

Doutrina

AUTONOMIA E HETERONOMIA NA RELAÇÃO PROFISSIONAL/USUÁRIOS DE SERVIÇOS E AÇÕES DE SAÚDE E AS DECLARAÇÕES DE VONTADE VICIADAS

RACHEL SZTAJN

As relações entre usuários de ações e serviços de saúde e os profissionais da área constituem forma de contrato cujas características são especialíssimas. O prestador dos serviços, profissional da saúde, diversamente do que ocorre em outras áreas de atividade, precisa, no caso, ter formação específica, independente de especializações técnicas, para poder atuar na área.

Ademais disso, ou talvez por essa razão, os serviços de saúde, por se referirem a bem de extraordinária relevância, têm caráter social próprio, a relação é baseada em confiança, notadamente naquelas hipóteses em que o usuário tem liberdade na escolha do profissional. É por isso que o abuso da posição ou da ascendência que o médico tenha ou possa ter sobre o paciente há de ser considerado conduta irregular do profissional que dela fizer uso, podendo ser considerada forma de coação.

Bem verdade que nem sempre se dá ao usuário a possibilidade de escolher o profissional que o atenderá já que, nos casos de emergência ou urgência — atendimento em pronto socorro —, atendimento em hospitais universitários, postos de saúde e ambulatórios, por exemplo, o profissional de plantão ou aquele que primeiro acorrer ao local da emergência é que atenderá o usuário, inexistindo, portanto, escolha livre. Tais casos, ainda que possam

não representar, estatisticamente, a maioria das hipóteses, também se enquadram em muitas das regras deduzidas para as situações de livre escolha.

A momentânea falta de liberdade do usuário ou paciente no exercer o direito de escolher, indicar, o outro contratante não desobriga o profissional no que concerne aos deveres que constituem a base em que se erige a bioética, como, por exemplo, o dever de informar, de respeitar a autonomia do paciente usuário do serviço.

Em que consiste a relação profissional médico-paciente? A relação médico-paciente tem uma especificidade própria, típica, ainda presa àqueles valores de misticismo do curador, do “salvador de vidas”. Mas, em que consiste a profissão médica? Consiste, diz-se, em intervenções ou tratamentos, segundo o estado do conhecimento, visando a prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar uma doença, sofrimento, lesão, fadiga corporal ou perturbação mental.

Por isso é que, no caso de procedimentos cirúrgicos executados por médico como medida terapêutica, não há imputação penal, embora a conduta pudesse ser enquadrada no tipo legal de lesão corporal. Faltaria, no caso, o dolo, a intenção de causar dano. O dolo é elemento fundante da responsabilidade penal, integrado que é pela vontade e a consciência do que faz. Não se

confunde com a culpa nem com o caso fortuito ou a força maior.

A qualificação jurídico-penal das intervenções médicas é no sentido de que não constituem ofensa corporal desde que indicados pela ciência médica e destinados à recuperação ou manutenção da saúde do paciente.¹ Não se discute sucesso ou insucesso do procedimento desde que não tenha havido arbitrariedade na conduta médica.

Quais os princípios que devem balizar a relação médico-paciente? A bioética oferece como moldura ou pano de fundo para discussão os princípios a seguir:

1. autonomia - a idéia de autonomia implica o reconhecimento ao respeito individual. Isto é, admitir que cada pessoa pode escolher, definir seus objetivos de vida. Ou seja, cada ser humano não tem autoridade nem deve ter poder sobre qualquer outro ser humano, não pode coagir outrem, limitar suas atividades ou impor sua vontade. Reconhecer a autonomia significa reconhecer o poder de decidir sobre o que acontece com o corpo, com a informação sobre a própria vida, os segredos, tomar decisões, enfim, ter direito de autodeterminação, observados a moral, os bons costumes e as normas cogentes próprias do convívio em sociedade.

2. veracidade - o juramento hipocrático não recomenda a veracidade bem assim a Declaração de Genebra da Organização Mundial de Saúde. Até recentemente os Códigos de Ética Médica ignoravam a veracidade como elemento fundamental na relação do médico com seus pacientes. O dever de veracidade pode ser assemelhado à transparência que informa muitas das condutas exigidas de profissionais de outras áreas de atividade. Porém, a veracidade no campo da saúde é pressuposto da coopera-

ção e da confiança. Veracidade é mais do que transparência, implica a transmissão de informação precisa, objetiva e de forma inteligível para o ouvinte. Implica não mentir e dizer a quem tem o direito à informação a verdade embora nem sempre toda a verdade.

Ainda quando o procedimento terapêutico não leva a nenhuma técnica invasiva, o dever de veracidade se mantém como elemento vital da relação de confiança que há de existir entre médico, paciente e familiares;

3. privacidade e confidencialidade - tratando saúde do bem-estar biopsíquico-social das pessoas, o conhecimento que o médico tem do estado de seus pacientes deve ser objeto do mais estrito sigilo e confidencialidade, tal como fazem os clérigos nos casos de confissão; trata-se de manter segredos quando danos podem ser causados pela quebra desse dever. O direito constitucional contra a violação da intimidade, pois é disso que se trata, só pode ser descumprido quando há risco para a comunidade ou saúde pública. É o caso de moléstias infecto-contagiosas que se espalhem rapidamente podendo pôr em risco grandes contingentes populacionais.

O direito à privacidade deriva do direito à vida, à liberdade, à propriedade, mas, especialmente do direito de gozar a vida, de ficar só. O direito de não ser apontado na rua, não ser submetido a tensão ou mal-estar. Charles Fried, citado por Tom L. Beauchamp e James F. Childress² diz que "privacy is a necessary condition — "the necessary atmosphere" — for maintaining intimate relationships of respect, love, friendship and trust. Without privacy, he argues, these relationships are inconceivable". Mas, acrescentam os autores, o respeito pela autonomia pode ser melhor explicação para esse princípio. Segundo esse princípio há uma área em que o eu e o

1. Ribeiro de Faria, Maria Paula Bonifácio, *Aspectos Jurídico-penais dos Transplantes*, Universidade Católica Portuguesa, Editora, Porto, 1993, pp. 35 e ss.

2. Tom L. Beauchamp e James S. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, 4ª ed., Oxford University Press, New York, Oxford, 1994, p. 409.

direito de protegê-lo restringindo o acesso de terceiros é importante e deve ser protegida.

Por sua vez a confidencialidade da informação decorre da dignidade da pessoa, da autonomia, e do poder que as pessoas têm sobre as informações particulares que prestam aos médicos, somadas àquelas que decorrem dos resultados dos testes a que tenham sido submetidas.

Nota-se que, em geral, quando uma pessoa confia alguma coisa a outra, solicitando que o assunto não seja comentado com outrem sem permissão, dois fenômenos estão presentes: o relato é voluntário e particular, privativo, quando o pedido de sigilo o acompanha. Em algumas profissões o pedido de sigilo não é de ser esperado uma vez que, pela própria atividade, para bem desempenhá-la, a "confidência" é involuntária, no sentido de que não decorre de vontade livre mas de necessidade operacional.

Esse o caso dos médicos, dos advogados, dos religiosos. A especialidade de tais relações está, também, baseada na premissa de que as informações prestadas, voluntária ou compulsoriamente, serão mantidas longe do conhecimento de quaisquer terceiros. E, tais pessoas, por força de seu mister, estão, mais que outras, impedidas de controlar ou limitar a liberdade de seus clientes ou confidentes.

Admitem-se exceções como no caso de médicos militares, médicos de companhias seguradoras, ou situações similares, além, claro, daquelas em que possa haver prejuízo para a saúde pública.

Do ponto de vista ético podem ser encontradas respostas em ambos os sentidos; algumas permitem a quebra da confidencialidade desde que os profissionais informem aos pacientes quais os limites que pretendem observar. Com isso o paciente poderá procurar outro profissional ou, se for possível, ocultar ou restringir alguma informação. Outra corrente entende que, salvo casos de saúde pública ou de contágio de

eventuais parceiros, o dever do profissional quanto a manter a confidencialidade do que tenha conhecido por força da relação profissional é absoluto.

