

FORMULÁRIOS DE AUTORIZAÇÃO DE TRATAMENTO: PROTEÇÃO OU COAÇÃO?

Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva*

I. INTRODUÇÃO

A par do aprimoramento da discussão envolvendo antigos problemas relacionados à distribuição da saúde pública, em especial nos países do terceiro mundo, e dos novos problemas que vão desde a proteção do meio ambiente à destinação das descobertas revolucionárias da engenharia genética, a discussão bioética se apresenta cada vez mais preocupada com o usuário dos serviços médicos e com a responsabilização do profissional.

Tal preocupação decorre do caráter eminentemente prático e principialista que assume a bioética ao dedicar-se aos problemas oriundos da atividade médica, situação esta já analisada em outro trabalho.¹

Por um lado, apresentam-se os consagrados e reconhecidos princípios da beneficência, não maleficência, autonomia e da justiça, *tidos como válidos e vigentes no conjunto da vida social e que se mostravam eficazes e corretos para as tomadas de decisão no campo da moral médica*². Pelo outro, o desenvolvimento tecnológico das técnicas de diagnóstico e, também, a sua ampla divulgação através dos meios de comunicação em massa tem mudado a posição do paciente, e acaba por demandar um desenvolvimento na sua relação com o médico, chegando a afirmar-se que não há mais espaço para a medicina centrada no princípio da beneficência:

*A tradicional postura de passividade em que os pacientes não vêem motivos para quaisquer preocupações, convencidos de que o médico, como detentor do conhecimento, sabe o que é melhor para eles e se empenhará a fundo para proporcioná-lo vai cedendo lugar a uma atitude mais ativa, em que os pacientes reivindicam o direito de saber e de participar das decisões acerca dos procedimentos médicos a serem adotados. A assimetria característica da relação médico-paciente tende a ser reduzida com a ampliação das informações sobre assuntos de saúde. Hoje, já temos pacientes que chegam ao consultório médico munidos de recentes publicações médicas sobre sua doença, obtidas via Internet.*³

Evidentemente, o estudo dessa correlação de forças, mais do que uma questão jurídica ou política, na medida em que estuda as normas existentes e as que devem ser criadas, é uma questão ética, pois diz respeito a situações práticas que antes de serem analisadas por qualquer tribunal, colocarão em questão o bem estar ou mesmo a vida dos interessados.

* Juiz de Direito em Santa Catarina, Mestre em Direito Administrativo pela UFSC e professor na UNOESC (Universidade do Oeste de Santa Catarina), e na ESMESC (Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina)

¹ SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. “Bioética: uma visão antropológica”, p. 159/167

² GAFO, Javier. “Dez palabras clave en Bioetica”, p. 17

³ FÉ, Ivan de Araújo Moura. “Doença Mental e Autonomia”

Essa é a lição de GARRAFA, preocupado com o respeito às opções e demandas de todas as esferas sociais: *com a diversificação cada vez maior de costumes e/ou princípios sociais, religiosos, jurídicos e outros, ficam cada dia mais estreitos os caminhos e delicado o equilíbrio entre a ética da liberdade individual, a ética das necessidades coletivas e a aplicação dos avanços da ciência e da tecnologia.*⁴

Como recomenda CARLIN, a investigação deve ser feita em três níveis: o ético, abrangendo normas práticas de conduta moral; o deontológico, com o conjunto de normas de conduta específicas da atividade profissional; e o jurídico, integrado pelos princípios e regras legais, dotados da coatividade estatal e de sanção correspondente.⁵

Com a visão interdisciplinar característica da bioética, o presente estudo se propõe a investigar as extensões que podem assumir os chamados Formulários de Autorização de Tratamento como manifestação da vontade autônoma, e sua eficácia como forma de proteção que se oferece tanto ao médico e ao paciente, para ao final emitir uma avaliação quanto a validade do instituto.

II. AUTONOMIA E CAPACIDADE

O princípio da autonomia⁶ se destaca no plano ético, pressupondo que o ser humano *deve ser livre de todo controle exterior e ser respeitado em suas decisões vitais básicas*, ou seja: *o enfermo é um sujeito e não um objeto, e por isso devem respeitar-se as decisões tomadas pelos pacientes que se encontrem em condições de tomá-las, ainda que em certas hipóteses venha a ser contrariado outro princípio, o da beneficência.*⁷ Segundo a autonomia, ninguém pode impor a sua vontade ao outro.

Tal princípio, historicamente com maior força no mundo anglo-saxônico, onde prevalece uma ética liberal e utilitarista, tem ganhado corpo no Brasil ultimamente, a partir da valorização do cidadão como consumidor de serviços, tomando espaço de uma medicina puramente beneficente, onde a vontade do paciente é suplantada pela do médico, num fenômeno denominado heteronomia⁸.

