

A FENOMENOLOGIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: ESTUDO BASEADO NA TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL

Silvio Romero Beltrão¹

Sumário: 1- O fenômeno jurídico na relação médico-paciente; 1.1- Previsão normativa da relação médico-paciente como regra de solução de conflitos. 2- Natureza Jurídica da relação médico-paciente. 3- A análise dos suportes fáticos que dão validade ao negócio jurídico da relação médico-paciente. 3.1- do Sujeito do negócio jurídico da relação médico-paciente. 3.2 – Do objeto na relação médico-paciente. 3.3 – Da forma de manifestar a vontade na relação médico-paciente. 4- A valoração da vontade do paciente, uma interpretação necessária. 5- Direito ao livre desenvolvimento da vontade como suporte jurídico constitucional da autonomia do paciente. 5.1- Livre desenvolvimento da personalidade – Direito Fundamental. 6- Arremates gerais do Consentimento Informado. 6.1- Consentimento informado – definição. 6.2- Consentimento informado – necessidade do seu estudo. 7- Bibliografia.

1- O FENÔMENO JURÍDICO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.



relação médico-paciente não é um elemento estático da vida em sociedade. Para além da ideia de paciente como pessoa em busca de um tratamento para prover o seu bem estar físico e mental, e da

¹ Professor de Direito Civil da UFPE, Mestre e Doutor pela UFPE. Juiz de Direito. Bolsista de Estágio Pós-doutoral da Capes, perante a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

ideia de médico como o profissional da medicina em quem repousam todas as expectativas do paciente, há a noção de relação jurídica a qual demonstra um caráter dinâmico nas ações praticadas pelas pessoas criando, modificando e extinguindo a realidade exterior.²

Dentro da noção de fenômeno jurídico os fatos envolvendo o médico e o paciente são acontecimentos que criam, modificam e extinguem relações jurídicas, ou seja, produzem efeitos jurídicos, que se revelam a partir da caracterização do fato relacionado ao tratamento e a cura do paciente.

A conduta da pessoa humana através de suas ações são fatos jurídicos que modificam a realidade em sua volta.³ Tipicamente, o fato jurídico prestação de serviços médicos pode criar para o paciente o direito de ser respeitado quanto à decisão relativa ao tratamento que quer se submeter; pode permitir ao médico que se recuse a realizar determinado procedimento terapêutico que seja contrário aos ditames de sua consciência; e pode impor ao médico responsabilidade civil pelos danos causados ao paciente por imperícia, imprudência ou negligência.

O Direito, em seu sentido objetivo, regula através de suas

² A noção de Fato Jurídico segundo a doutrina de Manuel A. Domingues de Andrade, explica de forma simples e direta a ideia da relação do fato com a produção de efeitos jurídicos: “Facto jurídico é todo facto (actuação ou simples ocorrência) da vida real (máxime da vida social) produtivo de efeitos jurídicos, ou - por outras palavras - todo o facto da vida real juridicamente relevante. Contrapõe-se ao facto simples, material ou neutro, que vem a ser todo o facto da vida real juridicamente indiferente, isto é, a que a ordem jurídica não liga quaisquer consequências. Assim: a cor dos olhos duma pessoa, a sua preferência por certa marca de cigarros ou por certo team de futebol, o facto de um indivíduo deixar em casa doutro o seu cartão de pêsames pelo falecimento de uma pessoa de família, de ir dar um passeio depois do jantar, etc. Tudo isto são factos da vida social ou real que, considerados em si mesmos, resultam completamente indiferentes ao direito. São portanto factos juridicamente irrelevantes, factos destituídos de eficácia jurídica, factos neutrais, sob o ponto de vista do direito - factos ajuridicos, em suma.”Andrade, Manuel A. Domingues. Teoria Geral da Relação Jurídica. Vol.II, Facto Juridico em especial Negócio Jurídico, Coimbra: Livraria Almedina, 1974, p. 1.

³ Ascensão, José de Oliveira. Direito Civil – Teoria Geral, Acções e Fatos Jurídicos, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 8.

normas jurídicas as relações entre as pessoas na sociedade. A relação entre médico e paciente não escapa da regulação do direito, pois, os acontecimentos e eventos envolvendo essas pessoas são regidos por regras jurídicas, produzindo efeitos no mundo jurídico.⁴

O presente estudo tem, pontualmente, o interesse de discutir a figura do consentimento informado na relação médico-paciente, não se aventurando por outras disciplinas circunstâncias da relação médico-paciente, as quais se conhecem, mas que não serão estudadas por questões de opção acadêmica e metodológica.

O ponto inicial que se pretende incorporar na mente das pessoas é o de que as relações entre médico-paciente estão classificadas como fato jurídico, sendo de interesse do direito o estudo da natureza desses fatos, em face das consequências de seus atos e ações, e em especial, neste caso, no estudo do consentimento informado.

Neste sentido, deve-se esclarecer a seguinte indagação: Tratando-se de um tema que envolve o consentimento informado na relação médico-paciente, não deveria o estudo ser realizado por um médico, dentro da prática diária da medicina?

A princípio a resposta seria positiva. É certo que há detalhes e questões de ordem técnica e profissional que envolve a comunicação de uma doença, de um tratamento e de um procedimento invasivo que cabe ao médico ter o controle e saber

⁴ Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICAÇÃO EQUIVOCADA. DANO MORAL IN RE IPSA. QUANTUM. O fornecimento de remédio equivocado acarreta dano moral indenizável, não sendo necessária a prova acerca do prejuízo. As adversidades sofridas pelo autor, a aflição e o desequilíbrio em seu bem-estar, fugiram à normalidade e se constituíram em agressão à sua dignidade. Minoração do montante indenizatório considerando o equívoco da ré, o comportamento do demandante, as circunstâncias do caso concreto, além do caráter punitivo-compensatório da reparação. APELAÇÃO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDA(Processo: AC 0047186085 RS, Relator(a):Túlio de Oliveira Martins, Julgamento: 03/05/2012, Órgão Julgador: Décima Câmara Cível, Publicação: Diário da Justiça do dia 06/07/2012.

lidar com as emoções do paciente.

Contudo, as expectativas sociais decorrentes da relação entre médico-paciente são fenômenos normatizados diante da necessidade da sociedade em estabelecer uma ordem que possa regular o comportamento das pessoas umas com as outras, em seu convívio diário na sociedade.⁵⁶

Assim, o comportamento⁷ do médico diante do paciente é tipificado por normas que configuram suas responsabilidades, deveres, faculdades e poderes.⁸

Desta maneira, apesar de caber ao médico o reconhecimento da melhor forma de lidar com o paciente, este comportamento é juridicamente normatizado pela sociedade que aguarda que as ações e reações do médico sigam uma conduta previamente pensada, de modo que se estabeleça uma ordem, um procedimento expectado quanto ao seu comportamento.

Há assim fatos relevantes na relação médico-paciente, que em face de sua importância nas relações sociais recebem da ordem jurídica um tratamento especial, imputando efeitos jurídicos quanto ao seu resultado.⁹

A relação médico-paciente é um fato social relevante para as pessoas, assim, em razão disto, o Estado edita normas

⁵ Ferraz Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2ª. Edição, São Paulo: editora Atlas, 1994, p. 103.

⁶ “Na sua finalidade de ordenar a conduta humana, obrigatoriamente, o direito valoriza os fatos e, através das normas jurídicas, erige à categoria de fato jurídico aqueles que têm relevância para o relacionamento inter-humano.” Mello, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano de Existência*. 12ª. Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 7.

⁷ “definimos comportamento como um “estar em situação”. Quem está em situação transmite mensagens, quer queira quer não. Comportar-se é estar em situação com os outros, os endereçados das mensagens, os quais também estão em situação. Donde, comportamento é troca de mensagens, comunicação. Essa troca de mensagem é o elemento básico da sociedade, do sistema social.” Ferraz Jr. p. 104.

⁸ *Idem*. p. 104

⁹ “Em verdade, somente o fato que esteja regulado pela norma jurídica pode ser considerado um fato jurídico, ou seja, um fato gerador de direitos, deveres, pretensões, obrigações ou de qualquer outro efeito jurídico, por mínimo que seja”. Mello, *op. cit.* 9.

jurídicas com o objetivo de que a conduta prevista seja a mesma adotada por seus destinatários.

A normatização do comportamento humano, da qual não escapa a relação médico-paciente, busca conter o caráter individualista do ser humano, pois, se cada pessoa pudesse agir segundo as suas próprias razões, sem regras que evitassem os conflitos de interesses, as relações na sociedade seriam incontrolláveis, por isso que a exigência de normas de conduta para a sociedade de forma obrigatória e incondicional visa garantir o mínimo de ordem nas relações sociais humanas.^{10 11}

A atuação do médico é, assim, sujeita a regras próprias

¹⁰ O homem (*homo sapiens*) não é um produto simples da natureza, mas o resultado do convívio com os outros homens. Por isso, apesar de sua sociabilidade, há nele, sempre, algo de próprio, tipicamente individual, que não se dissolve no social nem se torna comum. Assim, não é possível negar que o homem jamais se despe, por completo, de seus instintos egoístas, motivo pelo qual não se consegue apagar, nem mesmo superar, a sua inclinação, muito natural, de fazer prevalecer os seus interesses quando em confronto com os seus semelhantes. Além disso, todo arcabouço social, respaldado no aparato de meios que visam a adaptá-lo, não consegue suprimir ou reduzir o seu livre arbítrio na escolha de como comportar-se. Parece indiscutível, no entanto, que se a cada qual fosse permitido conduzir-se socialmente como bem lhe aprouvesse, deixando-se governar pelo seu egoísmo e ambição, tendo como medida de ação o seu poder e a fraqueza do outro, a vida em comunidade seria intolerável e praticamente impossível o avanço para formas superiores de civilização. Não se poderia, ao menos, considerar sociedade humana um agrupamento dessa ordem. O jugo social representado pela atuação no sentido de adaptação é aceito como uma imposição necessária à vida social. Por isso, traz como resultante ineliminável a possibilidade sempre presente de reação e rebeldia do homem aos padrões traçados pela sociedade. Disso decorre, evidentemente, a imperiosa exigência da comunidade de estabelecer normas de conduta que tenham um caráter obrigatório em decorrência do qual a sua impositividade ao homem seja incondicional e independente da adesão das pessoas. Essas regras constituem as normas jurídicas que, no seu conjunto, consubstanciam o direito da comunidade em que elas são vigentes.” Mello, *op. cit.* p. 4.

¹¹ “A definição usual de direito reza: direito é o conjunto de normas coativas válidas num Estado, e essa definição ao meu ver atingiu perfeitamente o essencial. O dois fatores de que ela inclui são o da norma e o da realização por meio de coação... O conteúdo da norma é um pensamento, uma proposição (proposição jurídica), mas uma proposição de natureza prática, isto é uma orientação para a ação humana; norma é, portanto, uma regra conforme a qual nos devemos guiar.” Ihering, citado por Tércio Sampaio Ferraz, *op. cit.* p. 101.

que dominam a sua conduta no exercício da arte médica (*lege artis medicinae*) e na sua relação com o paciente. A relação médico-paciente é um fato jurídico normatizado que além de impor direitos e obrigações determinam efeitos jurídicos a este mesmo comportamento.

Desde Hipócrates, o médico está sujeito às regras de comportamento perante o seu paciente, em que se compromete a ter uma postura de acordo com preceitos pré-estabelecidos para o bem estar do doente.

Hoje, as regras de comportamento estão representadas pelo Código de Ética Médica no Brasil (Resolução CFM no. 1.931/2009) e em Portugal pelo Código Deontológico de 26 de setembro de 2008.

A estruturação de normas relativas ao comportamento do médico obriga que a análise da relação médico-paciente não seja simplesmente do ponto de vista da medicina, mas também do ponto de vista do direito e das demais disciplinas envolvidas.

1.1- PREVISÃO NORMATIVA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE COMO REGRA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.

A norma-jurídica que regula a relação médico-paciente se desenvolve no campo da validade, no plano do dever ser, enquanto vontade criada pelo pensamento humano que se dirige a uma conduta que se intenciona obrigatória.¹² Ou seja, a comunidade jurídica, levando em consideração os aspectos da relação médico-paciente, edita normas, com o objetivo de que os médicos e os pacientes sigam aquelas determinações quando se verificarem aqueles fatos antes previstos. Assim, a norma jurídica isoladamente é algo abstrato que está dirigido aos fatos concretos da relação médico-paciente, que se vierem acontecer

¹² Mello, op. Cit. Pág. 10.

irão produzir os efeitos determinados pela própria norma. Podendo-se considerar diante da norma que a atitude do médico foi válida ou inválida.

No Brasil, o Código de Ética médica do Conselho Federal de Medicina¹³ regula a relação médico-paciente determinando como deve ser o seu comportamento. No mesmo sentido, o Código Deontológico dos Médicos em Portugal estabelece regras para o comportamento do médico em relação ao paciente.

Em ambas os tipos legais acima referidos, as normas jurídicas se apresentam como um modelo de conduta a ser seguido pelos médicos, em face da valoração dos fatos da vida social, com o objetivo de que a relação médico-paciente seja a mais harmônica possível.¹⁴

Por sua vez, pode acontecer que as relações entre médico e paciente sejam dissonantes e não tenham a devida harmonia dentro de um mundo ideal, possibilitando o surgimento de conflitos diante da divergência entre a vontade do médico e a vontade do paciente. Assim, apesar do dever do médico de cuidar da saúde do paciente, sendo o alvo de toda a sua atenção,¹⁵ pode ser que o paciente recuse o tratamento, ou solicite tratamento diverso daquele que entende prescrever o médico.

A regra é a de que o paciente quer ser tratado pelo médico. E que o médico quer tratar o paciente. Mas quando o paciente recusa o tratamento médico, irá ocorrer uma colisão de princípios, entre a autonomia do paciente e o dever de beneficência do médico, de modo a frustrar o médico em seu ofício de cuidar da saúde do paciente. Então se pergunta: é moralmente permitido para um médico tratar o paciente contra a sua

¹³ De acordo com a Lei 3.268 de 30 de setembro de 1957, que dispões sobre os Conselhos de Medicina e atribui ao Conselho Federal o poder de votar e alterar o Código de Deontologia médica.

¹⁴ Mello, *op. cit.* p. 14.

¹⁵ Princípios fundamentais do Código de Ética Médica Brasileiro, II.

vontade?¹⁶

Se por acaso, o paciente for um adulto de posse de todas as suas competências mentais, em condições de manifestar a sua vontade, a recusa ao tratamento apresenta-se como a solução mais adequada ao caso. Assim, a recusa ao tratamento e a não intervenção do médico, pode ser considerada uma atitude válida perante a norma jurídica. Porém, se o paciente for um menor de idade e seus pais recusarem o tratamento por questões de ordem religiosa, a realização do tratamento contra a vontade dos pais, será, neste caso, a solução mais adequada, sendo a recusa ao tratamento uma opção inválida.

Por outro lado, pode ocorrer um fato em que a expectativa que o paciente tem em relação ao seu tratamento médico possa não ser compatível com o procedimento a ser realizado pelo médico, ou seja, o paciente confia que o médico irá realizar determinado procedimento pré-estabelecido diante de uma determinada situação, enquanto que o médico entende que se as condições do paciente forem as mesmas previstas quando do exame clínico será cumprida a sua determinação, caso contrário, realizará o médico o tratamento conforme as suas próprias convicções, diante dos novos fatos apresentados.¹⁷

Qual seria, nesse caso, a opção válida perante a norma jurídica?

A manutenção da pretensão do paciente perante a palavra dada pelo médico, a qual deve ser cumprida, ou, a modificação da palavra dada em face da alteração das circunstâncias, diante das condições não serem mais as mesmas quando do momento em que a palavra foi dada?¹⁸

A dinâmica da relação médico-paciente impõe o estudo

¹⁶ Vaughn Lewins, *Bioethics, principles, issues and cases*. Second Edition, New York: Oxford University Press, 2013, p.72.

¹⁷ Ferraz, Jr. op. cit. p 107.

