the patient and his or her values and desires to make a judgement about what the patient would have wanted; Best Interests when there is no advance directive and no surrogate with knowledge of the patient’s relevant preferences and values” (*Idem, ibidem*).

(1) Nas situações em que o paciente estiver inconsciente ou incapaz de consentir, sendo iminente o prejuízo que a falta do tratamento causaria; ou

(2) Quando a divulgação dos riscos associados ao tratamento possa ameaçar o estado psicológico do paciente, de tal forma a tornar-se medicamente contra-indicada. Políticas sociais não admitem a concepção paternalista segundo a qual o médico deve sonegar informações por acreditar que sua divulgação levaria o paciente a recusar a terapia indicada. Não se deve esperar que, mesmo em circunstâncias similares, pacientes sensatos e informados ajam uniformemente no que se refere à recusa ou à aceitação do tratamento médico”<sup>38</sup>.

Assim, em 1966, o *Food and Drug Administration* norte-americano, baseando-se no Código de Nuremberg e na Declaração de Helsinque<sup>39</sup>, editou diretrizes para o uso de novas drogas em seres humanos (“*Consent for Use of Investigational New Drugs on Humans: Statement of Policy*”), em que atribuiu ao conceito de “consentimento informado” o seguinte significado:

“‘Consentimento’ ou ‘consentimento informado’ significa que a pessoa envolvida [no ensaio clínico] possui capacidade para consentir, assim considerada a pessoa que for capaz de exercitar poder de livre escolha, tendo recebido informação fiel sobre a ministração da droga em estudo, ou de seu possível uso como controle [placebo], de tal forma que ele possa decidir conscientemente a respeito de sua disposição em receber a droga investigada”<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> “8.08 – Informed Consent: The patient’s right of self-decision can be effectively exercised only if the patient possesses enough information to enable an intelligent choice. The patient should make his or her own determination on treatment. The physician’s obligation is to present the medical facts accurately to the patient or to the individual responsible for the patient’s care and to make recommendations for management in accordance with good medical practice. The physician has an ethical obligation to help the patient make choices from among the therapeutic alternatives consistent with good medical practice. Informed consent is a basic social policy for which exceptions are permitted: (1) where the patient is unconscious or otherwise incapable of consenting and harm from failure to treat is imminent or (2) when risk disclosure poses such a serious psychological threat of detriment to the patient as to be medically contraindicated. Social policy does not accept the paternalistic view that the physician may remain silent because divulgence might prompt the patient forego needed therapy. Rational, informed patients should not be expected to act uniformly, even under similar circumstances, in agreeing to or refusing treatment” (AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION. *Code of Medical Ethics of the American Medical Association: 2006-2007 edition, cit.*, p. 227).

<sup>39</sup> BARBER, Bernard. *Informed consent in medical therapy and research, cit.*, p. 43.

<sup>40</sup> “‘Consent’ or ‘informed consent’ means that the person involved has legal capacity to give consent, is so situated as to be able to exercise free power of choice, and is provided with a fair explanation of all material information concerning the administration of the investigational drug, or his possible use as a control, as to enable him to make an understanding decision as to his willingness to receive said investigational drug” (*Idem, ibidem*).

Endossando entendimento semelhante ao da Associação Médica Americana, portanto igualmente favorável ao reconhecimento de um direito à recusa do tratamento médico pelo paciente, consectário do princípio bioético da autonomia, a Associação de Hospitais Americanos, em enunciado adotado em fevereiro de 1985, declara que, sempre que possível, a autoridade para determinar o curso do tratamento deve recair sobre o paciente, sendo certo que o direito de escolher o tratamento médico, entre as possíveis alternativas terapêuticas, pressupõe o direito de recusar um tratamento em especial ou, ainda, o tratamento genericamente considerado<sup>41</sup>.

Assim é que, em 1973, o Departamento Americano de Saúde, Educação e Bem-estar não apenas passou a recomendar a hospitais e outras entidades que adotassem declarações de direitos do paciente, como propôs sua própria *Patient's Bill of Rights*, de abrangência nacional. Naquele mesmo ano, a Associação Americana de Hospitais criaria sua própria Carta de Direitos do Paciente<sup>42</sup>.

Posteriormente, em 1979, o mesmo Departamento Americano de Saúde, Educação e Bem-estar publicou o Relatório Belmont<sup>43</sup>, tornando evidente a exigência de consentimento do

---

<sup>41</sup> FURROW, Barry R., *et alli*: “The American Hospital Association Policy and Statement of Patients’ Choices of Treatment Options, approved by The American Hospital Association in February of 1985 discusses the value of a collaborative relationship between the patient and the physician and states in pertinent part ‘Whenever possible, however, the authority to determine the course of treatment, if any, should rest with the patient’ and ‘the right to choose treatment includes the right to refuse a specific treatment or *all treatment*’” (*Bioethics: health care law and ethics*, *cit.*, p. 263).

<sup>42</sup> MUÑOZ, Daniel Romero *et all*. “O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido”, *cit.*, p. 56.

<sup>43</sup> “On July 12, 1974, the National Research Act (Pub. L. 93-348) was signed into law, there-by creating the National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. One of the charges to the Commission was to identify the basic ethical principles that should underlie the conduct of biomedical and behavioral research involving human subjects and to develop guidelines which should be followed to assure that such research is conducted in accordance with those principles. In carrying out the above, the Commission was directed to consider: (i) the boundaries between biomedical and behavioral research and the accepted and routine practice of medicine, (ii) the role of assessment of risk-benefit criteria in the determination of the appropriateness of research involving human subjects, (iii) appropriate guidelines for the selection of human subjects for participation in such research and (iv) the nature and definition of informed consent in various research settings. The Belmont Report attempts to summarize the basic ethical principles identified by the Commission in the course of its deliberations. It is the outgrowth of an intensive four-day period of discussions that were held in February 1976 at the Smithsonian Institution's Belmont Conference Center supplemented by the monthly deliberations of the Commission that were held over a period of nearly four years. It is a statement of basic ethical principles and guidelines that should assist in resolving the ethical problems that surround the conduct of research with human subjects. By publishing the Report in the Federal Register, and providing reprints upon request, the Secretary intends that it may be made readily available to scientists, members of Institutional Review Boards, and Federal employees. The two-volume Appendix, containing the lengthy reports of experts and

paciente. No que se refere ao consentimento relacionado especificamente ao tratamento médico, o reconhecimento desse direito, por entidades médicas, remonta às últimas décadas do século passado, quando, nos Estados Unidos, vão sendo promulgadas Cartas de Direitos do Paciente, frutos de acordos entre associações de consumidores e a Comissão Americana de Credenciamento de Hospitais. Como iniciativas pioneiras, destacam-se as Declarações de Direitos do *Beth Israel Hospital* de Boston e do *Martin Luther King Health Center* de Nova York.

