

Autonomia da vontade do paciente X autonomia profissional do médico

Patient's autonomy vs physician's professional autonomy

Eudes Quintino de Oliveira Junior¹, Euder Quintino de Oliveira², Pedro Bellentani Quintino de Oliveira³

Resumo: A evolução da biotecnociência e da biotecnologia, aliada a novos preceitos jurídicos tuteladores da pessoa humana, tem repercussão direta e imediata na relação médico-paciente. Tanto é que o Código de Ética Médica, com nova roupagem, introduziu mecanismos compatíveis com relação às tutelas constitucionais e civis que abrigam o paciente, tendo como metas a realidade atual. A condição de paciente já não corresponde mais ao paternalismo e ao assistencialismo que lhe era inerente. Ao contrário, apresenta-se munida de uma nova engrenagem com o foco voltado para a autonomia da vontade, dando ao paciente a oportunidade de se manifestar a respeito da aceitação ou da recusa de determinado procedimento médico. É, na realidade, um sujeito de direito, com toda a carga jurídica compreendida na expressão. Surge, dessa forma, como corolário do *principium individuationis* e recebe o assentimento da própria Bioética, que erigiu a autonomia da vontade do paciente como um dos princípios basilares.

Descritores: Autonomia do Paciente, Código de Ética Médica, Termo de Consentimento, Bioética

Abstract: The evolution of biotechnoscience and biotechnology, together with new tutelary legal precepts of the human being, brings direct and immediate impact on the doctor-patient relationship. As matter of fact, the Code of Ethics, with a new appearance, added compatible mechanisms regarding the constitutional and civilian guidance of the patient, according to the present reality. The patient's condition no longer corresponds to paternalism and welfarism that was relevant. However, the patient is provided with a new mechanism focused on the principle of freedom of choice, allowing them the opportunity to speak about the acceptance or rejection of a particular medical procedure. It is in fact, the subject of law, with all legal burdens properly understood. Emerges, thus, as a corollary of the *principium individuationis* and receives the approval of bioethics, which established the autonomy of the freedom of choice of the patients as one of the essential principles.

Keywords: Patient Autonomy, Code of Medical Ethics, Consent Term, Bioethics

1. O homem como ser dotado de vontade

De regra, todo ser humano é dotado de vontade. Esta trabalha diretamente relacionada com a razão e materializa-se no mundo exterior por meio de uma ação de fazer o bem ou o mal, de acordo com o que foi selecionado pela volição. É o processo da teoria, que brota de uma medita-

ção solitária, consistente em encontrar um querer e sua potencialidade, e o da prática, que exterioriza o comportamento voluntário. Essa dinâmica perpetua-se individualmente, reflete-se no indivíduo universal e forma a somatória de costumes, éticas e realidades sociais, conferindo a cada um uma parcela de responsabilidade.

Trabalho realizado no Centro Universitário do Norte Paulista.

1 - Médico, Pós-doutorado em Ciências da Saúde, Reitor do Centro Universitário do Norte Paulista (UNORP). **2** - Médico, Especialista em Cardiologia pela Sociedade Brasileira de Cardiologia, Diretor Clínico da Cardioclínica Olímpia. **3** - Advogado, Bacharel em Direito pela Universidade Mackenzie.

Correspondência: Eudes Quintino de Oliveira Júnior. Rua Las Vegas, 180. São José do Rio Preto - SP. CEP: 15093-010.

Artigo submetido em 06/2013 e publicado em 06/2013.

“O fato de ter vontade implica a responsabilidade: pode-se pedir contas ao homem daquilo que faz, porque o faz, querendo. O homem é responsável por suas ações diante dos outros, da lei, da comunidade” (Stork et al., 2005).

Cada pessoa traz seu quinhão de contribuição para o grupo ao qual pertence, demonstrando a necessidade de se sentir conectada ao outro.

“Uma das vantagens de pertencer a uma sociedade coesa, em que as pessoas ajudam umas as outras, é que o grupo costuma ser mais bem-equipado que um conjunto aleatório de indivíduos para lidar com ameaças externas. As pessoas percebem intuitivamente que existe uma força nos números e se consolam na companhia das outras, em especial em tempos de infelicidade ou carência. Ou, de acordo com a famosa afirmação de Patrick Henry: Unidos resistimos, divididos caímos. (Ironicamente, Henry desmaiou e caiu nos braços dos espectadores pouco depois de balbuciar esta frase).” (Mlodinow, 2013).

A vontade consciente, que é o resultado de uma operação coordenada pelo cérebro, forma a ação ideomotriz, que nada mais é do que a realização de condutas selecionadas pela pessoa para o exercício de sua vida social. Poder-se-ia até afirmar que desperta a consciência da finalidade do ser humano. Mente e corpo estão interligados e ambos são promotores, quando em interação, de qualidade de vida sadia e harmônica.

