

# BIOÉTICA E DIREITO

---

Balduino Barbosa de Deus  
Sueli Gandolfi Dallari

*Esta seção se destina a discutir os vários aspectos que ligam a preocupação ética na área sanitária à formulação jurídica do direito à saúde, seja enquanto disciplinada em Lei, seja quando decidida pelos juizes individualmente ou nos tribunais.*

*Assim, idealmente, sempre que uma proposta legislativa abordar aspectos morais da saúde, ela terá interesse para a seção. Como também decisões jurídicas em primeira, segunda ou última instância que envolvam princípios ético-sanitários aqui encontrarão abrigo. Para que se garanta a utilidade social do que se discutirá nesta seção, os responsáveis solicitam e agradecem a contribuição dos leitores.*

*Espera-se receber tanto comentários relativos às decisões na matéria, quanto informação que possibilite o exame ético-sanitário daquelas decisões, para a coluna Nos Tribunais. Também manifestações semelhantes quanto a projetos de Lei, ou mesmo legislação vigente que polemize princípios morais na área da saúde, serão bem-vindas para inclusão na coluna Nos Parlamentos.*

## NOS TRIBUNAIS

O médico, especialista em Direito Sanitário, Paulo Antônio de Carvalho Fortes, professor da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, inicia esta coluna com o exame presciente do julgado que envolve a discussão do princípio da ética sanitária relativa ao consentimento informado, exigência do respeito à autonomia dos sujeitos, obrigação moral fundamental

### O consentimento, a ética e o direito

Paulo A. C. Fortes

A necessidade de consentimento prévio a um ato a ser realizado no organismo humano está fundamentada na noção da autonomia que cada pessoa dispõe e no direito à sua integridade física e psíquica.

Tal entendimento tem o Código de Ética Médica, de 1988, que inseriu as normas deontológicas concernentes ao assunto no capítulo dedicado aos Direitos Humanos, vedando ao médico efetuar qualquer procedimento sem o devido esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal.

A obtenção do consentimento prévio antes da realização de atos clínicos ou cirúrgicos é imperativa, salvo em iminente perigo de vida, e sua violação constitui hoje no Brasil, ao mesmo tempo, infração das normas deontológicas como das penais.

A noção do consentimento prévio, do ponto de vista ético, parece atualmente se diferenciar do entendimento que aparece na jurisprudência brasileira, com relação à noção da necessidade de informação e esclarecimento anterior à tomada de decisão por parte do paciente ou de seu representante legal. E o que se percebe da leitura do acórdão N° 76.340-1, de 23/04/87, julgado na 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo (publicado na RJTJSP 109/127).

Neste, foi julgada improcedente a ação de reparação de danos impetrado pela menor M. G. contra o Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual—IAMSPE—em São Paulo. A queixosa acionou o Instituto em virtude de ter sido submetida a cirurgia ortopédico com o objetivo de tornar congruente e articulada a cabeça do fêmur, em seu encaixe no quadril, mas cujos resultados não lhe foram favoráveis, ao contrário, agravaram o estado pré-existente das condições locomotoras.

A demanda da proponente não se ateve, como em outros casos, à conduta culposa por parte da equipe médica, por negligência, imprudência ou imperícia, ou por motivo de falta anônima do serviço, já que a cirurgia executada era indicada para a patologia diagnosticada e havia sido realizada por eminente

professor, cirurgião canadense, autorizado a operar no Brasil, autoridade mundial reconhecida no método cirúrgico adotado.

A alegação da demandante, que encontrou acolhimento no parecer da Procuradoria Geral da Justiça, baseou-se na ausência de informações suficientes fornecidas à representante legal da menor, sobre os riscos da intervenção, criando uma expectativa de que a cirurgia preconizada produziria a cura da paciente .

Os juízes assim se manifestaram: "A alegada expectativa criada pelo Hospital no que conceme à cura, por si só não conduziria à acolhida da pretensão indenizatória, pois obviamente nenhum leigo pode ignorar os riscos decorrentes de qualquer cirurgia", não se questionando se houve ou não o consentimento prévio antes da execução do ato cirúrgico.