¹⁸ “À expectativa normativa de A (a palavra dada deve ser cumprida) pode contrapor-se a expectativa normativa de B (a palavra dada deve ser cumprida, desde que as condições em que foi dada sejam as mesmas).” Ferraz, Jr. Op. cit. p. 107.

da norma jurídica e dos conflitos existentes em face da autonomia da vontade do paciente e das circunstâncias que envolvem as relações sociais.¹⁹

Daí que diante das várias estruturas sociais e das diversas projeções normativas surgem os conflitos e a necessidade de determinar qual o sentido que a norma deverá tomar naquele caso em concreto, perante as diversas circunstâncias que o fato apresenta, sendo o direito, na presença de uma ordem pré-estabelecida, o instrumento para a solução desses conflitos.

A dinâmica da relação médico-paciente não foge da apreciação do direito.

Os fatos resultantes das relações médico-paciente deverão ser analisados a partir das normas jurídicas existentes, as quais dirigirão a sociedade para a solução mais adequada para cada caso em concreto, uma vez que a mesmas foram previamente objeto de valoração para tornar a convivência social mais harmônica.²⁰

Estabelecer os efeitos e a validade das ações pessoais dentro da dinâmica do consentimento informado, nas diversas situações e circunstâncias que envolvem o convívio social, destacando as condições pessoais para a manifestação da vontade, os vícios do consentimento, a inexistência de capacidade para consentir, a alteração das circunstâncias, os limites da autonomia da vontade, a recusa de tratamento, a interpretação da vontade, a forma e a prova do consentimento informado, entre outros aspectos é o que deve ser estudado no presente trabalho,

¹⁹ “Surgem, assim, conflitos das projeções normativas que resultam da superprodução de normas. Estes conflitos não são exceção, mas o comum na vida social. A dogmática tem de se haver como esse problema. O princípio da inegabilidade dos pontos de partida exige a postulação de normas preponderantes que, em caso de conflitos, devem prevalecer. A teoria dogmática do direito pressupõe que estas normas preponderantes são as consideradas jurídicas.” Ferraz, Jr. op. cit. p. 108.

²⁰ “Como procuramos deixar claro, a norma jurídica constitui um modelo de conduta estabelecido pela comunidade jurídica, como resultado da valoração dos fatos da vida, com a finalidade de obter a adaptação do homem à convivência social harmônica.” Mello, op. cit. p. 14.

partindo das fontes de direito civil e constitucional.

2- NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.

A primeira questão que suscita o estudo da relação médico-paciente no âmbito do direito é saber qual a sua natureza jurídica. Ou seja, em qual modelo jurídico a relação médico-paciente se inclui.

Perguntar a natureza jurídica é saber em que categoria se enquadra o tipo estudado dentro dos diversos institutos jurídicos. Contudo, quando se fala da natureza jurídica da relação médico-paciente está resposta não é assim tão fácil.

Inicialmente, a relação médico-paciente é tipificada como um fato jurídico, em razão da sua relevância jurídica, como um acontecimento da vida real produtivo de efeitos jurídicos.

Assim, dois elementos são importantes para a configuração do fato jurídico na relação médico paciente. O evento ou acontecimento(primeiro) que tendo previsão legal(segundo) é eleito pelo direito para criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica.

Por sua vez, dentro da ideia de fato jurídica em suas diversas categorias, a relação médico-paciente deve ser classificada como um negócio jurídico, pois, dentro da teoria clássica, a relação médico-paciente é um fato voluntário lícito cujo núcleo essencial é constituído pela declaração de vontade, tendo em vista a produção de certos efeitos, com o interesse de que tais efeitos sejam tutelados pelo direito, concedendo-lhe natureza jurídica.²¹ Ou seja, quando um paciente busca um médico declarando que procura uma ajuda para trata-lo de um mal da saúde, o procedimento e o tratamento médico é o efeito esperado em face da vontade do paciente, e que é tutelado pelas normas de direito médico, em especial pelo Código de Ética Mé-

²¹ Andrade. Op. cit. p. 25.

dica.²²

A noção de negócio jurídico envolve a produção de efeitos determinados pela vontade do próprio agente, e que é respeitado pela ordem jurídica.²³

A classificação da relação médico-paciente como negócio jurídico ajuda e facilita a compreensão dos diversos aspectos que envolvem o consentimento informado, pois, a partir do desmembramento de seus elementos constitutivos é possível destacar objetivamente os requisitos de validade e eficácia da vontade.

Deste modo, quando um paciente faz a eleição de um médico e opta por um determinado tratamento, de acordo com sua vontade e a natureza da doença que possui, está manifestando conscientemente a sua vontade, dentro do que é previsto na norma que regula a relação médico-paciente, determinando o médico e o hospital que deve realizar o seu tratamento, e principalmente, diante da consciência do que é necessário para o seu bem estar físico e espiritual, bem como qual o tratamento a que deve ser submetido.

Por outro lado, os negócios jurídicos são agrupados em categorias, das quais não fogem a sua classificação as relações médico-paciente, contudo, vamos nos ater somente a duas dessas categorias, as quais de início são suficientes para a configuração de sua natureza jurídica, de acordo com a vontade dos proponentes.

²² “Os negócios jurídico’ são , portanto, declarações de vontade destinadas à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente; os ‘atos jurídicos stricto sensu’ são manifestações de vontade, obedientes à lei, porém geradoras de efeitos que nascem da própria lei. Caio Mario da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, vol. I, 22ª. Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 476.

²³ “Negócio jurídico é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro dos limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estrutura de conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.” Mello, op. cit. p. 184.

Assim, os negócios jurídicos podem ser unilaterais ou bilaterais.

São unilaterais os que para a sua existência e validade é suficiente uma única manifestação de vontade. São as declarações unilaterais de vontade, tal como o testamento e a promessa de recompensa.^{24 25}

Enquanto que, são bilaterais aqueles que para sua existência e validade é necessário que existam duas manifestações de vontade coincidentes, conforme se demonstra na relação contratual, a vontade do paciente e a vontade de médico.^{26 27}

Por isso que, a doutrina brasileira e portuguesa, em sua grande maioria, reconhece a relação médico-paciente como uma relação contratual, onde o paciente manifesta uma vontade coincidente com a vontade do médico, com o objetivo de realizar um tratamento de saúde.

Contudo, as maiores indagações quanto à natureza da relação médico-paciente, surgem quando o paciente aparece de forma inconsciente em um hospital público, ocasião em que não pode manifestar a sua vontade, em que o médico para salvar-lhe a vida, realiza os procedimentos necessários, segundo a *leges artis*, diante do princípio da beneficência.

Neste caso, o negócio jurídico aqui realizado é unilateral, vez que a sua validade consiste na manifestação exclusiva da vontade do médico, diante da circunstância do paciente não poder manifestar a sua vontade, e da obrigação legal que possui

²⁴ Pereira, op. cit. p. 496.

²⁵ “Quanto aos negócios unilaterais precisaremos que a declaração ou declarações de vontade que os constituem se dirigem a produzir só por si, com o eventual concurso de alguma outra circunstância, mas sempre sem necessidade de concordância do adversário, o efeito prático-jurídico visado.” Andrade. op. cit. p. 41.

²⁶ “O negócio jurídico bilateral pressupõe duas declarações de vontade e não uma, e requer a sua coincidência sobre o objeto. Não basta, sendo bilateral, que duas pessoas, conjunta ou separadamente, manifestem sua vontade, porque até ai inexistente negócio jurídico. Surge este, quando as emissões volitivas se ajustam ou coincidem, porque neste momento se diz que já há o consentimento. Pereira, op. cit. p. 496.

²⁷

o médico de não negar a prestação dos seus serviços.

Um detalhe valioso no negócio jurídico unilateral, em face do mesmo produzir efeitos na esfera pessoal do paciente, sem o seu consentimento, é que a atuação do médico somente poderá ser realizada para beneficiar o paciente. É que o negócio jurídico unilateral somente pode interferir na esfera jurídica alheia para beneficiar.²⁸

O Professor Pedro Romano Martinez, a respeito da doutrina portuguesa, acentua que a relação jurídica entre médico e paciente é de ordem obrigacional, podendo, caso a caso, ter origem em um contrato de prestação de serviços, em um negócio jurídico unilateral ou em uma atuação em gestão de negócios.²⁹

Por outro lado, André Gonçalo Dias Pereira, entende que existem situações em que não é possível enquadrar o tipo de relação médico-paciente como contratual, diante da inexistência própria de contrato, citando os casos de um incapaz, sem representantes legais, nos contratos nulos, como é o exemplo

²⁸ “Acrescente-se a isso que o princípio da incolumidade das esferas jurídicas impõe que o negócio jurídico unilateral tenha sua eficácia, geralmente, limitada à esfera jurídica de quem o praticou. Há até negócios jurídicos unilaterais que jamais têm eficácia em relação a terceiros, nem indiretamente, como a derrelicção. Por isso, tem-se que o negócio jurídico unilateral somente pode interferir em esfera jurídica alheia para beneficiar, ou para formar negócio jurídico bilateral, quando possível (caso de oferta e aceitação). Se há interferência indevida que causa dano, existe contrariedade a direito e ilicitude.” Mello, *op. cit.* p. 197.

²⁹ “Entre o paciente e o médico ou o hospital pode ter sido celebrado um contrato de prestação de serviços, sendo esta a situação jurídica mais comum. E, para efeito da indemnização por responsabilidade civil, é irrelevante o tipo e vínculo existente entre o hospital e o médico, pois aquele responde nos termos do art. 800º. nº. 1 do CC.

Tendo sido celebrado um contrato de prestação de serviços com o médico (hospital) aplicam-se as regras gerais dos contratos (art. 405º. do CC), o regime especial do contrato de mandato (art. 1156º. CC) e as regras de responsabilidade civil obrigacional (art. 798º. e ss do CC). A relação obrigacional entre médico (ou o hospital) e o paciente pode também decorrer de um negócio jurídico unilateral ou de uma actuação em gestão de negócios.” Martinez, Pedro Romano. *Responsabilidade Civil por Acto ou Omissão do Médico*. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol.II, Coimbra: Editora Almedina, 2011, p. 485.

da prestação de serviços de aborto e nos atendimentos realizados nos hospitais públicos.³⁰³¹

Neste sentido, André Gonçalo Dias Pereira alimenta a controvérsia quanto as diferentes experiências do direito comparado e o direito português, acentuando que no Direito Português a relação paciente e hospital público seria da prestação de um serviço público, e não de um contrato.³²³³

No Brasil, Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira entende que a doutrina e a jurisprudência tem se inclinado para a determinação da natureza jurídica da relação entre o médico e o paciente como contratual, a partir da ideia de um negócio jurídico por meio do qual as partes estabelecem os efeitos que pretendem produzir as suas declarações de vontade. Contudo, não exclui a hipótese de que em alguns casos e circunstâncias, a natureza jurídica da relação médico paciente pode não ser contratual, ai incluindo os serviços de saúde pública.³⁴

³⁰ Dias Pereira, André Gonçalo. O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 40.

³¹ É interessante destacar que na Alemanha e na Áustria há o entendimento de que mesmo na relação do paciente com o hospital público haveria um relação contratual de direito civil. E que na Itália entende-se que se trata de um contrato social. Idem. p. 41.

³² Em citação a Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, André Gonçalo Dias Pereira, explica que as relações envolvendo o Médico em um hospital público, são de prestação de serviço público, pois, o mesmo exerce as suas funções por dever de ofício. E explica: “Por outro lado, nem os médicos escolhem os doentes, nem os doentes normalmente escolhem os médicos. Os médicos trabalham em condições, com instrumentos e com pessoal auxiliar que não selecionaram. Por outro lado, o utente não está obrigado a qualquer contraprestação, à exceção do pagamento de uma taxa.” Op. cit. p. 45 e ss.

^{33c} Figueiredo Dias e Sinde Monteiro defendem que “não há responsabilidade contratual do médico que assiste o doente, por dever de ofício, no hospital público, a não ser que exerça aí clínica privada, ‘havendo somente responsabilidade contratual da própria organização hospitalar. Segundo os autores, “o quadro do contrato parece-nos o mais apropriado para vazar a relação, caracterizada por uma ideia de confiança, entre o doente e a entidade prestadora dos serviços de saúde.” Idem, p. 45.

^{34c} É da essência da relação médico-paciente, portanto, o caráter contratual, mas em algumas circunstâncias o dever de assistência médica pode não decorrer de vínculo contratual direto entre o médico e o paciente. É o caso do médico servidor público, que atende em instituição obrigada a receber os segurados dos institutos de saúde

Por sua vez, o entendimento de uma parte da doutrina e dos Tribunais de segundo grau do Brasil é o de reconhecer na relação médico-paciente um contrato de consumo, sujeito as normas do Código de Defesa do Consumidor,³⁵ enquanto que a doutrina majoritária portuguesa tem o entendimento de que se trata de um contrato cível, regulado pelo Código Civil Português.³⁶³⁷

Apesar da existência de decisões dos Tribunais Superiores do Brasil apontando a relação médico-paciente como uma relação de consumo não se deve tratar esse entendimento como uma regra geral, pois, diante da diversidade de serviços forne-

pública, relação regulada pelo direito administrativo, ou do médico empregado, que trabalha em clínica, hospital privado, ou credenciado por plano de saúde.” Lemos Pereira, Paula Moura Francesconi. *Relação Médico-Paciente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, p. 16.

³⁵ “Pensando a relação médico-paciente sob a ótica contratual, as duas partes têm direito à autonomia, prerrogativa individual de cada pessoa, mas uma delas tem deveres para com a outra que podem determinar o desrespeito à autonomia do vulnerável, sempre que a decisão for técnica e independente. Sob a perspectiva contratual a relação médico-paciente permite divisar duas situações ou dois tipos de pacientes, os enfermos e os clientes, como pretende Prat? Será que a relação admite uma forma híbrida em que enfermo é o paciente eventual, sendo cliente aquele que rotineira e seguidamente procura o profissional? Em assim sendo, o cliente, pela reiteração da conduta, se aproxima do consumidor que é fiel a um estabelecimento ou marca. Já o paciente enfermo seria a pessoa que está sob cuidados do médico em caráter temporário e eventual. Esta relação terá natureza menos personalista, enquanto a outra o privilegia.” Rachel Sztajn, *Reflexões sobre o Consentimento Informado*, in *Direitos do Paciente*, Alvaro Vilaça Azevedo, Wilson Ricardo Ligiera. São Paulo: Editora Saraíva, 2012, p. 179.

³⁶ “Em Portugal, o tema é tratado sob a ótica do direito civil. No Brasil, a partir do direito de consumo.” in, Dantas, Eduardo. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 157..

³⁷ André Gonçalves Dias Pereira, em sua *Dissertação de Mestrado: O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, defende a hipótese do contrato de prestação de serviços médicos ser um contrato de consumo: “Perante a Falta de Tipicidade legal, podemos ensaiar uma apresentação sumária do conteúdo desse contrato. Como ponto de partida, é seguro que se trata de um contrato civil(nunca é um acto de comércio), celebrado intuitu personae e é um contrato de consumo e portanto merecedor da aplicação das regras de proteção dos consumidores.” Dias Pereira, André Gonçalves. *O Consentimento Informado na Relação Médico- Paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 36.

cidos pelo médico, a relação jurídica médico paciente hora se encaixa como uma relação de consumo, e hora se apresenta como um contrato atípico que envolve uma relação personalíssima.³⁸

O fato em si e suas circunstâncias é que irão determinar a verdadeira natureza jurídica da relação médico-paciente.

Toda a discussão a respeito da natureza jurídica da relação médico-paciente envolve o interesse de investigar os elementos constitutivos do negócio jurídico, os quais irão determinar a validade e eficácia da manifestação da vontade do paciente.

Assim, considerando que para a determinação da natureza jurídica da relação médico-paciente, como negócio jurídico bilateral ou unilateral, faz-se necessário verificar a existência de duas vontades coincidentes, ou apenas a existência de uma única vontade dirigida para beneficiar o paciente, é essencial a realização do estudo da vontade como elemento de validade da relação jurídica e em especial o estudo dos requisitos de validade dos negócios jurídicos.

3- A ANALISE DOS SUPORTES FÁTICOS QUE DÃO VALIDADE AO NEGOCIO JURÍDICO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.