Um bom exemplo da extensão deste princípio é trazido por Aguiar Dias, apud KFOURI NETO⁹, que cita o caso do paciente que se recusou a permitir a amputação de uma perna

⁴ GARRAFA, Volnei. “Reflexões Bioéticas Sobre Ciência, Saúde e Cidadania”

⁵ “As novas técnicas de reprodução vêm despertando, crescentemente, uma verdadeira conscientização para o fenômeno, denominado pelos especialistas, de bioética. Entende-se esta como a maneira de regulamentação das novas práticas biomédicas, atingindo três categorias de normas: deontológicas, jurídicas e éticas, que exigem comportamento ético nas relações da biologia com a medicina.” (CARLIN, Volnei. “Deontologia Jurídica”, p. 34/35)

⁶ “Semanticamente, “autonomia” vem do grego *autonomia*, palavra formada pelo adjetivo pronominal *autos* que significa ao mesmo tempo “o mesmo”, “ele mesmo” e “por si mesmo” e *nomos* que significa “compartilhamento”, “lei do compartilhar”, “instituição”, “uso”, “lei”, “convenção”. Nesse sentido, autonomia significa propriamente a competência humana em “dar-se suas próprias leis”.” (SEGRE, Marco; SILVA, Franklin Leopoldo; e SCHRAMM, Fermin R. “O Contexto Histórico, Semântico e Filosófico do Princípio de Autonomia”)

⁷ GAFO, Javier. Op. cit., p. 20

⁸ “Heteronomia, ao reverso, é o poder que se dá, ou que alguns profissionais pretendem ter, de determinar como seus pacientes devem se comportar, impondo sua vontade. Muitas vezes a heteronomia é incompatível com a ética, mas é compatível com o Direito. Quando há o cumprimento da regra sem adesão ou conformidade íntima, não se pode descartar a possibilidade de coação.” (MARCHI, Maria Mathilde e SZTAJN, Rachel. “Autonomia e Heteronomia na Relação entre Profissional de Saúde e Usuário dos Serviços de Saúde”)

⁹ KFOURI NETO, Miguel. “Responsabilidade Civil do Médico”, p. 66/67

esmagada num acidente, e acabou por falecer em decorrência de gangrena gasosa. Segundo o autor, os médicos não puderam agir de modo diverso pela veemente recusa manifestada de forma lúcida pelo paciente. Menciona, contudo, a ressalva da autorização supralegal para intervenção, ainda que sem consentimento, nos casos onde houver iminente perigo de vida.

Ou seja, hoje é inquestionável que ao paciente assiste o direito irrecusável de submeter-se ou não a tratamento, assim como de escolher o médico e o local onde admite ser tratado. Pode inclusive efetuar certas disposições para quando, eventualmente, não disponha de meios de decidir de forma consciente, como por exemplo a autorização para doação de órgãos, hoje regulada pela Lei n. 9.434/97.

FABBRO descreve esse desenvolvimento recente do princípio da autonomia como uma superação da tendência paternalista da conduta do médico onde o paciente, *ao ser poupado dos sofrimentos que a consciência plena de todas as circunstâncias de sua doença e do tratamento indicado podem representar, tem subtraído o seu direito à informação e à escolha*.¹⁰ Afirma que a autonomia exige uma harmonização com os princípios da beneficência e da não-maleficência, e representa o limite da intromissão do médico na vida do paciente.

Para que haja respeito a essa vontade, é necessário que seja ele capaz de tomar decisões em benefício próprio, sem qualquer restrição de ordem interna (alienação do paciente em função de idade, desenvolvimento retardado, doença mental, etc.) ou externa (influência de terceiros sobre a vontade do paciente através de erro, dolo, coação, simulação ou outras fraudes).¹¹

Afirmado que a capacidade para decidir deve estar correlacionada a certos comportamentos das pessoas, MARCHI & SZTAJN tecem a seguinte conceituação: *Capacidade de agir significa capacidade para o exercício de direitos, enquanto capacidade jurídica significa capacidade de gozo de direitos. Mas a capacidade para agir está sujeita às condições que a lei prevê e pode ser distinta para cada setor da atividade humana*.¹²

Essa noção de capacidade, há muito conhecida pelo direito, é vinculada à maioridade civil atingida aos 21 anos, segundo o art. 9º do Código Civil de 1916. Para a doutrina de Clóvis BEVILAQUA, autor do Código, capacidade é *a aptidão de alguém para exercer por si os atos da vida civil*.¹³ Ficam então excluídos as crianças e os adolescentes, os alienados, os surdos-mudos que não puderem exprimir a sua vontade, os pródigos e os falidos, estes últimos especificamente para efetuar disposições relativas à propriedade.

Desde logo, é possível identificar a primeira limitação ao exercício da autonomia do paciente ao manifestar sua vontade de acordo com o tratamento médico. A manifestação deve obrigatoriamente provir de pessoa dotada de capacidade para tomar tais decisões, sob pena de absoluta ineficácia.

É dessa capacidade, atributo da personalidade, que nasce na esfera jurídica o direito de contratar validamente: *a ordem jurídica, que assegura aos indivíduos a faculdade de criar direito e estabelecer uma vinculação efetiva, não se contenta com isto, e concede-lhes a liberdade de contratar*.¹⁴

¹⁰ FABBRO, Leonardo. “Limitações Jurídicas à Autonomia do Paciente”

¹¹ Em outras palavras: “O que põe em evidência a questão da autonomia é a vontade, que, na visão kantiana, é autônoma por determinar-se em razão da própria essência. Daí a ligação entre vontade e autonomia. Trata-se, aqui, da esfera jurídica do sujeito, da liberdade, gozo e exercício de direitos subjetivos, exercício de poder e de cumprimento de deveres em face de outros sujeitos.” (MARCHI & SZTAJN, op. cit.)

¹² MARCHI & SZTAJN, op. cit.