As normas éticas brasileiras, salvo na exceção dos casos de iminente perigo de vida, exigem que o consentimento seja precedido de informações esclarecedoras a respeito do diagnóstico, do prognóstico, dos riscos e dos objetivos das práticas diagnósticas e terapêuticas, para que o paciente possa decidir livremente sobre os atos a serem praticados em seu organismo (Código de Ética Médica, arts. 56 e 57).

No mesmo sentido, a Associação Médica Mundial, em 1981, em sua reunião realizada em Lisboa, adotou uma resolução na qual considera a exigência do fornecimento de informações prévias para que o paciente possa emitir seu consentimento a um procedimento médico ou, ao inverso, possa exercer seu direito de recusa às ações a ele propostas. Também insiste em que o consentimento possa ser revogado a qualquer momento (1).

Também Bauab doutrinados brasileiro do campo jurídico, afirma que "a prévia autorização não pode suprimir o direito de informação que é assegurado ao doente e muito menos a obrigatoriedade de seu consentimento expresso diante de uma situação grave e abusiva para sua saúde" (2).

Na jurisprudência estrangeira também encontramos a tendência de considerar o consentimento como válido, quando acompanhado de informações sobre a evolução do caso e os riscos normalmente previsíveis em função da experiência habitual e dos dados estatísticos. A Corte de Cassação francesa, já em 1961, considerava que as informações devessem ser simples, aproximativas, inteligíveis e leais, adaptadas à compreensão intelectual do paciente ou de seus representantes legais (3).

Nos Estados Unidos prevalece atualmente a doutrina jurídica do informed consent em quase todas as jurisdições americanas formulada a partir dos primeiros casos acontecidos nos anos cinqüenta e reafirmada no decorrer da década posterior. Criaram jurisprudência os casos de Nathanson v Kline e Mitchell v Robinson, nos anos 60. Em ambos os casos, o consentimento havia sido obtido, mas sem as devidas informações sobre os possíveis e sérios efeitos colaterais indesejáveis, sendo que os tribunais consideraram a falta de informação adequada como ato negligente (4).

Em determinados casos, as cortes americanas consideram ainda que não basta que informações corretas sejam dadas ao paciente, mas que estas devam ser pautadas nos valores e preferências de cada paciente, não existindo um único padrão de fornecimento de informações, pois só assim a pessoa poderá dar seu consentimento esclarecido, escolhendo entre as alternativas científicas e tecnológicas possíveis para sua situação (4).

Verificamos, portanto, que a justiça brasileira parece ainda estar presa à noção do consentimento simples, como expresso no caso acima exposto, diferindo da experiência internacional referida e do conteúdo das normas éticas que regem a prática médica brasileira, as quais mantêm a noção do consentimento esclarecido. Cientes de que os conceitos sobre o consentimento do paciente são fenômenos socialmente e historicamente determinados, consideramos que o exposto deva servir para uma maior reflexão sobre o tema, nos campos médico e jurídico, com o objetivo de se resguardar e ampliar, cada vez mais, os direitos do cidadão brasileiro a uma assistência à saúde com qualidade, não só tecnicamente, mas, e sobretudo, no sentido humanístico.

## Bibliografia

1. Belanger M. Droit internacional de la santa par les textes. Paris: Berger-Leurault 1989:305.
2. Bauab JD. A ação do médico e a sua responsabilidade em consulta, tratamento, operação, internação e manutenção do paciente em hospital. In: Bittar CA. Responsabilidade civil, médica, odontológica e hospitalar. São Paulo: Saraiva, 1991:95.
3. Lemaire JF, Imbert JL. La responsabilité médicale. Paris: Presses Universitaires de France, 1985:32-4.
4. Appelbaum PS, Charles W, Meises A. Informed consent: legal theory and clinical pratica. New York: Oxford University Press, 1987:38-41.