Mais recentemente, a mesma Associação Médica alçou o fornecimento de informações ao paciente à categoria de “exigência ética fundamental”, nos termos do Enunciado “8.12 – Informação ao Paciente”, de junho de 1994, *in verbis*:

“Constitui exigência ética fundamental a conduta honesta e franca do médico em relação ao paciente, em qualquer circunstância. Pacientes têm o direito de saber sua condição de saúde, atual e passada, e de estarem imunes a falsas expectativas quanto à sua condição. Em determinadas situações, o paciente é submetido a complicações médicas que podem ter ocorrido em virtude de um engano ou julgamento médico. Nesses casos, exige-se do médico o compromisso ético de informar ao paciente todos os aspectos que lhe permitam compreender o acontecido. Apenas por meio da divulgação integral um paciente torna-se apto a tomar decisões coerentes acerca do tratamento médico”<sup>44</sup>.

---

specialists who assisted the Commission in fulfilling this part of its charge, is available as DHEW Publication No. (OS) 78-0013 and No. (OS) 78-0014, for sale by the Superintendent of Documents, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C. 20402. Unlike most other reports of the Commission, the Belmont Report does not make specific recommendations for administrative action by the Secretary of Health, Education, and Welfare. Rather, the Commission recommended that the Belmont Report be adopted in its entirety, as a statement of the Department's policy. The Department requests public comment on this recommendation” (*The Belmont Report*, Department of Health, Education, and Welfare, The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, April 18, 1979).

<sup>44</sup> “8.12 – Patient Information: It is a fundamental ethical requirement that a physician should at all times deal honestly and openly with patients. Patients have a right to know their past and present medical status and to be free of any mistaken beliefs concerning their conditions. Situations occasionally occur in which a patient suffers significant medical complications that may have resulted from the physician's mistake or judgement. In these situations, the physician is ethically required to inform the patient of all the facts necessary to ensure understanding of what has occurred. Only through full disclosure is a patient able to make informed decisions regarding medical care” (AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION. *Code of Medical Ethics of the American Medical Association: 2006-2007 edition, cit.*, p. 240).



De modo geral, como pudemos observar no capítulo anterior, a doutrina e a jurisprudência americanas reconhecem cinco hipóteses nas quais o consentimento do paciente é dispensável: a) casos de emergência e urgência médica; b) renúncia, pelo paciente, à faculdade de tomar decisões pertinentes ao próprio tratamento médico; c) “*therapeutic privilege*”, isto é, casos em que o médico estiver convencido de que a divulgação de informações representaria riscos à sua saúde; d) tratamento médico compulsório; e, e) nos casos em que o paciente não gozar de capacidade para decidir por si mesmo<sup>45</sup>. No capítulo precedente, analisamos o caso *Jacobson versus Commonwealth of Massachusetts* (1905)<sup>46</sup>, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu os limites ao direito à autoderminação, ao confrontá-lo com o interesse coletivo que àquele se sobrepõe.

Antes disso, em *Reynolds versus United States* (1789), a Suprema Corte norte-americana já estabelecera a premissa fundamental em torno da qual se consolidaria a jurisprudência, como vemos em *Jacobson versus Commonwealth of Massachusetts* (1905) e em tantos outros casos análogos. Estabelecendo a distinção entre crença religiosa (“*religious beliefs*”) e prática religiosa (“*religious practices*”), 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>47</sup>.

Embora a jurisprudência tenha papel preponderante, sob o aspecto judicial, no enfrentamento das questões relacionadas ao consentimento para tratamentos médicos e, sobretudo, daquelas referentes ao direito individual de recusar o tratamento proposto, alguns estados norte-americanos dispõem de legislação específica a respeito do tema. Em Illinois, por exemplo, as “Decisões tendentes à renúncia de tratamentos de manutenção das funções vitais,

---

<sup>45</sup> APPELBAUM, Paul S., *et alli. Informed consent: legal theory and clinical practice*, cit., pp. 75-76.

<sup>46</sup> HILLIARD, Bryan. *The U.S. Supreme Court and Medical Ethics: from contraception to managed health care*, cit., p. 185.

<sup>47</sup> ROZOVSKY, Fay Adrienne. *Consent to treatment: a practical guide*, cit., p. 7-5.

assim como de qualquer outra forma de tratamento médico, por um paciente adulto dotado de capacidade para decidir, serão feitas pelo próprio paciente”<sup>48</sup>

Entre as hipóteses de dispensabilidade do consentimento do paciente, as de tratamento médico compulsório são as que suscitam maior polêmica, por se chocarem frontalmente com o direito individual a autodeterminação, considerado consectário lógico do princípio bioético da autonomia. Nos Estados Unidos, ensejam tratamento compulsório as doenças sexualmente transmissíveis, assim como, em alguns estados, a dependência de narcóticos e o alcoolismo, como nos estados de Minnesota e do Colorado, respectivamente. Também a imunização de crianças, como condição para sua admissão no sistema público de ensino, constitui hipótese de tratamento médico compulsório<sup>49</sup>. Nos últimos anos, o considerável aumento dos casos de tuberculose fez com que os governos locais implementassem regras impositivas não apenas da imunização compulsória, como também do tratamento obrigatório e supervisionado da doença. No estado da Califórnia, por exemplo, as autoridades sanitárias não apenas têm o poder de condizir cidadãos à rede pública de saúde, para a realização de exames diagnósticos e para o tratamento da tuberculose, como também de conduzir e supervisionar a administração de medicamentos aos pacientes em quem as autoridades públicas, por suas próprias razões, não confiam<sup>50</sup>.

### 3. Itália

Assim como ocorre na Inglaterra e nos Estados Unidos, a doutrina italiana confere significativa importância às regras deontológicas, especialmente às que impõem ao médico o dever de obter o consentimento do paciente, depois de havê-lo informado acerca do tratamento

---

<sup>48</sup> “Decisions whether to forgo life-sustaining or any other form of medical treatment involving an adult patient with decisional capacity may be made by that adult patient” (755 I.L.C.S. 40/20 – 1998, *in* ROZOVSKY, Fay Adrienne. *Consent to treatment: a practical guide, cit.*, pp. 7-23-24).

<sup>49</sup> ROZOVSKY, Fay Adrienne. *Consent to treatment: a practical guide, cit.*, pp. 2-35-37.