¹³ BEVILAQUA, Clóvis. “Teoria Geral do Direito Civil”, p. 82

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Instituições de Direito Civil”, vol. III, p. 9

No Direito Civil brasileiro essa liberdade recebe justamente o nome de autonomia da vontade, e é limitada pela atuação estatal a bem do interesse público.¹⁵ Por isso, ainda no dizer de PEREIRA: *O direito ao próprio corpo é um complemento do poder sobre si mesmo, mas só pode ser exercido no limite da manutenção da sua integridade. Todo ato que implique atentado contra esta integridade é repellido por injurídico.*¹⁶

Como resultado dessa noção intervencionista arraigada na cultura jurídica brasileira, foram criadas normas pretendendo assegurar o direito à liberdade de decidir de forma consciente e informada, já que *a vontade e a capacidade não são suficientes para o pleno exercício da autonomia. Para a ordem jurídica, a informação é o pressuposto inarredável para que o indivíduo realize suas escolhas no contexto de uma coexistência equilibrada em sociedade.*¹⁷

III. DIREITO À INFORMAÇÃO

Tratando da autonomia do paciente, pode-se afirmar, sem medo de cair em erro, que não basta a livre manifestação de vontade aliada à capacidade da parte. É imprescindível que tal manifestação seja resultado do livre direito de escolha do paciente informado das suas opções.

A vontade, conforme a lição de FABBRO, é qualificada pela liberdade e tem por base a informação e a verdade:

*O respeito pela vontade do paciente, por seu direito de autogovernar-se, não passará de falácia caso lhe subtraíamos as informações necessárias à real consecução da opção livre. A consideração e o respeito pela pessoa do paciente, além de disposição interna do médico, pautando-lhe toda a conduta, consubstancia-se no seu consentimento à proposta terapêutica sugerida pelo facultativo, após processo de informação.*¹⁸

A Constituição Federal de 1988 reconhece a relevância do interesse público na necessidade de regulamentação para a prestação dos serviços de saúde, e passa essa preocupação para a esfera normativa quando, ao mesmo tempo, permite a realização da saúde pela iniciativa privada (art. 199), e se reserva o direito de regulamentar, fiscalizar e controlar tais atividades (art. 197).

Considerando como serviço qualquer atividade fornecida no mercado mediante remuneração, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990) vai mais além, assegurando ao paciente o direito de receber informação adequada e clara sobre os produtos e serviços (art. 6º, III), e responsabilizando o prestador de serviço que não cumprir com essa obrigação.

Nas palavras de MARCHI & SZTAJN, a informação deve ser clara e em linguagem acessível, de modo a permitir o exercício da cidadania através da autodeterminação: *A legislação tutelar do consumidor contempla: proteção à vida, à saúde e à segurança; liberdade de escolha e de igualdade de contratação; proteção contra a publicidade enganosa; garantia de direitos*

¹⁵ “A liberdade de contratar, propriamente dita, jamais foi ilimitada. Duas limitações de caráter geral sempre confinaram-na: a ordem pública e os bons costumes. Entendia-se, como ainda se pensa, que as pessoas podem auto-regular seus interesses pelo modo que lhes convenha, contando que não transponham esses limites.” (GOMES, Orlando. “Contratos”, Forense, p. 24)

¹⁶ PEREIRA, op. cit., p. 25

¹⁷ MARCHI & SZTAJN, op. cit.

¹⁸ FABBRO, op. cit.

*irrenunciáveis, expressa em cláusulas contratuais; prevenção e reparação de danos mediante acesso às instâncias administrativas e judiciárias.*¹⁹

Deve a informação ser a mais completa possível, tratando desde o verdadeiro estado de saúde do paciente, até as diversas possibilidades de tratamento que se oferece, atentando na medida do possível às diversas inovações tecnológicas.

O direito à informação não decorre apenas do princípio ético da autonomia do paciente. Está previsto na esfera deontológica pelo artigo 41 do Código de Ética Médica (“*Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.*”); e também na ordem legal, onde é elevado a categoria de garantia constitucional pelo art. 5º, LXXII, ‘a’, da Constituição Federal, que assegura o conhecimento de informações relativas à pessoa constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. É essa a orientação dada por KHOURI, que menciona recente punição pela sociedade médica britânica a profissionais que omitiram a gravidade das doenças portadas por seus pacientes.²⁰

Cabe salientar novamente: mais importante do que a determinação legal decorrente do Código de Defesa do Consumidor, ou a norma deontológica inserida no Código de Ética Médica, a informação é princípio constitucional e como tal deve ser respeitado, já que o respeito aos ditames constitucionais, como se tem dito, é pressuposto da existência da ordem democrática, e a legitimação do Estado descansa justamente na guarda e efetivação dos direitos e garantias previstos pela Constituição, que cristaliza a vontade soberana do povo.

IV. CONSENTIMENTO INFORMADO

A medicina se adapta para atender as mencionadas exigências normativas e principalmente, a demanda dos pacientes pelo melhor tratamento. Adequada observação de D’ÁVILA: *a nova sociedade já não mais cultua o velho médico de família, pois na visão tecnocrata só há lugar para o especialista. O próprio paciente exige quais os exames complementares que deseja fazer. Já não mais se acredita nas hábeis mãos, olhos e ouvidos do antigo clínico, pois se vendeu o mito de que medicina de qualidade faz-se com tecnologia.*²¹

Nas informações que vai prestar, o profissional precisa ser específico quanto ao percentual de sucesso ou insucesso do tratamento, os custos totais do tratamento, os riscos e os efeitos colaterais, e tudo mais que possa ser necessário, de forma clara o suficiente para que o paciente possa avaliar com a devida segurança qual a conveniência para si e sua família.

Muitos profissionais que atuam em áreas cirúrgicas delicadas e com relativa margem de erro, tais como cirurgiões plásticos ou oftalmológicos, chegam a incluir nos formulários encaminhados a seus pacientes o percentual de chances de ineficácia ou mesmo de complicações após a cirurgia. Como alerta FABBRO: *não se trata de mera adesão do paciente à proposta do*

¹⁹ MARCHI & SZTAJN, op. cit.