O negócio jurídico constitui uma declaração de vontade

³⁸ “Está mais do que claro, e não necessita de maiores explicações, que a relação mantida entre um médico e seu paciente – quando encarada em seus moldes tradicionais – é sim, personalíssima. Ao mencionar os moldes tradicionais, se fala naquele tipo de relação mantida em um consultório, naquela em que o elemento confiança faz com que o paciente procure O médico, e não UM médico, em seu momento de necessidade. Esta ‘natureza personalíssima’ se perde quando o atendimento é feito em um serviço com vários profissionais, ou com aquele escolhido em um livro de rede credenciada de planos de saúde, um indicador médico, quando a referência para a procura daquele profissional é o credenciamento, não a pessoa em si. O atendimento em uma urgência hospitalar, por exemplo, quando o retorno é feito com o atendimento de outro médico, o plantonista da vez, é típico exemplo em que não se pode falar no caráter personalíssimo da relação. Dantas, op. cit. p. 161.

dirigida a produção de efeitos jurídicos determinados pela própria intenção do agente.³⁹ Como visto, a lei vai atribuir efeitos jurídicos de acordo com a vontade da pessoa que a manifesta.⁴⁰

Assim, para que a manifestação de vontade receba do ordenamento jurídico o seu pleno reconhecimento e produza efeitos, é necessário que o negócio jurídico preencha alguns requisitos essenciais à verificação de sua validade.

Tais condições, que podemos denominar de suportes fáticos que dão validade ao negócio jurídico são: o sujeito, o objeto e a forma de exteriorização da vontade.⁴¹⁴²

Segundo a doutrina de Marcos Bernardes de Mello, a primeira categoria, a do sujeito, se refere ao problema da manifestação da vontade, visando resguardar a pessoa em face de sua consciência e autenticidade. A segunda categoria, a do objeto, se refere à consonância do ato jurídico com o direito e com a natureza das coisas. E a terceira categoria, a da forma de exteriorização da vontade, tem por fundamento os pressupostos de certos atos jurídicos que por sua relevância devem ser realizados de acordo com algumas solenidades, visando resguardar e documentar a conclusão e prova do negócio jurídico.

Neste sentido, passaremos a analisar cada um dos ele-

³⁹ “Os negócios jurídicos são actos jurídicos constituídos por uma ou mais declarações de vontade, dirigidas à realização de certos efeitos práticos, com a intenção de os alcançar sob tutela do direito, determinando o ordenamento jurídico a produção dos efeitos jurídicos conformes à intenção manifestada pelo próprio declarante ou declarantes.” Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 379.

⁴⁰⁴⁰ José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.22.

⁴¹ “Diz-se válido o ato jurídico cujo suporte fático é perfeito, isto é, os seus elementos nucleares não têm qualquer deficiência invalidante, não há falta de qualquer elemento complementar. Validade, no que concerne a ato jurídico, é sinônimo de perfeição, pois significa a sua plena consonância com o ordenamento jurídico.” Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Validade*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4.

⁴² “Art. 104 do Código Civil Brasileiro: A validade do negócio jurídico requer: I- Agente capaz;II- Objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III- forma prescrita ou não defesa em lei.”

mentos que compõem o suporte fático da relação médico-paciente, de acordo com a teoria geral do direito civil.

3.1- DO SUJEITO DO NEGÓCIO JURÍDICO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.

Como no negócio jurídico os seus efeitos são determinados pela vontade do agente, o estudo do sujeito do negócio jurídico visa essencialmente proteger a pessoa e sua manifestação de vontade, por serem estes os seus principais elementos.

A manifestação da vontade se expressa na relação médico-paciente quando em busca do tratamento adequado para sua enfermidade o paciente solicita ao médico a prestação dos seus serviços. Há a formação de um verdadeiro contrato em que o médico assume a obrigação de fornecer os cuidados necessários àquela enfermidade, quando não a própria cura, e o paciente os deveres de colaboração e informação, além do dever de proceder com o pagamento dos encargos que derivem das prestações dos cuidados à saúde.

Contudo, como visto anteriormente, nem toda relação médico-paciente pode ser definida como uma relação contratual, mas mesmo assim, não se foge a necessidade de estudo da manifestação da vontade e seus efeitos, principalmente, no negócio jurídico unilateral, em que a vontade isolada do médico intervindo na esfera jurídica do paciente, somente pode ser concebida para o bem do próprio paciente.

Assim, tanto no negócio jurídico bilateral quanto no negócio jurídico unilateral, o estudo da manifestação da vontade é essencial para a caracterização do tipo legal que está a ser praticado e se o mesmo preenche os requisitos necessários para a sua validade.

A vontade manifestada para que produza efeitos jurídicos deve ser consciente, para que não seja considerada nula ou inexistente, por isso, segundo Marcos Benardes de Mello, o orde-

namento jurídico estabelece critérios para que possa ser entendida como plenamente consciente a vontade.⁴³

O primeiro critério adotado pela ordem jurídica é a capacidade para agir, ou seja, a capacidade para o exercício do direito por si mesmo, a qual tem em seu núcleo a análise objetiva da existência dos requisitos determinados por lei para que a pessoa dirija a sua vida na ordem civil, com autonomia.

A capacidade para exercício do direito é uma regra, que tem na própria lei os seus limites, os quais quando ultrapassados resultam na incapacidade da pessoa.⁴⁴

Assim, a manifestação plena da vontade depende da existência de uma vontade realmente autônoma, em que a pessoa possua o completo discernimento dos fatos, das circunstâncias e dos efeitos que envolvem o negócio jurídico.

Na relação médico-paciente, como negócio jurídico, o médico deve ter a consciência se o paciente tem, de acordo com a lei, a capacidade para exercer a sua vontade, por si mesmo, de forma autônoma.⁴⁵

A capacidade para o exercício do direito, segundo o Código Civil brasileiro é dividido em graus, levando em consideração se a pessoa possui uma maior ou menor aptidão para atuar autonomamente, realizando negócios jurídicos. Assim, há a classificação da incapacidade em absoluta, quando ocorre a total falta de capacidade para a prática dos atos da vida civil, e a incapacidade relativa, quando a pessoa não é capaz para a

⁴³ Mello, *op. cit.* p. 21.

⁴⁴ “Toda incapacidade resulta, pois, da lei.” Pereira, *op. cit.* p. 270.

⁴⁵ “A capacidade de agir é estado pessoal. Ser capaz é qualificação atribuída pelo direito às pessoas em geral, sendo que, em relação aos seres humanos, nem todos a têm. Diz incapaz aquele a quem as normas negam a capacidade de praticar, pessoalmente, ato jurídico válido. A incapacidade, na verdade, constitui exceção à regra da capacidade. Tem por fundamento a necessidade de proteger as pessoas naturais que, por algum motivo relacionado à vivência nas relações negociais, à sanidade física ou mental, à situação cultural ou à impossibilidade física de administrar seus bens e praticar os atos respectivos são consideradas sem experiência de vida e sem as condições de discernimento que lhes permitam ter a plena consciência das consequências práticas de seus atos.” Mello, *op. cit.* 25.

prática de certos atos, ou a forma de exercê-los.⁴⁶

O Código Civil brasileiro utilizou critérios baseados na idade, na saúde mental e na falta de discernimento da pessoa para determinar a sua incapacidade. Contudo, a análise da capacidade a partir da idade não gera grandes conflitos ou controvérsias, em face da simples contagem do tempo, em que, a princípio, há a certeza legal da capacidade e do discernimento, se outras causas mentais não existirem como limitadoras da capacidade desta mesma pessoa. Tal critério é utilizado pelo legislador de forma arbitrária, com a compreensão de que a partir de certa idade a pessoa passa a ser capaz, o que torna as relações jurídicas mais seguras, pois, objetivamente não haveria dúvidas quanto à capacidade no momento da realização do negócio jurídico.⁴⁷

Por sua vez, a análise dos elementos que determinam a limitação da capacidade em face da saúde mental e da falta de discernimento requer uma investigação mais profunda, a qual deve ser objeto de prova, em especial com o pronunciamento de um médico, que poderá determinar o grau de insanidade.^{48 49}

⁴⁶ Mello, op. cit. p. 26.

⁴⁷ “Não pode, porém, ficar ao sabor das influências individuais a cessação da incapacidade absoluta decorrente da idade. O direito quer a proteção dos menores, mas quer também a estabilidade das relações sociais. Por isso, atendendo ao momento da transição da ausência de participação na vida jurídica, para a convocação do menor a dela tomar contato e nela ter ação, não pode deixar à apreciação de cada caso a aferição do grau de aptidão e de discernimento, sob pena de instituir grave insegurança nos negócios. Se assim procedesse nunca se saberia, com exatidão, se o menor, como agente em um negócio jurídico, havia ou não eficazmente manifestado a sua vontade.” Pereira, op. cit. p. 275

⁴⁸ Não se descarta a prova testemunhal para determinar a falta de discernimento, além da prova pericial.

⁴⁹ “As deficiências podem ser mais ou menos profundas: alcançar a totalidade do discernimento; ou , ao revés, mais superficiais: aproximar o seu portador da plena normalidade psíquica. O direito observa estas diferenças e em razão delas gradua a extensão da incapacidade, considerando, de um lado, aqueles que se mostram inaptos para o exercício dos direitos, seja em consequência de um distúrbio da mente, seja em razão da total inexperiência, seja em função da impossibilidade material de participar no comércio civil; de outro lado, os que são mais adequados à vida civil, portadores de um déficit menos pronunciado, ou já mais esclarecidos por uma expe-

Um exemplo típico relativo à análise da capacidade de discernimento de uma pessoa está no seguinte caso julgado por um Tribunal Inglês: Mr. Park, uma pessoa idosa que havia sofrido previamente um mal súbito severo, casou com sua segunda esposa em uma determinada manhã e no mesmo dia à tarde ele realizou o seu testamento. Ele morreu depois de um breve tempo e sua família desafiou judicialmente a validade do casamento e a viúva contestou a validade do testamento. Ele foi declarado mentalmente capaz para se casar, mas carecedor da necessária capacidade mental para fazer um testamento. O seu pouco discernimento e força de raciocínio mantiveram-se suficiente para compreender o que implicava um casamento, mas suas confusões e perdas de memória o desabilitaram em ter a necessária recordação de suas propriedades e de suas obrigações para poder fazer um testamento.⁵⁰

Ora, a falta de discernimento pode ser mais ou menos profunda, e ter uma graduação e extensão própria, que se permita dizer que uma pessoa é apta para praticar certos atos da vida civil e outros não. No caso a pessoa pode ser apta para se casar e inapta para dispor dos seus bens.

Evidentemente que a capacidade para o exercício de direitos é posta no Código Civil com um caráter patrimonialista e negocial, contudo diante da necessidade de estudo da relação médico-paciente, veremos que o conceito de capacidade para consentir em um determinado tratamento médico, é bem mais complexo do que uma análise da capacidade em face de uma decisão negocial.⁵¹

Mas o ponto de partida será sempre as regras de capaci-

riência relativamente ponderável.” Pereira, op. cit. p. 272.

⁵⁰ Margaret Brazier; Emma Cave, *Medicine, Patients and the Law*. London: Pegasus Books, 2011, p.145.

⁵¹ “Na verdade, a legislação tradicional referente à capacidade “visa proteger mais a propriedade do que as pessoas, portanto, não servem para a capacidade de tomar decisões médicas.” André Gonçalo Dias Pereira, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 148.

dade da Teoria Geral do Direito Civil.

O segundo critério adotado pela ordem jurídica diz respeito à perfeição da vontade manifestada, a sua compatibilidade com a realidade ou a veracidade, consciente de seu conteúdo.⁵²

Este segundo critério busca avaliar se a vontade da pessoa não está viciada por algum fator externo que influencie na autenticidade de sua declaração, fazendo com que manifeste uma vontade que não seria verdadeiramente a sua vontade, se tivesse a exata noção da realidade dos fatos ou se as circunstâncias fossem diferentes.⁵³

No caso, surgem como elementos necessários para a correta manifestação de vontade as obrigações acessórias como a boa fé e a equidade, de modo que o paciente deve estar devidamente informado de suas condições de saúde, para poder fazer uma decisão mais próxima da realidade dos fatos.⁵⁴

Em especial para a perfeita manifestação de vontade é necessário que haja uma compensação em face do desequilíbrio de conhecimento entre o paciente e o médico, de modo que ao prestar as informações necessárias ao paciente, o mesmo tenha condições de visualizar o seu problema de saúde mais próximo da realidade, fazendo a sua escolha de forma consciente quanto ao seu conteúdo.

Assim, a assimetria de informações, diante da especialidade médica, obriga que o paciente seja informado dos problemas que atinge a sua saúde, de todas as formas de tratamento, os riscos e as convicções pessoais do médico para que então possa manifestar a sua vontade.

A busca deste equilíbrio entre o médico e o paciente não é algo fácil de estabelecer, por isso que o estudo do consentimento informado é tão merecedor de destacada atenção.

⁵² Mello, *op. cit.* p. 22.

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ *Idem.*

A perfeição da vontade manifestada constitui elemento complementar da validade do negócio jurídico⁵⁵, daí que a capacidade para manifestar a vontade diante de um tratamento médico não é a mesma para a realização de uma compra e venda de um bem de consumo. A pessoa tem que ter uma capacidade especial, qual seja, a de compreender todas as circunstâncias de ordem médica, todos os efeitos e consequências da doença, seus diversos tratamentos e os riscos a elas inerentes, para poder fazer então uma decisão ausente de qualquer vício invalidante.⁵⁶

A capacidade do paciente, está ligada tanto à sua capacidade de fato dentro da Teoria Geral do Direito Civil⁵⁷, como faculdade que tem a pessoa de por si só tomar as decisões necessários em sua vida, como sujeito de direitos e obrigações, quanto e ainda mais, está ligada verdadeiramente a sua capacidade para tomar decisões acerca das intervenções médicas.

Assim, a capacidade para consentir nos casos que envolvem a relação médico-paciente passa a ser um conceito autonomizado em face da capacidade negocial, uma vez que o objeto da declaração de vontade tem por fundamento um bem diferente daqueles do direito patrimonial, quais sejam, a vida, a saúde, a integridade física e o livre desenvolvimento da personalidade.⁵⁸

Neste sentido, as condições pessoais do paciente irão in-

⁵⁵ Mello, op. cit. p. 38.

⁵⁶ “Acesce a este raciocínio de não equiparação da capacidade para consentir à capacidade negocial que a decisão sobre estes bens de natureza pessoal afectam o próprio direito geral da personalidade, pelo que, no caso de uma eventual necessidade de representação (legal) esta deve-se orientar pela autodeterminação do sujeito e não pela heterodeterminação, no maior âmbito possível. “Dias Pereira, op. cit. p. 149.

⁵⁷ “A esta aptidão oriunda da personalidade, para adquirir os direitos na vida civil, dá-se o nome de capacidade de direito, e se distingue da capacidade de fato, que é a aptidão para utilizá-los e exercê-los por si mesmo.” Caio Mario da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, vol. I, 22ª. Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 263.

⁵⁸ Dias Pereira, op. cit. p.148.

fluenciar no modo que estas informações serão prestadas, bem como na capacidade do paciente decidir.

Podem ocorrer casos em que a pessoa possa ser considerada capaz para os atos da vida civil, mas que não tenha capacidade para expressar a sua vontade, diante de questões médicas, ou porque se encontra diante de uma dor insuportável, ou possua um medo relevante que o impeça momentaneamente de expressar a sua vontade.⁵⁹

A análise desta capacidade é realizada pelo próprio médico.

Aquelas pessoas consideradas incapazes serão substituídas por um procurador de cuidados de saúde ou por um ente familiar próximo. Os quais devem ser devidamente informados quanto aos tratamentos que devem ser praticados, seus riscos e benefícios.

Mas aqui há um detalhe importante: a manifestação de vontade do procurador deve ser sempre no sentido de prover o melhor para o paciente, e na medida do possível deve tentar se adequar a vontade do paciente declarada no momento em que possuía capacidade.⁶⁰

⁵⁹ “Por vezes é preciso levar em conta, na aferição da competência, que a vulnerabilidade do paciente, a angústia provocada pelo diagnóstico confirmador de certas patologias, dificulta assertivas categóricas, incontestáveis, quanto à racionalidade e, portanto, quanto à competência. Porém, inequívoco que algum critério de avaliação que permita apurar, com certo grau de confiabilidade ou segurança, se a pessoa sabe o que pode ocorrer, caso decida de forma equivocada, deve ser desenhado.” Rachel Sztajn, Reflexões sobre o Consentimento Informado, in *Direitos do Paciente*, Alvaro Vilaça Azevedo, Wilson Ricardo Ligiera. São Paulo: Editora Saraíva, 2012, p. 184.