“Com a ajuda da deliberação reflexiva e de ferramentas científicas, a compreensão da construção neural da mente consciente também adiciona uma dimensão útil à tarefa de investigar como se desenvolvem e se moldam culturas, o supremo produto dos coletivos de mentes conscientes.” (Damásio, 2011).

O espaço de convivência dos seres humanos implanta regras gerais e cogentes para disciplinar seu comportamento. É a lei exercendo sua função primordial de regulação. Assim, conforme delinea Blanco (2004):

“son actos que desde el punto de vista de mi energía voluntaria, de mi dinamismo psicológico, puedo llevarlos a cabo, pero son actos que están regulados por las normas del mundo en que vivimos, normas que introducen el criterio de licitud”.

Mas a vontade individual não pode se sobrepor às regras estabelecidas pela sociedade. Deve, antes de tudo, respeitá-las para que predomine sempre o interesse ditado pelo comunitário.

“Tudo na natureza age segundo leis. Só um ser racional tem a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, segundo princí-

pios, ou: só ele tem uma vontade. Como para derivar as ações das leis é necessária a razão, a vontade não é outra coisa senão razão prática.” (Kant, 1980).

O homem, fim e valor em si mesmo, centro e ponto de convergência de todas as ações, dotado da capacidade volitiva e intelectual, detentor de uma supremacia própria, exerce sua condição de sujeito moral, com autonomia decisiva própria, buscando todos os meios para o desenvolvimento de sua inalienável dignidade. Daí que a Constituição Federal, quando estabelece os objetivos da República Federativa, não faça nenhuma distinção com relação ao ser humano, considerando a igualdade e proibindo preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

E é interessante notar também que o homem, forjado no espírito daquilo que é justo e correto, quando aciona o dinamismo de sua vontade, consistente na escolha de um determinado valor, por ser o resultado de uma vontade livre, canalizará uma energia com tendência ao bem, o “seguir sendo”, como aconselhou Spinoza, e caminhará bem mais próximo da liberdade, assim como se aproximará da realização do “bem supremo”, preconizado por Aristóteles. Nessa linha de pensamento, chega-se à razão prática delineada por Kant. Proclama o médico bioeticista Kottow:

“El ser humano propende a ciertos fines, que le son útiles o placenteros; todo acto que fomenta estas metas será éticamente bueno. La calidad moral de los actos se pondera por las consecuencias que tienen, de donde deriva la denominación de ética consecuencialista.” (Kottow, 2005)

2. A autonomia da vontade como princípio da bioética

A Bioética, termo que foi cunhado pela primeira vez em 1970 pelo oncologista norte-americano Van Rensselaer Potter, apresenta-se como uma ciência multi e transdisciplinar, cuja finalidade é discutir aspectos variados da vida humana, alçando o homem ao topo da pirâmide para que possa decidir a respeito da conduta mais adequada, conveniente e construtiva para desenvolver a contento seu projeto de vida.

Pessini e Barchifontaine, fazendo comentários a respeito da obra *Encyclopedia of Bioethics*, com a segurança que lhes é peculiar, afirmam que:

“... a bioética, definida pela tradição da Enciclopédia, se desenvolveu a partir destas duas linhas centrais de questões: as trazidas pelos cientistas da vida e as novas questões éticas emergentes a partir dos avanços da medicina. Neste sentido, a obra integra os aspectos dos cuidados da saúde

e ética médica, sem perder de vista o contexto maior apresentado pelos cientistas da vida no início dos anos 70, com inquietações ligadas com o meio ambiente e saúde pública.” (Pesini; Barchifontaine, 2008).

Em definição mais ajustada para a área da saúde pode-se abraçar a definição de Diniz, para quem a Bioética resume-se a:

“um estudo deontológico, que proporcione diretrizes morais para o agir humano diante dos dilemas levantados pela biomedicina, que giram em torno dos direitos entre a vida e a morte, da liberdade da mãe, do futuro ser gerado artificialmente, da possibilidade de doar ou de dispor do próprio corpo, da investigação científica e da necessidade de preservação dos direitos das pessoas envolvidas e das gerações futuras.” (Diniz, 2011)

Como ciência ainda jovem, a Bioética carrega três princípios estruturais. O primeiro deles é o da beneficência, que pode ser traduzido como a preocupação de fazer o bem, com ênfase especial no sentido de que o profissional deve se preocupar com a realização do bem alheio, principalmente a vida e a saúde. É a aplicação da regra *primum non nocere* ou *neminem laedere*. Não lesar a outrem faz parte de uma determinação normativa com aplicação geral, demonstrando uma regra imperativa de se praticar somente aquilo que seja bom para a outra pessoa, no âmbito da solidariedade humana em sua forma mais expressiva. Não no sentido de caridade, de provimento material, mas sim de um cunho obrigacional, inerente àquele que atua na área da saúde. Maximizar o bem do outro compreende minimizar eventual prejuízo do ato médico ao paciente.