O acesso não autorizado bem como a divulgação de tais informações viola o direito à intimidade. Sabe-se que desde Hipócrates os médicos juram manter em segredo as informações que recebam de seus pacientes, como prova de confiança. A quebra da confidencialidade só pode ser admitida, tal como no caso de violação da privacidade. O sigilo profissional é, portanto, fundamental na relação médico-paciente a fim de garantir que todos os sintomas ou quadro clínico possam ser relatados pelo paciente, sem exageros, simulações ou outros subterfúgios que podem comprometer o resultado visado, a cura ou, ao menos, a melhora da qualidade de vida do paciente.

Mas, o que interessa em especial ao presente estudo é o consentimento informado que repousa sobre a autonomia dos usuários dos serviços de saúde, que complementa os deveres dos profissionais de saúde já referidos. A autonomia se manifesta na escolha do profissional de saúde, na aceitação ou rejeição das medidas terapêuticas propostas; o exercício do poder de convencimento do profissional de saúde sobre o paciente, por sua vez, pode ser considerado, em algumas circunstâncias, forma de coação.

Autonomia, no caso de usuário de serviços de saúde, é o poder que tem a pessoa de decidir quanto ao profissional que o atenderá (salvo os casos acima referidos de emergências e hospitais universitários, entre outros), que tratamentos aceita ou admite, quais os procedimentos terapêuticos que rejeita, em razão de credo ou não, determinando seus interesses e relações no campo da saúde, e exercendo esse poder de forma independente e sem coação de qualquer tipo.

O reconhecimento da autonomia funda-se no respeito à pessoa humana de vez que respeito à individualidade implica re-

conhecer direito à escolha individual. Inversamente, reconhecer que a escolha de cada pessoa é decorrente do exercício de sua autonomia significa aceitar que o profissional da saúde não tem o direito de impor sua vontade ao paciente/usuário do serviço. A semelhança com o que se passa no campo do direito é evidente. A manifestação volitiva feita sob coação é nula ou anulável.

Dir-se-á que há heteronomia sempre que o poder conferido a, ou exercido por, alguns profissionais de saúde, serve para determinar comportamentos aos usuários/pacientes, isto é, há imposição da vontade do profissional ao paciente.

Esse tem sido o modelo da relação usuário/profissional de saúde na maneira paternalista de exercer a medicina, tão comum há alguns anos e que se funda, segundo alguns, na doutrina hipocrática. Segundo esse entendimento o profissional da saúde, por ser detentor de conhecimento técnico especializado, deve ter o poder de determinar a terapêutica a ser adotada e a imposição ao usuário do dever de seguir à risca as prescrições que lhe sejam feitas é só resultado do conhecimento que detém e que deve ser utilizado para alcançar o resultado — minorar a dor ou não causar dano — visado.

Clara restrição ao exercício da autonomia da idéia da preponderância da decisão do profissional de saúde, a heteronomia tem sido a regra no relacionamento usuário/profissional de saúde conflitando com o exercício da cidadania. Quanto mais intenso o sentido de cidadania e a busca de seu pleno reconhecimento mais afastada fica a heteronomia no plano das relações paciente-usuário/profissional de saúde.

Ora, a vontade tem papel fundamental em qualquer relação contratual, que no sentido do art. 1.321 do Código Civil italiano, significa relação de conteúdo patrimonial. A expansão desse entendimento para o campo da saúde, em que se discute não só aspectos patrimoniais mas também ex-

tra-patrimoniais é a regra. Quando o profissional da saúde é diretamente recompensado pelo usuário há, de forma clara, expressa, o aspecto patrimonial, mas ele também existe quando, não remunerado pelo usuário, direta ou indiretamente, quer dizer, servidor público, participante de convênios médicos, há benefício mensurável para o paciente/usuário representado por ganhos auferidos com a melhora da saúde.

A qualificação da relação profissional de saúde/paciente-usuário como contrato facilita a aplicação do princípio do consentimento informado, basilar na bioética, afastando completamente a heteronomia e dando guarida ao que é regra em outras áreas do relacionamento entre os homens, o respeito às individualidades.

Mais ainda, o princípio do consentimento informado está ainda preso ao compromisso que os profissionais de saúde devem observar de agir visando ao bem-estar das pessoas com quem têm relações profissionais, baseadas em confiança, fidelidade e sensibilidade, em resumo, na boa-fé. A mesma boa-fé que se exige nas relações negociais de qualquer tipo.

A boa-fé nas relações usuários-profissionais de saúde requer o respeito aos desejos do usuário, a suas preferências. Por sua vez o usuário deve ser pessoa capaz de, racionalmente, identificar ou repelir as recomendações que se afastem ou contrariem seus desejos expressa ou implicitamente manifestados. Vale dizer, deve ter não só a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, mas, também, deve ter o poder para livremente exercitar essa aptidão. A capacidade prende-se à idade, saúde mental, aptidão para comunicar-se com outras pessoas.

Se para celebrar qualquer contrato exige-se capacidade do sujeito, licitude do objeto e forma prescrita ou não proibida, no campo da saúde a licitude do objeto é a regra: a prática de atos ilícitos equivale a prática de crime. Para esses contratos não há exigência de forma. Assim parece que a

questão mais espinhosa é a da capacidade. Quanto ao profissional da saúde, impõe-se seja qualificado para prestar o serviço a que se propõe. Do profissional de saúde avalia-se a qualificação técnica para o exercício da atividade.

Mas, como as condutas são regradas segundo as diferentes atividades e, como cada atividade deve ser exercida por um agente, também quanto ao usuário, há que indagar de sua capacidade para, racionalmente, determinar-se, arcando com as conseqüências da determinação ou decisão.

Por isso que cada ser humano, em qualquer fase de sua vida, ao fazer escolha, pode ter seu raio de ação restringido seja por não ter plena capacidade seja por que a manifestação da vontade não foi completamente livre, mas distorcida por falta de informações ou por coação. Os usuários dos serviços de saúde agem quando procuram o profissional, quando aceitam ou rejeitam procedimentos terapêuticos, quando, ainda não considerados recuperados resolvem abandonar os hospitais ou clínicas, cessar tratamentos ou alterar procedimentos médicos indicados.

Admite-se que algumas pessoas são incapazes de válida e eficazmente manifestarem sua vontade. É o caso dos menores, dos loucos, dos sujeitos à influência de superiores, de pessoas com conhecimento técnico especializado, por exemplo. Nesses casos, a ignorância, a coação, o erro, por influírem sobre a autonomia podem resultar em heteronomia sob aparência de autonomia.

É cediço que os profissionais de saúde costumavam influir nas decisões tomadas pelos usuários de seus serviços, mas é evidente que não têm o direito de lhes impor sua vontade. A influência que exercem, derivada da formação profissional, é controlada por meio da prática do esclarecimento prestado ao paciente quanto à moléstia, terapias indicadas, prognóstico, efeitos colaterais, de forma a que o consentimento prestado pelo paciente ao profissio-

nal seja baseado em informações inteligíveis, isto é o que se denomina consentimento informado.

Não é possível que o conhecimento especializado faculte ao profissional de saúde exercer controle sobre a vida de outra pessoa, limitar sua liberdade, impondo-lhe manifestação de vontade conforme o interesse do profissional. O princípio do consentimento informado repousa sobre o respeito à pessoa, sua autonomia no plano da saúde, visando a evitar a tirania do profissional e preservar a liberdade, mas estimula as decisões racionais de quem, em última análise, deve suportar os efeitos do tratamento.³

O conceito de consentimento informado é muito recente no campo da ética de saúde. Aliás, é distinto do princípio hipocrático que se baseia no juramento de Hipócrates de não causar dano e sedar a dor. Sem dúvida, naquela época, a autonomia do paciente era dado dispensável pois a "arte de curar" tinha como pressuposto o paternalismo.

A questão do consentimento informado surge na ética médica, creio, com a ampliação do conhecimento no campo da saúde, o aumento de práticas invasivas — cirurgias e tratamentos de elevado risco —, levando em conta respeito pelo estilo de vida, crença religiosa, valores sociais, que cada pessoa tem e em que se baseia para consentir ou não.

Pode-se optar por morrer ao invés de suportar longo tratamento e impor à família o peso da agonia de ver os familiares sem recursos e emocionalmente afligidos.

A capacidade implica entender as conseqüências da decisão e ausência de coerção ou influência que poderiam, de forma significativa, diminuir a liberdade individual. Efeitos da moléstia ou do tratamento

3. Garrett, Thomas M., Harald W. Baillie, Rosellen M. Garrett, in *Health Care Ethics — Principles and Problems*, 2ª ed., Prentice Hall, 1993, p. 29.

sobre o poder decisório da pessoa são considerados nessa avaliação.