⁶⁰ “Segundo este critério toma-se a decisão que está de acordo com os melhores interesses do paciente (best interests of the patient), o que se indentifica, naturalmente, com a proposta terapêutica do médico. Assim, a aplicação deste standard poderia ser vista como uma ratificação da proposta do médico. Este critério pretende-se objetivo, no sentido de que não se centra nos valores e na personalidade do paciente, mas na sua condição física e no prognóstico traçado, sendo certo que a neutralidade valorativa é meta inalcançável. Hoje em dia, entende-se que nos interesses do paciente devem estar envolvidos não apenas os interesses médicos, mas também o respeito pelos seus valores e pelas suas presumíveis vontades, pelo que, de algum

Assim, a análise da capacidade do paciente para decidir quanto ao melhor tratamento irá depender da análise do médico, caso a caso, o que envolve pacientes com capacidade, pacientes sem capacidade, podendo ainda verificar dentre aqueles quem não possuem capacidade alguns que realizaram manifestação de vontade adiantada, e outros que não se conhece a sua vontade por nunca terem se manifestado.

Além do mais, quanto maior o risco do tratamento médico, maiores devem ser os cuidados com o respeito aos direitos do paciente, principalmente quanto à análise de sua capacidade para decidir.^{61 62}

A capacidade decisória é assim, a habilidade para entender os riscos, benefícios e alternativas e para realizar uma decisão razoável.⁶³

Mas para que a capacidade decisória seja exercida de forma livre e plena, é necessário que a divulgação da informação seja suficientemente esclarecida.

Assim, a capacidade como requisito de validade do negócio jurídico em face da relação médico-paciente adquire uma

modo, se desenha um ‘critério sincrético’ que combina os dois últimos referidos”. Dias Pereira, op. cit. p. 239.

⁶¹ “We think that state’s interest against weakens and the individual’s right to privacy grows as the degree of bodily invasion increases and prognosis dims. Ultimately there comes a point at which the individual’s right overcomes the state interest.” 1. In re Quinlan, 70 N.J. 10, -, 355 A.2d 647, 664 (1976).

⁶² “Lo mismo sucede con la capacidad de razonamiento y deliberación. Pero con respecto a ambas cosas vale la idea indudable de que no existe un estándar general de competencia, de forma que pudiéramos decir que dado ciertos rasgos de una persona podemos ya declarar en términos generales si es o no es competente, sino que, muy por el contrario, el grado de competencia de cada uno depende, no sólo de quien es cada uno, sino también de los problemas que tiene ante sí, y en nuestro caso, depende de los problemas de salud sobre los que debe adoptar una decisión. No es lo mismo decidir sobre una cura trivial o un episodio leve de enfermedad conocida (la gripe común, por ejemplo) que decidir sobre una intervención de riesgo.” SanMiguel, Francisco J. Laporta. Algunas Incógnitas del Principio de Autonomía Personal en Tratamientos Médicos. In Autonomía Personal y Decisiones Médicas: Cuestión Ética y Jurídica, Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 30

⁶³ <http://delcode.delaware.gov/title16/c025/index.shtml>

nova exigência como elemento essencial da manifestação da vontade, que tem por objeto a tomada de decisões a respeito dos cuidados de saúde, é no caso, a análise da capacidade para consentir ou recusar um tratamento médico.⁶⁴

3.2 – DO OBJETO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.

Diante da concepção fenomenológica da relação médico-paciente, que visa à intervenção do médico na esfera da personalidade do paciente, em seu corpo, sua saúde, sua integridade física e mental, o tratamento médico de sua saúde, ou até mesmo a cura de uma doença, é o objeto da relação jurídica médico-paciente.

Ou seja, na relação médico-paciente, o médico assume uma obrigação de prestar um serviço médico que tem a pretensão de prevenir, diagnosticar, curar, tratar ou diminuir o sofrimento, lesão, perturbação física ou mental.^{65 66}

Neste sentido, o objeto da relação médico-paciente será a prestação de serviços médicos, que constituem o agir em benefício da saúde do paciente, em todas as suas formas.

A ideia de objeto do negócio jurídico é então a *atribuição específica que as normas jurídicas lhe imputam*, sendo no caso da relação médica, a obrigação específica de prover a saúde. Por sua vez, estando o objeto vinculado à determinação da norma jurídica, a qual lhe dará efeitos legais, é necessário que

⁶⁴ Dias Pereira, op. cit. p. 153.

⁶⁵ “Por outro lado, existe o que se pode chamar de ato médico específico como sendo a utilização estratégica e recursos para prevenir a doença, recuperar e manter a saúde do ser humano ou da coletividade, inseridos nas normas técnicas (lex artis) dos conhecimentos adquiridos nos cursos regulares de medicina e aceitos pelos órgãos competentes, estando quem o executa, supervisiona ou solicita profissional e legalmente habilitado.” Genival Veloso França, Direito Médico, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 52.

⁶⁶ “O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.” Inciso II, do Código de Ética Médica, Resolução CFM no. 1.931/2009.

este mesmo objeto para poder ter validade seja lícito, possível e determinável.⁶⁷

Assim, é essencial que a intervenção médica no paciente seja lícita, para que o seu objeto seja válido.

Deste modo, a lei que regula a profissão de médico, lei 3.268/57, e o Código de Ética Médica dão o caráter de licitude à intervenção do médico e as práticas dos atos necessários ao bem estar do paciente.

O Código Penal Português, por sua vez, atribui liceidade ao ato médico, impondo alguns requisitos necessários para a sua legalidade, quais sejam: que o agente seja médico, que a finalidade seja terapêutica, com a intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal ou perturbação mental e que a intervenção seja realizada por indicação médica, com o respeito a *leges artis*.⁶⁸

Nessa linha de pensamento, de acordo com o Código Penal Português, são então ilícitas as intervenções médicas que não estejam em conformidade com a norma legal. Assim, a necessidade de que o objeto do negócio jurídico seja lícito, em face do tratamento médico, o qual deve estar de acordo com a ordem jurídica, determina que as intervenções que um médico realize com o objetivo de praticar o aborto em uma pessoa, bem como a prática da eutanásia, não poderão ser consideradas

⁶⁷ Mello, op. cit. p. 39.

⁶⁸ Artigo 150.º Código Penal Português- Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos

1 - As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.

2 - As pessoas indicadas no número anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal.

lícitas, por serem ações contrárias à lei, tornando o negócio jurídico nulo. No mesmo sentido, se a conduta do médico for contrária a *leges artis*, poderá ser considerada ilícita, inclusive possibilitando ao lesado a busca de uma reparação civil.

Desta forma, a conformidade com o direito determina que o exercício da profissão de médico e a intervenção realizada pelo médico sejam autorizadas pela lei e pela *leges artis*.

A possibilidade do objeto, também como requisito de validade da intervenção médica, diz respeito não só a possibilidade legal, mas em especial a sua possibilidade física, quando o objeto for materialmente suscetível de se realizar. Nestes casos, a análise da possibilidade material irá depender do estado atual da medicina e dos recursos existentes no momento da intervenção médica.

Neste sentido, não seria possível materialmente que o médico propusesse a um paciente do sexo masculino que o mesmo engravidasse, com a gestação de uma criança por 9(nove) meses. Atualmente, é impossível materialmente que um homem possa dar a luz a uma criança, sendo por isso nulo o contrato médico que tenha por objeto um tratamento específico para este fim. Da mesma forma, pode-se dizer em relação a um tratamento que propusesse um transplante de cérebro que pelo atual estado da medicina é impossível.

A impossibilidade pode ser absoluta ou relativa. Será absoluta quando a prestação médica for impossível de ser realizada por qualquer pessoa, como é o caso do transplante de cérebro. Mas será relativa, quando a prestação possa ser realizável por outra pessoa, como é o caso da gravidez que é permitida materialmente às mulheres e não é para os homens. Dependendo da forma que a impossibilidade relativa se apresenta, ela não será causa de nulidade do negócio jurídico.

Por fim, a determinação do objeto diz respeito à individualização e certeza quanto ao tipo de prestação a ser realizada, ou ao menos a possibilidade de determinação posterior da pres-

tação, em face de algum critério eleito pelas partes. Em caso de um tratamento médico de fecundação assistida, a determinação do objeto é a própria fecundação, através de suas várias etapas. Contudo, em alguns casos não é possível especificar o objeto do tratamento médico, em face da ausência de um diagnóstico exato, não sendo possível conhecer antecipadamente de forma individualizada o tipo de tratamento ou intervenção que será realizada, o qual poderá depender de diversos fatores que envolvem também as condições de saúde do paciente, sendo o tratamento determinado de uma forma geral, como a obrigação do médico de tratar o paciente e atuar para o bem de sua saúde, sem especificar de forma antecipada qual será o tratamento.

A determinação do objeto irá variar conforme a natureza do tratamento e a especialidade do médico. Sendo, por sua vez, a atividade médica uma atividade de meios, mesmo que o médico não tenha sucesso na intervenção desejada e não consiga êxito quanto à pretensão determinada pelo tratamento, a relação não será considerada nula.

Assim, para a validade do negócio jurídico envolvendo médico e paciente, o tratamento médico que será realizado deverá ser lícito, possível e determinado ou determinável.

3.3 – DA FORMA DE MANIFESTAR A VONTADE NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.

A vontade da pessoa, como elemento essencial do desenvolvimento de sua personalidade, é uma construção que se processa em três momentos. Um momento interior de recebimento dos impulsos externos; outro momento interior de ponderação e resolução de como irá proceder; e um terceiro momento em que leva para o exterior a sua vontade deliberada.⁶⁹

A manifestação dessa vontade deliberada pode ser reali-

⁶⁹ Pereira, op. cit. p. 481.

zada de variadas formas.⁷⁰

Como requisito de validade do negócio jurídico pode a lei exigir que a manifestação da vontade obedeça a certas regras para que possa produzir efeitos jurídicos. Assim, a forma, em um determinado momento pode tomar um sentido de expressão da manifestação da vontade, como modo de exteriorizar a vontade e em outro momento, pode ter o sentido de requisitos e regras que a lei impõe para que um determinado negócio jurídico tenha existência e eficácia.⁷¹

Em regra o direito brasileiro admite a liberdade das formas, mas para alguns atos jurídicos a lei impõe como requisito essencial para a sua existência que a manifestação da vontade seja declarada através de uma forma especial. Quando esta forma especial for exigida, o negócio somente terá existência e validade em caso de cumprimento da forma.

Em geral, na relação médico paciente não há uma exigência de forma, apesar da necessidade do médico realizar as devidas anotações nos prontuários e na ficha do paciente. Contudo, a manifestação da vontade, tem como regra geral a liberdade de forma.

Deste modo, não é exigido ao médico que solicite do paciente a sua manifestação de vontade escrita, salvo quando a própria lei o exigir como requisito de validade, contudo, até mesmo um gesto pode representar o consentimento do paciente para a realização do tratamento, quando no momento for o único meio existente para declarar a vontade.⁷²

⁷⁰ “A forma do negócio jurídico é o meio técnico, que o direito institui, para a exteriorização da vontade. É a projeção ambiental da elaboração volitiva, a expressão exterior do querer do agente. A primeira vista, parece que não cabe ao direito civil cogitar do exame da forma. Se se atentar, porém, em que não existe ato jurídico sem exteriorização, essa matéria assume o aspecto de correlação profunda com a essência do negócio jurídico.” Pereira, op. cit. p. 487.

⁷¹ Idem. P. 488.

⁷² “A validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei o exigir. É essa, naturalmente, também a regra na relação médico-paciente, onde deve predominar a oralidade.” Dias Pereira, op. cit. p. 456.

Em alguns casos, conforme a norma jurídica venha determinar, a forma é requisito obrigatório, e isto se verifica, por exemplo, nos casos de inseminação artificial. Nos casos de reprodução humana assistida o Conselho Federal de Medicina exige que o consentimento informado para ser válido deva ser realizado na forma escrita, através de formulário próprio, com a concordância por escrito das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.⁷³

A liberdade das formas, como regra geral, não impede que uma forma mais solene seja utilizada pelo médico para obter o consentimento informado do paciente, bem como para ajustar o objeto próprio da relação jurídica.⁷⁴

A forma é elemento importante para a relação jurídica, pois, além de ser o meio de exteriorizar a vontade é o modo de fazer prova da existência do negócio jurídico. Quanto mais ariscado o procedimento médico, mais deve o médico se preocupar em resguardar a validade do negócio jurídico solicitando do paciente ou dos seus representantes leais a sua manifestação de vontade na forma escrita.

4- A VALORAÇÃO DA VONTADE DO PACIENTE, UMA INTERPRETAÇÃO NECESSÁRIA.

⁷³ “3 - O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.” Inciso I, número 3, da Resolução do CFM nº 1.957/2010.

⁷⁴ “Dentro do princípio da liberdade de forma, admite-se que a vontade se manifeste por todos os meios, seja pela linguagem falada ou escrita, seja pela linguagem mímica, gestos, acenos, atitudes, seja ainda pela utilização de caracteres convencionais gráficos. Sempre que não for exigida forma especial, o negócio perfaz-se através de um meio qualquer, por que se apure a emissão volitiva. Um gesto é uma forma de manifestação de vontade.” Pereira, op. cit. p. 490.

A vontade é o núcleo essencial do negócio jurídico, pois, a partir da manifestação da vontade surgirão os efeitos jurídicos pretendidos pela pessoa. Assim, o conteúdo do negócio jurídico é constituído pela estipulação determinada pelas partes ou pela pessoa unilateralmente, de acordo com sua autonomia privada.⁷⁵

Segundo Caio Mario da Silva Pereira, há no negócio jurídico a convergência da atuação da vontade e do ordenamento jurídico, ou seja, a vontade é orientada no sentido de produzir efeitos jurídicos.⁷⁶

A compreensão da vontade do paciente é importante para a validade do tratamento médico. As várias circunstâncias que envolvem o tratamento médico podem influenciar na construção da vontade do paciente, tendo relevância e influência as informações que receba do médico e os seus valores existenciais para que o mesmo possa formar a sua convicção.

A vontade, por sua vez, como pressuposto do negócio jurídico deve ser exteriorizada, através de sua manifestação, de modo que o mundo exterior possa reconhecê-la. A vontade interior, não divulgada, a qual é denominada de reserva mental, não tem qualquer relevância para o direito, pois, é desconhecida pelas outras pessoas. Contudo, a partir de sua emissão, com a exteriorização da vontade, a mesma passará a produzir efeitos na ordem jurídica.

Deste modo, pode-se verificar que o negócio jurídico, enquanto manifestação de vontade envolve dois processos distintos na sua formação: um procedimento interno, quando a pessoa mentaliza e decide o que pretende fazer e um outro externo, em que suas aspirações são expressas e materializadas,

⁷⁵ “O conteúdo do negócio jurídico é a regulação que nele é posta em vigor, no âmbito da autonomia privada. Pedro Paes de Vasconcelos. Teoria Geral do Direito Civil. 3ª. Edição, Coimbra: Almedina, 2005, p. 417.

⁷⁶ Pereira, op. cit. p. 480.

concluindo formalmente o negócio jurídico.⁷⁷

Mas diante da existência de duas vontades, uma mentalizada e desenvolvida internamente, e outra materialmente exteriorizada, vamos encontrar na doutrina diversas controvérsias quanto à prevalência de uma ou outra vontade, a do momento interno da construção da vontade, ou a do momento em que a vontade é declarada.

Tal discursão tem relevância, principalmente, quando há conflitos entre essas duas vontades, em face da pessoa não manifestar para o exterior corretamente a sua vontade interior.

Assim, no sentido de determinar o sentido que a vontade deva tomar na ordem jurídica, destacam-se duas correntes: a posição subjetivista e a posição objetivista, as quais ocupam posições extremas quanto à relação entre a vontade e a declaração.⁷⁸

A teoria da vontade, posição subjetivista, é aquela que dá ênfase ao sentido subjetivo do negócio jurídico, priorizando a “*vontade real*”⁷⁹ do declarante. Assim, tanto para a validade do negócio jurídico quanto para o sentido que deva tomar a declaração na ordem jurídica, o que interessa é a vontade efetiva do declarante⁸⁰.

Por sua vez, a teoria da declaração, posição objetivista,

⁷⁷ Bierwargen, Mônica Yoshizato, Princípios e regras de interpretação dos contratos no Novo Código Civil, São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 81.