## NOS PARLAMENTOS

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei N° 8.069, de 13.07.90), revogando o Código de Menores (Lei n° 6.697, de 10.10.79), que se limitava apenas aos menores em situação irregular, cuidou de dar "proteção integral à criança e ao adolescente", em qualquer situação jurídica em que se possam encontrar. Para isso, envolve não somente o Poder Público e a sociedade em geral, mas também a família, a comunidade, os empregadores, as instituições, os hospitais e estabelecimentos de atendimento à saúde, sejam públicos ou particulares.

Todos são co-responsáveis e terão que oferecer à criança e ao adolescente "absoluta prioridade" na segurança e efetivação de todos os seus direitos. Qualquer atentado a esses direitos, por ação ou omissão, terá cabível punição legal.

Sob o enfoque legal do Estatuto da Criança e do Adolescente passaremos a considerar o seguinte caso:

Juiz de Menores de determinada Comarca brasileira autorizou, em data de 28 de setembro de 1990, "à revelia de autorização dos pais", realização de intervenção cirúrgica em um bebê do sexo feminino, nascido oito dias antes, em um Hospital de importante Universidade do sul do país.

A autorização daquele Magistrado foi ato decisório para a solução de um problema que envolvia, conjuntamente, a equipe médica da Pediatria, a Comissão de Ética, a Assessoria Jurídica e a própria direção técnica daquela Instituição de Ensino Superior.

Os relatórios médicos a respeito da recém-nascida, além de constatarem a existência de "diagnóstico ultrassonográfico de atresia duodenal desde aproximadamente 18 a 20 semanas de gestação", informavam ainda o seguinte:

- a) Que a recém-nascida apresentava características clínicas compatíveis com a síndrome de Down, e avaliação pós-natal clínico-radiológica confirmava a existência de atresia completa do duodeno.
- b) Que a malformação congênita do aparelho digestivo tinha possibilidade de reparação cirúrgica completa, e que as condições da paciente, para isso, eram plenamente satisfatórios.
- c) Que, sem a devida correção cirúrgica, aquela patologia congênita do aparelho digestivo (atresia duodenal) ser-lhe-ia fatal por absoluta impossibilidade de alimentação enteral.
- d) Que essa correção cirúrgica (duodenotomia) era técnica amplamente dominada pelos cirurgiões pediátricos do Hospital, apresentando índices de sobrevivência entre 80 a 90% no pós-operatório, e possibilitando, em definitivo, o uso normal do aparelho digestivo.
- e) Que, em virtude da impossibilidade de administrar fluidos e nutrientes por via enteral, vinha sendo utilizada a via intravenosa. Mas para a continuidade de manutenção da hidratação e equilíbrio eletrolítico, impunha-se a canulação de veia central (flebotomia), devido à escassez dos locais de punção venosa periférica da pequena paciente.

Praticava-se esse processo de hidratação como alternativa para permitir à recém-nascida pelo menos uma

sobrevinda de curto prazo, caso não fosse feita a necessária correção cirúrgica.

Nessa altura dos acontecimentos, porém, agravou-se ainda mais a situação pelo fato de os pais, que antes haviam negado autorização para a duodenotomia, agora também se negarem a autorizar o procedimento cirúrgico de canulação da veia.

f) Ante o iminente perigo de vida da paciente, a flebotomia referida já se esboçava como necessidade e medida de emergência, segundo comunicação do chefe do Serviço de Neonatologia à Comissão de Ética daquele Hospital.

g) Sem perda de tempo, essa Comissão, depois de ouvir a Assessoria Jurídica da Universidade, sugeriu, de imediato, à Direção Técnica que levasse o fato ao conhecimento do Juizado de Menores "para opinar sobre o assunto e tomar as medidas necessárias, se for o caso".

O Meritíssimo Doutor Juiz da Vara de Menores daquela Comarca não se limitou apenas a "opinar", mas decidiu liminarmente, autorizando a indicada e necessária intervenção cirúrgica na pequena paciente. E o fez à revelia de autorização de seus pais.

O sucesso da cirurgia (duodenotomia) foi total. Com fulcro em laudo médico de que a mesma se encontrava em condições de alta, o Juiz autorizou a entrega da menor a seus genitores, ao tempo em que solicitava à Reitoria informações periciais sobre "as condições atuais de saúde da referida menor".