²⁰ *As condutas que se exigem não se resumem apenas no ato cirúrgico e tratamento em si. O paciente tem direito de ser informado sobre todos os riscos que envolvem tais atos. Até porque o próprio paciente tem o sagrado direito de não se submeter a determinado tratamento à vista de um efeito colateral produzido pelo mesmo ou de uma seqüela.* (KHOURI, Paulo Roque. “Erro Médico”. Revista Consulex, ano III, n. 36, dezembro/1999, p. 17)

²¹ D’ÁVILA, Roberto Luiz. “A Bioética e o Exercício da Medicina nos Dias de Hoje” in CARLIN, *Ética e Bioética*, p. 156

médico, mas permissão, licença para realização sobre seu corpo de método auxiliar de diagnóstico, terapêutico ou experimentação.²²

Nos Estados Unidos, o direito de autodeterminação do paciente é assegurado juridicamente uma norma específica denominada “*The Patient Self-Determination Act*” (PSDA), aprovada pelo Congresso norte-americano e vigente desde 1º de dezembro de 1991. Trata esta norma do *direito do paciente de decidir sobre o tipo de terapia a ser administrada em uma situação de doença e na possibilidade de preestabelecer o tratamento, no caso de perda das faculdades de consciência e decisão, sendo possível em ambos os casos, porém, a sua recusa ao tratamento.*²³

No Brasil, denomina-se *consentimento informado* a manifestação de vontade do paciente capaz de proferi-la após haver tomado conhecimento de todas as informações necessárias à tomada de decisão.

O consentimento informado possui regulamentação apenas no plano ético-normativo da atividade médica, devendo ser mencionado o Parecer CFM n. 10/96, aprovado em 10/07/1996 pelo Conselho Federal de Medicina, que se refere à existência de Projeto de Lei n. 620/91, em trâmite na Câmara dos Deputados, regulamentando o exercício do *consentimento esclarecido*. Pelo projeto, a conduta seria considerada preliminar a todos os procedimentos médicos, sujeitando o profissional infrator inclusive a penalização criminal. Na ocasião, o Conselho Federal de Medicina manifestou-se pela inviabilidade da aplicação da proposta em todos os casos, muito embora tenha reconhecido a validade do documento como meio de *eximir-se de possível responsabilidade.*²⁴

Determina também, o mesmo Conselho, a obrigatoriedade de cientificação por escrito do paciente sempre que o tratamento estiver incluído em atividade de pesquisa, destinada a *gerar conhecimento.*²⁵

O mesmo tipo de expediente é utilizado no cumprimento da norma PSDA norte-americana, denominando-se “*advance directives*” (DA) os formulários que permitem garantir a participação do paciente *nas decisões relativas ao cuidado da sua saúde, estimulando-os a exigirem seus direitos e formularem suas objeções de consciência no que diz respeito à vida.*²⁶

Ainda na esfera deontológica, como resultado do dever do médico de informar ao paciente sobre os riscos do ato médico e da responsabilidade a que está submetido em razão disso, o Parecer CFM n. 24/97, aprovado em 12/06/1997 pelo Conselho Federal de Medicina reconhece, ainda como forma de prevenção, que *é lícito ao médico ou instituição médico-hospitalar oferecer ao paciente no ato da internação, com base na exigência dos arts. 46 e 90 do CEM, um Termo de Responsabilidade ou Consentimento Esclarecido e um Termo de Orçamento a título de ajuste prévio dos serviços contratados.*²⁷

Destaque-se, finalmente, que o Código de Ética Médica veda, no seu art. 46, ao profissional médico *efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o*

²² FABRO, op. cit.

²³ CLOTET, Joaquim. “Reconhecimento e institucionalização da autonomia do paciente: um estudo da the patient self-determination act”, p. 2

²⁴ Parecer CFM n. 10/96: “Deve o médico esclarecer o paciente sobre práticas diagnósticas e terapêuticas conforme preceitua o Código de Ética Médica, não sendo considerada obrigatória a fixação de termo por escrito.” (BRASIL, Conselho Federal de Medicina, Pareceres: janeiro 1985 a dezembro 1997, 2ª ed., Brasília, 1998, p. 95/96)

²⁵ Parecer CFM n. 33/89, aprovado em 10/10/89. Idem, p. 94

²⁶ CLOTET, op. cit., p. 3

²⁷ BRASIL, Conselho Federal de Medicina. Op. cit., p. 97

consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida.

V. LIMITAÇÕES

CLOTET menciona dois valores éticos fundamentais para a validade das declarações prestadas pelo paciente: *a veracidade da informação médica recebida, e a aceitação da decisão do enfermo pela equipe médica.*²⁸

Evidentemente, o respeito a esses dois valores, da mesma forma que o simples preenchimento correto dos formulários, não assegura proteção absoluta do profissional uma vez que, como menciona o próprio autor, existem inúmeras limitações para aplicação prática do consentimento informado.

Primeiramente, deve-se reconhecer que o momento do ingresso no hospital não é o melhor momento para a tomada de qualquer decisão, e que o Código de Ética Médica dispensa o consentimento em caso de risco de vida, onde o médico é obrigado a agir no exercício de sua função, inclusive sob pena de responsabilização.