<sup>50</sup> “Some jurisdictions also have attempted to tackle the problem through legislation intended to augment existing public health legislation. California provides a good example of this approach. Not only does the law address traditional public health issues such as taking a person to a health care facility for an examination or treatment, it provides a process for medicating those who are considered unreliable in terms of completing a prescribed medication regimen for treatment of TB” (*Idem*, p. 2-38).

médico proposto. Nesse sentido, o Código de Deontologia Médica italiano, de 1995, estabelece um conjunto de regras sobre o consentimento informado (artigos 29 a 34). Conforme o artigo 29, é atribuído ao médico o dever de fornecer ao paciente, “tendo em vista o seu nível cultural, sua emotividade e capacidade de discernimento”, informação serena e idônea sobre o diagnóstico, o prognóstico e, ainda, sobre a perspectiva terapêutica, assim como as consequências de esta ser ou não seguida, tudo com o fim de promover a adesão do paciente ao diagnóstico e à terapia propostos<sup>51</sup>.

O próprio fornecimento de informações é condicionado ao consentimento do paciente, nos termos do artigo 30, sendo certo que qualquer iniciativa médica, no sentido de estabelecer um diagnóstico e o tratamento terapêutico mais adequado para a hipótese, deve ser precedida pelo consentimento do paciente, que, por sua vez, deve ter sido validamente informado. É o que estabelece o artigo 31, segundo o qual “o médico não deve iniciar a atividade diagnóstica ou terapêutica sem o consentimento do paciente validamente informado”<sup>52</sup>. Já o artigo 33 regula o consentimento dos representantes legais dos incapazes, devendo o médico reportar-se à autoridade judiciária caso os representantes do paciente incapaz se oponham à realização do tratamento médico proposto. Tratando também das hipóteses de tratamento médico compulsório, o artigo 33 permite ao médico instituir o tratamento sem que o paciente o tenha previamente consentido. O artigo 34, por sua vez, contempla as hipóteses de privilégio terapêutico, assim considerados os casos de urgência e emergência, sobretudo quando o paciente não puder se manifestar.

Ainda no que se refere ao dever de informação, o médico italiano tem o dever não apenas de fornecer informações a respeito do tratamento, como também de modular seu discurso conforme a capacidade cognitiva do paciente. É o que estabelece o Código de Deontologia Médica da *Ordine Provinciale di Roma dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri*, nos termos de seu artigo 33, *in verbis*:

---

<sup>51</sup> In RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*, cit., p. 39.

<sup>52</sup> “Il medico non deve intraprendere attività diagnostica o terapeutica senza il consenso del paziente validamente informato” (In RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. “Consentimento informado – pedra angular da responsabilidade criminal do médico”, cit., p. 35).

“O médico deverá comunicar-se com o sujeito tendo em vista sua capacidade de compreensão, a fim de promover a máxima participação na escolha decisional e sua adesão à proposta diagnóstica-terapêutica”<sup>53</sup>.

No âmbito constitucional, o artigo 32 da Constituição italiana estabelece que “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”<sup>54</sup>. Claramente inspirado no direito positivo italiano, 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 foram analisados no capítulo antecedente, ao abordarmos os limites da autodeterminação do paciente em face de interesses públicos, coletivos ou simplesmente individuais homogêneos.

Uma análise superficial do artigo 32 da Constituição italiana leva-nos a identificar o direito individual à saúde e à integridade física como os únicos bens jurídicos tutelados pela norma constitucional. No entanto, subjaz ao artigo 32, conferindo ao dispositivo seu significado mais amplo, o interesse público, na medida em que a saúde e a integridade de cada cidadão interessa, do ponto de vista da consecução dos objetivos estatais, não propriamente a cada cidadão individualmente considerado, mas ao próprio Estado, enquanto promotor de políticas públicas orientadas à garantia do bem-estar coletivo, noção que, extraída do artigo 2º<sup>55</sup>, constitui princípio fundamental do Estado italiano. Complementando em certa medida o sentido do artigo 32 da Constituição italiana, o artigo 5º do *Codice Civile* veda a prática de atos de disposição do próprio corpo que possam causar “diminuição permanente da

---

<sup>53</sup> “Il medico dovrà comunicare con il soggetto tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l’adesione alle proposte diagnosticoterapeutiche”.

<sup>54</sup> “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”.

<sup>55</sup> “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

integridade física ou, de outra forma, sejam contrários às leis, à ordem pública ou ao bom costume”<sup>56</sup>.

No que se refere especificamente ao consentimento informado, o artigo 35 do Código de Deontologia Médica condiciona a atividade médica à obtenção do “consentimento explícito e informado do paciente”<sup>57</sup>. Também a jurisprudência italiana é pacífica quanto à afirmação da necessidade de obtenção do consentimento do paciente. Na Itália, a doutrina do consentimento informado remonta à sentença proferida pela *Corte d’Appello* de Milão, em março de 1939, pela qual restou estabelecido que “o princípio de que deva haver o consentimento prévio a intervenções operatórias perigosas está fora de discussão, pois [...] cada um é livre para encarar o perigo de uma morte imediata, de entregar-se à força imperscrutável da natureza”<sup>58</sup>. O entendimento jurisprudencial italiano, em última análise, só faz assegurar a efetividade do artigo 32 da Constituição de 1947.

#### 4. França

No direito francês, o *consentimento livre, esclarecido e expresso* surgiu como exigência legal em 1978, conforme legislação que regulamentou as experiências biomédicas naquele país. Mais recentemente, a Lei nº. 94.653, de 1994, introduziu o artigo 16, nº. 3, ao Código Civil francês, segundo o qual “não se pode violar a integridade do corpo humano a não ser em caso de necessidade médica para a pessoa. O consentimento do interessado deve ser obtido previamente no caso em que o estado do doente imponha a necessidade de uma intervenção terapêutica, em relação à qual ele não tenha capacidade para consentir”<sup>59</sup>. Todavia, desde o século XIX o debate em torno do consentimento já transitava as cortes

---

<sup>56</sup> “Gli atti di disposizioni del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano, altrimenti contrair alla legge, all’ordine pubblico o al buon costume”.

<sup>57</sup> “Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l’acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente”.

<sup>58</sup> “[...] il principio che occorra il consenso prima di far luogo a pericoloso intervento operatorio è fuori discussione, perché [...] ciascuno è libero di fronte al pericolo di una morte immediata di affidarsi alle forze imperscrutabili della natura” (In RODRIGUES, João Vaz. *Idem*, p. 40).