⁷⁸ “O tema é antigo. No Direito romano clássico, o formalismo existente terá levado à supremacia do *actus*: fundamental na interpretação seria a determinação do *acto* praticado; posto isso e em termos objectivos, prodecer-se-ia à explicitação dos seus efeitos. Apesar das inseguranças na reconstituição histórica, parece lógico admitir que as exigências formais dos contratos percam sentido quando, deles, se admita retirar um sentido não típico. Mais tarde, provavelmente por influência oriental, veio aumentar o papel do *animus* e, portanto, da vontade real do declarante. As compilações justinianeias teriam como que tentado um compromisso: daí resulta uma multiplicação de textos que focam aspectos diversos da interpretação.” Menezes Cordeiro, op. cit. pág. 749.

⁷⁹ Betti, Emilio, Teoria Geral do Negócio Jurídico, Trad. Fernando de Miranda, Coimbra: Coimbra, 1969, pág. 254.

⁸⁰ Andrade, op. cit., pág. 308

consagra não a vontade real do declarante, mas o sentido que esta vontade manifestada tomou na declaração negocial. Assim, a teoria objetivista procura dar prevalência à manifestação de vontade tal qual ela foi declarada ao seu destinatário.

Indagar qual dessas teorias deve prevalecer, ou seja, se a vontade interior deve prevalecer sobre a vontade declarada ou a vontade declarada deve prevalecer sobre a vontade interior, é uma pergunta que não pode ser respondida pelo direito, vez que qualquer uma das opções será juridicamente inadmissível.^{81 82}

Ora, a vontade interior somente adquire relevo quando ela for reconhecível como declaração ou comportamento, não podendo desta forma, ser excluída uma da outra.

Neste sentido, a vontade que apenas reside no estado mental de uma pessoa, a qual não foi exteriorizada pelo declarante, não pode ter eficácia jurídica a fim de determinar o sentido de sua vontade, pois, aquele propósito retido na mente, sem uma adequada exteriorização, não é objetivamente conhecível. A reserva mental como declaração de vontade contrária à intenção faz com que a declaração exteriorizada subsista desde que o destinatário não tenha conhecimento da vontade real do declarante, vez que a vontade interior não produz efeitos jurídicos, até que seja declarada.⁸³

Sendo assim, a maioria dos autores adota, de uma forma geral, a posição da teoria da impressão do destinatário, ou seja,

⁸¹ Betti, *op.cit.*, pág. 255.

⁸² “Tais doutrinas oscilam entre um subjetivismo extremo, pelo qual haveria que indagar a verdadeira intenção do declarante e um objectivismo radical, sensível ao sentido da própria declaração, tomada em si. Estes pólos exprimem dois valores ou dois princípios aparentemente contrapostos e de cuja combinação resulta o regime negocial: a autonomia privada e a tutela da confiança. A atribuição, ora à primeira, ora à segunda, de prevalência dogmática tem provocado o oscilar entre as duas doutrinas extremas.” Menezes Cordeiro, *op. cit.* pág. 752.

⁸³ Art. 110 C.C.: “A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.”

a teoria objetivista com a fixação do sentido da respectiva declaração negocial segundo a intenção ou a vontade do declarante, obtida do ponto de vista do destinatário, supondo que o mesmo se trata de uma pessoa razoável.

Este é o sentido consagrado pelo Código Civil Português, em seu artigo 236º. , onde a jurisprudência se baseia para uma interpretação objetiva, sem se apegar exclusivamente a literalidade do texto, mas levando em consideração as particularidades do caso em concreto.⁸⁴

Contudo, para a adoção da teoria objetivista, a partir da impressão do destinatário, além do sentido dado à declaração por uma pessoa comum, deve-se acrescentar as circunstâncias que envolveram o caso em concreto, como únicos elementos que podem determinar uma diretriz subjetivista.

Ou seja, a busca pela vontade interior deverá utilizar como elementos de interpretação as circunstâncias que determinaram a realização do negócio jurídico. Devem-se analisar objetivamente os atos praticados pelas partes, as tratativas preliminares, os usos e costumes do local, as exigências sociais, a existência de parte hiposuficiente, entre outras circunstâncias possíveis, para diante da vontade manifestada se obter uma interpretação mais próxima da vontade real.

Assim, não se conhecendo a vontade real do declarante, a declaração deverá valer com o sentido que o destinatário normal possa deduzir do comportamento do declarante, em meio às circunstâncias que envolveram a realização do negócio jurídico.⁸⁵

Conforme o artigo 112 do novo Código Civil brasileiro “*nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem*”.

O referido dispositivo não quer impor a prevalência da

⁸⁴ Menezes Cordeiro, op. cit. pág. 760.

⁸⁵ Ascensão, José de Oliveira, Direito Civil – Teoria Geral, Coimbra: Coimbra, 1999, pág. 164.

vontade que ficou retida na consciência íntima da pessoa, mas a intenção na medida em que se tornou reconhecível na declaração ou na conduta tomada pela pessoa, ou seja, a interpretação deverá se ater à intenção expressa na declaração de vontade, o comportamento e as circunstâncias que envolveram a manifestação da vontade. Desse modo, a interpretação deve atender ao comportamento recíproco adotado pelas partes, diante da situação do fato concreto, não acolhendo integralmente o sentido literal da linguagem, mas atendendo ao espírito da intenção formada, como já foi dito, na declaração ou na conduta tomada pelas partes.⁸⁶

O estudo da vontade a partir dessas duas perspectivas é bastante importante para a eficácia da declaração na relação médico-paciente. Uma vez que, a construção da vontade dentro da perspectiva psíquica, a qual impõe uma deliberação⁸⁷ de acordo com as informações que venha a receber do médico e as circunstâncias que envolvem o tratamento, dependerá para a sua validade e eficácia de que a manifestação exteriorizada esteja em consonância com o íntimo querer da pessoa, e que não se traduza, em face das circunstâncias, em uma falsa noção da realidade.

Assim, o paciente para manifestar a sua vontade recebe, desde logo, os estímulos provocados pelos sintomas do mal que lhe atinge, as aflições, as dores, os sofrimentos, os quais integram as circunstâncias em que a sua vontade é expressa.

⁸⁶ “Desse modo, revela-se insuficiente apenas a compreensão do que foi dito, escrito ou gesticulado, sendo imperiosa a reconstrução da vontade interna dos contratantes através da análise, além de outros elementos, de seus comportamentos anteriores ao momento do impasse. Nesse sentido, o critério da boa-fé mostra-se indispensável, porquanto fornece ao intérprete um instrumento para aferição das legítimas expectativas dos contratantes, dirigindo a interpretação conforme padrão de honestidade, transparência e lealdade.” Bierwagen, *op. cit.*, pág. 84.

⁸⁷ “No campo puramente psíquico distinguem-se três momentos: o da solicitação, o da deliberação e o da ação. Primeiramente os centros cerebrais recebem o estímulo do meio exterior; em seguida, mais ou menos rapidamente, ponderam nas conveniências e resolvem como proceder; e finalmente reage a vontade à solicitação.” Pereira, *op. cit.* p. 481.

Em seguida, ainda diante dos estímulos exteriores, o paciente recebe do médico as informações necessárias para compreender os sintomas e o mal que lhe atinge, bem como a forma ou formas de tratamento daquela doença, e o prognóstico de sucesso e cura.

Diante desses estímulos exteriores, do qual tem relevância as informações prestadas pelo médico, as circunstâncias do tratamento, as dores, o sofrimento, a cultura e os valores que a pessoa possua, o paciente fará sua deliberação, ponderando o que imagina ser melhor para si naquele momento, para ao final elaborar a sua vontade.

Elaborada a vontade, surge o terceiro momento, em que esta mesma vontade é manifestada para o exterior, sendo reconhecida pelo médico.

Ora, se o paciente tiver a exata noção da realidade dos fatos, estando devidamente informado, sendo capaz, e que as dores não tenham viciado a sua vontade, estando a sua vontade manifestada em sintonia com a vontade interior, não estaremos diante de nenhum problema de ordem jurídica quanto à validade e eficácia da manifestação de vontade.

Contudo, caso o paciente não tenha recebido as informações necessárias, e que as dores e o sofrimento tenham influenciado em sua capacidade para decidir, não lhe permitindo ter a exata noção da realidade, a manifestação de vontade exteriorizada por esta pessoa não será válida, nem eficaz.

Daí a importância do estudo do instituto do negócio jurídico e seus requisitos de validade.

Para a validade da manifestação da vontade, adotando-se a teoria objetivista a partir da impressão do destinatário, deve-se acrescentar ao sentido declarado pelo paciente, todas as circunstâncias que envolvem o seu tratamento, as dores, sofrimentos e emoções, como forma de auxiliar a correta compreensão de sua vontade, e como elemento essencial para a busca do seu desejo interior.

Deste modo, a busca pela vontade interior depende das circunstâncias que determinaram a manifestação da vontade do paciente para a realização do tratamento, onde passa a ter importância os seus valores e a sua cultura, o seu estado de hipossuficiente em relação ao médico, entre outras circunstâncias possíveis, para se tentar chegar a uma vontade mais próxima de sua realidade interna, e o respeito a esta vontade.

É evidente que a estrutura do negócio jurídico na relação médico-paciente difere da estrutura de uma relação obrigacional patrimonialista, haja vista que o objeto específico da obrigação envolve interesses da personalidade como o corpo, a saúde e a vida do paciente, valores estes que superam os bens patrimoniais, determinando uma função social específica para os contratos de saúde, com regras própria para a relação médico-paciente.

Assim, a valoração da vontade do paciente integra uma lógica de respeito ao desenvolvimento de sua autonomia pessoal, seu corpo, sua saúde, sua vida, valores estes fundados no princípio da dignidade da pessoa humana, que alteram a função do negócio jurídico médico em relação ao negócio jurídico patrimonial.

Desta forma, a busca pela vontade interior do paciente deve ser uma obstinação do médico, pois, as suas expectativas em relação ao seu bem estar, envolve, entre outros aspectos, os seus valores, sua cultura, os seus sentimentos, de modo que o respeito a vontade do paciente interessa a garantia do livre desenvolvimento da personalidade deste mesmo paciente.

5- DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA VONTADE COMO SUPORTE JURÍDICO CONSTITUCIONAL DA AUTONOMIA DO PACIENTE.

A vontade constitui o principal elemento do negócio jurídico, vez que os efeitos jurídicos que serão produzidos são

aqueles determinados pela intenção manifestada do agente. A lei vai atribuir, juridicamente, efeitos ao fato jurídico em consonância com a vontade da pessoa que a manifesta.⁸⁸

Por sua vez, a vontade para ser considerada juridicamente válida, deve ser autônoma e livre de influência que a contamine.⁸⁹

A vontade para poder obrigar uma pessoa, pelo seu conteúdo, deve traduzir o seu desejo e sentimento, pois, caso a declaração de vontade esteja divorciada de sua verdadeira atitude volitiva⁹⁰, não será negada a sua existência, mas poderá não produzir efeitos jurídicos.

A vontade, então, dentro do ordenamento jurídico, para que possa ter validade deve ser juridicamente autônoma. Autonomia como poder que tem a pessoa de estabelecer as suas próprias regras.⁹¹⁹²

A autonomia é um espaço de liberdade que é reconhecido à pessoa, para desenvolver a sua vida de acordo com os seus interesses e valores.⁹³ Como o Estado não pode prever formal-

⁸⁸ José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.22.

⁸⁹ “O pressuposto do negócio jurídico é a declaração da vontade do agente, em conformidade com a norma legal, e visando a uma produção de efeitos jurídicos. Elemento específico é, então, a emissão de vontade. Se faltar, ele não se constitui. Ao revés, se existe, origina o negócio jurídico. Mas o direito não cogita de uma declaração de vontade qualquer. Cuida de sua realidade, de sua consonância com o verdadeiro e íntimo querer do agente, e de sua submissão ao ordenamento jurídico.” Pereira, *op.cit.* p. 513.

⁹⁰ Pereira, *op. cit.* p. 513.

⁹¹ Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 65.

⁹² “Autonomia é o poder de dar-se um ordenamento. Neste sentido substancial, a autonomia provada significa que a ordem jurídica global admite que os particulares participem da construção da sua própria ordem jurídica, nos quadros embora da ordem jurídica global. Desde que a esfera jurídica de cada um não resulte de uma demarcação autoritária, antes se admita na sua modelação a intervenção dos próprios particulares dela titulares, há autonomia.” Ascensão, *op. cit.* p. 66

⁹³ “Em termos amplos, ela equivale ao espaço de liberdade reconhecido a cada um dentro da ordem jurídica: engloba tudo quanto as pessoas podem fazer, num prisma material ou num prisma jurídico.” Antônio Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito*

mente todas as situações jurídicas, que envolvem as relações humanas em seu cotidiano, bem como não pode fixar, caso a caso, as múltiplas consequência jurídicas, remete para a própria pessoa, a partir da autonomia da vontade, o poder de impor as suas próprias regras, ou seja, o poder de dar-se um ordenamento.⁹⁴⁹⁵

Assim, conforme Menezes Cordeiro, “*a autonomia privada deixa à liberdade humana a prática de factos jurídicos, portanto de ocorrências que, por integrarem previsões normativas, desencadeiam efeitos de Direito.*”⁹⁶. Ora, a vontade livre e autônoma da pessoa, dentro do sistema jurídico, produzirá os seus efeitos na forma e na medida determinada por esta mesma vontade, caracterizando o negócio jurídico.⁹⁷

O atuar do paciente em relação ao médico deve ser livre e autônomo para poder determinar o conteúdo e a extensão dos efeitos que pretende que produza o negócio jurídico relativo ao tratamento médico.

Neste sentido, o Código de Ética Médica brasileiro determina que é necessário obter o consentimento do paciente para a realização da intervenção médica, o que representa a necessidade de obter a declaração de vontade do paciente quanto ao tratamento que será submetido, levando em consideração a liberdade que tem a pessoa para desenvolver a sua personalidade.

5.1- LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE – DIREITO FUNDAMENTAL.

A autonomia da vontade como requisito de validade do

Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I, 3ª. Edição, Coimbra: Almedina, 2005, p. 391.

⁹⁴ Cordeiro, op. cit. 392.

⁹⁵ Ascensão, op. cit. 66.

⁹⁶ Cordeiro, op. cit. 392

⁹⁷ Idem.

negócio jurídico e princípio do direito comum, tem por base a própria noção da pessoa em desenvolvimento, visto que a pessoa não é um projeto acabado, conforme ensina o professor José de Oliveira Ascensão, a pessoa tende a se aperfeiçoar, o que consiste em uma atuação individual e autônoma que se realiza na valoração da liberdade.⁹⁸

Garantir a liberdade da pessoa significa permitir que esta mesma pessoa possa desenvolver a sua personalidade de modo que a sua atuação seja livre e autônoma.⁹⁹

A pessoa é um ser em construção que não se realiza de forma pré-determinada ou herdada, mas que na realidade se molda pela própria ideia de autonomia e liberdade.¹⁰⁰

Daí que o reconhecimento da autonomia da vontade do paciente é consequência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade como resultado da autonomia que tem a pessoa através da proteção das liberdades, que possibilita a sua atuação segundo os seus desígnios e a sua vontade.¹⁰¹

⁹⁸ Ascensão, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p.98

⁹⁹ “A garantia do espaço de actuação de cada um concentra-se essencialmente na ideia de liberdade: porque só em liberdade o homem pode desenvolver a sua personalidade. As várias liberdades asseguram o exercício de autonomia necessário ao desenvolvimento humano.” Ascensão, op. cit. p. 98.

¹⁰⁰ “A liberdade de desenvolvimento da pessoa humana compreende-se, pois, com base numa concepção “do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (plastes et factor). A forma de realização da personalidade humana não é algo pré-determinado, que se receba por atribuição, herança, situação num dado momento ou classe, ou por imposição ou dádiva a partir de um determinado padrão ou modelo. Trata-se, antes, de algo que auto-institui ou constrói, segundo o seu próprio projeto, determinado a partir da própria pessoa, como centro de decisão autônoma.” Pinto, Paulo Mota. *Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. In Portugal-Brasil ano 2000. Boletim da Faculdade de Direito, *Stvdia Ivridica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 150.