O consentimento informado, aquele que resulta de declaração do paciente após ter recebido do profissional de saúde esclarecimentos quanto à moléstia, prognóstico, terapias recomendadas e efeitos colaterais, constitui, assim, especialização, no campo da saúde, do que a doutrina jurídica tem discutido, há muito tempo, em face das manifestações de vontade e dos vícios do consentimento no plano dos negócios jurídicos e da autonomia privada.

As idéias desenvolvidas no plano dos vícios da vontade podem ser aplicadas ao consentimento informado. Primeiro o agente ou declarante há de ser capaz. Faltando capacidade para livremente decidir, aceita-se que outra pessoa, parente ou terceiro indicado, tome a decisão sobre o procedimento terapêutico proposto. Isto implica poder, em face do problema, tomar decisão quanto às conseqüências relevantes dele decorrentes. A pessoa deve compreender que sem tratamento seu estado de saúde poderá ser agravado, chegando à morte; que o tratamento será doloroso; ou outras dificuldades, restrições e seqüelas que possa sofrer.

O paciente deve entender as conseqüências do tratamento ou sua falta para que tome a decisão de aceitar ou rejeitar o tratamento, mas se estiver sob efeito de drogas é possível supor que a manifestação de vontade esteja viciada, que tenha havido coação, por exemplo. Pressões de familiares constituem, igualmente, forma de coação, especialmente quando se trate de menores e adolescentes ou pessoas idosas.

A dificuldade de saber se houve consentimento informado do paciente é que quando as pessoas estão enfermas a liberdade volitiva, a autonomia, pode estar comprometida e, portanto, sua capacidade reduzida para manifestar consentimento válido.

A busca de auxílio do profissional de saúde não representa consentimento, ex-

presso ou implícito, para aplicação de terapêuticas quaisquer, admitindo-se medição da pressão sangüínea, de temperatura, mas não para procedimentos invasivos como coleta de sangue, que demanda consentimento expresse. E mesmo o tal consentimento pode ser revogado a qualquer tempo.

Dois regras podem fixar os parâmetros para que se avalie se houve ou não consentimento informado. A primeira é do uso profissional, a outra a da conduta do homem prudente. Lateralmente discute-se a regra da preferência do paciente.

A regra da preferência do paciente diz que o profissional de saúde deve dizer ao paciente o que este deseja saber. Dessa forma, como o paciente poderia desejar nada saber, o consentimento informado inexistiria, por isso cria-se a ficção de ter havido delegação de poder ao profissional de saúde, abandonando a autonomia. Resquício do modelo paternalista na área da saúde, uma tal regra não tem aplicação lógica no campo do consentimento informado. Se não quero saber o que tenho, como serei tratado, quais as conseqüências decorrentes do tratamento, exerço autonomia, sem dúvida, mas não se cuida de consentimento informado, ao revés, de consentimento desinformado.

A regra do uso ou costume profissional diz que deve-se dizer ao paciente o que usualmente se relata em situações similares. Inconveniente porque dá ao profissional de saúde poder arbitrário sobre as decisões do paciente já que permite suprimir informações relevantes. É forma de manipulação do consentimento que pode ser comparada com o erro ou a simulação. Baseada no chamado "privilégio terapêutico" não tem fundamento ético ou jurídico.

A conduta do homem prudente baseia-se em que o profissional de saúde informe ao paciente aquilo que ele precisa saber para tomar a decisão de aceitar ou rejeitar o tratamento. No mínimo é preciso informar ao paciente o seguinte: 1- diagnóstico;

2 - natureza e propósito do tratamento; 3 - riscos e conseqüências conhecidos do tratamento proposto, excluídos os remotos e improváveis, mas incluindo as probabilidades de sucesso ou não das medidas propostas; 4 - benefícios esperados e possibilidade de que sejam alcançados; 5 - todos os tratamentos alternativos, na forma acima; 6 - prognóstico para falta de tratamento; 7 - custos como sofrimento, dor e prazo; impacto na qualidade de vida e custos econômico-financeiros incluídos os pós-tratamento.⁴

A regra da informação subjetiva propõe que o profissional de saúde informe ao paciente tudo o que seja materialmente importante para a decisão. Um fato será importante se puder influir sobre a decisão do paciente.

Evidencia-se agora o elemento comunicação, visto que a informação prestada ao paciente deve ser de modo a que possa entendê-la. Empregar linguagem técnica pode comprometer a comunicação entre profissional e paciente e, no plano ético, exige-se que o paciente tenha entendido o que lhe é dito. Sem entendimento, compreensão, não há consentimento informado válido e, portanto, não há autorização para a prática terapêutica proposta.

Não se ignorem as dificuldades para garantir informação ao paciente. O que importa salientar é que consentimento informado não depende de liberdade de escolha absoluta pois as pessoas agem sempre influenciadas por muitos fatores. Tal como no plano jurídico o que se deseja é que a manifestação volitiva venha escoimada de vícios, suportada por escolha racional quanto ao que é melhor, desejável pela pessoa.

A especialidade da relação profissional de saúde-paciente não é tal que afaste todas as regras já consolidadas para negócios outros, que envolvam a pessoa e interesses dos seres humanos a ponto de evitar

sua aplicação a contratos livremente celebrados, ou mesmo àqueles em que a liberdade é, por vezes, parcial ou inexistente como já se anotou antes.

O privilégio terapêutico que admite a ocultação de informação quando o médico acredita que prestá-la terá efeito adverso sobre a saúde do paciente não pode ser completo. Não pode ser invocado pelo temor de que o tratamento proposto será recusado se o paciente tiver conhecimento total dos fatos.

Resumindo, não há muitas situações em que o profissional de saúde possa eximir-se de prestar esclarecimentos aos pacientes escudado em privilégios como o terapêutico, as regras do costume, da prudência ou mesmo preferência do paciente. As exceções se aplicam no caso de emergências quando o paciente estiver incapacitado para se manifestar e nenhuma pessoa o acompanhe; quando não houver risco de vida ou sério perigo de diminuição da saúde; quando o tratamento seja imprescindível no ato para evitar qualquer desses perigos;⁵ são situações em que preservar a vida supera o respeito pela autonomia do paciente.

Constata-se que o princípio do consentimento informado nada mais representa do que dar guarida, no campo da saúde, aos princípios informadores da autonomia privada, conforme regras consolidadas pelo Direito.

O paciente ao tomar decisões quanto a sua saúde, procedimentos terapêuticos, terapias alternativas, deve ter recebido informações em linguagem acessível, completas, de forma que sua vontade, seu comportamento não seja distorcido 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?

4. Garrett, *et al.*, *ob. cit.*, p. 35.

5. Garrett, *ob. cit.*, p. 39.

Mas, como anular uma cirurgia já praticada é impossível, assim como é difícil se não impossível refazer os danos causados por procedimentos terapêuticos inadequados, devolver a auto-estima ao paciente que passa a ser objeto de escárnio, de repúdio na comunidade a que pertence, os cuidados na relação profissional de saúde/usuário devem ser redobrados e os vícios do consentimento evitados como recomenda a boa ética na prática da arte de curar.

O fazer é aqui, em geral, obrigação personalíssima e o resultado do fazer correto do ponto de vista da técnica mas incorreto ou inadequado do ponto de vista da ética equivale a não fazer. O que se espera do médico é altruísmo, esforço desinteressado em benefício da coletividade.

Ora, a “responsabilidade moral e ética” que é o que a sociedade espera do profissional de saúde, constitui o modelo para o exercício dessa atividade por recair sobre pessoas que, de alguma maneira, tenham ou possam ter afrontado regras éticas. Aliás, há quem afirme que, em face das profissões clássicas, a sanção jurídica se manifesta sempre mais tardiamente, por ser posterior ao fato, enquanto que a moral o precede.

Dessa maneira pode-se admitir que a profissão médica está fundada, primariamente, na responsabilidade moral, na *lex artis* e, subsidiariamente, na responsabilidade jurídica. Essa a idéia presente na elaboração dos códigos de ética médica ou de deontologia profissional.