<sup>59</sup> “Il ne peut être porté atteinte à l’intégrité du corps humain qu’en cas de nécessité médicale pour la personne. Le consentement de l’intéressé doit être recueilli préalablement dans le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n’est pas à même de consentir”.

francesas, a exemplo de acórdão proferido pelo Tribunal de Liège em 1889, do qual se extrai a concepção, ainda vigente, de que o consentimento não constitui, em hipótese nenhuma, um salvo-conduto médico, capaz de eximir o profissional da saúde de responsabilidade e, muito menos, de autorizá-lo a adotar comportamentos contrários à ética e à moral.

A Corte de Cassação francesa, no *arrêt Teyssier*, julgado em 1942, reafirmou o chamado *consentement éclairé*, ao estabelecer que, “todos os cirurgiões de um serviço hospitalar têm – salvo casos de força maior – obrigação de obter o consentimento do doente antes de operá-lo, avaliando com independência, ainda sem a responsabilidade, a utilidade, a natureza e os riscos da intervenção; transgredindo esta obrigação, imposta em respeito ao ser humano, cometem uma falta grave contra os direitos do doente, uma falta a seus deveres propriamente médicos, o que constitui uma falta pessoal, capaz de determinar o desligamento de funções profissionais”<sup>60</sup>.

No entanto, desde o século XIX, a jurisprudência francesa já indicava o caminho do respeito à dignidade do paciente, como se observa em decisão pela qual foram condenados os médicos que haviam submetido um menor a tratamento experimental. Conforme o julgamento do *Tribunal Correctional de Lyon*, o respeito ao doente impunha o limite à investigação científica, não sendo permitido ao médico agir à revelia do paciente, em nome do progresso científico<sup>61</sup>. Quase um século depois, a *Cour de Cassation*, na decisão de 28 de janeiro de 1942, afirmou o princípio segundo o qual o “médico deve, salvo em caso de força maior, obter o consentimento do doente, antes de qualquer operação”<sup>62</sup>.

Catherine Paley-Vincent<sup>63</sup>, no entanto, considera como *leading case* francês um julgado de 1961, quando a Corte de Cassação, abordando a questão sob o prisma do direito à

---

<sup>60</sup> “Comme tout chirurgien, le chirurgien d'un service hospitalier est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération dont il apprécie, en pleine indépendance, sous la responsabilité, l'utilité, la nature et les risques; qu'en violant cette obligation, imposée par le respect de la personne humaine, il commet une atteinte grave aux droits du malade, un manquement à ses devoirs proprement médicaux et qui constitue une faute personnelle se détachant l'exercice de ses fonctions que l'administration des hospices a qualité pour régler” (In WELSCH, Sylvie. *Responsabilité du médecin*, cit., p. 52).

<sup>61</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., p. 58.

<sup>62</sup> *Idem*, p. 59.

<sup>63</sup> *Responsabilité du médecin*, cit., p. 60.

informação, impõe ao médico o dever de obter o consentimento do paciente, depois de lhe haver fornecido “uma informação simples, aproximativa, inteligível e fiel, que lhe permita tomar a decisão considerada correta”<sup>64</sup>.

Em julgado de 1961, a Corte de Cassação, abordando a questão sob o prisma do direito à informação, impõe ao médico o dever de obter o consentimento do paciente, depois de lhe haver fornecido “uma informação simples, aproximativa, inteligível e fiel, que lhe permita tomar a decisão considerada correta”<sup>65</sup>. Atualmente, a relação entre o fornecimento de informação, pelo médico, e a obrigatoriedade da obtenção do consentimento do paciente é estabelecida expressamente pelo artigo 36 do *Code de Deontologie Medicale* (R. 4127-1 a R. 4127-112 do *Code de la Santé Publique*), *in verbis*:

“O consentimento da pessoa examinada ou tratada deve ser sempre solicitado (investigado) em todos os casos. Quando o doente, podendo exprimir sua vontade recusa as investigações (pesquisas) ou tratamento proposto, o médico deve respeitar sua recusa depois de ter informado ao doente as suas consequências (de sua recusa). Se o doente está sem poder de exprimir sua vontade, o médico não pode intervir sem que seus parentes (ou próximos) sejam prevenidos e informados, salvo em caso de urgência ou impossibilidade. As obrigações do médico a respeito do paciente, quando este é menor ou um maior protegido, estão definidas no artigo 42”<sup>66</sup>.

Conforme o direito positivo francês, o consentimento deve ser obtido previamente a qualquer intervenção médica, exceto nos casos em que, dada a gravidade do quadro clínico do paciente, o processo de obtenção de sua anuência em relação à terapia representar risco à sua saúde, nos termos do artigo 16-3 do *Code Civil*. Assim, desde que o paciente tenha consentido,

---

<sup>64</sup> “...une information simple, approximative, intelligible et loyale pour lui permettre de prendre la décision qu'il estimait s'imposer” (*Idem, ibidem*).

<sup>65</sup> “[...] une information simple, approximative, intelligible et loyale pour lui permettre de prendre la décision qu'il estimait s'imposer” (*Idem, ibidem*).

<sup>66</sup> “Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences. Si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que ses proches aient été prévenus et informés, sauf urgence ou impossibilité. Les obligations du médecin à l'égard du patient lorsque celui-ci est un mineur ou un majeur protégé sont définies à l'article 42”.

não serão considerados atentados à sua integridade física as intervenções médicas cuja finalidade seja salvar-lhe de iminente risco à sua saúde<sup>67</sup>.

No que se refere ao dever de informação, o artigo 35 estabelece que “O médico deve à pessoa que ele examina, que ele trata ou que ele aconselha uma informação leal, clara e apropriada sobre seu estado, sobre 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 esclarecê-lo 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 (conjectura) 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 autorizado previamente esta revelação ou designado os terceiros aos quais ele (prognóstico) deve ser feito”<sup>68</sup>. A ressalva feita em relação à hipótese de privilégio terapêutico está presente, como tivemos oportunidade de observar, nos artigos 59, do Código de Ética Médica brasileiro, 9º e 10º do Código de Ética Médica argentino.

A França, vivenciando momento semelhante ao americano, editou sua carta de direitos do paciente, em meio às Regras de Funcionamento de Centros Hospitalares e de Hospitais Locais, introduzidas no ordenamento francês por meio do Decreto nº. 74-27, de 14 de janeiro de 1974. Ao abordar o direito, que assiste ao paciente, de recusar o tratamento médico proposto, tal como estabelecido nos termos do artigo L. 1111-4 do *Code de la Santé Publique*, Sylvie Welsch<sup>69</sup> observa que o médico tem o dever de respeitar a vontade do paciente, após tê-lo informado acerca das consequências de sua escolha. Se a vontade do paciente, de recusar ou

---

<sup>67</sup> Art. 16-3. Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité 'médicale' pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors de cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir”.

<sup>68</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”.

