

Limitações Jurídicas à Autonomia do Paciente

Leonardo Fabbro

Advogado; ex-professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

O tema da limitação da autonomia do paciente é abordado sob o prisma do sistema jurídico brasileiro. Primeiramente, é identificado o consentimento informado como expressão do princípio da autonomia do paciente, para a seguir ser apontado o seu status jurídico. Estabelecido isso, busca-se identificar como as limitações ao poder de consentimento acabam por limitar a autonomia. O autor não pretende a indicação exaustiva das leis ou situações jurídicas que operam a referida limitação, mas sim trazer a consideração esta zona de interferências recíprocas entre o direito e a medicina.

UNITERMOS - Consentimento informado, autonomia, aspectos jurídicos

A autonomia do paciente, considerada como o respeito à sua vontade, ao seu respeito de autogovernar-se e à participação ativa no seu processo terapêutico é, relativamente, recente na história da medicina.

Tradicionalmente, identifica-se uma tendência paternalista na conduta do médico. O paciente, muitas vezes, 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.

A harmonização dos princípios da autonomia, da beneficência e da não-maleficência tem sido uma tarefa diariamente cobrada dos profissionais médicos. Por exemplo, quando o paciente é uma criança e o respeito à autonomia exercida por seus pais pode lhe representar prejuízos. Também são delicadas as questões do "privilégio terapêutico" ou das emergências que, por sua própria natureza, incompatibilizam-se com o processo informativo. Do mesmo modo, os motivos religiosos (ex: Testemunhas de Jeová) têm gerado situações de conflito.

Assim, a proposta deste trabalho é a análise da autonomia do paciente num contexto multidisciplinar, especificamente permeado pelo universo jurídico.

Procura-se trazer uma abordagem prática do problema, com vistas ao exercício profissional cotidiano, sem que se pretenda minimizar a importância da investigação aprofundada da matéria. Desta forma, passa-se ao largo das construções filosófico-jurídicas das relações entre o princípio bioético da autonomia e a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, para focar a dinâmica vulgar desta relação.

Não há indicação exaustiva das normas ou leis que logram limitar a autonomia, mas menção às principais situações jurídicas com a indicação de algumas normas.

Considerou-se limitação jurídica, para efeitos deste trabalho, não apenas a proibição expressa em lei como também a contrariedade ao sistema jurídico e, ainda, algumas limitações indiretas. São abordadas somente as limitações externas da autonomia, deixando-se de analisar as limitações internas ou subjetivas, tais como a vontade manipulada ou dirigida por outra pessoa, que não o paciente, em benefício próprio ou, ainda, a manifestação de vontade emitida com erro, coação e outros.

O conteúdo foi, assim, dividido em quatro itens referentes às limitações externas e jurídicas da autonomia.

1. Consentimento informado como expressão máxima do princípio da autonomia do paciente

Ainda que a incursão deste trabalho no conceitual bioético seja restrito pela natureza da proposta, é necessário que se lance mão de algumas lições.

Portanto, pode-se dizer que "*o princípio da autonomia, denominação mais comum pela qual é conhecido o princípio do respeito às pessoas, exige que aceitemos que elas se autogovernem ou sejam autônomas, quer na*

sua escolha, quer nos seus atos. O princípio da autonomia requer que o médico respeite a vontade do paciente ou do seu representante, assim como seus valores morais e crenças. Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida e o respeito a sua intimidade. Limita, portanto, a intromissão dos outros indivíduos no mundo da pessoa que esteja em tratamento" (1).

Reconhece, pois, o referido princípio a importância da vontade livre do paciente e do respeito que o médico deve guardar por suas dimensões moral, física e jurídica.

Essa vontade deve ser qualificada pela liberdade, deve ter 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 subtraímos 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.

"O consentimento informado é uma condição indispensável da relação médico-paciente e da pesquisa com seres humanos. Trata-se de uma decisão voluntária, realizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo e deliberativo, visando à aceitação de um tratamento específico ou experimentação, sabendo da natureza do mesmo, das suas conseqüências e dos seus riscos" (2).

As informações prestadas pelo médico, referentes às condições clínicas do paciente sobre as alternativas terapêuticas com suas chances de sucesso, riscos, possibilidade de seqüelas ou de complicações, mesmo os desconfortos que poderão ocorrer, ajustadas às possibilidades de compreensão do paciente ou de seu representante legal, constituirão pressuposto do consentimento, quer para a realização dos procedimentos necessários à formulação do diagnóstico, quer para a realização da terapêutica indicada ou, ainda, à experimentação.