O segundo é o da não maleficência que, ao contrário do anterior, contém uma obrigatoriedade de não causar dano. A não-maleficência pode até ocorrer em uma ação que inicialmente seja benéfica, porém seu resultado não é conveniente e pode provocar dano. A prática bioética visa aconselhar e direcionar as ações dirigidas às pessoas, para que sejam justas, corretas e, proporcionalmente, entre o dano e o sucesso, que prevaleça o último.

O terceiro princípio vem a ser o da justiça, equidade ou redistributivo. O benefício recebido por um paciente, em razão do princípio da igualdade, determina que seja estendido a outros. A isonomia compreendida nesse princípio deve ser interpretada com certa cautela. Talvez até a expressão mais adequada seja isonomia ou paridade de tratamento do que propriamente justiça. Nem se pode interpretar justiça como instituição, mas sim no sentido daquilo que é justo, correto, que deve ser aplicado a outrem porque trouxe benefício a

alguém. A igualdade preconizada pela Lei Maior é a que afasta diferenciações e discriminações de toda ordem, para a construção de uma sociedade humana justa e igual. Dessa forma, todos são colocados em igualdade de condições, sem considerações a respeito de sexo, cor, raça, idade e qualquer outro conteúdo de exclusão social.

O último princípio, objeto do presente estudo, é o da autonomia da vontade do paciente ou de seu representante legal. Na relação médico-paciente, após ter sido diagnosticada determinada moléstia, um dilema conflitante estabelece-se entre o profissional da saúde, preparado tecnicamente para o exercício de seu mister, e o paciente, que integra essa relação como parte interessada em definir os procedimentos diagnósticos e terapêuticos a serem adotados. É uma relação linear que procura, de um lado, reconhecer o direito do paciente em se determinar de acordo com sua vontade no tocante à saúde e à vida e, de outro, o do profissional da saúde, em apontar os procedimentos médicos convenientes para o paciente, sem, todavia, obrigá-lo a tanto.

Na realidade, pode-se até dizer que a relação médico-paciente é triangular, segundo a interpretação de Muñoz e Fortes, ambos professores da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, que a definem da seguinte forma: “o médico, o paciente e a sociedade. Cada um com um significado moral específico: o paciente atua guiado pelo princípio da autonomia, o médico, pelo da beneficência e a sociedade, pelo da justiça”.

O Relatório Belmont, que serviu de base para os criadores dos princípios gerais da bioética, denunciava uma série de atentados contra a vontade do paciente, que, na realidade, era considerado uma cobaia humana. Eclodiu daí, fortemente prestigiado, o princípio da autonomia da vontade na Bioética. Como acentua Mozer:

“... como uma espécie de princípio primeiro e fundante de uma nova postura global: ninguém pode decidir pelo enfermo, desde que este apresente condições mínimas para isso. E ainda que estas lhe faltem, não cabe ao médico, mas ao círculo familiar tomar as decisões mais importantes. A tomada de decisão, contudo, tem a pressuposição de que os doentes sejam devidamente informados não só sobre o diagnóstico, como também sobre as várias alternativas para uma intervenção de ordem terapêutica. Com isso passou a ganhar força o que se denomina direito ao consentimento informado.” (Mozer, 2004)

Em todos os atos da vida civil em que participa, o homem dá sua aquiescência, manifestação inequívoca da vontade de celebrá-lo.

“O Kantismo já apregoava que o homem é livre e consciente para selecionar o conjunto de normas que adota para reger sua existência social. O neonato não irá atritar com seus genitores. Ao contrário, dividirá com eles espaço idêntico, com atribuições diferenciadas, um completando o outro. É como as abelhas: juntam-se para formar colmeias.” (Oliveira Júnior, 2006)

Mas, para que o paciente ou seu representante legal possam dar seu consentimento, faz-se necessário que informações e esclarecimentos sejam passados de forma clara e precisa, no linguajar do leigo e não do profissional, para que não pare qualquer dúvida a respeito da proposta do procedimento, sem olvidar ainda que o paciente é detentor do direito de fazer as perguntas que julgar convenientes.

De forma bem didática, Dantas e Coltri explicam: *“Por adequação entende-se a prestação das informações sobre o quadro do paciente, quais são as opções de procedimento, quais as consequências de cada um dos procedimentos, possíveis benefícios dos procedimentos e, principalmente, quais os riscos envolvidos em cada um dos procedimentos. Ainda o paciente deve ser informado sobre as consequências e os riscos inerentes a não adoção de procedimentos.”* (Dantas; Coltri, 2010)

3. Autonomia da vontade do paciente e o código de ética médica

No *dictum hipocraticum* não há nenhuma norma que estabeleça o livre arbítrio do paciente a respeito do procedimento a ser adotado, a não ser a obrigatoriedade do profissional de saúde de cuidar do bem-estar do próximo, dentro da visão paternalista e absolutista então vigente.