<sup>69</sup> *Responsabilité du médecin, cit.*, p. 101.



de interromper o tratamento, expuser sua vida a risco fatal, o médico deve envidar esforços para convencê-lo em aceitar os cuidados indispensáveis.

Ao mesmo tempo em que nenhum ato ou tratamento médico pode ser realizado sem o consentimento livre e esclarecido do paciente, este consentimento pode ser retirado por ele a qualquer momento. Por outro lado, se o paciente está em condições de exprimir sua vontade e assim recusar os cuidados que lhe são propostos, o médico não deve conformar-se simplesmente com a opinião do paciente, eventualmente manifestada sem muita convicção. Ele deve demonstrar ao paciente as conseqüências de tal recusa, explicando-lhe em que medida essa decisão pode ser contrária a seus interesses. O médico não está, no entanto, obrigado a convencer o paciente acerca do perigo que a falta do ato médico representa, conforme decisão da Corte de Cassação, de 18 de janeiro de 2000 (Didier Laurent contra Sanchez). Se o paciente mantiver a recusa, o médico deve respeitá-la, sem que sua conduta subsuma-se ao tipo da omissão de socorro<sup>70</sup>.

Conforme decisão de 27 de janeiro de 1982, o Conselho de Estado julgou que, qualquer que tenha sido o motivo alegado pelo paciente, sua recusa ao tratamento impede o médico de prosseguir-lo, “salvo em casos de perigo imediato para a vida ou a saúde do paciente”<sup>71</sup>. A Corte Administrativa de Apelação de Paris, por sua vez, abordou a problemática da recusa ao tratamento médico em decisão de 9 de junho de 1998, ao rejeitar o pedido de compensação de danos morais formulado por um paciente que, sendo adepto das Testemunhas de Jeová, recebera uma transfusão sanguínea, muito embora houvesse expressado a prévia recusa a qualquer terapêutica que implicasse “a utilização de sangue sob qualquer forma”<sup>72</sup>.

Os médicos, conscientes da vontade do paciente, optaram por contrariá-la, em favor da preservação de sua vida. Em sua decisão, a Corte releva que o respeito à vontade do paciente de nenhuma forma deve restringir a profissão médica, cuja finalidade precípua consiste em proteger a saúde e, em último caso, manter a vida do paciente. Como se vê, com fundamento

---

<sup>70</sup> *Idem*, p. 102.

<sup>71</sup> *Idem, ibidem*.

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

no dever de proteção à saúde em caso de um diagnóstico vital sem outra alternativa terapêutica, a Corte fez prevalecer a vida do paciente, nas hipóteses em que sua própria vontade (neste caso motivada por uma convicção religiosa) a colocar em risco.

No mesmo sentido, o Conselho de Estado, em decisão de 26 de outubro de 2001, entendeu que, diante da situação extrema na qual se encontrava “Madame X”, os médicos teriam realizado, como único meio de salvá-la, um ato indispensável à sua sobrevivência. Ainda que tal ato pudesse haver desrespeitado uma orientação da paciente, fundada em sua convicção religiosa, nenhuma infração haveria de ser imposta aos médicos. Como fundamento, o Conselho de Estado argüí, em primeiro lugar, que as transfusões, na espécie, consituíam o único tratamento suscetível de salvaguardar a vida da paciente e que, ademais, essa espécie de terapêutica não poderia, conforme o senso comum, ser considerada tratamento desumano ou degradante, afastando dessa forma o argumento de privação da liberdade, tal como sustentado pela paciente, que em sua defesa arguiu os artigos 3º e 5º da Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais<sup>73</sup>.

Os fundamentos sobre os quais está assentada a jurisprudência francesa a aproximam do entendimento dos tribunais paulistas, conforme o analisamos no capítulo precedente. Ao contrário da jurisprudência americana, como vimos em *Jacobson versus Commonwealth of Massachusetts* (1905), e da argentina, que mais adiante analisaremos, os tribunais franceses identificam a supremacia da vida, em relação à liberdade religiosa, como o fundamento capaz de autorizar o médico a proceder com o tratamento, ainda que tal conduta contrarie expressa disposição do paciente. Assim, a questão é abordada e solucionada enquanto conflito entre dois direitos da personalidade: o direito à expressão do credo religioso e o direito à vida, não obstante este seja encarado sob uma perspectiva que transcende o aspecto meramente personalíssimo.

## 5. Portugal

---

<sup>73</sup> *Idem*, p. 102.

Em Portugal, desde 1982, quando foi inserido ao Código Penal o artigo 156<sup>74</sup>, as “Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários” configuram conduta típica, sendo certo que o consentimento do paciente constitui excludente da própria tipicidade do ato, não apenas da ilicitude<sup>75</sup>. No mesmo sentido, o consentimento do lesado torna lícito o ato lesivo, desde que a ilicitude do ato não contrarie a lei ou os bons costumes, a teor do que dispõe o artigo 340, n<sup>os</sup> 1 e 2, do Código Civil<sup>76</sup>. Por outro lado, o artigo 150, incluído no Código Penal pela Lei n<sup>o</sup>. 65/98<sup>77</sup>, passou a estabelecer que “as intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não consistiram ofensa à integridade física”<sup>78</sup>. Isto é, não havendo relação de causalidade entre a lesão sofrida pelo paciente e a conduta do profissional, esta não será típica, desde que o paciente a tenha consentido e que a conduta represente a terapêutica mais adequada para o tratamento daquela condição de saúde.

O Código Deontológico da Ordem dos Médicos de Portugal de 1985, por sua vez, em seu artigo 38, estabelece o dever de esclarecimento do paciente, permitindo que o médico lhe negue assistência, caso haja recusa em aceitar o tratamento proposto, não obstante o paciente tenha sido informado acerca das conseqüências da ausência de tal medida terapêutica. Quanto à relação entre informação e validade do consentimento, este “só será eficaz quando o paciente

---

<sup>74</sup> “1 – As pessoas indicadas no artigo 150 [médicos ou pessoas legalmente autorizadas] que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente, são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. 2 – O fato não é punível quando o consentimento: a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde ou; b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde, e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado. 3 – Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias. 4 – O procedimento criminal depende de queixa” (In MONIZ, Helena. *Legislação de direito da medicina, cit.*, p. 120).

<sup>75</sup> RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. “Consentimento informado – pedra angular da responsabilidade criminal do médico”, *cit.*, p. 36.

<sup>76</sup> “1 – O ato lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão. 2 – O consentimento do lesado não exclui porém, a ilicitude do ato, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes. 3 – Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível” (In MONIZ, Helena. *Idem*, p. 118).

<sup>77</sup> In MONIZ, Helena. *Idem, ibidem*.