A *lex artis* é, em sentido amplo, o conjunto de regras e princípios para fazer as coisas bem ou artisticamente, de sorte que cada profissão ou atividade tem sua própria *lex artis*, mas, todas têm em comum o fazer bem, fazer com diligência e técnica adequada. Pode-se concluir que obedecer às *legis artis* precede o atender às normas informadoras da profissão e, até, aos códigos de ética profissional.

Em medicina isto significa ter conhecimento teórico e prático da matéria mas também perícia no exercício da área; utili-

zar métodos de diagnóstico adequados sempre em benefício do paciente; cuidar para que o tratamento resulte em benefício superior aos danos que possa produzir; empregar técnicas já suficientemente conhecidas e testadas.

O médico responde, no exercício profissional, por assumir certos riscos a ela inerentes, como: riscos por erro de diagnóstico; risco por erro terapêutico; riscos por erros de procedimentos decorrentes quer de fatores exógenos quer de conduta pessoal e, ainda, pelo risco de não informar ao paciente/usuário, de maneira adequada, quanto à moléstia, terapêuticas indicadas, prognósticos e efeitos colaterais das medidas recomendadas.

Os riscos por erro de diagnóstico podem derivar de falta de exames para o mal; insuficiência de testes; exigir exames mais arriscados para o paciente sem levar em conta outras alternativas menos perigosas; interpretação equivocada dos exames ou não conseguir chegar ao diagnóstico; pedir exames extemporâneos; diagnosticar tardiamente.

Os riscos por erro de tratamento são dos tipos: tratamento inadequado qualitativa e quantitativamente; por omissão ou comissão; tratamentos contra-indicados; interação medicamentosa; efeitos colaterais previsíveis e imprevisíveis; falta de controle de medicação; tratamentos de alto risco.

Erros decorrentes de fatores exógenos seriam: omissão ou ocultação pelo paciente de dados que levam a condutas incorretas; uso inadequado da medicação pelo paciente; mistura de tratamentos sem consulta ao médico; insuficiência ou inadequação dos recursos nos centros em que o médico atende. A par desses erros decorrentes de conduta pessoal do médico são do tipo: não obediência aos preceitos éticos e morais informadores da profissão; quanto a contágios, infecções, vacinações; assistenciais; quebra de sigilo profissional; ocultação de riscos; manifesta falta de atualização nas práticas médicas ou *malpractice*.

Mas, sem dúvida, a relação de confiança e de obrigação, nada obstante a despersonalização da medicina decorrente da socialização dos serviços médicos, é essencial. Lembro que, em hospitais universitários e ambulatorios do tipo PAS, SUS etc., nem mesmo existe garantia de que tratamentos e procedimentos terapêuticos sejam levados a cabo pelo mesmo profissional. Ainda assim a relação médico-paciente mantém suas características e todos os princípios acima referidos devem ser observados.

Vale dizer que a responsabilidade do médico quando da violação da autonomia do paciente, da quebra dos deveres de veracidade, confidencialidade e privacidade devem ser consideradas ao lado dos chamados "erros médicos" que, em geral, estão presos à idéia de culpa por agir o profissional com negligência, imprudência ou imperícia.

Não é este o momento nem o local para discutir algumas exceções à regra de respeito à privacidade, tais como as que envolvem questões como resultados de testes para HIV. No caso de populações de risco seria de admitir testes compulsórios e em outros casos os testes devem ser facultativos? Não há resposta uniforme para tais questões, de sorte que apenas políticas públicas é que levariam à definição de testes voluntários e gerais ou testes igualmente gerais mas compulsórios. Na segunda hipótese haverá violação da autonomia individual, o que não ocorre na primeira. Testes para gestantes seriam recomendáveis?

A jurisprudência não é pródiga nessas discussões, mas os julgados que aplicam normas de responsabilidade civil para casos de ação ou omissão culposa são vários, alcançando profissionais e instituições de saúde. Repita-se que o avanço tecnológico é tanto aliado quanto algoz no campo da saúde.

Há não muito tempo o médico era ou clínico geral ou cirurgião, ou ambos. O clínico geral, médico da família, atendia desde recém-nascidos até idosos, conhecia to-

das as pessoas da casa, sabia quais eram os "males da família", era, enfim, um sabedor. Mas, como em outras profissões, a especialização se fez crescente, e os profissionais sabem cada vez mais de áreas específicas, e menos do geral. A crescente especialização traz algumas questões no plano da responsabilidade civil e seguramente no que concerne ao dever de informar. O que seria excusável no caso do generalista é imperdoável para o especialista.

A regra geral da responsabilidade civil está, no direito brasileiro, no art. 159 do CC. O dispositivo se prende a culpa, ou seja, a negligência, imprudência ou imperícia. Negligência é descuido, falta de atenção; imprudência é violação das regras de cuidado, de prudência; imperícia é a falta de técnica no exercício profissional que pode resultar quer de ignorância quer de execução defeituosa do ato médico. E a ignorância em que for mantido o paciente, usuário dos serviços de saúde, agrava a responsabilidade do exercício da profissão, tanto no seu aspecto ético quanto na análise que fazem e farão os Tribunais, como já ocorre nos Estados Unidos da América. Assimilar a ignorância em que seja mantido o paciente/usuário da imprudência seria uma das formas de se apenar os profissionais de saúde em muitos casos.

A semelhança entre as regras aplicadas na discussão de nulidade ou anulabilidade de contratos por vícios de vontade pode muito bem servir de subsídio para a responsabilidade dos profissionais de saúde, na impossibilidade de se anular ou considerar nulo o ato praticado de vez que eventuais danos causados serão passíveis tão-somente de reparação, nunca de desfazimento.

A declaração do paciente que aceita certa terapêutica sem estar adequadamente informado dos riscos e efeitos colaterais que produz equivale à do declarante que foi induzido em erro. Se houver insistência do profissional na aplicação de medicamentos contra a vontade do paciente/usuário, pode-

se pensar em coação, pois a ascendência que o médico exerce sobre alguém debilitado pela moléstia, oferecendo perspectiva de cura, consiste em violência moral.

O ressarcimento dos danos deve incluir, nessa hipótese de falta de informação, tanto a reparação do dano físico-psíquico quanto, especialmente, do dano moral pelo sofrimento que seja causado ao usuário/paciente.

Põe-se aqui a questão de certos grupos religiosos como, por exemplo, as Testemunhas de Jeová, no que concerne à transfusão de sangue. Para os seguidores dessa religião existe veto absoluto de receber sangue. Por força da crença religiosa os membros desse grupo religioso portam documento em que se manifestam contrariamente a qualquer transfusão de sangue ainda que tal decisão possa pôr em risco sua vida. A despeito de que o atendimento a essa manifestação consciente e clara possa configurar violação de dever do médico, o entendimento dos autonomistas é de que essas pessoas devem ser respeitadas e não transfundidas.

Observa-se que novos métodos terapêuticos que evitam o uso de sangue e de muitos hemoderivados têm sido desenvol-

vidos minorando as dificuldades de tratamento e atendendo aos aspectos de religiosidade quando esses pacientes se recusam a ser transfundidos.

Poder-se-á supor que admitir a negativa de receber sangue, mesmo quando há iminente risco de vida, seria equivalente a aceitar o suicídio da pessoa e nada fazer para dissuadi-la, ou ainda a ser conivente com o resultado. Haveria desrespeito à tutela do bem vida.

Do ponto de vista da bioética, vida sem qualidade pode ser equiparada a não-vida, pois a bioética entende que saúde é bem-estar biopsíquico-social e, se alguém é transfundido e por isso perde o respeito do grupo a que pertence, perde a auto-estima, ainda que as funções biológicas estejam ajudadas, o bem-estar psíquico e social inexiste. Logo a pessoa não tem saúde.