Saliente-se que não se trata de mera adesão do paciente à proposta do médico, mas permissão, licença para realização sobre seu corpo de método auxiliar de diagnóstico, terapêutico ou experimentação.

Examinando-se tanto decisões jurisprudenciais quanto algumas normas legais recentes, constata-se que o consentimento informado é a expressão do princípio da autonomia que mais tem merecido relevo pelos legisladores e juristas. O consentimento informado aparece, por exemplo, como exigência expressa nas normas referentes à pesquisa em seres humanos (Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde e Diretrizes Éticas Internacionais _ CIOMS/OMS, *Diretriz 1: Consentimento Pós-informação dos Participantes*), entre outras.

2. Status jurídico do consentimento informado

Para efeitos deste trabalho, procurou-se identificar a natureza jurídica do consentimento informado, ou seja, este como conteúdo erigido em norma legal ou princípio jurídico ou, ainda, como elemento do sistema jurídico internacional.

A moral e os bons costumes foram relevados como elementos ou instrumentos de efetivação das tradições e valores do povo e da "lei" entre particulares (contratos). Também foram considerados os princípios gerais do direito e o próprio sistema jurídico nacional, incluída a teoria. Estes elementos são relevantes na medida em que conformam a interpretação da lei _ o chamado direito dos juízes.

Hoje, não é raro encontrarem-se condenações em ações indenizatórias, movidas por pacientes contra seus médicos, em razão da ausência de informação. Mostra-se correto concluir que as limitações impostas, seja à formulação, seja à validade do consentimento informado, refletem diretamente na autonomia do paciente. Limita-se esta autonomia ao se estabelecerem restrições à capacidade de consentir, à extensão do consentimento ou, mesmo, ao se tornar dispensável o consentimento em certas situações.

Assim, a par do seu significado ético ou bioético, o consentimento informado possui status jurídico porque ora é elevado à condição de norma, ora é norma jurídica *lato sensu* (por exemplo: Resolução CFM nº 1.246/88 _ Código de Ética Médica, art. 46), ora é encontrado na Teoria Geral dos Contratos em decisões jurisprudenciais e em outras tantas situações jurídicas.

A fim de ilustrar o mencionado, para demonstrar-se a relevância jurídica do consentimento informado, permitimo-nos transcrever algumas decisões da jurisprudência brasileira.

As decisões a seguir indicadas foram proferidas em processos judiciais indenizatórios movidos por pacientes

contra seus médicos (cirurgiões, nos três casos mencionados).

Na apelação cível nº 595.182.346, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, constata-se:

"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" (grifos nossos).

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" (grifo nosso)

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" (grifo nosso).

Sem dúvida, é o valor da vida humana em sua plenitude e o conseqüente reconhecimento da autonomia da vontade e da necessidade de acesso à informação para o exercício desta autonomia que fundamenta esse processo de atribuição de significação jurídica às condutas que expressam o consentimento informado.

3. Os limites

A) Direitos personalíssimos e absolutos

Uma vez estabelecido que o consentimento informado é representação do princípio da autonomia do paciente e que possui status jurídico, cabe, agora, indagar-se como as limitações jurídicas deste consentimento informado podem representar limites à autonomia do paciente.

A prestação dos cuidados da saúde atinge bens como a vida humana, a integridade física, a intimidade e, eventualmente, a imagem, a beleza, entre outros. Estes bens comportam aos seus titulares direitos ditos personalíssimos e absolutos. O indivíduo tem, assim, direito personalíssimo à vida, ao próprio corpo, à imagem, entre outros. São direitos extrapatrimoniais ou, como leciona Mazeaud: *"(...)droits ont seulement une valeur morale; par exemple, le droit à une filiation déterminée, le droit d'autorité parentale, le droit à l'honneur" (...)*direitos têm apenas um valor moral; por exemplo, o direito a uma determinada filiação, o direito da autoridade paterna, o direito à honra"(3).

A questão que se coloca neste contexto (da prestação da saúde) é se o titular destes direitos tem plena disponibilidade sobre eles, se pode dispor de seu próprio corpo, vivo ou morto, ou de partes dele.

Esse é um dos problemas que tem envolvido gerações de juristas e suscitado posições antagônicas, ocupadas por figuras igualmente ilustres.

Na doutrina jurídica nacional, Caio Mário da Silva Pereira melhor resume a posição prevalente no Brasil, ao dizer: "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" (4).