<sup>78</sup> *Idem, ibidem*.

tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis conseqüências 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”, conforme o artigo 157, nº. 1, do Código Penal<sup>79</sup>.

Em Portugal, a definição do conteúdo da relação jurídica médico-paciente está contida na Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes<sup>80</sup>, que, conquanto não tenha efeito vinculante, relaciona os elementos constitutivos da relação médico-paciente, sintetizando os direitos e os deveres dos pacientes, consagrados no Direito positivo. Não obstante a iniciativa portuguesa tenha sido elogiada por alguns autores daquele país, essa Carta nada mais faz do que traspor uma série de direitos individuais – que seguramente não são exclusivos dos pacientes, mas de qualquer pessoa – para o contexto dos tratamentos médicos e, especificamente, da relação médico-paciente.

No que se refere aos direitos do paciente, a Carta apresentou, em primeiro lugar, o “respeito pela dignidade humana”, reconhecidamente o fundamento primordial dos Estados Democráticos de Direito modernos. Ademais, a declaração portuguesa estabelece o “respeito pelas convicções culturais, filosóficas e religiosas” como direito do paciente, que também constitui direito fundamental do indivíduo, seja em Portugal, seja no Brasil ou em qualquer outro estado democrático. Em seguida, a Carta enuncia o direito aos “cuidados apropriados ao estado de saúde”, e à “prestação de cuidados continuados”. Conforme André Gonçalo Dias Pereira, trata-se de concretizações do direito à saúde, previsto no artigo 64 Constituição Portuguesa<sup>81</sup>.

A “informação sobre serviços de saúde existentes”, o “direito à livre escolha do médico”, o direito à “informação ao doente”, à “segunda opinião” e ao “consentimento livre e esclarecido” são, nas palavras do jurista português, expressões do direito ao consentimento informado, na sua vertente mais moderna de *informed choice*. Em seu significado mais amplo,

---

<sup>79</sup> In MONIZ, Helena. *Legislação de direito da medicina*, cit., p. 119.

<sup>80</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., p. 52.

<sup>81</sup> *Idem, ibidem*.

o conceito de *informed choice* não apenas implica o reconhecimento de que “o paciente consinta ou recuse uma intervenção determinada heteronomamente, mas que tenha todos os elementos de análise sobre as possibilidades de tratamento possíveis, assumindo-se como sujeito e como um par, um igual na relação”<sup>82</sup>.

Por isso, a informação clínica, assim como a confidencialidade a respeito dela, constituem outro direito do paciente. Se é fato que toda relação entre médico e paciente consiste em uma relação de consumo (consumo de serviços médicos, pouco importando a que título, se gratuito ou oneroso, tais serviços são prestados), então os direitos genericamente garantidos aos consumidores devem ser igualmente assegurados aos pacientes.

Quando procuramos identificar a idade a partir da qual a pessoa torna-se capaz de consentir, nos deparamos com uma aparente antinomia entre o artigo 5º, nº. 3, da Lei nº. 36, de 24 de julho de 1998, e o artigo 38, nº. 3, do Código Penal português, a seguir confrontados:

**“Lei nº. 36/98, de 24 de julho, artigo 5º**

1 — Sem prejuízo do previsto na Lei de Bases da Saúde, o utente dos serviços de saúde mental tem ainda o direito de:

- a) Ser informado, por forma adequada, dos seus direitos, bem como do plano terapêutico proposto e seus efeitos previsíveis;
- b) Receber tratamento e protecção, no respeito pela sua individualidade e dignidade;
- c) Decidir receber ou recusar as intervenções diagnósticas e terapêuticas propostas, salvo quando for caso de internamento compulsivo ou em situações de urgência em que a não intervenção criaria riscos comprovados para o próprio ou para terceiros;
- d) Não ser submetido a electroconvulsivoterapia sem o seu prévio consentimento escrito;
- e) Aceitar ou recusar, nos termos da legislação em vigor, a participação em investigações, ensaios clínicos ou actividades de formação;
- f) Usufruir de condições dignas de habitabilidade, higiene, alimentação, segurança, respeito e privacidade em serviços de internamento e estruturas residenciais;
- g) Comunicar com o exterior e ser visitado por familiares, amigos e representantes legais, com as limitações decorrentes do funcionamento dos serviços e da natureza da doença;

---

<sup>82</sup> *Idem, ibidem.*

h) Receber justa remuneração pelas actividades e pelos serviços por ele prestados;

i) Receber apoio no exercício dos direitos de reclamação e queixa.

[...]

3 — Os direitos referidos nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 são exercidos pelos representantes legais quando os doentes sejam menores de 14 anos ou não possuam o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento”.

#### “Código Penal, artigo 38 (consentimento)

[...]

3 – O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que se presta (Redação da Lei n.º. 59/2007, de 4 de setembro)”<sup>83</sup>.

Se, por um lado, o artigo 5º, n.º. 3, da Lei n.º. 36/98, cujo objeto consiste em estabelecer “os princípios gerais da política de saúde mental” e regular a “internação compulsória dos portadores de anomalia psíquica, designadamente das pessoas com doença mental” (artigo 1º), refere-se especificamente ao consentimento para o tratamento de pessoas nessas condições de saúde, o artigo 38 do Código Penal, por outro lado, diz respeito ao consentimento genericamente considerado. Diante disso, em atenção ao princípio da especialidade – “*lex specialis derogat generali*”, chegamos à conclusão de que as normas em referência podem coexistir perfeitamente no ordenamento jurídico português, na medida em que se inserem em suportes fáticos inconfundíveis.

Como observa Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues<sup>84</sup>, a capacidade natural de decidir, de que trata o artigo 5º, n.º. 3, da Lei n.º. 36/98, não se confunde com a capacidade jurídica ou mesmo com a imputabilidade. Assim, os maiores de 14 anos, desde que possuam discernimento, podem decidir a respeito das intervenções médicas que lhes são propostas. Em caso de incapacidade transitória, como a de um paciente inconsciente ou impossibilitado de comunicar-se em virtude de qualquer outra circunstância clínica, o médico deverá recorrer ao consentimento presumido (equiparado ao consentimento efetivo para todos os efeitos

---

<sup>83</sup> In MONIZ, Helena. *Idem, cit.*, p. 119.

<sup>84</sup> *Idem, cit.*, p. 34.

jurídicos), previsto no artigo 39, nº. 2, do Código Penal<sup>85</sup>, tendo o legislador português optado por um “regime de *‘favor vitae et salutis’*, ao exigir a verificação de circunstâncias que permitam concluir *com segurança* que o consentimento seria recusado”<sup>86</sup>. Na hipótese de lesão a um direito do paciente, “Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com sua vontade presumível”, segundo o que dispõe o artigo 340, nº. 3, do Código Civil português.