O paciente é senhor do próprio corpo, salvante algumas exceções. Em realidade, numa interpretação mais extensiva, pode-se dizer que dele não se pode dispor, em razão da regra inscrita na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de que o corpo humano e suas partes são bens *extra commercium*, reiterada na Constituição brasileira.

Faz lembrar Bias, um dos sete sábios da Grécia, quando sua cidade de Pirene estava sendo invadida pelos exércitos de Ciro e os cidadãos juntavam seus bens para fugir, ele, sem nada recolher do que era seu, afirmou: *omnia mea mecum porto*, simbolizando que tudo que tinha de valor era seu corpo e a sabedoria.

O atual Código de Ética Médica, introduzido pela Resolução do Conselho Federal de Medicina, acatando o pensamento mundial que rege

a matéria, estabeleceu um canal de comunicação verdadeiro e ativo entre o médico e o paciente. A indagação reiterada constantemente procura saber até aonde alcança a autonomia da vontade do paciente. É notório que o médico é dotado de conhecimento especializado sobre determinada área e sua palavra é de vital importância para a solução da moléstia apresentada, de forma eficaz, com baixo ônus financeiro e tempo diminuto. Às vezes, pode não coincidir com a opinião do paciente, que opta por um determinado procedimento, em razão da liberalidade existente no *Patient Self-determination Act* (PSDA). Gracia testemunhou que:

“Que eu saiba, é a primeira vez que isso ocorre na história e não está claro quais podem ser as consequências dessa revolução impressionante. Para mim, o que ocorre hoje na medicina deve-se em considerável medida a que as necessidades sanitárias deixaram de ser definidas pela medicina e passaram a ser definidas pelos usuários. São estes que dizem o que é ou o que não é uma necessidade de saúde. E buscam o sistema de saúde para que a solucione. Obviamente, este não pode fazê-lo em muitas, muitíssimas ocasiões. O que gera grande frustração dos usuários e um enorme descontentamento entre os profissionais.” (Gracia, 2011)

Essa parceria de decisão que se forma a respeito do tratamento mais adequado nada mais é do que a conjugação das alternativas de ação apresentadas pelo médico e a escolha livre e autônoma do paciente. Se porventura for anunciada somente uma possibilidade para o tratamento, não há como falar no exercício do direito da autonomia da vontade. É uma decisão peremptória, que não admite outra escolha, a não ser, é claro, a recusa ao próprio tratamento sugerido.

O referido Código faz inserções pontuais nas diversas restrições à ação do profissional médico, que carregam interesse relevante para o tema abordado. Em seu Capítulo IV, traz uma regulamentação destinada à proteção dos Direitos Humanos e, taxativamente, estabelece:

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Art. 26. Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la.

Mais adiante, ainda no mesmo corpo de leis, no Capítulo V, ao tratar da relação do médico com pacientes e familiares, estabelece:

É vedado ao médico:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Não é intenção perfilá-los separadamente e tecer os comentários respectivos, justamente porque todos dão ênfase à iniciativa do paciente em se orientar com o profissional da saúde para saber se acata ou não sua proposta, no âmbito de uma realidade dos paradigmas existentes. De nada adianta o usuário pretender determinada técnica ou medicamento ainda inexistentes, pois abrirá uma vala de descontentamento e frustração. Trata-se do exercício de um direito em que a definição do paciente ficará cingida a procedimentos existentes e possíveis.

Interessante determinação vem expressa nos artigos 22 e 26 do Código de Ética Médica, retro-citados. O primeiro deles, de forma peremptória, proíbe o médico de deixar de obter o consentimento do paciente ou de seu representante, mas abre uma exceção à regra anunciada quando o autoriza em caso de risco iminente de morte. No segundo, recomenda-se ao médico que respeite a vontade de qualquer pessoa em greve de fome, sem tentar alimentá-la compulsoriamente, limitando-se a cientificá-la das prováveis complicações do jejum. Mas, e aqui vai nova exceção, na hipótese de risco iminente de morte, deve tratá-la. Adverte Barros Júnior:

“Quando isso ocorrer, sem sombra de dúvidas a autonomia é imediatamente ‘rebaixada’ em grau de relevância e a vida deve ser preservada, independentemente do que pense, ache ou deseje o paciente e familiares. O esculápio deve diligenciar ao máximo para restabelecer a saúde e manter a vida do assistido.” (Barros Júnior, 2011)

O paciente manifesta sua adesão por meio do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, que no Brasil foi introduzido pela primeira vez por meio da Resolução nº 196, de 1996, do Conselho Nacional de Saúde. Este documento, originariamente ditado pelo Código de Nuremberg, que redirecionou as pesquisas com sujeitos humanos, representa hoje a autorização, a aquiescência do paciente em permitir a realização de determinado procedimento médico, quer seja cirúrgico ou terapêutico, após ter sido corretamente esclarecido a respeito. A autorização, no entanto, será dispensada em caso de risco de morte iminente, quando clama mais alto o direito à tutela da vida.