¹⁰¹ “Ou seja, a personalidade humana não reveste um carácter estático, mas dinâmico, protegendo-se por isso mesmo também o direito ao desenvolvimento da própria personalidade (com a sua inerente adaptabilidade ambiental e sócio-econômica) e sufragando-se a ideia de que tanto a essência como a existência do homem, enquanto determinantes da sua personalidade, merecem idêntica proteção legal.” Sousa, Rabinranath Capelo. *O Direito Geral da Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora,

A Constituição da República Portuguesa, ao tratar dos direitos, liberdades e garantias pessoais consagrou como direito fundamental, em seu artigo 26, o direito ao desenvolvimento da personalidade.¹⁰²

Contudo, segundo afirma o professor Paulo Mota Pinto¹⁰³ antes mesmo da sua consagração na Constituição Portuguesa, o direito ao desenvolvimento da personalidade já se encontrava protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, pois, dentro da classificação das faculdades que se originam desse principio está a ideia de liberdade, em seu sentido amplo.

Por sua vez, a Constituição Brasileira não possui em especial um artigo que tipicamente descreva o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, porém, isso não significa dizer que o cidadão brasileiro não possua o direito de livre e autonomamente desenvolver a sua vida.

Segue-se o mesmo raciocínio demonstrado pelo professor Paulo Mota Pinto de que o fundamento para a existência deste direito está no próprio conteúdo da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º. III, da Constituição Federal.

Além do mais, a própria noção de Constituição e de direitos fundamentais é a de garantir à pessoa dentro de uma organização social, a sua liberdade. E especificamente a liberdade de determinar os próprios caminhos e as pretensões para a sua vida de forma autônoma.

José Carlos Vieira de Andrade endossa essa afirmação ao declarar que *“é hoje entendimento comum que os direitos fundamentais são os pressupostos elementares de uma vida huma-*

1995, p. 117.

¹⁰² Artigo 26 da CRP: 1- A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.

¹⁰³ “A tutela do desenvolvimento da personalidade, agora autonomizado como objeto de um direito explicitamente consagrado no artigo 26º. Da Constituição, já encontrava, pois, guardada na Constituição, como resultado da dignidade da pessoa humana.” Pinto, op. cit. p. 153.

na livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade”¹⁰⁴

Da mesma forma, a Constituição Brasileira¹⁰⁵ ao consagrar que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei, também, trouxe em seu conteúdo a noção de livre desenvolvimento da personalidade, diante de uma tutela de liberdade geral de ação dentro dos limites gerais da ordem jurídica.

A noção de livre desenvolvimento da personalidade foi recepcionada pelo Código de Ética Médica brasileiro, ao determinar, em que artigo 22, a necessidade de obter do paciente o seu consentimento para que então possa o médico realizar o procedimento adequado ao tratamento médico.

Diante da doutrina de Paulo Mota Pinto, que destaca a noção do livre desenvolvimento da personalidade em duas dimensões: *a proteção geral da personalidade* (um direito geral de personalidade) e *o reconhecimento da liberdade geral de ação* (um direito geral de liberdade), os quais consistem em uma garantia de condições para o surgimento de uma individualidade livre e autônoma, pode-se dizer que a proteção da liberdade da vontade do paciente também se extrai dessas duas dimensões, principalmente, quando se protege o direito à vida, à saúde e a integridade física do paciente, na sua dimensão de direito da personalidade, e quando se extrai a expressão de sua vontade livre e autônoma, na dimensão de uma liberdade geral de ação.¹⁰⁶

¹⁰⁴ “Na realidade, ultrapassadas as perspectivas puramente individualistas associadas a concepções atomísticas da sociedade, é hoje entendimento comum que os direitos fundamentais são os pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade: o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos.” Andrade, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª. Edição, Coimbra: Almedina, 2012, p. 108.

¹⁰⁵ Art. 5º. II CF - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

¹⁰⁶ Pinto, op. cit. p. 164.

A proteção geral da personalidade, como aspecto do livre desenvolvimento da personalidade, envolve o reconhecimento de um espaço mínimo de existência onde a pessoa tenha garantido o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas¹⁰⁷.

A personalidade tutelada pelo artigo 26 da Constituição Portuguesa tem a dimensão de defesa dos aspectos existenciais da pessoa humana e o reconhecimento dos direitos da personalidade.

Para o desenvolvimento da personalidade da pessoa é necessário que diversos direitos estejam resguardados, tais como a vida, a integridade física, a saúde, a reserva da vida privada, a liberdade religiosa, entre outros que se fundam na garantia da dignidade humana e representam o mínimo necessário para que a pessoa tenha existência e possa viver com autonomia.¹⁰⁸¹⁰⁹ O Desenvolvimento da personalidade assume um conteúdo muito mais amplo do que o simples reconhecimento de uma atuação livre da pessoa, assume um conteúdo de direitos incidentes sobre aspectos da personalidade humana.¹¹⁰

¹⁰⁷ Pueche, José Enrique Bustos. *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*. Madrid: Dykinson, 1997. ; Beltrão, Silvio Romero, *Direitos da Personalidade*, São Paulo: Atlas, 2005, p. 24.

¹⁰⁸ “O que parece fora de dúvida – e o que no interessa neste momento – é, todavia, que o reconhecimento do direito geral de personalidade, fundado na garantia da dignidade humana, que serve como linha de interpretação para densificação da força protectora do direito fundamental contra medidas estatais, encontra agora uma fundamentação específica na Constituição, resultando mesmo da concretização do imperativo constitucional de tutela do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Este constituirá, pois, nesta dimensão, o fundamento (e o equivalente) constitucional da “cláusula geral” de tutela da personalidade, prevista no nosso direito privado no artigo 70º. , no. 1, do Código Civil, e da qual a doutrina, como salientámos, faz decorrer um “direito geral da personalidade”. Pinto, op. cit. p. 183.

¹⁰⁹ “Quando falamos na vida, na integridade física, na honra, na liberdade, queremos referir aspectos que se contêm na personalidade, mas que são mentalmente autonomizáveis.

Esses aspectos podem ser qualificados como bens. A honra, a identidade pessoal, satisfazem fins das pessoas. Social e cientificamente, são apontados como os bens mais preciosos de cada um.” Ascensão, op. cit., p. 82.

¹¹⁰ Pinto, op. cit. p. 171.

Como ensina o professor Paulo Mota Pinto a existência de um direito geral da personalidade teria como objeto a personalidade humana em todas as suas manifestações, representando a individualidade de cada pessoa e seu particular modo de ser, garantindo uma complexidade de direitos conferidos por uma tutela geral que se adequa a natureza humana que inclui bens típicos e atípicos, atuais e futuros, previsíveis e imprevisíveis.¹¹¹

Os direitos da personalidade são concebidos na legislação ordinária tanto no Código Civil brasileiro quanto no Código Civil português com a delimitação de sua estrutura, características e a análise residual de alguns direitos.

Assim, a defesa da autonomia da pessoa e de suas liberdades, através do princípio do livre desenvolvimento da personalidade, envolve a proteção do direito à vida, à integridade física e à saúde da pessoa, como um espaço de atuação próprio desta mesma pessoa que permite que determine a defesa dos seus legítimos interesses em relação a esses direitos.

Para além da dimensão da tutela da personalidade em face do conteúdo do livre desenvolvimento da personalidade, há também a dimensão que protege a liberdade geral de ação da pessoa, ou seja, uma liberdade de comportamento diante da dinâmica da vida, que lhe permite um campo de atuação próprio.¹¹²

O fundamento para o direito geral de liberdade na Constituição Brasileira é invocado pelo artigo 5º. II, que destaca que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*. Enquanto que na Constituição Portuguesa se impõe pela conjugação do artigo 26º. e 27º, que reúnem o direito à liberdade ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade.¹¹³

¹¹¹ Idem, p. 172.

¹¹² Pinto, op. cit. p. 198.

¹¹³ “A ligação com o direito à liberdade, protegido no artigo 27º., no. 1, da Constituição, parece, assim, impor-se. Nomeadamente, conjugando o direito ao livre de-

A liberdade consagrada como dimensão do livre desenvolvimento da personalidade, é uma liberdade limitada pela ordem pública, tal qual como disposto no direito alemão, “*dentro dos limites da ordem jurídica e dos bons costumes, de fazer tudo que não prejudique a outrem*”.¹¹⁴

A consagração dessa dimensão do desenvolvimento da personalidade visa garantir um espaço de individualidade da pessoa em que ela possa agir de forma autônoma e que possa se autodeterminar, assegurando a liberdade de construir o seu próprio projeto de vida.

Hubmann dentro da classificação dos direitos da personalidade apresenta como uma de suas categorias o direito à personalidade (*Personalität*) como qualidade do indivíduo humano em relação com os outros homens, com o mundo exterior, consigo mesmo e com os valores éticos e que nesse relacionamento afirma e defende a sua individualidade e autonomia.¹¹⁵

Segundo José de Oliveira Ascensão essa categoria seria a dos direitos ao desenvolvimento da personalidade, como a garantia de um espaço de atuação de cada pessoa, que se concentra essencialmente na ideia de liberdade.^{116 117}

envolvimento da personalidade e o direito à liberdade, tutelado naquela norma, conclui-se pelo reconhecimento, também na nossa lei fundamental, de uma liberdade geral de acção, integrante, no respectivo domínio de protecção, da actividade humana em geral (e que, não fora a relação de especialidade a que nos referiremos, incluiria, pois, não só a liberdade física, como a liberdade de expressão, a liberdade de criação, etc. e também a liberdade de actuação jurídica com tutela da autonomia privada.” Pinto, op. cit. p. 199.

¹¹⁴ Pinto. op.cit. p. 199.

¹¹⁵ Heinrich Hubmann, apud Souza, op. cit., p. 144.

¹¹⁶ “A personalidade, garantida embora na sua existência e na sua individualidade, não é evento acabado. O homem é um projecto, com fins próprios: tende ilimitadamente a aperfeiçoar-se. Esse aperfeiçoamento é por outro lado um direito de cada um, que deve ser assegurado. Os direitos de personalidade tomam agora carácter dinâmico”. Ascensão, op. cit., p. 98.

¹¹⁷ “Nessa categoria, compreende-se a liberdade que tem o paciente para decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas inerentes ao seu tratamento médico. A liberdade que tem a pessoa de tomar decisões quanto ao seu tratamento médico, bem como na escolha da intervenção terapêutica, é própria do

Como expressado anteriormente, a fundamentação do direito geral de liberdade constante na Constituição Brasileira permite dizer que inexistindo limites legais, a pessoa poderá fazer ou deixar de fazer o que quiser, e o Estado não pode vetar esta conduta.

A liberdade geral de ação seria um trunfo que a pessoa possui em face da existência de alguma lacuna na tutela da sua liberdade e em especial na ausência de uma liberdade tipicamente prevista.¹¹⁸ Assim, a tutela do livre desenvolvimento da

direito da personalidade à personalidade, como elemento da autonomia que todo ser humano possui para desenvolver livremente a sua personalidade.

Um dos valores fundamentais para a intervenção médica é a liberdade pessoal, que não pode ser interpretada restritivamente, pelo contrário, deve ter uma interpretação ampla, que implicaria na faculdade que toda pessoa possui de se auto determinar fisicamente. Assim, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade não defende interesses egoístas da pessoa: *“Isto vem a propósito da invocação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade como argumento para o mais radical egoísmo, postulando a remoção de todos os regimes jurídicos de proteção geral, desde os mais banais, como a obrigatoriedade de uso de capacete nos motociclos e do cinto de segurança no automóvel, até o direito ao suicídio, que vem sendo acusado de “paternalismo”, com exceção apenas dos que tenham por fim a tutela dos menores e deficientes mentais. Não deixa de ser virtuosa a chamada de atenção contra o excessivo proteccionismo estatal e legal que, sob a invocação da tutela de tudo e de nada, comprime inadmissivelmente a liberdade humana.”* (Vasconcelos, Pedro Pais, Direito de Personalidade. Coimbra: Almedina, 2006, p. 76.)

Daí que, apesar da proteção ao livre desenvolvimento da personalidade, o exercício de tais direitos não é absoluto, sofrendo limitações impostas pela própria lei e pelas circunstâncias que envolvem o caso em concreto.

O direito ao desenvolvimento da personalidade não permite assim, a disposição do próprio corpo, de modo que venha a ferir o direito à vida e a integridade física, de forma contrária aos princípios de ordem pública.” Beltrão, Silvio Romero, Direito da personalidade e o consentimento informado do paciente, in Direitos do Paciente, coord. Alvaro Villaça Azevedo, Wilson Ricardo Ligiera, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 225-246.

¹¹⁸ “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade pode assim ser visto como abrigando uma série de direitos de liberdade inominados (“innominatfreiheitsrechte”), cuja importância será obviamente tanto maior quanto menor for o catálogo de direitos especiais de liberdade previstos num texto constitucional. Assim, na medida em que as normas constitucionais prevejam liberdades especiais, referidas a cada aspecto da vida, torna-se desnecessário o recurso ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, enquanto cláusula geral de proteção da liberdade.” Pinto, op. cit. p. 207.

personalidade visa proteger as liberdades não previstas especificamente na norma constitucional ou ordinária.

Segundo o Professor Jorge Reis Novais, o reconhecimento do direito geral de ação como direito ao livre desenvolvimento da personalidade determinaria a necessidade de que a restrição à liberdade operada pelo Estado seja reconhecidamente constitucional, pois como categoria de direito subjetivo a intervenção do Estado teria que ter uma justificação qualificada.¹¹⁹

Jorge Reis Novais revela a importância da liberdade geral de ação, onde tudo que não seja tutelado pelos demais direitos de liberdades, pode ser tutelado pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade, sem lacunas, sob a proteção que se confere a este direito fundamental.¹²⁰

É justamente esta liberdade geral de ação que concebe a natureza de negócio jurídico ao consentimento informado do paciente, quando a ele faculta determinar através de sua vontade os efeitos que pretende que sejam produzidos na sua relação médico-paciente, como exercício da sua liberdade, do contrário, caso estivesse o paciente vinculado a uma determinação legal, da qual não poderia escapar, a sua vontade não produziria efeitos, pois, no caso os efeitos seriam aqueles determinados pela própria lei.

6- ARREMATES GERAIS DO CONSENTIMENTO INFORMADO.

Certamente, a diversidade de conhecimentos na socieda-

¹¹⁹ “Através dele, garantida que fica a proteção jusfundamental da liberdade geral de acção, o princípio de repartição de Schmitt encontra pela consagração constitucional: liberdade individual, em princípio ilimitada, tem proteção constitucional, pelo que a possibilidade, em princípio limitada, de o Estado nela interferir carece, sempre, de uma justificação qualificada.” Novais, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª. Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 591.

¹²⁰ Idem.

de determina a existência de relações jurídicas assimétricas, em que uns naturalmente sabem mais do que os outros. Fernando Araújo destaca que o fato das pessoas serem ignorantes sobre determinados assuntos é uma consequência natural da divisão do trabalho, que para a sociedade ser eficiente é necessário que se divida além do trabalho, também, a informação. Por isso que uns se especializam em determinado assunto e sabem mais do que os outros, e são procurados essencialmente por este conhecimento especial para a realização de negócios jurídicos.¹²¹

Assim, justifica-se o conhecimento especializado do médico e sua legitimidade para exercer o seu ofício, como um mecanismo social de divisão do trabalho.

Mas sendo o médico o especialista como surge o dever de informar em relação ao paciente?

Em primeiro lugar, o próprio paciente em face da sua ignorância quanto ao seu estado de saúde busca informações na sociedade em relação ao melhor médico para tratar de sua enfermidade. Ou seja, há um processo natural da pessoa de procurar recolher na sociedade informações quanto ao melhor hospital e quanto ao melhor médico, sempre que isso for possível. No caso, não é de se estranhar que o paciente busque informações estatísticas sobre a taxa de sucesso do próprio médico¹²² e depois, do próprio tratamento recomendado.¹²³ Quanto mais

¹²¹¹²¹ “Já referimos, a nossa ignorância relativa é uma das consequências inevitáveis da divisão do trabalho, que para ser eficiente tem que ter também divisão de informação. “ Araújo, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 281.

¹²² Daí, nos procedimentos de cirurgias plásticas com fins estéticos, a conduta do paciente ser tipicamente negocial e consumerista, procurando um melhor custo benefício, através de informações quanto ao sucesso e a perfeição do trabalho em outros pacientes. O mercado médico exclui naturalmente aqueles que têm registros de mortes e deformidades nos tratamentos de cirurgias plásticas, com uma grande taxa de insucesso.