Por isso é que as idéias de autonomia e consentimento informado constituem os pilares em que se apóiam discussões quanto à relação profissional de saúde/usuário-paciente, o que confirmaria a proposta de se tratar de forma semelhante à das declarações viciadas aquelas fundadas em informação incompleta, inadequada, por violadoras da autonomia das pessoas.

nárias; quanto à extensão territorial, federais, estaduais e municipais; no que tange à força obrigatória, imperativas ou proibitivas e supletivas ou permissivas; em relação à sua natureza, materiais ou teóricas e formais ou processuais; quanto à intensidade da sanção, perfeitas, menos que perfeitas e imperfeitas.⁶

Orlando Gomes classifica as leis conforme a duração, amplitude do campo de aplicação e eficácia. Quanto à duração, são perpétuas e temporárias; do ponto de vista da amplitude do campo de aplicação, comuns ou gerais, especiais e excepcionais, e singulares; quanto à eficácia ou intensidade da coação, coativas ou supletivas.⁷

No que diz respeito às expressões leis gerais e leis especiais (o § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil em vigor valeu-se das expressões “disposições gerais” e “especiais”, que já se encontravam no artigo 4º da antiga Introdução ao Código Civil, que, à sua vez, tem a matriz no artigo 9º do Projeto de Clóvis Beviláqua, que a elas também se refere expressamente), não há, por igual, uniformidade, uns falando em Direito comum ou Direito especial (Eduardo Espínola⁸ e Carlos Maximiliano);⁹ outros, em Direito geral e Direito especial (Santiago Dantas),¹⁰ em Direito regular e Direito anômalo (Savigny), em Direito regular e Direito excepcional (Windscheid), em Direito comum e Direito singular (Dernburg, Pescatore¹¹ e Messineo),¹² em Direito normal e Direito singular (Ruggiero).¹³

De nossa parte, abraçaremos a classificação Direito comum e Direito singular de Dernburg, Pescatore e Messineo e, quanto aos conceitos de leis comuns ou leis gerais ou Direito comum, de leis especiais ou Direito singular e de leis excepcionais ou Direito excepcional, ficaremos com Eduardo Espínola, Carlos Maximiliano e Orlando Gomes, desprezando a distinção alvitrada por Orlando Gomes quanto às leis especiais, excepcionais e singulares, pois chegamos à conclusão, como se irá ver (itens III e IV), que o Direito ou é comum (leis gerais) ou singular (leis especiais), sendo certo, como demonstraremos (item V), que, tanto o Direito comum ou leis gerais, quanto o Direito singular ou leis especiais, contêm regras e exceções, estas formadoras do chamado Direito excepcional, não havendo confundir a índole ou o caráter de generalidade da norma, insita em toda regra jurídica, mesmo na disposição excepcional, com a noção, que se deve ter bem nítida, de leis gerais.¹⁴

III — LEIS COMUNS OU LEIS GERAIS DO DIREITO COMUM

Eduardo Espínola sobre o tema doutrina: “Outra distinção importante das leis civis é a que as distinguem em: leis comuns e leis especiais. Leis comuns são as que encerram os princípios gerais que constituem a base do sistema jurídico. Elas formam a regra do direito, a qual deve ser aplicada, enquanto não é restringida por normas jurídicas especiais”.¹⁵

6. *Instituições de Direito Civil*, Rio, Forense, 1985, 9ª ed., v. I, pp. 66-79, ns. 17-21.

7. *Introdução ao Direito Civil*, Rio, Forense, 1971, 3ª ed., pp. 44-46, n. 24.

8. *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, Rio, Ed. Conquista, 1959, 4ª ed., v. I, pp. 125 e ss.

9. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio, Freitas Bastos, 1957, 6ª ed., pp. 284 e ss.

10. *Programa de Direito Civil*, Rio, Ed. Rio, 1977, pp. 78-79.

11. *Apud* Eduardo Espínola, *ob. cit.*, p. 105.

12. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1947, 7ª ed., v. I, p. 25.

13. *Instituições de Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 1971, 3ª ed., v. I, p. 54.

14. Estamos conscientes da complexidade do tema e da acirrada controvérsia em torno dele, e muito ponderamos sobre a crítica de Ruggiero a propósito da distinção entre Direito comum e Direito singular, cf. o eminente Professor da Universidade Real de Roma expõe em suas *Instituições*, v. cit., p. 54, nota 40. Todavia, embora sutil, parece-nos importante, pelos efeitos práticos que dela advém, fazer a distinção, como se irá constatar na leitura do texto. Quanto ao caráter de generalidade de toda norma jurídica, consulte-se Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. I, p. 39, § 16, e Michel de Juglart, *Cours de Droit Civil*, Paris, Éditions Montchrestien, 4ª ed., t. I, p. 16, ns. I e II.

15. *Ob. cit.*, pp. 105-106.

Carlos Maximiliano, a sua vez, ensina: o Direito comum "contém normas gerais, acordes com princípios fundamentais do sistema vigente e aplicáveis universalmente a todas as relações jurídicas a que se referem".¹⁶

Orlando Gomes, a seu turno, preleciona: "Dizem-se comuns ou gerais as leis que regulam, em toda sua plenitude, determinadas relações sistematizadas pela matéria, pelas circunstâncias ou pelas pessoas, independentemente do âmbito territorial onde vigoram".¹⁷

Exemplo maior de Direito comum ou lei geral é o Código Civil.

IV — LEIS ESPECIAIS OU DIREITO SINGULAR

Eduardo Espínola explica que "leis especiais são as que limitam as disposições das leis comuns em relação a uma certa classe de pessoas, de coisas, ou de relações jurídicas. A aplicação mais importante do direito especial consiste com efeito em estabelecer, para uma determinada classe de pessoas, bens ou relações jurídicas alguma coisa que só em relação a elas tem vigor".¹⁸

Carlos Maximiliano elucida, após esclarecer que uma coisa é o direito especial, outra é o direito excepcional, que o "direito especial abrange relações que, pela sua índole e escopo, precisam ser subtraídas ao direito comum",¹⁹ para, reproduzindo, de forma quase literal, como o confessa, o pensamento de Degni, expor, a seguir, quanto à "distinção clássica entre direito comum e direito singular", que o direito singular visa atender "a particulares condições morais, económicas, políticas ou sociais, que se refletem na ordem jurídica, e por esse motivo subtrai determinadas classes de matérias, ou de pessoas às regras do direito comum, substituídas de propósito por disposições

de alcance limitado, aplicáveis apenas às relações especiais para que foram prescritas".²⁰

Orlando Gomes reputa especiais as leis que "regulam, com critérios particulares, certas relações do sistema do direito comum (...) em atenção à sua natureza, a seus sujeitos ou a seu objeto".²¹

Eduardo Espínola, em nota de rodapé, a propósito dos textos romanos e das expressões *jus singulare* e *privilegium*, chama atenção para o fato de que "as leis especiais têm sempre um caráter de exceção: excluem para uma esfera de casos as regras comuns ou os princípios comuns por motivos de utilidade, de moral ou de ordem pública, como diz Dernburg".²²

Mais adiante, na mesma nota, reproduz o seguinte pensamento de Chironi: "O direito singular é necessidade e modo de corrigir o direito geral e com este, por sua origem e natureza, tem relação necessária: emanado da lei; deve ser reconhecido e aplicado pelo juiz: e, se bem se observa, tem índole geral enquanto mira regular muitas relações jurídicas, bem que, diferentemente do direito comum, as considere mais em concreto que em abstrato, limitando-lhes o número e a qualidade ou determinando o grupo de pessoas a que se estende sua eficácia particular".²³

"O tipo clássico de lei especial", recorda Orlando Gomes, "é o Código Comercial, em relação ao Código Civil",²⁴ que, aduz Carlos Maximiliano, "forma, com ele, um ramo à parte, autônomo, completo, do Direito Privado".²⁵

Ressalte-se, por oportuno, que, às vezes, como anota José de Oliveira Ascensão, "fala-se em lei especial para designar sim-

16. Ob. cit., p. 284.

17. Ob. cit., p. 45.

18. Ob. cit., p. 106.

19. Ob. cit., p. 284.

20. Id., loc. cit.

21. Id., loc. cit.

22. Ob. cit., p. 106, nota 47.

23. Id., loc. cit. Ruggiero, à sua vez, considera sinónimos os vocábulos "singular" e "especial ou excepcional", cf. ob. cit., pp. 54 e 55.

24. Ob. cit., p. 45.

25. Ob. cit.

plesmente a lei específica ou a lei extravagante".²⁶

O estudioso, todavia, sobretudo quando se dispõe a examinar o alcance do disposto no artigo 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, não pode confundi-las.