É assim uma exposição de uma situação clínica a um paciente, de forma bem clara e precisa, com a indicação dos benefícios que poderão advir da prática da *ars curandi*, assim como dos eventuais insucessos. Pode-se até dizer que é uma carta de obrigação moral que compreende o entendimento do relato médico e a autorização do paciente para sua realização. Adverte Costa (2008): *algumas de estas obligaciones, pueden englobarse bajo la doctrina general de que el médico debe obtener consentimiento informado válido de su paciente antes de realizar un tratamiento o algún procedimiento diagnóstico.*

Atentando para o conteúdo da expressão Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, tem-se a impressão de redundância, pois o consentimento (*cum+sentire+mens*), que etimologicamente significa aquilo que conta com o sentimento da mente, de regra, é livre. Não há, por conseguinte, necessidade de reafirmar a adesão. Mas, a redundância, que parece proposital, veio conferir maior vigor ao que está sendo expresso: de que o consentimento, além de representar a vontade do paciente, tem um *plus* diferenciador, que é justamente sua liberdade em fazer determinada opção.

Até agora a assistência médica residia na obrigatoriedade do médico cuidar do bem-estar da pessoa, dentro da visão paternalista e absolutista. A decisão a respeito do tratamento a ser indicado era unicamente sua, unilateral, sem qualquer manifestação por parte dos destinatários de seus serviços. Agora, terá o paciente como coautor, dividindo com ele a responsabilidade da escolha. Mas é interessante reprimir que o fato de obter o consentimento, por si só, não elide a responsabilidade aquiliana do médico, se obrar com imprudência, imperícia ou negligência.

Para que o paciente ou seu representante legal possam dar seu consentimento, faz-se necessário que as informações e os esclarecimentos sejam passados de forma clara e precisa, no linguajar do leigo e não do profissional, para que não pare qualquer dúvida a respeito da proposta do

procedimento, sem olvidar ainda que o paciente é detentor do direito de fazer as perguntas que julgar convenientes. De forma bem didática, Dantas e Coltri explicam:

“Por adequação entende-se a prestação das informações sobre o quadro do paciente, quais são as opções de procedimento, quais as consequências de cada um dos procedimentos, possíveis benefícios dos procedimentos e, principalmente, quais os riscos envolvidos em cada um dos procedimentos. Ainda o paciente deve ser informado sobre as consequências e os riscos inerentes a não adoção de procedimentos.” (Dantas e Coltri, 2010, p. 105)

É inquestionável que o exercício da autonomia da vontade exige um agente capaz, com plenas condições de discernimento a respeito de sua saúde, integridade físico-psíquica e suas relações sociais. Esclarecem Sá e Naves:

“O paciente precisa ter discernimento para a tomada de decisão. Discernimento significa estabelecer diferença; distinguir, fazer apreciação. Exige-se que o paciente seja capaz de compreender a situação em que se encontra. Em Direito, a capacidade de fato de exercício traduz-se em presunção de discernimento, no entanto, diante do quadro clínico, o médico deverá atestar se o nível de consciência do paciente permite que ele tome decisões.” (Sá e Naves, 2009)

Consequentemente, se o paciente não reunir condições de autogoverno e autodeterminação, como é o caso de menores, deficientes mentais ou até mesmo quem se encontrar em coma, será representado por familiares ou terceiros juridicamente legitimados.

É interessante observar que a capacidade de consentir estabelecida no Direito Civil pátrio teve origem no Direito Médico. Com sua perspicácia doutrinária insuperável, Miranda faz ver que:

“A noção advém do Direito Médico de diferentes países para marcar a linha de limite entre as intervenções médicas praticadas em vista de um ato de autodeterminação do paciente e aquelas praticadas com a assistência ou mediante representação do legalmente responsável pelo paciente. Seu objeto específico é o processo de tomada de decisões sobre os cuidados para com a saúde, globalmente considerados, para participar de pesquisas na área da saúde, mas quaisquer atos de lícita disposição do próprio corpo.” (Miranda, 2012, p.151)

A Convenção sobre os Direitos do Homem e a Dignidade do Ser Humano Face às Aplicações da Biologia e da Medicina, assinada pelos mem-

bros do Conselho da Europa, os outros Estados e a Comunidade Europeia, enfatiza em seu artigo 5º:

“Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente seu consentimento”.

O paciente também tem o direito de não ser informado, no âmbito de sua discricionariedade. Como se trata do exercício de um direito, o profissional da saúde deve questioná-lo a respeito de parentes ou pessoas que estejam legitimadas a representá-lo e apresentar formalmente ao recusante os requisitos mencionados no termo de consentimento. Se persistir a recusa de informação, a vontade da pessoa deve ser respeitada e o único responsável para tomar as decisões passa a ser o médico. Nesse caso, é aconselhável que, da mesma forma que no consentimento, seja o termo devidamente assinado pelo interessado, o qual, obviamente, deve estar na plenitude do exercício de suas faculdades.