No Brasil, pode-se então dizer que há uma disponibilidade controlada ou parcial. É lícito, assim, concluir-se que a primeira grande limitação à autonomia do paciente é a impossibilidade de livre disposição do próprio corpo ou de partes dele.

A finalidade terapêutica ou restauradora da saúde (fator de que decorre a legitimação do médico para "agredir" o corpo humano) limita a livre disposição sobre a integridade corporal. O indivíduo não pode consentir ser "mutilado" sem que haja uma finalidade terapêutica para tal. Sem adentrarmos no terreno fértil que é a questão da intervenção estética ou da intervenção que provoca a ablação dos genitais funcionais para fins de transexualização,

pode-se, para efeitos deste trabalho, considerando o conceito de saúde da Organização Mundial da Saúde (física, psíquica e social), admitir tais procedimentos como terapêuticos.

Após a morte, encontram-se limitações higiênico-sanitárias. A destinação do cadáver para estudo deve atender os requisitos e condições que a legislação específica estabelece (Lei nº 8.501/92).

O paciente não pode autorizar atos de mutilação, tampouco pode ceder órgãos para transplante se isto acarretar a sua extinção. Também a eutanásia repulsa ao sistema.

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.

Embasa esta posição o conjunto de princípios constitucionais, os Direitos e Garantias Fundamentais referidos no artigo 5º da Constituição Federal, assim como diversas normas internacionais a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Haverá desdobramentos da ordem constitucional nas esferas civis e criminais do sistema jurídico nacional. A seguir, são enfocadas, de forma resumida, as principais repercussões em ambas.

B) Capacidade na vida civil

A ordem civil também impõe limitações à autonomia do paciente.

Para validade de qualquer ato da vida civil, a legislação brasileira aplicável exige que o agente esteja no gozo pleno de seus direitos, isto é, que tenha capacidade nos termos da lei (Código Civil).

Em outras palavras, a legislação civil estabelece condições ou hipóteses que, uma vez satisfeitas, faz reconhecer ao indivíduo direitos ou a possibilidade de exercício pessoal destes direitos. Assim, propugna que somente serão plenamente capazes as pessoas maiores de vinte e um anos. Ou seja, somente elas estão legitimadas a praticar, de *per si*, todos os atos da vida civil, entre eles receber informação e consentir. Os maiores de dezesseis anos, mas menores de vinte e um, gozam de capacidade relativa ou são relativamente incapazes, necessitando, para a validade de seus atos, de serem assistidos. E, finalmente, estabelece que os menores de dezesseis anos, "*os loucos de todo o gênero, os surdos-mudos que não puderem exprimir a sua vontade*" são absolutamente incapazes, exigindo a lei, para a prática válida dos seus direitos, que sejam representados. Assim, o menor de idade ou qualquer indivíduo que não esteja no pleno gozo de suas faculdades dependerão de representação.

Novamente, encontra-se fator de limitação ao exercício da autonomia, qual seja, a coincidência de vontades entre o representado e seu representante ou a prevalência, em princípio, da vontade do representante.

C) Estatuto Penal

O Código Penal Brasileiro e legislação esparsa, que dispõe sobre matéria criminal, também representam importante limitação direta e indireta ao arbítrio do paciente.

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.

O suicídio, conquanto a norma penal não atribua pena para a forma tentada (por óbvio), não é permitido pelo sistema jurídico brasileiro, sendo a instigação ou auxílio figuras delituais apenadas. Apenas a lei poupa aquele indivíduo que, torturado pelas suas circunstâncias, tenha tentado acabar com a própria existência.

Genival Veloso de França, ao comentar o código do consumidor e o exercício da medicina, menciona que "*a lei que criou este Código (Código de Defesa do Consumidor) arrola pelo menos 8 formas de delito de conduta, até então sem referência nos diplomas jurídicos brasileiros, que podem relacionar-se ao exercício da medicina (5)*

Algumas destas hipóteses legais, também podem significar, indiretamente, limitações à autonomia.

O paciente sofre, assim, duas ordens de limitações originadas na legislação criminal. A primeira, direta, que lhe proíbe certas condutas. A segunda, indireta, pelo médico que se recusará a cometer, ele próprio, outros crimes descritos. Ressalte-se que, nestas situações, o consentimento do paciente não descriminaliza a conduta.