Outro fator relevante a ser levado em conta é que as declarações *têm a ver com os custos da atenção à saúde*²⁹, e assim o fator financeiro acaba tendo relevância maior do que qualquer outro na tomada de decisão pelo paciente. GAFO refere-se a uma inevitável limitação da liberdade de decidir diante dos poucos recursos disponibilizados para a saúde: *é claro que se os recursos são escassos, a liberdade do paciente para remediar suas necessidades poderia anular as opções dos outros.*³⁰

Tal problema tem sido relacionado com inúmeras denúncias de abusos por parte de hospitais que, juntamente com as declarações colhidas por ocasião do internamento, costumam exigir caução antecipada, de modo ofensivo ao direito do consumidor. Diante de tal argumento, sem dúvida, a autonomia fica limitada.³¹

Uma outra dificuldade advém da simples *compreensão dos formulários*, sendo feitas as devidas ressalvas à capacidade para decidir do paciente, pois *nem sempre é fácil para o paciente fazer uma opção sobre questões vitais, cuja consequência pode ser a morte.*³² O problema social pode agravar ainda mais tal problema.

Deve-se levar em conta ainda a situação de vulnerabilidade de boa parte da população brasileira como resultado da condição de miserabilidade em que se encontra. Para isso, a Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional de Saúde e Diretrizes Éticas Internacionais, define a vulnerabilidade como: *estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido.* GUIMARÃES & NOVAES comentam essa diretriz, observando que referida norma *recomenda em III.1 que a observância dos princípios éticos em*

²⁸ CLOTET, op. cit., p. 6

²⁹ Ibidem

³⁰ GAFO, op. cit., p. 36

³¹ Segundo Lúcia Helena Magalhães, assistente de direção do Procon/SP: *“As pessoas querem apenas resolver o problema de saúde e acabam aceitando qualquer coisa. Outras desconhecem que os hospitais não podem agir dessa forma. A caução, por exemplo, todo mundo acha que é normal. Daí o pequeno número de queixas.”* In NUNES, Eunice. “Hospitais ignoram direito do consumidor”. Folha de S. Paulo, 09/04/2001, Caderno C, p. C-6

³² CLOTET, idem

*pesquisa implica em "proteção aos grupos vulneráveis(...)a pesquisa deverá sempre tratá-los em sua dignidade, respeitá-los em sua autonomia e defendê-los em sua vulnerabilidade."*³³

Certa classe especial de limitações é consequência das disposições do Direito Penal, que criminaliza alguns tipos de ações. FABBRO adverte que no sistema jurídico brasileiro, o paciente não pode autorizar atos de mutilação, ceder órgãos vitais ou determinar a eutanásia:

*Limitada está, portanto, a autonomia do paciente por critérios que protegem a vida e a saúde elevando-as à categoria de bens sob tutela do Estado, mesmo contra o seu titular. (...) Se a conduta do paciente ou do médico se adequar à tipificação legal, merecerão eles, a penalização prevista em lei. Nesse sentido, os crimes de lesão corporal, artigo 129, o aborto previsto no artigo 124, o auxílio ao suicídio do artigo 122 e outros, todos do Código Penal Brasileiro. Acrescentem-se as legislações esparsas, como a Lei de Transplantes, Lei da Engenharia Genética, Código de Defesa do Consumidor, que também descrevem condutas criminosas.*³⁴

Há que se observar, também, restrições de ordem puramente psicológica, para as quais o profissional deve estar preparado para constatá-las e superá-las. Na mesma esteira de muitos médicos inspirados no princípio da beneficência, GAFO relata: *a experiência mostra que os enfermos não podem absorver fisicamente toda a informação necessária para poder chegar a decisões racionais. Ainda que se informe aos enfermos as opções terapêuticas existentes e o prognóstico, também é verdade que sua angústia e seu medo lhes pode imobilizar de tal forma que se limitem a seguir as recomendações dos médicos.*³⁵

A essa ressalva, contudo, coloca-se o posicionamento filosófico de PERELMAN, em defesa da autodeterminação: *É óbvio que a consciência de cada qual também foi formada, que deve ser esclarecida e pode ser guiada, mas é a cada pessoa que cabe, em última instância, a responsabilidade de decidir-se e de agir. E apenas uma moral que faz justiça ao livre exame é que se revela apta para salvaguardar nossa autonomia, nossa liberdade e nossa responsabilidade.*³⁶

Dessa maneira, o consentimento informado manifestado através dos formulários de autorização de tratamento tem sido considerado um passo fundamental no plano da bioética codificada ou não, como instrumento de manifestação da autonomia do paciente e de proteção do médico.

VI. DESRESPEITO E RESPONSABILIZAÇÃO

Da mesma forma que a proteção jurídica outorgada ao consumidor nos demais negócios jurídicos tutelados pela Lei n. 8.078/90, o direito ao consentimento informado assegurado ao paciente acarreta consequências na esfera jurídica, em especial tratando de responsabilidade civil. Como lembra FABBRO, *hoje, não é raro encontrarem-se condenações em ações indenizatórias, movidas por pacientes contra seus médicos, em razão da ausência de*

³³ GUIMARÃES, Maria Carolina S. e NOVAES, Sylvia Caiuby. "Autonomia Reduzida e Vulnerabilidade: Liberdade de Decisão, Diferença e Desigualdade"

³⁴ FABBRO, op. cit.