Depois de publicado o Código Civil, por exemplo, inúmeras leis — gerais — foram promulgadas para complementar a regulamentação de certos institutos, como, v.g.: o Código de Águas, Código de Minas, o Código de Pesca, a Lei dos Direitos Autorais, de Reconhecimento de Filhos Ilegítimos, de Desapropriações, de Condomínio e Edificações, do Inquilinato etc.²⁷

Essas leis — e tantas outras — gerais foram incorporadas ao Direito positivo brasileiro por leis extravagantes ou leis específicas e não por leis especiais, pois estas — as leis especiais —, como ficou patente, "limitam as disposições das leis comuns em relação a certas classes de pessoas, de coisas ou de relações jurídicas", enquanto aquelas passam a integrar o Direito comum por formularem "normas gerais, acordes com os princípios fundamentais do sistema vigente".

V — LEIS EXCEPCIONAIS OU DIREITO EXCEPCIONAL

Carlos Maximiliano cuida, em extenso capítulo, exclusivamente, do Direito excepcional, para esclarecer-nos, com o fulgor de sua inteligência e o brilho de sua cultura jurídica, que a "regra estriba-se numa razão geral; a exceção, numa particular; aquela baseia-se na justiça, esta na utilidade social, local ou particular. As duas proposições devem abranger coisas da mesma natureza; a que mais abarca, há de constituir a regra; a outra, a exceção".²⁸ diluci-

dando, ademais, que "as disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente".²⁹

Orlando Gomes, após haver ministrado as noções de leis comuns e leis especiais, afirma que leis excepcionais são aquelas "que regulam, por modo contrário ao estabelecido na lei geral, fatos ou relações jurídicas que, por sua natureza, estariam compreendidas nela".³⁰

Como exemplo de normas excepcionais, quer contempladas no Direito comum ou leis gerais, quer inseridas no Direito singular ou leis especiais, podemos citar, com José de Oliveira Ascensão, em relação ao Código Civil, a disposição excepcional do artigo 1.170 do Código Civil, *verbis*: "As pessoas que não puderam contratar é facultado, não obstante, aceitar doações puras",³¹ cabendo-nos ceder, neste ponto, a vez ao egrégio Carlos Maximiliano, que arrola dezesseis espécies de regras, de normas, de disposições excepcionais, a saber: "a) de caráter punitivo, quando se não referem a delitos, porém cominam multa; indenização; perda, temporária ou definitiva, de cargo; incapacidade; privação de direitos ou regalias; nulidade, rescisão, decadência ou revogação; b) as que restringem ou condicionam o gozo ou o exercício dos direitos civis ou políticos; c) impõem ônus ou encargos, como, por exemplo, a obrigação atribuída a um de fornecer alimentos a outro; d) subtraem determinados bens às normas de Direito comum, ou de Direito Especial, como estabelecer isenções de impostos, ou de outra maneira qualquer; e) fixam casos de consórcio obrigatório; f) asseguram imunidades parlamentares ou diplomáticas; g) declaram incompatibilidades civis, políticas, ou administrativas; h) criam

26. *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1938, 3ª ed., p. 446, nota n. 2.

27. Sobre o tema, ver extensa lista de E. Espínola, *ob. cit.*, p. 112.

28. *Ob. cit.*, p. 280.

29. *Id.*, *ib.*, pp. 282-283.

30. *Ob. cit.*, p. 45.

31. *Ob. cit.*, p. 379.

inelegibilidade; i) vedam o que em si não é ilícito, não contrário à moral nem aos bons costumes; j) prescrevem certas formalidades, como a escritura pública, ou a particular, a presença de cinco testemunhas, a assinatura do nome por inteiro, a menção da lei violada, ou daquela em que se funda o recurso interposto, e assim por diante; k) permitem a deserção; l) determinam incapacidade; m) estabelecem foro especial ou processo mais rápido (sumário, sumarríssimo, executivo); n) concedem arrestos, seqüestros e outras medidas necessárias porém violentas; o) limitam a faculdade de acionar de novo, de recorrer, oferecer provas, defender-se amplamente; p) dão competência excepcional, ou especialíssima; q) enfim, introduzem exceções, de qualquer natureza, a regras gerais, ou a um preceito da mesma lei, a favor, ou em prejuízo, de indivíduos ou classes da comunidade”.³²

A seguir, Carlos Maximiliano demonstra, de forma irretorquível, que as disposições que limitam a liberdade, que impõem condições e restringem o “exercício normal dos direitos sobre as coisas”, quer quanto ao uso, quer quanto à alienação, que “asseguram privilégio”, que “introduzem casos especiais de prescrição” são, todas, também, excepcionais.³³

Diante de regras excepcionais, o intérprete é compelido, conforme a melhor doutrina, a valer-se do brocardo romano, consolidado em norma pelo artigo 6º da antiga Introdução ao Código Civil, ainda aplicável em nossos dias, embora não reproduzido pela atual lei de Introdução ao Código Civil, *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*, como demonstraremos abaixo.

Tanto o Direito comum (leis gerais), quanto o Direito singular (leis especiais) contêm regras gerais (que se fundamentam numa razão mais geral e se baseiam “mais na justiça”) e exceções ou disposições ex-

cepcionais (que se fundamentam numa razão particular e se baseiam “mais na utilidade — social, local ou particular”) ou, nas palavras de Carlos Maximiliano, “estribasse a regra numa razão geral, a exceção, numa particular; aquela baseia-se mais na justiça, esta, na utilidade social, local ou particular”.³⁴

Por isso, a lei civil inscreve, como regra geral, a absoluta incapacidade do menor de dezesseis anos, abrindo, entretanto, exceção quando o habilita a aceitar doações puras; por isso, doutrina ainda Carlos Maximiliano, “o Direito especial (...) constituiu também, por sua vez, um sistema orgânico e, sob certo aspecto, geral encerra também regras e exceções”.³⁵

Porque se diz que “as leis especiais têm sempre um caráter de exceção” (Dernburg, citado por Eduardo Espínola, item IV, acima), muitos asseguram que o Direito singular não é suscetível de interpretação extensiva, consoante o brocardo romano (item V, acima), ensinando Pescatore que “ao *jus commune* se aplica a interpretação denominada extensiva, que foi chamada por antonomásia a regra da jurisprudência (regra *juris*) pelos juris-consultos romanos a que se funda o processo regular da analogia (...) No *jus singulare* (...) não tem lugar a grande regra de jurisprudência”.³⁶

Essa concepção, inequivocamente errada, foi repelida “por quase todos os modernos romanistas e civilistas,³⁷ dentre eles Dernburg, Windscheid, Fadda e Bensa, Chironi, Holder, Grasshoff,³⁸ cumprindo destacar, a propósito, o pensamento de Ruggiero, que esclarece a questão nestes termos: “O direito singular, como o direito normal, é plenamente suscetível de extensão, porque onde a *ratio* especial que lhe serve de fundamento se encontra, aí impe-

32. Ob. cit., pp. 286-287.

33. Id., ib., p. 287.

34. Ob. cit., p. 280.

35. Id., ib., p. 284.

36. *Apud* E. Espínola, ob. cit., p. 107, n. 48.

37. Cf. E. Espínola, ob. e loc. cit.

38. Cf. E. Espínola, loc. cit.

ra o próprio preceito de direito, não sendo aplicável o direito normal. Por outras palavras: o que se disse quanto à matéria de interpretação do direito normal, aplica-se quanto ao direito singular, sempre que, ampliando este, não se vá contra a sua *ratio especial*".³⁹

Eduardo Espínola disserta desta forma sobre o assunto: "Quando o direito singular forma um sistema orgânico de normas, que disciplinam toda uma matéria, pode ter lugar a interpretação analógica para os casos não contemplados por normas particulares, mas que entram na matéria dominada por aquele sistema. Assim, por exemplo, quanto ao direito comercial, do qual não é excluída a analogia",⁴⁰ como, aliás, também pensa Carlos Maximiliano: "O direito comercial, por exemplo, é especial, e não excepcional; admite exegese ampla; é mais dútil, elástico e liberal e menos formalista que o Civil, sobretudo no que diz respeito aos contratos".⁴¹

Se as regras gerais, tanto do Direito comum, quanto do Direito singular, admitem e autorizam a interpretação extensiva e a interpretação analógica, o mesmo não se pode dizer em relação às exceções ou disposições excepcionais, tanto do Direito comum, quanto do Direito singular, que devem ser interpretadas restritivamente.

Com efeito, já o artigo 6º da revogada Introdução ao Código Civil dispunha: "A lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica".

