

Atualidades

CONSENTIMENTO INFORMADO E O PROJETO DE CÓDIGO CIVIL

RACHEL SZTAJN

O consentimento informado, um dos pilares da bioética, tem sido objeto de muitas discussões e críticas, sob o argumento de que, no Brasil, não se encontra apoio na legislação para insistir na modificação da relação médico-paciente, ou, mais genericamente, na relação profissional de saúde-usuário.

Uma tal tomada de posição, porém, deve ser avaliada considerando, não simplisticamente o Código Civil sob o aspecto formal, mas sim, de modo amplo, que leve em conta institutos como a autonomia privada e a capacidade, em confronto com os efeitos da manifestação da vontade em face de outras relações privadas, fora do âmbito da saúde.

Contrato de características especialíssimas, por exigir formação determinada, a prestação tem caráter personalíssimo quando o usuário pode, livremente, escolher o profissional a ser contratado. Porém essa característica não é uniforme já que, em algumas outras situações como nos casos de urgência (atendimento em pronto socorro), hospitais universitários, postos de saúde e ambulatório, por exemplo, em que o profissional será aquele de plantão ou quem primeiro acorrer, impedindo-se qualquer escolha, parece tornar a prestação, de alguma forma, quase fungível. Isso, todavia, não desobriga o profissional no que concerne ao dever de informar, de respeitar a autonomia do paciente ou usuário do serviço.

Autonomia, do grego *auto* e *nomos* significa a atividade e o poder de dar a si

um regramento definindo os próprios interesses e relações. Autonomia é, portanto, poder exercido com absoluta independência pelo sujeito. As regras que as pessoas escolhem para disciplinar seus interesses nas relações recíprocas, ou seja, o autorregramento é que consiste no que se denomina autonomia privada.

O reconhecimento da autonomia privada funda-se no reconhecimento de que a cooperação entre as pessoas é decisiva para o desenvolvimento social e atende a necessidades da dinâmica da vida social.

O que põe em evidência a questão da autonomia é a vontade, que, na visão kantiana é autônoma por determinar-se em razão da própria essência. Daí a ligação entre vontade e autonomia. Trata-se, aqui, da esfera jurídica do sujeito, da liberdade, gozo e exercício de direitos subjetivos, exercício de poder e de cumprimento de deveres em face de outros sujeitos.

Autonomia privada é a denominação dada ao poder de autodeterminação que têm os particulares para exercer direitos e facultades, configurando, conformando ou modelando relações jurídicas em que intervem. A idéia de autonomia privada está estreitamente ligada à liberdade, aos direitos das pessoas, e parece indicar a liberdade de fazer, ou não, de prometer e obrigar-se, em que não há qualquer intervenção do Estado.¹

1. Castro y Bravo, Federico, *El Negocio Jurídico*, Editorial Civitas, Madri, 1985, p. 12.

Castro y Bravo distingue a autonomia privada em sentido amplo — o poder atribuído à vontade quanto à criação, modificação ou extinção de relações jurídicas (liberdade contrastando com subordinação ou heteronomia), e em sentido estrito — o poder dessa vontade referido ao uso, gozo e disposição de poderes, faculdades e direitos subjetivos.²

Verifica-se, historicamente que a idéia de autonomia privada pode ser ligada à conjuntura política e social dominante, vigente, em cada momento histórico. No período feudal a palavra dada solenemente justificava a rede de direitos e obrigações e constituía reação ao direito dos imperadores e reis.

Quando se passa a encarar essa trama como impeditiva do progresso econômico e social, e se parte do princípio da igualdade entre todos os homens, imagina-se que o direito emanado do Estado servirá apenas para servir à vontade individual, complementá-la ou supri-la. Daí a regra *voluntas facit legem* que muitos ainda vêem na idéia expressa na frase *o contrato faz lei entre as partes*.

O século XIX faz da autonomia privada dogma científico, pois a humanidade evoluiu do *status* para o contrato. Porém, o crescimento das operações econômicas, que “mercantiliza o direito privado” acaba por transformar a autonomia privada em instrumento para o desenvolvimento do comércio.³

O que se sugere é que as regras convencionais, resultantes da autonomia privada, estejam fora do controle do Estado. Os negócios abstratos e tipificados reforçam a tendência de excluir elementos estranhos à vontade declarada e a supremacia da autonomia da vontade privada é afirmada ilimitadamente.⁴ Limites à autonomia privada são considerações de ordem social e moral, como a boa-fé, a punição

da fraude e do abuso de direito ou de poder, bem assim a cláusula *rebus sic stantibus*, que constituem freios às manifestações da vontade.