³⁵ GAFO, op. cit., p. 37

³⁶ PERELMAN, Chäim. Ética e Direito, p. 328

informação. Mostra-se correto concluir que as limitações impostas, seja à formulação, seja à validade do consentimento informado, refletem diretamente na autonomia do paciente.³⁷

Idêntica lição é passada por MARCHI & SZTAJN, quando afirmam que o princípio do consentimento informado deve ser aplicado de forma coerente com os demais princípios informadores da autonomia privada no campo do Direito:

*O paciente, ao tomar decisões quanto à sua saúde, procedimentos terapêuticos, terapias alternativas, deve ter recebido informações em linguagem acessível, completas, de forma que sua vontade ou comportamento não sejam distorcidos por pressões externas. Se os negócios jurídicos em que a manifestação volitiva venha eivada de algum constrangimento podem ser anulados ou anuláveis, conforme o caso, por que seria diferente quando se tratar da saúde, do bem-estar biopsíquico ou social da pessoa?*³⁸

A partir daí, a doutrina jurídica entende como negligência, passível de responsabilização, o não fornecimento das informações necessárias ao paciente, assim sendo definida a infração profissional: *negligência significa o descuido, a não observância de regras técnicas ou mesmo administrativas.*³⁹

Verificado o descumprimento de qualquer conduta médica obrigatória, surge a obrigação de indenizar, que é imposta aos médicos em virtude de faltas cometidas no exercício da profissão.

A obrigação de informar não foge à regra, sendo que os juristas já identificam uma mudança de postura ao incluir tal exigência na conduta médica, para reconhecer a possibilidade de indenização com base no Código de Defesa do Consumidor:

*Fala-se, hoje, por inspiração de corrente norte-americana, no ‘dever de informação’, que impõe ao médico, especialmente ao cirurgião, advertir o cliente dos riscos do tratamento. (...) os estabelecimentos hospitalares se enquadram como prestadores de serviços no art. 14 do Código do Consumidor, apesar de resistências da doutrina, submetendo-se a seu regramento.*⁴⁰

É necessário, contudo, que tal obrigação não seja vista como ônus ou coação, fruto da chamada “indústria de indenizações”, mas sim como proteção oferecida a médicos e pacientes, resultado de trabalho sério e do tratamento correto dado ao bem de maior valor, a vida humana. KHOURI destaca a importância do fornecimento de informações precisas ao paciente e seus familiares, em especial nos procedimentos mais complexos, como forma de afastar a hipótese de indenização, mesmo que o êxito não seja alcançado:

Se o profissional deixar de informar corretamente ao paciente, inclusive, sobre os riscos de uma seqüela em função do ato cirúrgico, independente de o mesmo ter sido ou não diligente na execução da atividade, advindo a seqüela, o médico será obrigado a indenizar o paciente, pois agiu culposamente ao negligenciar uma informação importante, que poderia

³⁷ FABBRO, op. cit.

³⁸ MARCHI & SZTAJN, op. cit.

³⁹ COUTINHO, Léo Meyer. “Responsabilidade Ética – Penal e Civil do Médico”, p. 19

⁴⁰ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. “Elementos de Responsabilidade Civil”, p. 213/215

*influir na sua decisão de se submeter à cirurgia. Anote-se que, ainda que a seqüela seja inerente ao risco de determinado ato cirúrgico, o paciente tem o direito de ser informado corretamente. O médico ou o hospital só não serão obrigados a indenizá-lo se este direito do paciente tiver sido claramente respeitado, tendo o mesmo sido amplamente informado sobre este risco da cirurgia.*⁴¹

Em obra dedicada à responsabilidade civil, STOCO também identifica a tendência contemporânea, de inspiração norte-americana, de dever o médico *manter o paciente informado da realidade do seu estado*, reconhecendo também a existência de um dever de informar. Em sua advertência, o autor vai mais além, chegando a considerar obrigatório o consentimento prévio para qualquer intervenção cirúrgica, ressalvados aqueles casos onde o procedimento se impõe sobre para afastar o risco de vida:

*Outro aspecto importante a ser evidenciado é que a intervenção médica há, sempre, de estar precedida do consentimento do paciente ou de seu responsável, salvo, evidentemente, os casos de atendimento de emergência, quando haja risco de vida ou de dano físico irreversível quando,- durante a intervenção cirúrgica, surge um fato novo, a exigir imediata providência, sem tempo para interrompê-la e consultar os familiares.*⁴²

Sensíveis às mudanças ocorridas na sociedade, tribunais não demoraram a reconhecer o valor jurídico da manifestação da vontade do paciente.

De fato, algumas situações já eram há muito reconhecidas pelo judiciário, tal como a possibilidade de concessão de ordem de *habeas corpus* em favor daquele que se encontrar hospitalizado contra a sua vontade. Tal situação não chega a ser novidade, por exemplo, na área das internações psiquiátricas, como lembra FÉ, em artigo dedicado à aplicação do princípio da autonomia no delicado campo da doença mental:

*Quando o paciente que está hospitalizado contra sua vontade acredita que deveria ser liberado, por entender que está sendo ilegalmente privado de sua liberdade, tem o direito de impetrar habeas corpus, o qual deve ser imediatamente analisado por um tribunal. (...) O respeito aos direitos fundamentais da cidadania, o estabelecimento rigoroso de critérios bem definidos para o tratamento involuntário, a disposição atenta de, logo que possível, reverter a situação do paciente em tratamento involuntário para a de paciente voluntário são diretrizes que devem nortear o trabalho do médico psiquiatra.*⁴³

Inúmeros são os precedentes que determinam a imediata libertação do paciente que se encontrar internado contra a sua vontade, como menciona MIRABETE: *Na jurisprudência, assim se tem entendido (RTJ 33/874; JSTJ 5/183; RT 287/870, 304/700, 305/79, 552/323, 574/400, 577/329, 584/339, 733/521), tendo-se como exemplos as hipóteses de retenção de*