Eis as observações, sempre pertinentes, de Clóvis Beviláqua sobre a questão: "Como o conjunto das leis de um país deve formar um todo harmônico, completando-se umas pelas outras, e suprimindo-se as suas omissões por meio da lógica jurídica, era conveniente premunir o juiz contra a tendência a ampliar a compreensão da lei, nos

casos em que essa ampliação é inadmissível, por se tratar de dispositivos fundados em motivos especiais. O artigo 6º da Introdução traduz o adágio latino *exceptio strictissimi juris*".⁴²

Inúmeros acórdãos confirmam a lição doutrinária, conforme se verifica de Alípio Silveira na obra clássica *Hermenêutica do Direito Brasileiro*, valendo transcrever a conclusão do voto do saudoso e inesquecível Ministro Orosimbo Nonato: "Assim, a exceção aberta a qualquer preceito deve ser entendida rigorosamente, isto é, estritamente, com o mínimo de domínio, com existência tão diminuída que não possa, exceção que é, ferir o princípio geral — que, neste caso, é a garantia — assim conciliando-se os textos".⁴³

A lei atual, por razões de ordem técnica, não reproduziu a regra do artigo 6º. A doutrina e a jurisprudência, contudo, reconhecem que o princípio vige hoje ainda, como demonstram, entre outros, Serpa Lopes,⁴⁴ Washington de Barros Monteiro,⁴⁵ Arnoldo Wald⁴⁶ e Carlos Maximiliano. Este ensina: "(...) o Código Civil explicitamente consolidou o preceito clássico — *exceptiones sunt strictissimae interpretationes* — (interpretam-se as exceções estritissimamente) no artigo 6º da Lei de introdução".⁴⁷

Pelo que se leva dito, pode-se afirmar que as normas, as disposições, as exceções às regras gerais do Direito comum ou do Direito singular se interpretam restritivamente e têm preferência sobre todas as demais.

42. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, São Paulo, Freitas Bastos, 8ª ed., p. 113.

43. In *Hermenêutica do Direito Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1968, v. I, pp. 237-239.

44. *Curso de Direito Civil*, Parte Geral, São Paulo, Freitas Bastos, 4ª ed., p. 180, n. 97.

45. *Curso de Direito Civil*, Parte Geral, São Paulo, Saraiva, 8ª ed., p. 39.

46. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Parte Geral, São Paulo, Ed. Sugestões Literárias, 3ª ed., p. 101.

47. Ob. cit., p. 225, n. 271.

39. Ob. cit., p. 58.

40. Ob. cit., p. 108, n. 49.

41. Ob. cit., p. 284.

VI — A LEI DE FALÊNCIAS COMO DIREITO SINGULAR OU LEI ESPECIAL

Autores de nomeada, nacionais e estrangeiros, de hoje e de ontem, mas sempre atuais, têm afirmado, alto e bom som, que a lei de falências se caracteriza por sua "excepcionalidade" (Walter T. Álvares)⁴⁸ seu "caráter especialíssimo e de privilégio" (Pontes de Miranda, Maggiore, Caetano, Andrioli, Barassi, Bianchi, Gigiavi, Candian),⁴⁹ o que fica patente da leitura de alguns dos artigos do Decreto-lei n. 7.661/45: que autoriza o juiz a ordenar a prisão preventiva do falido ou dos representantes da sociedade falida (inc. VI do parágrafo único do art. 14); que impõe concorram ao juízo da falência todos os credores do devedor (art. 23); que suspende todas as ações ou execuções individuais dos credores sobre direitos e interesses relativos à massa, salvo os casos que especifica (§ 2º do art. 24); que produz o vencimento antecipado de todas as dívidas do falido (art. 25); que dispõe não correrem juros contra a massa, se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal (art. 26); que desapossa o falido de todos os seus livros, documen-

tos e papéis (itens II e V do art. 34 e art. 70); que impede se ausente o falido do lugar da falência, sem motivo justo e autorização judicial (item II do art. 34); que obriga o falido a comparecer a todos os atos de falência (item IV do art. 34); que declara poder o falido ser preso por ordem do juiz se faltar ao cumprimento de qualquer dos deveres impostos por lei (art. 35); que diz perder o devedor o direito de administrar os seus bens e deles dispor (art. 40); que manda se encerrem as contas correntes do falido vencidas até a declaração da falência (art. 45); que suspende o curso de prescrição relativa a obrigações de responsabilidade do falido (art. 47); que determina integralizem os acionistas e sócios de responsabilidade limitada o preço de emissão das ações ou quotas que subscreveram para o capital (art. 50); que enumeram os casos de ineficácia dos atos praticados pelo devedor antes da falência, tenha havido ou não intenção de fraudar credores (arts. 52 e 53); que legitima a arrecadação dos bens do sócio solidário (art. 71); que institui privilégios em relação a certos créditos (art. 102); que confere poderes ao síndico para vender os bens do falido (art. 114); que concede a concordata preventiva ou suspensiva (art. 139); que elucida que a concordata obriga a todos os credores quirografários (art. 147); que autoriza pague o devedor apenas parte de sua dívida (art. 156); que determina o vencimento antecipado de todos os créditos sujeitos à concordata (art. 163); que limita a 12% a.a. a taxa de juros dos créditos legalmente habilitados na concordata (parágrafo único do art. 163); que considera encerradas as contas correntes da concordatária (parágrafo único do art. 165); que restringe a administração dos bens e dos negócios da concordatária, que a proíbe de alienar imóveis e constituir garantias, salvo evidente utilidade, reconhecida pelo juiz (art. 167); que autoriza pague o devedor parte diminuta de suas dívidas (art. 177); que fixa a prescrição extintiva do crime falimentar em apenas dois anos (art. 199).

48. Ob. cit., p. 289, n. 33.

49. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., v. 27, § 3.235, ns. 3 e 4, pp. 150 a 152; Caetano, "I Privilegi", in *Tratado de Direito Civile Del Vassari*, 2ª ed., Turim, 1952; id., "Privilegi", in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Turim, 1966; Giuseppe Ragusa Maggiore, *Il Sistema Del Privilegi Nel Falimento*, Milão, 1968; Andrioli, *Privilegi Nel Commentario al Cod. Civ. Di Sociologia e Branca*, Bologna-Roma, 1968; Barasse, *La Teoria Generale Delle Obbligazioni*, Milão, 1948; Bianchi, *Del Privilegi e Delle Cause di Prelazione del Credito in Generali*, 2ª ed., Napolis-Turim, 1924; Bigiavi, "Novazione e Successione Particolare nel Debito", in *Dir. e Prat. Comm.*, 1942; id., "Nuove Note Sulla Ritenzione Privilegiata e Sil Pegno del Falimento", in *Riv. Dir. Civ.*, 1956, p. 250; Candian, "Liquidazione Falimentari dei Privilegi", in *Riv. Dir. Civ.*, 1956, p. 250; Candian, "Liquidazione Fallimentare dei Privilegi", in *Riv. Dir. Comerciale*, 1932, I, 685, citados por José da Silva Pacheco, *Tratado das Execuções: Falência e Concordata*, São Paulo, Saraiva, 1977, 1ª v., p. 36, n. 291.

Por tudo isso, há um consenso de que lei de falências é uma lei especial, que (1) tem a sua aplicação circunscrita a uma determinada classe de pessoas, (2) por disposições de alcance limitado, (3) aplicáveis especificamente nas hipóteses por ela prescritas, (4) sempre em caráter de exceção, que (5) afastam os princípios comuns por motivos de ordem pública ou utilidade.

Por isso, podemos afirmar que a lei especial de falência: contém inúmeras disposições excepcionais, que: (1) restringem a liberdade individual; (2) limitam o exercício normal de direitos sobre as cousas, bens e contratos da falida e da concordatária quer quanto ao uso quer quanto à alienação; (3) asseguram privilégios ao concordatário, ao falido e a certos credores; (4) fixam o prazo especial de prescrição dos crimes falimentares; (5) introduzem, enfim, diversas exceções a regras gerais.⁵⁰

Assentado que:

a) a Lei de Falências é uma lei especial (item V *supra*);

b) as leis especiais se distinguem das gerais ou comuns por “estabelecer, para determinada classe de pessoas, bens ou relações jurídicas alguma coisa que só, em relação a elas tem vigor” (Eduardo Espíno-la, item IV *supra*);

c) tanto o Direito comum, quanto o Direito singular, podem conter disposições excepcionais, “por motivos ou considerações particulares, por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente” (Carlos Maximiliano, item V *supra*);

d) as disposições, que restringem o exercício normal de direitos e asseguram privilégios, são, todas, também, excepcionais (Carlos Maximiliano, item V *supra*);

e) as disposições excepcionais interpretam-se restritivamente e preferem a to-

das as demais (item V *supra*), passemos ao exame dos artigos 43 e 165 da Lei de Falências, que cuidam, especificamente, dos efeitos da falência e da concordata em relação aos contratos bilaterais do falido e do concordatário.