A vontade tem, portanto, papel fundamental na discussão do exercício da autonomia. Mas, a vontade está, de alguma forma, presa à idéia de capacidade. A noção de capacidade é variada, a palavra é plurívoca. Do latim *capere* e do adjetivo *capax*, busca-se, tanto em linguagem vulgar quanto técnica, uniformizar a diversidade de sentidos em que a palavra é empregada. *Capax* é o que contém; *capere* significa pegar, compreender, conter. A idéia de continência traz consigo a de quantidade e, portanto a de mensuração, de graduação.

Se tais significados são fáceis de aceitar no caso de ciências como a física — capacidade térmica, elétrica —, a química — capacidade de saturação, de reação —, medicina — capacidade vital, intelectual, regenerativa —, no plano do direito essa tarefa é mais complexa.

Para o direito a capacidade jurídica e a capacidade de agir, cada uma com suas peculiaridades, alcançam todos os fenômenos jurídicos.

Capacidade jurídica indica a posição geral do sujeito enquanto destinatário dos efeitos jurídicos que resultam de comportamentos. Os comportamentos previstos em lei ou autorizam ou obrigam o sujeito àquela conduta ou comportamento.

As condutas são regradas por diferentes atividades e cada atividade deve ser exercida por um agente, ou seja, a pessoa natural, o ser humano é o ponto de ligação do sistema normativo. Nos ordenamentos modernos, baseados na igualdade dos seres humanos, sem discriminação de sexo, cor, credo, ou família, o ser humano é titular de um conjunto de direitos e garantias que se prendem, imediatamente à sua personalidade.

Isso não implica que cada ser humano, em qualquer fase de sua vida, possa

2. Ob. cit., p. 13.

3. Castro y Bravo, ob. cit., pp. 14-15.

4. Castro y Bravo, ob. cit., p. 16.

exercer todos os direitos previstos no ordenamento e que baste um só ato de vontade para que os mecanismos de tutela jurídica atuem em face do interesse visado. O princípio de igualdade está fundado na idéia de liberdade e coexistência das pessoas.

Os homens, a cada momento da vida, fazem escolhas que, por vezes, são irreversíveis, mas que devem resultar de manifestação livre da vontade. No plano da validade e/ou da eficácia de negócios jurídicos, a vontade viciada, seja por falsidade, por coação, por falta de informação ou por informação insuficiente, não produz os efeitos que a norma jurídica prevê para aquela dada manifestação que não venha viciada. Os vícios do consentimento são matéria importante nas discussões jurídicas.

Ao lado da idéia de capacidade jurídica, que recai sobre todo ser humano, está a capacidade de agir que exprime momento outro da subjetividade. Capaz de agir é o sujeito ao qual o direito reconhece a possibilidade de se manifestar e, no plano do direito, fazer valer seus interesses. O que significa que o direito reconhece que a pessoa pode, com seu comportamento, determinar a incidência de normas de que resulta a aplicação de efeitos por elas predispostos.

Capacidade de agir significa, portanto, capacidade para o exercício de direitos, enquanto capacidade jurídica significa capacidade de gozo de direitos. Mas a capacidade para agir está sujeita às condições que a lei prevê e pode ser distinta para cada setor da atividade humana. Fala-se em capacidade negocial, política, processual, penal etc. Por isso, referir a capacidade de agir a certos comportamentos do sujeito permite questionar se todas as pessoas são, em cada caso concreto, capazes.

O Direito admite que algumas pessoas são, por si sós, incapazes de válida e eficazmente manifestarem sua vontade. É o caso dos menores, dos loucos, dos pródigos quanto a negócios de conteúdo patrimonial, por exemplo. A capacidade de agir por refletir

os interesses do agente, fica subordinada à maioria, nos termos do art. 9º, do Código Civil, e é adquirida aos 21 anos.

Resulta evidente, portanto, que idade é elemento que influi sobre a capacidade de agir.

Mas a idade, como limitante da capacidade de agir está, parece, baseada nas "máximas da experiência". Quer dizer, pessoas de pouca idade refletem menos sobre as conseqüências que podem resultar de seus atos, e por isso devem ser "protegidas" de sorte a se evitar que sejam prejudicadas por sua imaturidade. Daí porque se diz que os menores entre 16 e 21 anos têm capacidade relativa ou são relativamente incapazes para agir.