¹²³ Infelizmente, em relação aos tratamentos de urgência e aos tratamentos em hospitais públicos as seleções dos médicos não ocorrem baseadas em dados estatísticos ou em informações previamente tomadas, mas sim em face de critérios aleatórios. Não tendo o paciente a informação prévia sobre o médico que irá trata-lo, submete-se

informações o paciente obtiver sobre o médico e o hospital melhor será otimizado o tratamento.¹²⁴

Contudo, essa primeira busca de informações não é suficiente para atender as necessidades naturais para fins de tratamento médico.

Surge então um segundo momento, em que diante do médico o paciente busca conhecer o que se passa com sua saúde e qual o tratamento necessário e indicado para aquele caso específico. Nesse momento, o paciente busca obter do médico a confiança necessária para que possa seguir as suas orientações. Para tanto, há uma necessária troca de informações.

Em face da insuficiência de informação do paciente e da assimetria informativa, a confiança que o paciente terá no médico depende do aumento de informação possível, de modo que se possa chegar a um tratamento mais eficiente.¹²⁵

Ora, o paciente busca do médico uma certa garantia de eficiência do tratamento, o que na prática será demonstrado por uma partilha de informações que determinem um equilíbrio e uma simetria informativa quanto a probabilidade de sucesso do tratamento, os riscos de insucesso, as alternativas de tratamento e as opções que possua o paciente mais conservador e aquele mais propenso a novas experiências.¹²⁶

Como a prestação do serviço médico é de meios e não de fins, o diferencial entre o melhor e o pior tratamento é determinado pela garantia que o médico pode conceber de sucesso, sendo este fator determinante na opção do paciente, o qual deve ser assegurado a partir da devida informação.

A taxa de sucesso de um médico é a sua maior premiação, pois, sendo a informação de eficiência partilhada, a consequência é a busca do paciente por aquele que tenha a melhor

pelo sistema ao médico que for indicado, o que resulta em menor custo para o Estado, vez que a escolha não se baseia na eficiência.

¹²⁴

¹²⁵ Araujo, Fernando, op. cit. p. 290.

¹²⁶ Idem, p. 293.

qualidade.

Contudo, como o tratamento médico depende de cada pessoa individualmente, de suas condições de saúde, do tipo de doença, entre outros fatores de risco, o médico nunca poderá dar uma garantia absoluta de sucesso ou de vida, por isso que a ordem jurídica determina ao médico o dever de informar ao paciente as suas condições de saúde e os tratamentos recomendados, revelando para além da taxa de sucesso como uma garantia do melhor tratamento, a taxa de insucesso em face da própria natureza humana finita.

O médico sempre será o detentor das informações, porém, como a intervenção será realizada no corpo do paciente e não há garantias de vida de forma absoluta, a ordem jurídica impõe ao médico o dever de informar ao paciente, permitindo um equilíbrio negocial quanto à responsabilidade e partilha pelos riscos do insucesso.

Assim, tratando a relação médico paciente como um negócio jurídico, a solução para a assimetria informacional está nas normas sociais que determinam um dever de transparência do médico em relação ao paciente, o qual ocorre com a obrigação de prestar todas as informações necessárias para o tratamento de saúde, antes de obter a adesão do paciente.

O remédio para a assimetria de informações entre o médico e o paciente é a diminuição das margens de desequilíbrio através da própria informação, a qual deve ser dada por aquele que a detém, ou seja, pelo médico, não como um mero dever profissional, mas como forma de permitir ao paciente o acesso as informações a ao conhecimento sobre a sua própria saúde, possibilitando que o mesmo manifeste a sua vontade no negócio jurídico prestação de serviços médicos, conhecendo e assumido de forma partilhada as responsabilidades pelo melhor tratamento, haja vista que não há garantias absolutas de sucesso.¹²⁷

¹²⁷ O dever de informar tornar-se uma garantia para o médico diante do paciente em

Em segundo lugar, o dever de informar na relação médico-paciente decorre da necessidade de proteger a liberdade do paciente de decidir sobre o seu corpo, sobre a sua saúde e sobre a sua integridade física.¹²⁸

Ora, o objeto do negócio jurídico prestação de serviços médicos é o corpo da pessoa e sua integridade física. A intervenção do médico se dá sobre o corpo do paciente daí a necessidade que este mesmo autorize está invasão.

No Direito Português quem trata diretamente da matéria do consentimento informado é o Código Penal, o qual estabelece dois requisitos para que a intervenção médica não seja considerada lesão corporal: a) que a intervenção seja realizada por um médico, segundo a *leges artis*; b) que a intervenção seja terapêutica para prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental.¹²⁹

Contudo, não é possível deixar de entender que a intervenção médica é uma lesão a integridade física, todavia, conforme o dispositivo do direito português deixa de ser um ato típico de crime por lesão corporal se tiver a finalidade terapêutica e for realizada por um médico, segundo a *leges artis*.

Neste sentido, coloca-se a jurisprudência alemã que independente da intenção terapêutica compreende a intervenção

face da possibilidade de insucesso no tratamento.

¹²⁸ “Actualmente, Laufs e Uhlenbruck consideram que o consentimento informado visa ‘proteger a liberdade do paciente se decidir sobre a sua integridade física’. Deste modo, a intervenção médica, tecnicamente correcta, mas arbitrária (por violação do dever de esclarecimento) lesa a autonomia e a integridade física do paciente. O médico responde pelas complicações da intervenção, bem como pelas consequências patrimoniais. Se a intervenção arbitrária não tiver consequências negativas, então apenas haverá lugar a uma indenização por dano morais, caso se verifiquem os fundamentos para isso. Dias Pereira, op. cit. p. 115.

¹²⁹ Artigo 150º Código Penal Português: “as intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.

médica no corpo do paciente como uma lesão a sua integridade física.¹³⁰

Aqui o que está em discussão é a tutela da integridade física do paciente como fundamento para o consentimento informado, com o objetivo de autorizar a intervenção médica, não se discute a finalidade terapêutica, pois, mesmo tendo por fim o tratamento de saúde do paciente haverá uma lesão ao corpo.¹³¹

A finalidade terapêutica não exclui a figura da lesão à integridade física, pelo contrário, justifica-a.

Mas além da tutela da integridade física, o direito visa proteger também a liberdade e autonomia do paciente para decidir sobre o seu próprio corpo, a sua saúde, a sua vida, ou seja, o consentimento informado busca a partir da pessoa do paciente o seu poder de autorregular, com o objetivo de autorizar a intervenção do médico sobre a sua pessoa, de acordo com a liberdade que tem este mesmo paciente para determinar o melhor tratamento, segundo os seus valores, com o objetivo de prover o seu bem estar físico e mental.

Nesse sentido, o Código Penal Português determina no art. 156º, que mesmo tendo à finalidade terapêutica as intervenções ou tratamentos médicos carecem de consentimento informado do paciente.¹³² Isto porque, o que se quer proteger além da integridade física do paciente é a sua liberdade.¹³³

¹³⁰ “A Jurisprudência alemã considera que qualquer intervenção médica, independentemente da sua indicação terapêutica e da sua conformidade com a *leges artis*, como uma ofensa à integridade física. E isto independente do resultado feliz ou infeliz da intervenção”. Dias Pereira, op. cit. p. 113.

¹³¹ “Todavia, recentemente, o OGH passou a sustentar que todas as intervenções que impliquem uma violação da integridade física configuram o *Tatbestand* de ofensas corporais (1325 ABGB), que pode ser justificado através do consentimento.” Dias Pereira, op. cit. p. 118.

¹³² Art. 156, Código Penal Português: “As pessoas indicadas no artigo 150º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.”

¹³³ “El delito de agresión se fue configurando progresivamente, siendo entendido

Entendo que a partir do momento em que a norma jurídica determina que o médico deva obter do paciente o seu consentimento informado para poder realizar o tratamento médico recomendado, este consentimento passa a fazer parte da *leges artis*, como um procedimento médico obrigatório. Assim estabeleceu o Supremo Tribunal Espanhol que assinala em sua decisão de 25 de abril de 1994 que a informação faz parte da *leges artis*.¹³⁴

Isto porque a autonomia da pessoa deve ser considerada um dos bens mais valiosos do paciente, que impõe ao médico o dever de respeitar a sua vontade, diante do exercício do seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que somente pode ser restringida em situações de incapacidade do paciente para manifestar a sua vontade.

O respeito à vontade individual de cada pessoa, segundo Sergio Gallego Riestra expressa o direito de “ser” e “pensar” de forma distinta da maioria, reconhecendo que os sujeitos tem soberania sobre suas próprias decisões, gozando do direito de controlar a sua própria vida e seus bens, ou seja, assumindo a

como la consecuencia de la actuación intencionada sobre el cuerpo de una persona sin su permiso previo, pero no es hasta esta época cuando los tribunales empiezan a considerar que toda intervención médica puede ser constitutiva de delito si no ha sido consentida expresamente por el enfermo.” Riestra, Sergio Gallego, *El Derecho del Paciente a la Autonomía Personal y las Instrucciones Previas: Una Nueva Realidad Legal*. Pamplona: Aranzadi Editora, 2009, p.71.

¹³⁴ “Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994 (Sala de lo Civil) como ejemplo más representativo de la jurisprudencia española. En ella se señala por primera vez que la información forma parte de la ‘*lex artis*’. La Sentencia reitera el criterio doctrinal y jurisprudencial de la obligación de medio y no de resultados como base de la prestación asistencial y a continuación, aborda el contenido de esa obligación de medios concretándolo en los siguientes deberes imputables al médico. a); b) Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo puedan derivarse, especialmente si es quirúrgico, y si los medios disponibles fuesen insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia para permitir la opción del paciente por otro centro más adecuado” Riestra, op. Cit. P. 75.

sua autonomia como parte do pressuposto de sua liberdade.¹³⁵

Por muito tempo a história da medicina entendeu que o bem superior e indisponível era a vida e a integridade física da pessoa, não dando nenhuma importância à figura do consentimento, exceto em raras exceções,¹³⁶ vez que o que prevalecia era a concepção paternalista baseada no juramento de Hipócrates.^{137 138}

A teoria paternalista, desde a sua fonte histórica, compreendia que em face do paciente estar enfermo, o mesmo seria incapaz de manifestar a sua vontade, pois, estaria perturbado em sua sanidade mental, não tendo condições de decidir sobre o seu destino.¹³⁹ Assim, o paternalismo é conceituado como uma forma de impor as crenças do médico ao paciente, ignorando a vontade consciente do paciente, não dando valor a autonomia do paciente, praticando o ato médico sem o consentimento do paciente, ou até mesmo contra a sua vontade, mas com a intenção de prover o próprio benefício do paciente.

Tal expressão paternalista tem origem da relação entre pais e filhos, diante da autoridade paterna que permite que se tomem decisões em nome dos filhos e em benefício dos filhos,

¹³⁵ Riestra, op. cit. p. 82.

¹³⁶ Riestra, op. cit. p. 88.

¹³⁷ “Note-se que, nos textos atribuídos a Hipócrates, recomendava-se que o médico escondesse tudo o que pudesse do doente, desviando mesmo a atenção dele daquilo que lhe estava a fazer e omitindo o prognóstico que lhe reservava ... Mas há quem afirme que o exercício da medicina nunca foi tão autoritário como estas passagens fazem crer senão, porventura, durante a Idade Média, quando a prática clínica esteve confiada aos monges, habituados a relações organizadas de uma forma hierárquica severa, e ao dogma.” Oliveira, Guilherme. *Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*, Temas de Direito da Medicina. Coimbra: Editora Coimbra, 2005, p. 60.

¹³⁸ “Haz todo esto con calma y orden, ocultando al enfermo, durante tu actuación, la mayoría de las cosas. Dale las órdenes oportunas con amabilidad y dulzura, y distrae su atención; repréndele a veces estricta y severamente, pero otras, anímale con solicitud y habilidad, sin mostrarle nada de lo que va a pasar ni de su estado actual; pues muchos acuden a otros médicos por causa de esa declaración, antes mencionada, del pronóstico sobre su presente y futuro”. Riestra, op. cit. p.54.

¹³⁹ Riestra, op. cit. p. 11.

anulando os seus desejos e decisões, derivando para o tratamento médico em que a vontade do paciente é superada pela vontade do médico.¹⁴⁰

Contudo, em defesa da liberdade do paciente, o consentimento informado se baseia no princípio da autonomia, em que se devem respeitar as eleições e opiniões das pessoas quanto ao seu tratamento de saúde, sendo este o valor superior, diante dos quais devem os outros valores aderir e serem convocados somente nos casos em que a pessoa não tenha condições de manifestar a sua vontade de forma verdadeiramente autônoma.¹⁴¹

A autonomia determina que se deva respeitar a capacidade das pessoas de se autorregular, bem como de serem respeitadas em suas escolhas, mesmo que suas determinações entrem em conflito com as advertências de seus médicos, contrapondo-se a concepção paternalista¹⁴².

O princípio da autonomia supõe, assim, a necessidade de se respeitar a liberdade e autodeterminação do paciente, e é considerada a própria fonte dos direitos do paciente, como uma forma de limitar os poderes dos médicos e de proteger o paciente contra os tratamentos não autorizados¹⁴³.

6.1- CONSENTIMENTO INFORMADO – DEFINIÇÃO.

¹⁴⁰ Podendo-se então defini-la, segundo Sergio Riestra, como a limitação intencionada da autonomia de uma pessoa por parte de outra, quando a pessoa que limita a autonomia apela exclusivamente para motivos de beneficência em favor da pessoa que tem a sua autonomia limitada. Riestra, op. cit. p. 57.

¹⁴¹ “No estamos de acuerdo con que los principios éticos sean principios ‘prima facie’, sino que han de ser jerarquizados por sí mismos y no como consecuencia de que entren en colisión. Ha de haber un principio preferente y tan sólo en determinados supuestos serán de aplicación el resto. Dentro de nuestra propuesta de jerarquización el lugar preeminente lo ocupa el principio de autonomía, siendo realmente el único principio ‘prima facie’ y tan sólo excepcionalmente entrarán en juego los demás teniendo entonces que hacerse la correspondiente ponderación atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso”. Riestra, op. cit. p. 12.

¹⁴² Vaughn, op. cit. p.180.

¹⁴³ Riestra, op. cit. p.66.

O Código de Ética Médica ao estabelecer a necessidade de se obter o consentimento informado do paciente determina que o mesmo tem o direito de decidir livremente quanto ao seu tratamento, depois de devidamente esclarecido entre as diversas opções clínicas que pode se submeter, inclusive podendo optar pela recusa ao próprio tratamento, garantindo o respeito ao livre desenvolvimento da personalidade do paciente.¹⁴⁴¹⁴⁵

O consentimento informado deve ser obtido em todo o tipo de intervenção médica, sempre de forma proporcional a capacidade de compreensão do paciente,¹⁴⁶ por isso a impor-

¹⁴⁴ Riestra, Sergio Gallego. El Derecho del Paciente a la Autonomia Personal y las Instruções Previas: uma Nueva Realidad Legal. Navarra: Aranzadi, 2009, p. 112.

¹⁴⁵ Segundo o Relatório da Entidade Reguladora de Saúde de Portugal sobre consentimento informado, publicado em maio de 2009, o consentimento teria os seguintes pressupostos:

1. O consentimento informado para tratamentos médicos, participação de doentes em ensaios clínicos e projectos de investigação e participação de doentes em acções de formação pré-graduada e pós-graduada é um requisito ético e jurídico fundamental.
2. O consentimento informado é uma manifestação de respeito pelo doente enquanto ser humano. Reflecte, em particular, o direito moral do doente à integridade corporal e à participação nas decisões conducentes à manutenção da sua saúde.
3. O consentimento informado assegura não só a protecção do doente contra a sujeição a tratamentos não desejados, como uma participação activa na definição dos cuidados de saúde a que é sujeito.
4. Para um consentimento informado de qualidade, a comunicação eficaz é fundamental e as instituições devem instaurar mecanismos que a assegurem, não só entre o médico e o doente como também entre os diversos profissionais.
5. O consentimento informado deve ser encarado como um processo contínuo e participado, e não como uma mera assinatura de formulários.
6. O consentimento informado não pode, em circunstância alguma, conflitar com os princípios éticos que regulam a prática médica, e não constitui justificação para que os clínicos deles abdicuem.
7. As situações em que o consentimento não é possível devem estar tipificadas e devem ser assumidas pelas instituições como situações de excepção, devidamente justificadas.
8. Os princípios éticos do consentimento informado não podem, em qualquer circunstância, sobrepor-se às leis gerais do País.