VII — DOS CONTRATOS BILATERAIS DO CONCORDATÁRIO

Os manuais de filosofia ensinam que o filósofo não afirma, interroga; parafraseando-os, diríamos que o jurista não afirma, interpreta, ou melhor, o jurista não afirma sem interpretar, cumprindo destacar, outrossim, na linha traçada pelo jurista germânico Canaris, que interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro e, em consequência, que a interpretação jurídica ou é sistemática ou não é interpretação.

Como aplicar-se esse autêntico axioma à matéria de que vamos tratar, se a leitura, mesmo perfunctória dos capítulos dedicados aos contratos bilaterais do concordatário e do falido leva à inelutável conclusão de que a sua regulação é fragmentária e empírica, sem a menor preocupação de classificar e, portanto, de sistematizar?

Nós, contudo, devemos seguir as boas lições e, com isso, para interpretarmos, adequada e corretamente, o artigo 165 da LF, que, especificamente, cuida dos efeitos da concordata sobre os contratos bilaterais do concordatário, devemos interpretar o sistema de Direito Privado inteiro, o que nos autoriza a dizer que os contratos bilaterais do concordatário são disciplinados não apenas pelo artigo 165 da Lei de Falências, mas, por igual, pelos artigos 198 do Código Comercial e 119, 1.092 e 1.131 do Código Civil, cujos textos cumpre transcrever para facilitar a compreensão da matéria:

Art. 165 da LF: “O pedido de concordata preventiva não resolve os contratos bilaterais, que continuam sujeitos às normas do direito comum”.

50. Adaptado de nossa tese do concurso para Livre-Docência de Direito Comercial da Faculdade de Direito da UERJ, *Correção Monetária dos Créditos Quirográficos na Concordata Preventiva*, Ed. Lumen Juris, 1990, pp. 182 e ss.

Art. 198 do CCom: "(Entrega da coisa e insolvência do comprador) — Não procede, porém, a obrigação da entrega da coisa vendida antes de efetuado o pagamento do preço, se, entre o ato da venda e o da entrega, o comprador mudar notoriamente de estado e não prestar fiança idônea ao pagamento nos prazos convencionados".

Art. 119 do CC: "Se for resolutive a condição, enquanto esta não se realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde o momento deste o direito por ele estabelecido; mas, verificada a condição, para todos os efeitos, se extingue o direito a que ela se opõe".

Parágrafo único. "A condição resolutive da obrigação pode ser expressa, ou tácita; operando, no primeiro caso, de pleno direito, e por interpelação judicial, no segundo".

Art. 1.092 do CC: "Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o cumprimento do outro.

Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la."

Parágrafo único do art. 1.092 do CC: "A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos".

Art. 1.131 do CC: "Não obstante o prazo ajustado para o pagamento, se antes da tradição o comprador cair em insolvência, poderá o vendedor sobrestar a entrega da coisa, até que o comprador lhe dê caução de pagar no tempo ajustado".

Do estudo dos dispositivos disciplinadores dos efeitos da concordata preventiva quanto aos contratos bilaterais do concordatário, conclui-se:

1º) os contratos bilaterais do concordatário não se resolvem com a impetração do pedido inicial (art. 165 da LF);

2º) os contratos bilaterais do concordatário continuam sujeitos às normas do direito comum (art. 165 da LF);

3º) o co-contratante pode compelir o concordatário a:

a) prestar fiança idônea antes de cumprir sua obrigação (art. 198 do CCom.) ou

b) oferecer garantia real de pagar no tempo ajustado (art. 1.131 do CC), devendo, para esse fim, o concordatário, *ex vi* dos arts. 149 c/c 163 da LF, provada a utilidade da manutenção do contrato (art. 167 da LF), obter, após ouvidos o órgão do MP e o comissário, autorização judicial;

4º) se o concordatário não garantir o cumprimento da obrigação por fiança ou caução real, o co-contratante pode:

a) recusar-se a honrar sua parte na avença (art. 1.092, segunda parte, do CC) ou

b) postular a rescisão do contrato com perdas e danos (par. único do art. 1.092 do CC), de vez que o concordatário deixou de cumprir a norma dos arts. 198 do CCom e 1.092 e 1.131 do CC;

5º) havendo norma contratual resolutive expressa (art. 119 e seu par. único do CC), o co-contratante pode, unilateralmente, rescindir, pelo simples fato da impetração da concordata preventiva, o contrato celebrado com o concordatário.

VIII — A NORMA DO ART. 43 DA LEI ESPECIAL DE FALÊNCIAS, POR SER NORMA EXCEPCIONAL, DEVE PREFERIR A TODAS AS DEMAIS

O artigo 43 da LF tem a seguinte redação: "Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser executados pelo síndico, se achar de conveniência para a massa".

Parágrafo único: "O contraente pode interpellar o síndico, para que, dentro de cinco dias, declare se cumpre ou não o contrato. A declaração negativa ou o silêncio do síndico, findo esse prazo, dá ao contraente o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário".

A Lei especial de Falências, ao deixar patente, no artigo 165, que "os contratos do concordatário não se resolvem com a concordata, ficando sujeitos às normas do direito comum", determina, portanto, expressamente, que as relações jurídicas, inerentes e decorrentes de contratos bilaterais do concordatário, sejam reguladas, após a impetração da concordata preventiva, pelas regras do Código Civil e do Código Comercial. O mesmo, todavia, não ocorre em relação aos contratos do falido, que são disciplinados, exclusivamente, pelo disposto no artigo 43 e seu parágrafo único da Lei de Falências e não pelas "normas do Direito comum", o que nos autoriza a afirmar: a lei especial de falências, ao cuidar dos contratos bilaterais do falido, fê-lo segundo critérios particulares com o propósito nítido de apartá-los da disciplina dos contratos bilaterais do Direito comum, tendo a norma do artigo 43 da LF flagrante caráter de exceção e de privilégio, daí porque deve ser interpretada restritivamente e preferir a todas as demais.

Porque os contratos bilaterais do falido são exclusivamente regulados pelo artigo 43 da Lei especial de Falências e não pelo Código Civil e pelo Código Comercial e porque a norma do artigo 43 da LF é excepcional, conclui-se que:

1º) o co-contratante não pode exigir do falido que este preste caução real ou fian-

ça idônea do cumprimento de qualquer obrigação contratual;

2º) o co-contratante não pode recusar-se a cumprir a obrigação assumida contratualmente sob a alegação de que o falido deve antes oferecer caução real ou fiança idônea, nem, tampouco, pleitear a rescisão do contrato com perdas e danos com fundamento no artigo 1.092 do CC, por não haver o falido oferecido caução real ou fiança idônea;

3º) o co-contratante não pode, ainda que exista cláusula resolutiva expressa no contrato, rescindi-lo por haver sido declarada a falência da outra parte;

4º) o síndico, se achar de conveniência da massa, pode executar os contratos bilaterais em curso;

5º) o máximo que se concede ao co-contratante é a faculdade de interpellar o síndico para que declare se cumpre ou não o contrato.

É evidente, entretanto, que, se o síndico, após haver declarado querer executar o contrato, não cumpre suas obrigações, o co-contratante pode pleitear a rescisão com perdas e danos, *ex vi* do artigo 1.092 do CC, pois, *in casu*, omissos no particular o artigo 43 da LF, aplica-se o Direito comum.

Finalmente, para que não paire dúvida sobre a *mens legis* e o propósito do legislador de criar normas excepcionais na lei especial de falências a respeito dos contratos do falido, destaque-se o disposto no artigo 44 da LF, que arrola regras específicas que prevalecerão sempre nos contratos entre falido e o co-contratante, afastando a disciplina dessas relações contratuais das normas gerais do Direito comum, e, ademais, as normas excepcionais dos artigos 45 a 49 da LF, que têm a mesma finalidade.