Mesmo que concedido anteriormente, o consentimento pode ser reajustado ou revogado a qualquer tempo pela pessoa que o assinou, em razão da autonomia de sua vontade. Se informado ao paciente a respeito das cláusulas do consentimento e ele permanecer silente, sem aprovar ou reprovar, a decisão do procedimento transfere-se para o médico. Ocorre aí uma presunção no sentido de que, no silêncio do paciente, sem que tenha indicado qualquer pessoa para representá-lo, o médico será responsável em razão de seu preparo profissional e tomará as decisões por ele. A respeito da questão, a Lei Civil declara que “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”.

Pode ocorrer também colidência entre o direito do paciente e de seu representante legal para consentir a respeito de determinada ação médica. Nesse caso, levando-se em consideração que o direito de se manifestar é exclusivo do paciente e não exercido concomitantemente com seu representante, prevalece o direito do primeiro. Somente irá prevalecer o do representante se o paciente autorizou, porém o próprio profissional de saúde atestou que ele não se encontrava em seu juízo perfeito para a prática do ato. Nada obsta, no entanto, que prevaleça o interesse do representante na hipótese de ter o paciente, de forma clara e convicta, assinado o termo e optado por um

tratamento e venha, em razão da doença, entrar em estado de saúde irreversível. O representante poderá eleger outra via que não a do representado.

Pode ocorrer até que um jovem, mesmo contando com mais de 18 anos, não ofereça seu consentimento, assim como seus representantes legais. Se prevalecer de forma absoluta o princípio da autonomia da vontade estabelecida em lei, esbarra-se no princípio maior, de mais relevância, que é a vida da paciente. A solução para o caso, de forma justa e ponderada, foi dada pela Juíza Federal na Bahia e professora de Direito Civil e Bioética da UFBA, Mônica Aguiar, nos seguintes termos:

“Neste caso, reconhecida a vulnerabilidade acrescida pela patologia, em razão da disfunção capaz de reduzir o entendimento e a compreensão que afeta o discernimento do paciente e diante da recusa ao tratamento pela família, cabe a interferência médica que no Brasil, em razão da opção pelo sistema da ‘Civil Law’, que expressamente define, a priori, quem representa os absoluta ou relativamente incapazes em rol taxativo inserido no art. 3º, I e 4º, I, do Código Civil somente pode sobrepor-se à representação legal em sentido lato por meio de ordem judicial que afaste, temporariamente, e para aquele ato específico, essa representação. Deste modo, pode e deve a Magistratura, havendo risco para a vida do paciente, afastar a omissão dos pais para prestigiar o interesse do adolescente que se encontra nesta situação.” (Aguiar, 2009)

É de se indagar como enfrentar a colidência entre a autonomia da vontade do paciente que nega a autorização para a prática de determinada conduta imprescindível, como, por exemplo, a necessidade de hemotransusão, e o dever jurídico e contratual do médico que a recomenda. O dever jurídico surge em razão da própria obrigação advinda do exercício da prática médica. O contratual não é somente aquele que brota de uma disposição escrita entre as partes, mas compreende também aquele em que o médico apresenta-se como profissional garantidor e protetor daquela vida humana.

A negativa do paciente não pode encontrar eco na conduta médica. É certo que não poderá usar da *potestas coercendi*, no sentido de constranger o paciente a submeter ao tratamento médico ou à intervenção cirúrgica, com risco de morte. O princípio da proporcionalidade deve ser invocado para deslindar a situação. Esse princípio, tão bem contornado pelo jurista português José Gomes Canotilho, propõe uma adequação entre a ação e o resultado ou, ainda, entre os valores protegidos pelas regras jurídicas. Plácido e Silva, em seu Vocabulário Jurídico, definiu com maestria:

“É critério de interpretação axiológica, quando se põem em confronto valores diversos, de modo que o intérprete opta pelo valor que se mostra com maior densidade ou importância”. (Plácido e Silva, 2004)

Nada mais é do que a razoabilidade de escolher, dentre dois bens, aquele que reúne predicados de maior interesse e predominância, sacrificando o de menor valor. Partindo do princípio constitucional da indisponibilidade da vida humana, detentora da supremacia legislativa, tudo que for feito para a preservar irá ao encontro da dignidade do ser humano, uma vez que a regra explicitada é preservar a vida. Uma opção que contraria o interesse prevalente, que é o da saúde, do viver, não tem o condão de inverter o silogismo apresentado.