⁴¹ KHOURI, Paulo Roque. “Erro Médico”. Revista Consulex, ano III, n. 36, dezembro/1999, p. 21

⁴² STOCO, Rui. “Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial”, p. 286/287

⁴³ FÉ, Ivan de Araújo Moura. “Doença Mental e Autonomia”

*paciente em hospital onde está internado (RT 574/400), de internação compulsória por parentes de pessoa não interdita (RT 577/329, 584/339).*⁴⁴

Tratando especificamente da obrigação de indenizar, verifica-se uma repercussão muito maior, com a responsabilização de médicos ou dos estabelecimentos hospitalares que omitem informações consideradas importantes para a tomada de decisão pelo paciente.

Do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, há decisão recente, condenando o profissional por procedimento tomado sem consulta prévia da vontade da paciente:

Responsabilidade civil. Médico que, no momento do parto da paciente, realiza operação de obstrução de trompas uterinas sem o prévio consentimento da mesma. Erro grosseiro. Exegese do art. 1545 do CC. Reparação devida. Tendo o facultativo realizado, no momento da cesariana do paciente, procedimento cirúrgico para a obstrução das trompas uterinas da mesma, sem prévia autorização, não restam dúvidas de que obrou com culpa grave, já que este ato pode ser considerado erro grosseiro dentro da prática médica, tendo o dever de reparar os prejuízos causados, a teor do art. 1.545 do CC. (TJSC, Apelação Cível n. 99.011304-3, de Xanxerê, Rel. Des. Silveira Lenzi, j. 15/02/2000)

Em outro caso, na Apelação Cível nº 595.182.346, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, verifica-se a condenação de cirurgião plástico com base não na frustração do resultado esperado, mas na omissão da possibilidade de resultado negativo da intervenção cirúrgica oferecida à paciente. Do acórdão, se extrai:

Com efeito, o demandado, cirurgião-plástico com extenso currículo juntado às fls. 35/44, certamente teria condições melhores que as da autora de avaliar, com base na técnica que tem a obrigação de dominar, exatamente em função da especialidade que está a exercer, de informar à autora eventuais riscos decorrentes de um resultado não compatível com as suas (dela) expectativas.

*Se, ao revés, preferiu silenciar, deixando-a ignara de informações a respeito dos riscos de algum problema, assumiu ele, isoladamente, todos os ônus daí decorrentes.*⁴⁵

Como esses, não são raros os julgados que reconhecem a obrigação de informar por parte do médico e, em contrapartida, fixam indenizações pelos eventuais danos sofridos. Não é a finalidade do presente trabalho esgotar as inúmeras hipóteses, mas apresentar um panorama da atual situação do princípio da autonomia e seu alcance sobre o instituto do consentimento informado na atividade médica. Consideram-se, assim, suficientes os exemplos trazidos, para deixar evidente a possibilidade de responsabilização pelo desrespeito à vontade do paciente.

⁴⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. "Processo Penal", p. 712

⁴⁵ Cfe. FABBRO, op. cit. O autor ainda traz os seguintes julgados: *Na apelação cível nº 233.608.2/7, do Tribunal de Justiça de São Paulo, considera o relator: "De outra parte, mais estritamente no plano da informação, que deve prevenir o cliente de todos os riscos previsíveis, ainda que não se realizem senão excepcionalmente. Assim não agiu o réu, preferindo realizar a cirurgia estética sem esclarecer a autora e, o que é pior, sem se aperceber da flacidez da pele da paciente" Apelação cível nº 68.952, do Tribunal de Justiça de São Paulo: "Em se tratando de médico age ele com culpa e está obrigado a ressarcir o dano se, sem o consentimento espontâneo do cliente, submete-o a tratamento do qual lhe advém seqüelas danosas".*

VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em tempos onde a eutanásia é debatida abertamente na maior parte do mundo, e inclusive legalizada na Holanda, pela primeira vez na história da humanidade⁴⁶, falar sobre autonomia da vontade pode não parecer novidade. Ainda assim, é importante ressaltar que muitos profissionais não reconhecem aos pacientes o direito de autodeterminar-se, ou pior, vêm com antipatia recursos que lhes são disponibilizados pelas técnicas atuais, tal como o consentimento informado.

Para aqueles que relutam diante da novidade, e insistem na prática de uma medicina puramente assistencialista, cabe trazer mais uma vez a observação feita por D'ÁVILA, quanto a necessidade de resgate dos objetivos da medicina: *A verdade é que a arte da medicina deslocou seu eixo. Não é mais graciosa e de mãos delicadas, que com um toque confortavam doentes: é produto direto de um lucro maluco e amoral, tentando desesperadamente soerguer suas linhas mestras.*⁴⁷

Cumprе lembrar que a discussão na bioética está apenas iniciando, travando-se um conflito entre valores tão fundamentais como a liberdade, a vontade e a própria vida. Afinal, como afirma SEGRE: *Para o direito, o bem supremo é a vida. Mas, em certas situações, o bem supremo pode ser a liberdade, a vontade. É tarefa da bioética a reflexão sobre esses valores e sobre as emoções que os envolvem. A partir daí podemos criar normas de atuação.*⁴⁸