No nível infra-legal, o conteúdo da relação jurídica médico-paciente está definido na Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes, como tivemos oportunidade de observar no Capítulo II<sup>87</sup>. Muito embora essa Carta não tenha efeito vinculante, ela relaciona os elementos constitutivos da relação médico-paciente, sintetizando os direitos e os deveres dos pacientes, consagrados no direito positivo português. No que se refere aos direitos do paciente, a Carta apresentou, em primeiro lugar, o “respeito pela dignidade humana”. Ademais, a declaração portuguesa estabelece o “respeito pelas convicções culturais, filosóficas e religiosas” como direito do paciente, que também constitui direito fundamental do indivíduo. Em seguida, a Carta enuncia o direito aos “cuidados apropriados ao estado de saúde”, e à “prestação de cuidados continuados”, concretizações do direito à saúde, previsto no artigo 64 Constituição Portuguesa<sup>88</sup>.

## 6. Argentina

Na Argentina, a regulação do exercício da medicina, da odontologia e das chamadas “atividades de colaboração” é objeto da Lei nº. 17.132, de 31 de janeiro de 1967 (*Régimen Legal del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares de las Mismas*). O

---

<sup>85</sup> “Há consentimento presumido quando a situação em que o agente atua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no fato, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado”.

<sup>86</sup> RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. *Idem*, p. 42.

<sup>87</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., p. 52.

<sup>88</sup> *Idem, ibidem*.

inciso III do artigo 19 dessa Lei<sup>89</sup> trata da autonomia do paciente e de sua capacidade para consentir ou recusar tratamentos médicos, impondo aos profissionais que exercem a medicina a obrigação de “respeitar a vontade do paciente, quando ele se nega a tratar-se ou a internar-se, salvo em casos de inconsciência, alienação mental, lesões graves causadas por acidentes, tentativas de suicídio ou de delitos”<sup>90</sup>. Como observa Alfredo Jorge Kraut<sup>91</sup>, essa exigência é intensificada nos casos de intervenções mutilantes, a respeito das quais se requer “conformidade por escrito do enfermo”, requisito que se aplica também aos transplantes de órgãos, nos termos das Leis n<sup>os</sup> 21.541 e 24.193.

A respeito do tema, 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>92</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.

Ao contrário da experiência norte-americana, não há na jurisprudência argentina uma longa tradição de casos sobre recusa a tratamentos médicos ou a internações<sup>93</sup>. O caso *Bahamondez* (1993), no entanto, é considerado paradigmático a respeito do tema. Nele, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* consolidou o entendimento segundo o qual “a

---

<sup>89</sup> “Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a: [...] 3. Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las operaciones rutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo, salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz; [...]”.

<sup>90</sup> Esse artigo corresponde, em certa medida, aos artigos 46 e 56 do Código de Ética Médica brasileiro (Resolução CFM n<sup>o</sup>. 1.246/1988): “É vedado ao médico: [...] Art. 46. Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida. [...] Art. 56. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida”.

<sup>91</sup> *Los derechos de los paciente*, cit., p. 181.

<sup>92</sup> In CORTÉS, Julio César Galán. *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, cit. pp. 73-74.

<sup>93</sup> KRAUT, Alfredo Jorge. *Idem*, p. 183.



possibilidade de que os indivíduos adultos possam aceitar ou rechaçar livremente toda interferência no âmbito de sua intimidade corporal é um requisito indispensável para a existência do mencionado direito à autonomia individual, fundamento sobre o qual repousa a democracia constitucional”<sup>94</sup>.

Esse entendimento jurisprudencial, conforme assinala Oscar Ernesto Garay<sup>95</sup>, decorre da interpretação dos artigos 19 e 42 do preâmbulo da Constituição Nacional<sup>96</sup> e do artigo 53 do Código Civil<sup>97</sup>. O jurista argentino relaciona uma série de casos, para demonstrar que a jurisprudência em seu país tem se orientado no sentido de que o tratamento médico, assim como a internação hospitalar, somente podem ser levados a efeito mediante a obtenção do consentimento do paciente, sendo certo que, na ausência deste, o médico (ou a equipe médica) não poderá agir, ainda que o tratamento médico represente a realização do mister médico, em seu sentido mais amplo<sup>98</sup>.

Em algumas circunstâncias, porém, não apenas o consentimento do paciente é dispensável, como sua eventual recusa ao tratamento médico é sumariamente desconsiderada,

---

<sup>94</sup> In GARAY, Oscar Ernesto. *Código de Derecho Médico*, cit., p. 126.

<sup>95</sup> *Código de Derecho Médico*, cit., p. 126.

<sup>96</sup> “Art. 19. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Art. 42. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. [...] Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. [...] La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

<sup>97</sup> “Art.51.- Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible. [...] Art.52.- Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este Código no están expresamente declarados incapaces. [...] Art.53.- Les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política”.

<sup>98</sup> Nesse sentido, cf. GARAY, Oscar Ernesto: “Se o autor – na espécie – resulta não apenas internado senão também medicado contra sua vontade, não importa o benefício que do medicamento possa surtir, desde que o arbítrio de sua existência e da qualidade de vida que lhe pareça melhor sejam os da própria pessoa e não do médico, máxime se forem forçados (CN Cív., Sala B, 26/10/1990, “Marsilla, Manuel c/ Hepner, Manuel y otro”, J.A., 1991-I-498)” (*Código de Derecho Médico*, cit., p. 200).

em nome do interesse coletivo<sup>99</sup>. É também Garay<sup>100</sup> quem identifica os critérios de que se vale o legislador argentino para estabelecer as situações em que o tratamento médico assume caráter coativo, devendo ser imposto ao paciente independentemente de sua vontade. Em um primeiro grupo de casos estão as hipóteses de *imposición médica relativa*, assim consideradas as situações em que a recusa ao tratamento médico apenas impõe ao paciente a renúncia ao benefício que dele presumidamente adviria, sendo certo que, em tais situações, o tratamento não possui caráter coercitivo. São exemplos de imposição médica relativa as situações em que é exigido o exame médico pré-nupcial, conforme a Leis n<sup>os</sup> 12.331 e 16.668; em que é exigida a internação para o tratamento de doença venérea, nos termos da Lei n<sup>o</sup>. 12.331; em que se exige exame médico admissional. Como observa Garay, o paciente que, em tais situações, recusa o tratamento médico “perde determinados benefícios: a possibilidade de ingressar em um trabalho, em uma escola, de contrair matrimônio ou de ingressar em um país”<sup>101</sup>.