Para uma sucinta e clara análise jurídica do fato referido, principalmente à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente destacamos os seguintes tópicos:

1—O paciente: Trata-se de recém-nascida. Como tal, é-lhe assegurada proteção integral por parte da família, do Estado, das entidades comunitárias, da sociedade em geral e de cada cidadão em particular (art. 1.º).

A criança goza de todos os direitos fundamentais à pessoa humana (art. 3º), dentre os quais se destaca a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação ... (art. 4.º).

Qualquer forma de negligência, por ação ou omissão, de que seja objeto a criança, terá punição legal (art. 5º).

2— O Hospital e a Equipe Médica: Portaram-se inteiramente dentro das determinações que lhes dizem respeito no Estatuto da Criança e do Adolescente. É o que aferimos das abundantes informações colhidas dos relatórios médicos. Desde o período de sua gestação teve a recém-nascida toda assistência e todo cuidado necessários à proteção de sua vida e de sua saúde (art. 7.º). Além disso, assegurou-se à gestante o atendimento pré e perinatal exigível. Consta-se ainda que foi plenamente satisfeito o dispositivo do art. 10, III, relativo a exames que visavam ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo da recém-nascida. Por fim, a seus pais foram prestados esclarecimentos e orientações acerca da necessidade dos procedimentos cirúrgicos indicados.

3— Os Pais: Não são ditas nem conhecidas as razões de suas negativas. Talvez uma sub-reptícia falsa compreensão de Pátrio Poder. Talvez também não entendessem que este deve ser exercido apenas como instrumento de tutela e proteção aos filhos. Não há dúvida de que aos pais, primordialmente, compete o exercício dos direitos dele decorrentes. Direitos que "devem ser salvaguardados o mais possível, com o maior escrupulo; mas eles são limitados e suplantados pelo direito do filho, pelo direito e pelo interesse da Nação". (Carvalho Santos: Código Civil Brasileiro Interpretado, Da edição, vol.VI, p.42).

Daí é que louvamos a postura da equipe médica do Hospital, por não se ter deixado vencer pela repulsa dos pais quanto à concessão de autorização para os competentes e indicados procedimentos cirúrgicos. Transpondo barreiras e vencendo obstáculos não regateou providências nem negligenciou um minuto sequer ante a urgência do caso. Acionou, prudentemente, a Comissão de Ética, a Assessoria Jurídica e a própria Direção Técnica daquela Instituição que, por sua vez, apelou para o Juiz de Menores (hoje, Juiz da

Infância e da Juventude), na tentativa incansável de salvar a vida e recuperar a saúde da pequena paciente. E esse esforço, como se viu, foi coroado de êxito.

4—Juizado de Menores: Uma consideração final a respeito da autorização do Meritíssimo Doutor Juiz à revelia dos pais da menor. Corretíssima sob todos os aspectos. Ele não abusou de seu poder nem extrapolou os limites de sua competência, mas, atendendo ao que preceitua o art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, corroborado agora pelo art. 6.º do Estatuto da Criança e do Adolescente, apenas deu uma correta interpretação ao conteúdo legal que disciplina o Pátrio Poder.

Já Caio Mário leciona, como princípio basilar, que o Juiz, nesse caso, não age arbitrariamente, mas sob a inspiração superior do interesse do menor. (CF. Instituições do Direito Civil, 3º edição, vol.V, p.290).

Seria um não acabar querer citar Doutrina e Jurisprudência a respeito do Pátrio Poder e de seu exercício, bem como da necessidade de sua fiscalização, controle, supervisão e suprimento por parte da vigilância prudente, sábia e eficaz do Poder Público.

Lembramos apenas o Mestre Carvalho Santos, (op. cit., p.43): "O pai, no exercício do Pátrio Poder, não tem poderes discricionários, mas tem deveres a cumprir, sob a fiscalização da Justiça, que intervirá sempre que se fizer mister, em benefício do filho"

Esta é a nossa interpretação do fato acima relatado.