É de entendimento mediano que, num primeiro momento, a conduta médica seja de informação e esclarecimento ao paciente a respeito de seu estado de saúde e da necessidade de seu consentimento para tomar as providências necessárias. Se, no entanto, este não for obtido e o quadro transformar-se em risco iminente de morte, a ação do médico fica legitimada para evitar gravidade maior. Seria até recriminada pelos profissionais da saúde e pela coletividade a conduta do médico que, diante da negativa do paciente, fique a seu lado no leito, em atitude solidária, aguardando o momento da morte. O médico não é um consolador e sim um profissional altamente treinado para administrar as condições de saúde do paciente e realizar procedimentos de intervenções rápidas e seguras. É, por assim dizer, o profissional da vida.

Digna de observação é a Consulta nº 41.191/99 feita ao Conselho Regional de Medicina de São Paulo e que teve como relator o conselheiro Marco Segre. Reafirmou o parecer dado anteriormente a respeito da necessidade da intervenção médica em caso de recusa de paciente Testemunha de Jeová em transfusão de hemoderivados. Termina seu parecer com a seguinte conclusão: “Em termos legais, tanto a intervenção compulsória, como o respeito à vontade do paciente (não intervenção), poderão dar margem a processo contra o médico, o qual, como em tudo na vida, deverá decidir conforme seu arbítrio”.

Diniz, por sua vez, apontando o princípio do primado do direito mais relevante em caso de colidência entre a vida e religião: “A recusa de medicação ou tratamento, como a transfusão de sangue, revela um comportamento antiético, porque é da essência do ser humano conservar e proteger a vida, que é um bem superior à liberdade de crença”.

O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, na Consulta nº 35.605/10, cujo parecer foi subscrito pelo conselheiro Caio Rosenthal, em sua parte final, recomenda:

“Diante do exposto, os pacientes adeptos da religião de Testemunha de Jeová idosos, menores, com ou sem discernimento de expressar vontade, esgotadas as técnicas substitutivas de transfusão de sangue, não restando alternativa e ocorrendo risco de vida, o profissional médico que os assiste e a instituição hospitalar tem o dever legal e ético de realizar a transfusão independente da recusa dos pacientes ou dos responsáveis legais”.

O Conselho Federal de Medicina fulminou o assunto quando editou a Resolução nº 1.021/80 e estabeleceu uma justiça salomônica para os casos de recusa do paciente adepto de crença que não aceita a transfusão de sangue. Deve-se distinguir, pela mencionada Resolução, duas situações distintas: na primeira delas, não havendo iminente perigo de morte, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis; na segunda, ocorrendo iminente risco de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente do consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

Digna de observação, a respeito do consentimento do paciente, é a expedição de nova Resolução do Conselho Federal de Medicina, dispondo sobre as diretrizes antecipadas ou testamento vital. Em seu artigo 1º, proclama que cabe ao paciente:

Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Percebe-se, sem muito esforço, que o paciente é o detentor do poder de decidir a respeito do final de sua vida. É o reconhecimento de que somente a ele cabe definir as metas que deverão ser implantadas. Por este novo conceito, o homem recupera sua autonomia de vontade como paciente e abandona toda e qualquer restrição estatal ou determinação médica. Assim, sendo maior e habilitada para a vida civil, a pessoa poderá deixar um documento, que poderá ser revogado a qualquer tempo, no qual expresse de forma inequívoca quais são as diretrizes antecipadas de sua vontade com relação aos cuidados de saúde que deseja ou não receber, ou até mesmo nomear um procurador para a representar quando se encontrar incapaz.

“Las voluntades anticipadas, na correcta definición de Cano, consisten em uma serie de instrucciones respecto a los deseos de una persona capaz em relación con los posibles tratamientos médicos, previendo un futuro de incapacidad para decidir. Esta figura surgió debido a la ambigüedad interpretativa que planteaban los testamentos vitales. De este

modo, si figuraban por escrito las preferencias del enfermo, se tendría la seguridad de que se interpretarían las indicaciones del paciente de acuerdo a lo que éste quería em realidad.”
(Cano, 2008)

O demonstrativo da vontade do paciente prevalecerá sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares. Só não prevalecerá quando colidir com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

Por outro lado, não foi computado nenhum avanço na Lei de Transplantes. Basta ver que o artigo 4.º da Lei 9.434/97, que trata da doação de órgãos e tecidos humanos, admitia a possibilidade da doação presumida de órgãos e tecidos, devendo o cidadão fazer constar de sua Carteira Nacional de Habilitação se era ou não doador. Ocorre que Lei 10.211/2001 alterou essa opção e prevalece agora somente a vontade do cônjuge ou parente até o segundo grau. Ora, é de se indagar: quem pode o mais, que é a vontade para definir a respeito do tratamento que pretende receber quando de seu estertor, não poderá, pela mesma equivalência volitiva, decidir a respeito de futura doação de seus órgãos?