¹⁴⁶ A Declaração Universal sobre Biodireito e Direitos Humanos, de outubro de 2005, em seu artigo 6º. Declarou a necessidade de consentimento informado, para intervenções no âmbito da saúde: " 1. Qualquer intervenção médica de carácter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento

tância da informação a ser prestada pelo médico, de modo que o paciente possa compreender e medir a dimensão do tratamento, a sua necessidade e utilidade, para que ao final tenha condições de manifestar a sua vontade.¹⁴⁷

O consentimento informado é assim a expressão da autonomia da vontade do paciente, seguro de seus propósitos, diante dos esclarecimentos apresentados pelo médico.

O consentimento informado envolve dois momentos especiais:

a) o primeiro momento em que a informação é concedida com clareza suficiente para que possibilite a correta compreensão.

b) e o segundo momento onde em razão da reflexão do conhecimento adquirido há a manifestação livre da vontade.

A razão do consentimento informado será assim, a de compensar o desnível de informação existente entre o médico e o paciente, desempenhando relevo fundamental à existência de uma especial necessidade de proteção do paciente, resultante do mesmo não ser capaz de divisar seus próprios interesses, impossibilitado de discutir os termos gerais do tratamento médico, sem uma correta informação.¹⁴⁸

prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada. Quando apropriado, o consentimento deve ser expresso e a pessoa em causa pode retirá-lo a qualquer momento e por qualquer razão, sem que daí resulte para ela qualquer desvantagem ou prejuízo.”

¹⁴⁷ “Alejándose del término ‘información completa’, se referia a ella como información adecuada sobre la finalidad y naturaleza de la intervención y en su Informe Explicativo se indica que debe ser suficientemente clara y formulada de una manera adecuada a la persona que va a someterse a la intervención, de forma que el paciente este en condiciones, gracias al empleo de términos que pueda entender, de sopesar la necesidad o utilidad del fin y los métodos de la intervención frente a los riesgos, cargas o dolor que ésta supone.” Riestra, op. cit. p. 112.

¹⁴⁸ “A compreensão (enquanto componente ético do consentimento informado) inclui a informação e o conhecimento quer da situação clínica, quer das diferentes possibilidades terapêuticas. Implica, por via de regra, o fornecimento de informação adequada sobre o diagnóstico, prognóstico e terapêuticas possíveis com os riscos inerentes, incluindo os efeitos da não realização de qualquer terapêutica. A informação que sustenta a compreensão deve ser fornecida numa linguagem compreensível

Ora, tratando-se de uma intervenção médica, a necessidade de um consentimento livre e inequívoco, decorre do princípio da inviolabilidade do corpo e do princípio da autonomia da vontade, como a liberdade que o ser humano tem para conduzir a sua vida privada.

Segundo as lições de Marco Segre e Claudio Cohen, a compreensão de autonomia na relação médico-paciente, entende que ambos devem ser competentes e, portanto, livres para poderem avaliar as opções possíveis, permitindo uma escolha consciente e consequente.¹⁴⁹

Assim, o respeito à autonomia da vontade pode ser interpretado dentro de uma larga extensão, não podendo ser aplicado às pessoas que não estejam em condições de agir de maneira suficientemente autônoma. As pessoas incapazes, ignorantes, débeis, crianças, dependentes de drogas, não estão em condições de manifestar de forma livre e refletida a sua vontade.

Inicialmente, antes que o paciente tenha condições de decidir se um tratamento médico lhe é aceitável, segundo seu próprio plano de vida, ou projeto familiar, deve o mesmo ser informado das possibilidades médicas de intervenção, suas recomendações, além da visão do próprio médico e como as recomendações afetam os valores do seu paciente.¹⁵⁰

pelo doente, qualquer que seja o seu nível cultural, incluindo por aqueles que tenham limitações linguísticas ou de natureza cognitiva. A compreensão, tal como definida atrás, é um quesito fundamental para assegurar que existe liberdade no consentimento.” <http://www.ers.pt/actividades/pareceres-e-recomendacoes/Estudo-CI.pdf>

¹⁴⁹ “Para que uma ação possa considerar-se autônoma, poderíamos exigir uma substancial satisfação dessas condições, um completo ou quase completo entendimento da situação e/ou uma completa ausência de influência. Levando estas questões a um último grau, e colocando-as num mundo prático, observaremos o quão serão as ações pessoais autônomas, até mesmo nunca o sendo. O objeto realista é, apenas, que uma decisão consequente seja substancialmente autônoma.” Segre, Marco; Cohen, Claudio. *Bioética*, Editora da Universidade de São Paulo: São Paulo, 1995, p. 88.

¹⁵⁰ “Consentimento esclarecido (ou informado) é uma expressão do ato autônomo.

Assim, o consentimento informado além de um requisito ético fundamental, o qual deve o médico respeitar, é um direito do paciente, em face do seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em defesa de seus interesses próprios na proteção da vida e da integridade física.

6.2- CONSENTIMENTO INFORMADO – NECESSIDADE DO SEU ESTUDO.

Dentro do estudo do consentimento informado, pode-se dizer que ele já nasceu em crise. Ou até mesmo, dentro de outra forma de pensar, apesar dos fundamentos éticos do consentimento informado serem antigos, o seu conceito ainda é bastante jovem e impreciso.¹⁵¹

O ideal ético do consentimento informado, segundo Lewis Vaughn, tem tido bastante dificuldade para ser definido com precisão e aplicado aos casos concretos da vida real, bem como para incorporar e dar efetividade as leis e as políticas públicas, existindo ainda muitas dúvidas entre os profissionais da saúde e dos pacientes quanto a sua verdadeira importância e influência¹⁵².

A concepção paternalista do médico em relação ao paciente e o seu adequado tratamento faz com que a vontade do médico prevaleça, por se sentir superior e especial. Superior em razão de deter o conhecimento científico sobre o tratamento

Este ato é caracterizado como “uma decisão, e um ato, sem restrições internas ou externas, com tanta informação quanto o caso exige, e de acordo com a avaliação feita por uma pessoa no momento de tomar a decisão”. Marco Segre, Situação ético-jurídica da Testemunha de Jeová e do médico e /ou instituição hospitalar que lhe presta atenções de saúde, face à recusa do paciente-religioso na aceitação de transfusões de sangue(parecer), citado por Zelita da Silva Souza e Maria Isabel Dias Miorim de Moraes, no Simpósio de Bioética, in <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v6/eticmedica.htm>

¹⁵¹ Vaughn, Lewis, *Bioethics. Principles, Issues, and Cases*. New York: Oxford. 2013, p. 181

¹⁵² Idem. p. 180.

médico e especial por estar muitas vezes diante de uma complexidade técnica, que regula o próprio tratamento médico, o qual diminui os espaços para a livre manifestação da vontade.

Segundo David Rodrigues-Arias, os hábitos se revelam mais difíceis de serem mudados do que as próprias leis, pelo menos isto pode ser dito em relação ao consentimento informado, onde atualmente somente uma minoria dos pacientes exerce o seu direito de decidir quanto aos limites do tratamento.¹⁵³

Muitos médicos seguem um procedimento padrão para determinados tratamentos, como forma de se precaverem de futuras ações de responsabilidade civil, de acordo com diretrizes que se tornam verdadeiros regulamentos, limitando tanto a atuação do médico, quanto a liberdade do paciente.¹⁵⁴

Por outro lado, o próprio paciente não tem a correta percepção do melhor tratamento ao qual deve ser submetido, mesmo depois de devidamente informado, por lhe faltar a devida compreensão dos fatos. Somam-se a isto, aqueles relacionados às pessoas maiores, mas, sem capacidade de consentir, e aqueles relacionados às pessoas incapazes, em que o consentimento deve ser obtido através do seu representante legal. Sem falar nas hipóteses de conflito entre a vontade do paciente e o entendimento do médico.

Contudo, muitas vezes é difícil determinar os elementos que constituem uma ação autônoma do paciente, principalmente quando o mesmo está em uma situação de dor e sofrimento.

Alguns doutrinadores elegem como requisito da autonomia a ausência de um controle interno, entendendo-se como a ausência de uma coação interna que possa controlar a vontade do paciente, fazendo com que o mesmo tome uma decisão diferente de seus próprios valores. Elegem como coação interna a

¹⁵³ Rodriguez-Arias, David. *Una Muerte Razonable*. Bilbao: Desclée de Brouwe. 2005. p. 38

¹⁵⁴ Dias Pereira, op. cit. p. 76.

dor, o sofrimento, o medo, a depressão e as enfermidades mentais. Por outro lado, Sergio Riestra entende que a ausência coação interna deve ser entendida como elemento do conhecimento, compreensão e intencionalidade, esclarecendo que muitas vezes a pessoa coagida por alguma força interna pratica uma ação involuntária, sem qualquer intenção, a qual compreende e tem conhecimento, mas que não tem controle. É o caso das pessoas que possuem TOC.^{155 156}

A verdade é que a autonomia do paciente pode ser influenciada por problemas relacionados à dor, ao sofrimento, a depressão, entre outros, não sendo isto um caso simples de se revolver, pois, a pessoa pode inclusive decidi de forma contrária a sua vontade e seus valores.¹⁵⁷

Por sua vez, o agir segundo o princípio da beneficência corresponde à atuação do médico, quando o paciente não pode decidir por si mesmo. Neste caso, o agir do médico deve ser para beneficiar o paciente, para lhe prover o seu bem estar, quando o mesmo não possa exercer a sua autonomia.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Riestra, op. cit. p. 69.

¹⁵⁶ O transtorno obsessivo-compulsivo (TOC) ou distúrbio obsessivo-compulsivo (DOC) é um transtorno de ansiedade caracterizado por pensamentos obsessivos e compulsivos no qual o indivíduo tem comportamentos considerados estranhos para a sociedade ou para a própria pessoa; normalmente trata-se de ideias exageradas e irracionais de saúde, higiene, organização, simetria, perfeição ou manias e "rituais" que são incontroláveis ou dificilmente controláveis. https://pt.wikipedia.org/wiki/Transtorno_obsessivo-compulsivo.

¹⁵⁷ A 64-year-old woman with MS is hospitalized. The team feels she may need to be placed on a feeding tube soon to assure adequate nourishment. They ask the patient about this in the morning and she agrees. However, in the evening (before the tube has been placed), the patient becomes disoriented and seems confused about her decision to have the feeding tube placed. She tells the team she doesn't want it in. They revisit the question in the morning, when the patient is again lucid. Unable to recall her state of mind from the previous evening, the patient again agrees to the procedure.

Is this patient competent to decide? Which preference should be honored? <http://depts.washington.edu/bioethx/topics/consntc1.html>.

¹⁵⁸ O lado negativo da beneficência é o paternalismo, quando o médico descarta os desejos e opções do paciente, estando o mesmo no gozo de sua capacidade para decidir, agindo o médico como uma pai em relação ao filho, sempre querendo o seu

Diversas controvérsias surgem quando da aplicação desses princípios no dia a dia, em relação aos casos em concreto. O que renova a expressão que o consentimento informado já nasceu em crise, onde até mesmo o reconhecimento da autode-terminação não garante ao paciente o melhor tratamento, quando a questão econômica interfere diretamente no acesso aos meios sanitários necessários ao paciente, em face do próprio sistema público de saúde, ou até mesmo pela limitação a certas técnicas e processos de diagnóstico.¹⁵⁹

Enfim, apesar da teoria determinar os elementos necessários para a obtenção do consentimento informado, e o regulamento médico determinarem a obrigatoriedade da obtenção do consentimento informado, a vida real em seus casos concretos está demonstrando a existência de diversas controvérsias envolvendo a autonomia do paciente e o dever de beneficência do médico.

E aí, a ideia de consentimento informado é bem maior do que simplesmente permitir um tratamento, e muito mais do que a autorização do paciente dada ao médico, conforme o desejo e expectativa do médico. O consentimento informado é um procedimento, onde a pessoa não diz simplesmente “sim”, mas de forma autônoma e esclarecida decide e assume a responsabilidade por sua decisão. Inclusive, o preenchimento de um formulário padrão não representa em regra, um consentimento livre, aprofundado e esclarecido¹⁶⁰.



7- BIBLIOGRAFIA

bem, sem considerar o querer do filho.

¹⁵⁹ Dias Pereira, op. cit. p. 76.

¹⁶⁰ Vaughn, op. cit. p. 184.

- Andrade, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 5ª. Edição, Coimbra: Almedina, 2012.
- Andrade, Manuel A. Domingues. Teoria Geral da Relação Jurídica. Vol.II, Facto Jurídico em especial Negócio Jurídico, Coimbra: Livraria Almedina, 1974.
- Araujo, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007.
- Ascensão, José de Oliveira, Direito Civil – Teoria Geral, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- Ascensão, José de Oliveira. Direito Civil – Teoria Geral, Acções e Fatos Jurídicos, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- Beltrão, Silvio Romero, Direito da personalidade e o consentimento informado do paciente, in Direitos do Paciente, coord. Alvaro Villaça Azevedo, Wilson Ricardo Ligiera, São Paulo: Saraiva, 2012.
- Beltrão, Silvio Romero, Direitos da Personalidade, São Paulo: Atlas, 2005.
- Betti, Emilio, Teoria Geral do Negócio Jurídico, Trad. Fernando de Miranda, Coimbra: Coimbra, 1969.
- Bierwargen, Mônica Yoshizato, Princípios e regras de interpretação dos contratos no Novo Código Civil, São Paulo: Saraiva, 2002.
- Brazier, Margaret; Cave, Emma, Medicine, Patients and the Law. London: Penguin Books, 2011.
- Dantas, Eduardo. Direito Médico. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.
- Dias Pereira, André Gonçalo. O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- Ferraz Jr., Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. 2ª. Edição, São Paulo: editora Atlas, 1994.
- França, Genival Veloso, Direito Médico, Rio de Janeiro: Fo-

- rense, 2013.
- Lemos Pereira, Paula Moura Francesconi. *Relação Médico-Paciente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- Lewins, Vaughn, *Bioethics, principles, issues and cases*. Second Edition, New York: Oxford University Press, 2013.
- Martinez, Pedro Romano. *Responsabilidade Civil por Acto ou Omissão do Médico*. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol.II, Coimbra: Editora Almedina, 2011.
- Mello, Marcos Bernardes de, *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Validade*, São Paulo: Saraiva, 2004.
- Mello, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano de Existência*. 12ª. Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- Menezes Cordeiro, Antônio, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, 3ª. Edição, Coimbra: Almedina, 2005.
- Mota Pinto, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- Mota Pinto, Paulo. *Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. In *Portugal-Brasil ano 2000*. Boletim da Faculdade de Direito, *Stvdia Ivridica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- Novais, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª. Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- Oliveira, Guilherme. *Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*, *Temas de Direito da Medicina*. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.
- Pereira, Caio Mario da Silva, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 22ª. Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- Pueche, José Enrique Bustos. *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*. Madrid: Dykinson, 1997.

- Riestra, Sergio Gallego, *El Derecho del Paciente a la Autonomía Personal y las Instrucciones Previas: Una Nueva Realidad Legal*. Pamplona: Aranzadi Editora, 2009.
- Rodriguez-Arias, David. *Una Muerte Razonable*. Bilbao: Desclée de Brouwe. 2005.
- SanMiguel, Francisco J. Laporta. *Algunas Incógnitas del Principio de Autonomia Personal en Tratamientos Médicos*. In *Autonomia Personal y Decisiones Médicas: Cuestiones Éticas y Jurídicas*, Pamplona: Thomson Reuters, 2010.
- Segre, Marco; Cohen, Claudio. *Bioética*, Editora da Universidade de São Paulo: São Paulo, 1995.
- Sousa, Rabindranath Capelo. *O Direito Geral da Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- Sztajn, Rachel, *Reflexões sobre o Consentimento Informado*, in *Direitos do Paciente*, Alvaro Vilaça Azevedo, Wilson Ricardo Ligiera. São Paulo: Editora Saraíva, 2012.
- Vasconcelos, Pedro Paes de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª. Edição, Coimbra: Almedina, 2005.