Já os menores de 16 anos, os loucos de todo gênero, os surdos-mudos que não possam exprimir sua vontade, são, nos termos do art. 5º do Código Civil, absolutamente incapazes de, pessoalmente, exercer atos da vida civil. Portanto a capacidade de agir é adquirida, pode ser perdida ou limitada. É comum falar-se ainda em capacidade legal, ao lado da capacidade natural. A capacidade natural para agir pode ser afetada por problemas psíquicos como é o caso dos loucos de todo gênero, ou por problemas fisiátricos, como é o caso dos surdos-mudos. Em ambos os casos a capacidade natural tem como espelho a capacidade legal.

Mais, ainda, para valer, os atos praticados pelas pessoas exigem agente capaz (art. 82 CC) e, como dessa capacidade podem resultar erros ou decorrer de ignorância, os atos praticados serão nulos ou anuláveis. Igualmente são anuláveis os atos em que haja coação — quando se leva em conta sexo, idade, saúde, temperamento do paciente, e outras circunstâncias que possam influir na manifestação de vontade.

Constata-se, portanto, que a vontade e a capacidade mantêm estreita ligação, do que decorre que também a autonomia fica presa à capacidade porque cada vez que a manifestação do agente, autônoma por im-

plicar regramento dos próprios interesses, for de agente incapaz, natural ou legalmente, ou relativamente incapaz, não estará apta a produzir os efeitos previstos.

Também, conforme já se apontou, a ignorância, a coação, o erro, podem acarretar seja a nulidade seja a anulabilidade da manifestação, logo influem sobre a autonomia.

No plano da bioética, o consentimento informado repousa sobre autonomia, poder de ditar regras para dispor sobre os próprios interesses e da capacidade, natural e legal. Se a autonomia privada se manifesta na escolha do profissional de saúde, a capacidade se manifesta na aceitação ou rejeição das medidas terapêuticas propostas, pois a falta de informação do médico ao paciente pode levar à declaração baseada em ignorância; 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.

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.

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.

Nessa linha é que surpreende o art. 15 do Projeto de Código Civil, recém-aprovado pelo Senado Federal. Unificando o direito privado o Projeto incorpora e regra

muitas das matérias que têm sido objeto de debates e trabalhos doutrinários.

O capítulo II do Projeto, que dispõe sobre direito da personalidade, no art. 11 diz: "Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransferíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária". O art. 13 por sua vez, diz: "Salvo exigência médica, os atos de disposição do próprio corpo são desfeitos quando importarem diminuição permanente da integridade física, ou contrariarem os bons costumes". Nos dois artigos o legislador parece dar às pessoas poder para resguardar sua integridade física e moral. Merece, porém, sério reparo aquele dispositivo antes referido, cuja redação é: "Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica". (negrito meu). Interpretação a *contrario sensu*, porém, evidência que, qualquer pessoa pode ser constrangida a submeter-se a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, desde que não haja risco de vida.

Admitida a autonomia do paciente, e sendo ele capaz, não se pode aceitar que possa ser submetido, contra sua vontade, a tratamento médico que não cause redução pois isto significa, em verdade, reduzir-lhe a vontade. Limitação da vontade atinge, de modo inaceitável, todo o avanço que se vislumbra no que concerne o tratamento dado ao direito de personalidade.

Seria de supor que uma tal matéria levasse em conta capacidade, qualidade de vida, interesse pessoal do "paciente" e não ficasse presa à idéia de que a vida "pertence" não a pessoa, mas a Deus ou à sociedade.

Dizer que a vida pertence a Deus implica entendê-la sacralizada e, portanto, que cada vez que alguém adoecer, estar-se-á diante da hipótese de que, se Ele desejar, haverá cura, caso contrário o resultado será nefasto, ou, ainda que os profissionais de saúde exercendo mister divino podem, baseados em, remota quanto possa ser, alega-

ção de "perigo de vida", praticar todo tipo de intervenção curativa, invadindo a esfera privada das pessoas contra a vontade dos pacientes. Se, de outro lado, a vida pertence à sociedade, dar-se-á a qualquer um o poder de dispor das vidas de seus semelhantes, validando pena de morte e até a morte por "interesse social", quando, por exemplo, o tratamento de saúde for oneroso e não houver probabilidade de recuperação da saúde do enfermo.

Se, porém, a vida pertence ao indivíduo, cabe a ele, livremente, como direito

da personalidade, decidir se deseja ou não submeter-se a qualquer tipo de tratamento de saúde. E, principalmente, decidir se deseja submeter-se, ou não, a tratamento médico ou a cirurgia. É decisão que cabe única e exclusivamente ao interessado, com ou sem risco de vida.

O que permite concluir que, quer na disciplina jurídica atualmente vigente, quanto na proposta, o consentimento informado fica no plano da aspiração, devendo ser conquistado como parte que é do direito de personalidade.