Em um segundo grupo de casos estão as hipóteses de *imposición médica imperativa*, isto é, as situações nas quais as intervenções e exames médicos são obrigatórios. Assim, o artigo 142 do Código Civil<sup>102</sup> argentino estabelece a imperatividade do exame médico para fins de declaração de incapacidade por “demência”. Assim também, assume caráter coativo a internação com fundamento em enfermidade mental, em periculosidade e em necessidade de cuidados especiais, nos termos dos incisos 3<sup>o</sup> e 5<sup>o</sup>, do artigo 19 da Lei n<sup>o</sup>. 17.132, e do artigo 482 do Código Civil<sup>103</sup> argentino<sup>104</sup>.

---

<sup>99</sup> “La regla de que nadie puede ser obligado a recibir asistencia médica se deja de lado, cuando el interés particular entra en conflicto con el bienestar general: en tal caso, el legislador opta por dar preminencia al interés colectivo” (GARAY, Oscar Ernesto. *Idem*, p. 127).

<sup>100</sup> *Idem*, pp. 127-128.

<sup>101</sup> *Idem*, p. 128.

<sup>102</sup> “La declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino a solicitud de parte, y después de un examen de facultativos”.

<sup>103</sup> “El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros. No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial. [...] Las autoridades policiales podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez, de las personas que por padecer enfermedades mentales, o ser alcoholistas crónicos o toxicómanos pudieren dañar su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública. Dicha internación sólo podrá ordenarse, previo dictamen del médico oficial. [...] A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la internación de quienes se encuentren afectados de enfermedades mentales aunque no justifiquen la declaración de demencia, alcoholistas crónicos y toxicómanos, que requieran asistencia en establecimientos adecuados, debiendo designar un defensor especial para asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aun evitarla, si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos”.

A despeito dessas hipóteses isoladas, falta no ordenamento argentino a regulamentação sistemática das situações em que o tratamento médico pode ser realizado a despeito de o paciente não o haver autorizado, de tal forma que as intervenções compulsórias carecem de fundamento legal específico, ficando a cargo dos tribunais a ratificação dos atos médicos praticados como medida compulsória<sup>105</sup>.

Somente a hipótese de internação psiquiátrica de pessoas cuja condição mental possa representar riscos a si mesmas ou a terceiros é contemplada pela lei argentina, conforme o inciso V, do artigo 19, da já referida Lei nº. 17.132 (*Régimen Legal del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares de las Mismas*)<sup>106</sup> e o artigo 482 do Código Civil argentino.

No Brasil, conforme o artigo 6º da Lei nº. 10.216, de 6 de abril de 2001, a “internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos”. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: internação voluntária, assim considerada a “que se dá com o consentimento do usuário” (inciso I); internação involuntária, sendo “aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro (inciso II); e, finalmente, internação compulsória, isto é, “aquela determinada pela Justiça” (inciso III).

---

<sup>104</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>105</sup> A esse respeito, KRAUT, Alfredo Jorge: “En nuestro país, el tema carece de una regulación normativa específica que brinde fundamento legal a la excepción de la regla de no intervención. [...] La cuestión resulta especialmente problemática cuando es el caso de tratamientos médicos impuestos – que neutralizan legítimamente el derecho a objetar la terapéutica sugerida – entre ellos, el acto médico de internar y mantener involuntaria o compulsivamente la reclusión de pacientes con problemas psíquicos, así como la decisión judicial que la convalida. La pertinencia de la decisión que dispone la medida para arribar a la triple convicción enunciada por el doctor Achával – a) convicción diagnóstica, b) convicción terapéutica, c) convicción pronóstica, sobre la peligrosidad psiquiátrica del paciente para sí, para terceros, para las cosas y aun para el mismo tratamiento – queda librada, en gran medida, a la idoneidad y buena fe del profesional” (*Los derechos de los paciente*, cit., pp. 184-185).

<sup>106</sup> “El artículo 19, inciso 5º, (ley 17.132) obliga al médico a promover ‘la internación en establecimientos públicos o privados de las personas que por su estado psíquico o por trastornos de su conducta signifiquen un peligro para sí mismas o para las demás’ (KRAUT, Alfredo Jorge. *Idem, ibidem*).

De modo geral, a relação médico-paciente é regulamentada pelo *Código de Ética de la Asociación Médica Argentina para el Equipo de Salud*, da Associação Médica Argentina, e pelo Código de Ética da *Confederación Médica de la República Argentina – CO.M.RA.*. Deste último, destacamos os artigos 7º e 15º a 18º, *in verbis*:

“ARTICULO 7º – Toda la asistencia médica debe basarse en la libre elección del médico por parte del enfermo, ya sea en el ejercicio privado, en la atención por entidades particulares o por el Estado. [...]

ARTICULO 15º – El médico no hará ninguna operación mutilante (amputación, castración, etc.) sin previa autorización del enfermo, la que se podrá exigir por escrito o hecha en presencia de testigos hábiles. Se exceptúan los casos en los cuales la indicación surja del estado de los órganos en el momento de la realización del acto quirúrgico o el estado del enfermo no lo permita. En estos casos se consultará con el miembro de la familia más allegado o en ausencia de todo familiar o representante legal, después de haber consultado y coincidido con otros médicos presentes. Todos estos hechos conviene dejarlos por escrito y firmados por los que actuaron”

ARTICULO 16º – Asimismo la terapéutica convulsivante o cualquier otro tipo de terapéutica neuropsiquiátrica y neuroquirúrgica, debe hacerse mediante autorización escrita del enfermo o de sus allegados.

ARTICULO 17º – El mismo criterio se seguirá en todos los casos de terapéutica riesgosas a juicio del médico tratante.

ARTICULO 18º – El médico no practicará ninguna operación a menores de edad sin la previa autorización de los padres o tutor del enfermo. En caso de menores adultos, su consentimiento será suficiente tratándose de operaciones indispensables y urgentes y no hubiese tiempo de avisar a sus familiares. Conviene dejar constancia por escrito”.

Como podemos observar, a legislação e o entendimento jurisprudencial argentinos colocam o país vizinho em posição semelhante à brasileira no que se refere à exigência, como regra, do consentimento do paciente para qualquer espécie de intervenção médica, exceção feita às hipóteses em que este não puder exprimir sua vontade ou não gozar de capacidade para expressa-la. Especificamente nos casos de recusa ao tratamento médico, em virtude de convicções religiosas, observamos a distinção entre os argumentos consagrados pela jurisprudência de cada um dos países, muito embora ambas propalem a mesma solução para o

problema, isto é, a legitimação do tratamento médico obrigatório, a despeito de o paciente manifestar-se em sentido contrário.