Conclusão

A corporeidade expressa a realidade singular do homem. Ele é proprietário de um patrimônio chamado corpo humano, detentor de seus atos, administrador desse inesgotável latifúndio, que vem revestido de uma tutela especial que lhe confere personalidade e torna-o sujeito de direitos e obrigações. Qualquer intervenção na área médica que venha a se submeter, quando permitida, requer a participação de duas vontades: a do paciente, que outorga poderes para o profissional da saúde exercer seu *munus curandi* e a deste, para executá-lo.

Pode-se considerar que a nova postura adotada pelo Código de Ética Médica traz garantias para ambas as partes, uma vez que não admite a decisão única e peremptória. O demonstrativo do aceite tem de resultar da manifestação consciente e bilateral. O esclarecimento feito ao paciente e seu registro em documento próprio configuram um breve relato a respeito da intervenção médica, sua extensão e eventuais causas de insucesso, que fazem parte do risco do procedimento.

Entretanto, o consentimento do paciente não vem regrado de caráter absoluto. Cai por terra e torna-se desnecessário quando presente o risco iminente de morte, pois o socorro vai para o bem maior, que é a vida humana, e o esculápio deve envidar todos os esforços para preservá-la.

Referências

- Stork, Ricardo Yepes; Javier Aranguren Echevarría. Fundamentos de antropologia: um ideal de excelência humana. Tradução de Patrícia Carol Dwyer. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio” Ramon Llull, 2005, p. 58.
- Mlodinow, Leonard. Subliminar: como o consciente influencia nossas vidas. Tradução de Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 97.
- Damásio, Antonio R. E o cérebro criou o homem. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 46.
- Blanco, Guilherme P. Curso de antropologia filosófica. Buenos Aires: Educa, 2004, p. 486.
- Kant I. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução: Quintela P. São Paulo: Abril Cultural; 1980.
- Artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal.
- Kottow, Miguel. Introducción a la bioética. Santiago de Chile: Editorial Mediterráneo Ltda., 2005, p. 30
- Pessini, Leocir; Barchifontaine, Christian de Paul de. Problemas atuais da bioética. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2008, p. 52.
- Diniz, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.
- Muñoz, Daniel Romero; Fortes, Paulo Antonio Carvalho. O princípio da autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido, publicado na seguinte revista: Editoração Eletrônica. Revista Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina 2009; 17(3).
- Mozer A. A Biotecnologia e bioética: para onde vamos? Petrópolis: Vozes; 2004.
- Oliveira Júnior, Eudes Quintino de. A ética, a bioética e os procedimentos com células-tronco. RELAMPA - Rev. Bras. Latino-americana de Marcapasso e Arritmia, 2006;19(2): 105-109.
- Dantas, Eduardo; Coltri, Marcos Vinicius. Comentários ao Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 1.931, de setembro de 2009. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 105.
- Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>, acessado em 19/03/2013.
- Gracia, Diego. Pensar a bioética: metas e desafios. Tradução de Carlos Alberto Barros Júnior e Edmilson de Almeida. Código de ética médica 2010: comentado e interpretado (Resolução CFM 1.931/2009). São Paulo: Atlas, 2011, p. 236.
- Costa, María Victoria. Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos. Arleen Salles y Florencia Luna. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 165.
- Sá, Maria de Fátima Freire de; Naves, Bruno Torquato de Oliveira. Manual de Biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 82.
- Miranda, Pontes. Tratado de Direito Privado. Introdução: pessoas físicas e jurídicas, atualizado por Judith Martins-Costa... [et al.] Editora Revista dos Tribunais, 2012 (coleção Tratado de direito privado: parte geral; 1) p.251.
- Convenção para a Proteção do Ser Humano Face às aplicações da Biologia e Medicina; 2001. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Xo0pnPPqVMg:www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/ridhregionais/convbiologiaNOVO.html+Conven%C3%A7%C3%A3o+sobre+direitos+humanos+e+biomedicina+do+Conselho+da+Europa&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acessado em: 10/04/2013.
- Brasil. Lei Federal nº 10.211, de 23 de março de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10211.htm. Acessado em: 06/4/2013.
- Artigo 111 do Código Civil Brasileiro.
- Aguiar M. Morte desejada: um estudo sobre a anorexia juvenil. Carta Forense 2009; p. b19. <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/morte-desejada-um-estudo-sobre-a-anorexia-juvenil/5000>
- Silva, De Plácido e. Vocabulário jurídico. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: 2004.
- Diniz, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 228.
- Resolução nº 1995/2012, de 09 de agosto de 2012.
- Cano, Ana María Marcos Del. La autonomia del paciente en los supuestos de incapacidad. Bioética Y Bioderecho: reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos. Rafael Junquera Estéfani (Director). Granada: Editorial Comares, 2008, p.187. <http://testamentovital.wikispaces.com/file/view/testamento%20vital.pdf/210705946/testamento%20vital.pdf>
- Brasil. Lei Federal nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9434.htm. Acessado em: 05/02/2013.
- Brasil. Lei Federal nº 10.211, de 23 de março de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10211.htm. Acessado em: 05/2/2013.