Em Tempo:

Dentro dos objetivos desta seção, Bioética e Direito, achamos oportuno dar conhecimento aos leitores de uma sentença polêmica e corajosa do Juiz Miguel Kfoury Neto, baseada em argumentos científicos atuais, que, por considerarmos de grande e atual interesse, transcrevemos em parte:

1 - "Uma paciente requer autorização judicial para interromper sua gravidez, posto que exames ultrassonográficos e clínicos, levados a efeito por Junta Médica, diagnosticaram feto anencéfalo. A continuidade da gestação acarretaria riscos à vida da Requerente e a sobrevivência extra-uterina do feto seria inviável...

3 - "O aborto por indicação eugênica não está contemplado em nossa legislação penal. A simples idéia de se negar vida a um ser em gestação, por apresentar deformidades graves, repugna-nos a todos.

"A Ciência Médica, entretanto, tem evoluído de tal forma no plano do diagnóstico pré-natal, que enfermidades graves, capazes de colocar em risco a vida da mãe e que inviabilizam por completo a existência do feto, são detectadas com razoável antecedência. Médicos e juristas, nos últimos tempos, têm proposto interpretação mais razoável a essas exceções, excluídas das indicações legais para o aborto.

"Em artigo profundo e interessantíssimo (in RJTESP-Lex 132/9), o Desembargador Alberto Silva Franco aborda o tema, oferecendo-nos valiosas conclusões, ora utilizadas nesta decisão.

4 - "Dentre as anomalias que podem atingir o feto, encontra-se a anencefalia, consistente em "mal-formação congênita, por defeito do fechamento do tubo neural, caracterizada pela falta total ou parcial do encéfalo. É geneticamente condicionada por herança multifatorial" (in Zacharias, Manif e Elias. Dicionário de Medicina Legal, EDUCA, 1988, p. 28).

5—"Patrick Vespieren (in "Diagnostico prenatal y aborto selectivo, Reflexion ética", in "La Vida Humana, Origen y Desarrollo", pág. 178, Universidad Pontificia Comilas, Madrid, 1989—apud SILVA FRANCO, loc. cit. p. 25), ao abordar esses desvios no desenvolvimento que se manifestam durante a embriogênese, refere-se à anencefalia:

um caso que merece especial atenção é o da anencefalia, que consiste na ausência no feto dos dois hemisférios cerebrais. Não corresponde exatamente, no plano médico, à morte cerebral. O sinal

inequívoco desta, admite-se hoje, reside na verificação da ausência de função total e definitivamente do tronco cerebral. Pois bem, esta está presente nos fetos anencéfalos e permite, em alguns casos, uma sobrevivência de alguns dias fora do claustro materno. Antropologicamente falando, as duas situações são, sem embargo, similares: a ausência de hemisférios cerebrais, no primeiro caso, e sua afetação definitiva, no segundo, suprimem para sempre o suporte indispensável para toda forma de consciência e de relação com o outro. No segundo caso, reconhece a morte da pessoa. Não há razão para deixar de afirmar que, no primeiro caso, a vida que subsiste não é, propriamente falando, uma vida humana, a vida de um ser humano destinado a chegar a ser (ou já) pessoa humana.

"Aqui ainda na esteira do ilustrado Desembargador paulista não se está admitindo a indicação eugênica com o propósito de melhorar a raça, ou evitar que o ser em gestação venha a nascer cego, aleijado ou mentalmente débil.

"Busca-se evitar o nascimento de um feto cientificamente sem vida, inteiramente desprovido de cérebro e incapaz de existir por si só.

6 - "Posto isso, nesta vertência, não tenho dúvida em considerar o aborto eugênico causa excludente de ilicitude por isso o autorizo.

"Já devidamente permitido pela gestante e seu marido, deverá ser realizado por médico, preferencialmente em Hospital credenciado pela Administração Pública no máximo até a 22ª semana a contar da nidificação do ovo."

O aborto foi realizado um dia após a decisão judicial.

[Índice Revista](#)