O exercício da autonomia através dos formulários de autorização de tratamento só será válido se estiver escorado no conhecimento prévio de toda a informação necessária. Deve o médico se fazer claro e objetivo, afastando a diferença existente entre si e o paciente. É essa a conclusão de FABBRO: *A informação prestada não pode vir revestida num discurso hermético e científico, inacessível ao doente. Aliás, tal diferença gera para o médico a obrigação jurídica de fazer-se claro e compreensível, equilibrando as partes do contrato, como mencionado.*⁴⁹

Pode-se vislumbrar, ainda, uma tendência de limitação da autonomia da vontade, apesar de sua valorização cada vez maior durante futuro desenvolvimento do instituto. GARRAFA alerta para o problema da ampliação indiscriminada da autonomia da vontade que, *principalmente pelo fato de os temas bioética e comercialização humana extrapolaram as fronteiras da medicina em si mesma, é que os profissionais desta área devem olhar para o assunto com um cuidado ainda maior. Qualquer erro cometido poderá acarretar conseqüências futuras imprevisíveis e até mesmo irreversíveis.*⁵⁰

Finalmente, não se deve perder de vista o fator humano, tão bem retratado por GAFO: *a enfermidade não só consta de fatos, senão também de valores: não só se tem o que se padece, senão o que se faz e se crê. Daí a grande importância de conhecer 'a outra cara da medicina' ou 'o ponto de vista do paciente', algo que se pode fazer metodologicamente por certas ciências técnicas, como as das ciências sociais ou humanas, cuja importância na formação do médico é fundamental.*⁵¹

⁴⁶ BURGIERMAN, Denis Russo. "O direito de morrer". Revista Superinteressante, ed. Abril, março/2001, p. 43

⁴⁷ D'ÁVILA, Roberto. "A Bioética e o Exercício da Medicina nos Dias de Hoje" in CARLIN, op. cit., p. 161

⁴⁸ SEGRE, Marco in NUNES, Eunice. "Direito ainda deve resposta a questões criadas pela ciência", Folha de S. Paulo, 18.04.1998, p. C-3

⁴⁹ FABBRO, op. cit.

⁵⁰ GARRAFA, Volnei. "O Mercado de Estruturas Humanas"

⁵¹ GAFO, op. cit., p. 36

Trata-se aqui do compromisso histórico da medicina assumido através dos tempos, desde o juramento hipocrático, fundado na valorização da pessoa, do paciente acima da doença, a que sempre estarão vinculados todos aqueles que se dedicam à saúde.

VIII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: Red, 1999.
- BRASIL, Conselho Federal de Medicina. **Pareceres: janeiro 1985 a dezembro 1997**, 2ª ed., Brasília: CFM, 1998.
- BURGIERMAN, Denis Russo. **O direito de morrer**. Revista Superinteressante. São Paulo: Abril, edição 162, ano XV, n. 3, março/2001, p. 42/50
- CARLIN, Volnei Ivo (org.) **Ética e Bioética**. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998, 176 p.
- CARLIN, Volnei. **Deontologia Jurídica**, Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, 180 p.
- CLOTET, Joaquim. **Reconhecimento e institucionalização da autonomia do paciente: um estudo da the patient self-determination act**. <http://www.cfm.org.br/revista/bio2v1>, 26/03/2001.
- COUTINHO, Léo Meyer. **Responsabilidade Ética – Penal e Civil do Médico**. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.
- FABBRO, Leonardo. **Limitações Jurídicas à Autonomia do Paciente**. <http://www.cfm.org.br/revista/bio1v7>, 26/03/2001.
- FÉ, Ivan de Araújo Moura. **Doença Mental e Autonomia**. <http://www.cfm.org.br/revista/bio1v6>, 26/03/2001.
- GAFO, Javier. **Dez palabras clave en Bioética**. Navarra: Verbo Divino, 1994, 379 p.
- GARRAFA, Volnei. **O Mercado de Estruturas Humanas**. <http://www.cfm.org.br/revista/bio2v1>, 26/03/2001.
- GARRAFA, Volnei. **Reflexões Bioéticas Sobre Ciência, Saúde e Cidadania**. <http://www.cfm.org.br/revista/bio1v7>, 26/03/2001.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GUIMARÃES, Maria Carolina S., & NOVAES, Sylvia Caiuby. **Autonomia Reduzida e Vulnerabilidade: Liberdade de Decisão, Diferença e Desigualdade**. <http://www.cfm.org.br/revista/bio1v7>, 26/03/2001.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1998.
- KHOURI, Paulo Roque. **Erro Médico**. Revista Consulex. Brasília: ano III, n. 36, dezembro/1999.
- MARCHI, Maria Mathilde & SZTAJN, Rachel. **Autonomia e Heteronomia na Relação entre Profissional de Saúde e Usuário dos Serviços de Saúde**. <http://www.cfm.org.br/revista/bio1v6>, 26/03/2001.

- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 8^a ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- NUNES, Eunice. **Direito ainda deve resposta a questões criadas pela ciência**. Folha de S. Paulo, 18/04/1998, Caderno C, p. C-3
- NUNES, Eunice. **Hospitais ignoram direito do consumidor**. Folha de S. Paulo, 09/04/2001, Caderno C, p. C-6
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998
- PERELMAN, Chäim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996
- SEGRE, Marco; SILVA, Franklin Leopoldo e SCHRAMM, Fermin R. **O Contexto Histórico, Semântico e Filosófico do Princípio de Autonomia**. <http://www.cfm.org.br/revista/bio1v6>, 26/03/2001.
- SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. **Bioética: uma visão antropológica**. Revista ESMESC, Florianópolis: ano 6, vol. 8, p. 159/167
- STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial**, 4^a ed., São Paulo: RT, 1999.