Ainda em sede de direito penal, há que se mencionar as chamadas Medidas de Segurança que com as penas privativas de liberdade e restritivas de direito compõem o conjunto de sanções penais, embora sejam distintas daquelas em razão do seu fundamento. As Medidas de Segurança não têm o caráter retributivo-preventivo das demais sanções. Têm natureza somente preventiva e fundamentam-se na periculosidade do agente. Implicam na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou sujeição a tratamento ambulatorial. Estas terapias são compulsórias e por prazo indeterminado.

Diz a norma penal, art. 96:

"As medidas de segurança são:

- I. internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;
- II. sujeição a tratamento ambulatorial."

D) Medicina Sanitária

Relevantes, também, as questões de higiene pública ou medicina sanitária. Havendo interesse público que determinada medida preventiva ou mesmo curativa seja tomada para afastar uma epidemia, por exemplo, o indivíduo terá limitada sua autonomia. Diante destas situações, não apenas o indivíduo, mas a coletividade, estão expostos ao perigo que a doença representa.

O interesse público é elemento irresistível na vida em sociedade, sobrepondo-se, sempre, ao particular.

O fundamento desse poder de limitar a autonomia surge na Constituição Federal, Título VII _ Da Ordem Social, Capítulo II _ Da Seguridade Social, Seção II _ Da Saúde, artigos 196 e seguintes, dos quais se reproduz, apenas, os dois primeiros, que serão combinados com outras normas constitucionais aplicáveis (ex. o próprio art. 5º):

"Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado".

Importante considerar que os procedimentos médicos movidos pelo interesse público são obrigatórios, mas raramente o indivíduo será forçado a submeter-se a eles. É mais comum a atribuição de uma consequência negativa à omissão, como, por exemplo, a impossibilidade de ingressar em certo país sem que tenha recebido determinada vacina.

Considerações finais

O exercício da autonomia, como foi abordado, pressupõe conhecimento, informação. O paciente tem de ter à disposição todos os dados relevantes para que possa, livremente, decidir. Importante perceber-se a diferença cognitiva (técnica) existente entre paciente e médico, e que cabe ao facultativo diminuir esta diferença. 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.

Assim, a omissão de informações relevantes ao processo decisório do paciente vai limitar-lhe a autonomia. Sua vontade poderia ser outra, caso conhecesse o que lhe está sendo omitido. Não se trata de uma limitação tão direta quanto a proibição legal, tampouco de uma limitação conhecida pelo paciente.

Finalmente, poder-se-ia acrescentar às situações expostas mais uma. A limitação à autonomia do paciente derivada da política nacional de saúde e do contexto do sistema privado de saúde.

Na primeira hipótese, a ausência do Estado na prestação da saúde é fator opressivamente limitador da autonomia do paciente que pode estar absolutamente informado e apto a decidir mas no entanto, vê-se impedido de fazê-lo pela falta física dos meios de tratamento. O paciente tem de optar por um dos muitos tratamentos alternativos pela impossibilidade de socorrer-se da medicina oficial, ainda que isto venha a lhe custar a vida.

Não menos preocupante é a situação da medicina praticada na forma definida pelas empresas particulares que atuam no setor, não apenas as de seguro saúde, mas ainda as indústrias farmacêuticas e de aparelhos médicos.

Existe, de um lado, a tendência à manipulação do paciente, criando-lhe a demanda por exames de que não necessita, de medicações que, senão placebos, podem lhe prejudicar e, por outro, uma medicina pública eficiente que uma grande parcela da população não dispõe.

Certamente, num país com legisladores tão pródigos quanto o Brasil, este trabalho não logrou reunir todas as hipóteses legais. Apenas procurou contribuir apresentando, mais do que o casuísmo jurídico, um elemento de identificação das limitações através das regras e valores jurídicos da sociedade brasileira.



Referências bibliográficas

1. Clotet J. Por que bioética? *Bioética* 1993;1:13-17.
2. Clotet J. Consentimento informado nos Comitês de Ética em Pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade. *Bioética* 1995;3:51-9.
3. Mazeaud H, Mazeaud L, Mazeaud J, Chabas F. *Leçons de droit civil*. Paris:Montchrestien, 1989: 158.
4. Pereira CM. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Forense, 1995: 27-9.
5. França GV. O código do consumidor e o exercício da medicina. *Rev Direito Consumidor* 1995;13:56-60.

Endereço para correspondência:

*Av. Carlos Gomes nº 1155, conj. 804
90480-004 Porto Alegre-RS*