Os limites objetivos à liberdade de consentimento do paciente na assistência médica

Objective limits to the freedom of patient consent in medical care

Leonardo Fabbro[1]

RESUMO

O objetivo deste artigo é indicar as limitações, alheias à vontade do paciente, gerais à população de pacientes brasileiros, que possuem base normativa na prática assistencial. Foram revisadas as normas legais, incluindo normas administrativas Conselho Federal de Medicina e órgãos públicos com competência para regular questões afeitas à saúde identificando-se situações ou imperativos normativos que causem, direta ou indiretamente, limitação à autonomia do paciente. Foram identificadas quatro ordens de fatores limitadores à autonomia do paciente: 1) capacidade civil do paciente; 2) licitude do objeto do consentimento; 3) objeção de consciência; e 4) saúde sanitária. Conclusões: A principal expressão concreta da autonomia do paciente na prática assistencial é o consentimento informado. Em inúmeras situações, apontadas no estudo, o consentimento do paciente não terá validade e não poderá produzir o efeito de legitimar a realização do procedimento, porque se encontra limitado por normas jurídicas que se sobrepõem.

UNITERMOS: Consentimento Informado, Limitação Legal, Assistência Médica.

ABSTRACT

The aim of this paper is to indicate the general limitations to the population of Brazilian patients that are beyond the control of the patient and have basic standards in healthcare practice. We reviewed the legal guidelines, including administrative regulations of the Federal Council of Medicine and public agencies responsible for regulating health questions related to identifying situations or regulatory requirements causing, either directly or indirectly, limitations to the autonomy of the patient. Four types of factors limiting patient autonomy were identified: 1) civil capacity of the patient, 2) lawfulness of the object of consent, 3) conscientious objection, and 4) sanitary health . Conclusions: The main concrete expression of patient autonomy in healthcare practice is informed consent. In many situations, pointed out in the study, the patient's consent will be void and may not produce the effect of legitimizing the procedure because it is limited by overlapping legal rules.

KEYWORDS: *Informed Consent, Legal Limitation, Medical Care.*

INTRODUÇÃO

O reconhecimento da autonomia do paciente, considerada como respeito à sua vontade, ao seu direito de autogovernar-se e à participação ativa no seu processo terapêutico é relativamente recente na história da medicina brasileira. Tradicionalmente, identificava-se uma tendência paternalista na conduta dos profissionais da medicina que ocultavam de seus pacientes informações sobre seus quadros clínicos e, especialmente, sobre os riscos dos tratamentos indicados. A conduta paternalista revelava-se tanto na sonegação das informações, quanto no induzimento do paciente ao meio de tratamento que o profissional entendesse ser o mais recomendado. A autonomia do paciente era relativizada pela ideia de que o profissional sabia o que era melhor para seu paciente.

[1] Advogado. Especialista em Direito Biomédico. Master in Law pela University of Miami/EUA. Membro do Comitê de Bioética da PUCRS. Membro do Comitê de Ética da PUCRS. Membro da Sociedade Rio-Grandense de Bioética (SORBI).

Neste cenário, que de uma forma geral estendeu-se até meados do século XX, a bioética, desde o seu início, ressaltava valores fundamentais, como a autonomia, a dignidade do ser humano, a privacidade, oferecendo-os como arsenal de oposição à conduta paternalista do médico. Atualmente o reconhecimento do direito do paciente de tomar decisões sobre o seu tratamento é bem aceito pelas profissões da saúde, e vem sendo, cada vez mais, respeitado.

Contudo, nem toda limitação à autonomia será ilícita e reprovável, quer do ponto de vista bioético, quer do legal. Normas jurídicas poderão limitar a autonomia do paciente proibindo-lhe, direta ou indiretamente, a prática de determinados atos que estejam em dissonância com valores juridicamente protegidos. A Constituição Federal Brasileira protege os direitos à vida, à liberdade, à privacidade, entre outros, e a garantia destes direitos poderá opor-se à própria vontade do paciente.

A limitação poderá advir ainda de normas e orientações estabelecidas pelos órgãos públicos a quem compete regulamentar a prestação da saúde. Outro elemento, estabelecido em lei, que acarreta a limitação da autonomia do indivíduo (paciente ou não) é a sua capacidade (ou falta de) para a prática dos atos civis. Além destas, outras situações limitantes são mencionadas neste trabalho, buscando-se estabelecer um panorama geral sobre o assunto.

São abordadas as limitações impostas, direta ou indiretamente ao sujeito, independentemente da sua vontade, da qualidade das informações que recebeu, ou mesmo da consciência de sua autonomia. A estes limites legitimamente impostos, denominou-se: limites objetivos. São limitações infligidas à toda coletividade, independentemente de subjetivismos de cada indivíduo. São previsíveis, sendo possível conhecê-los antecipadamente ao momento da sua aplicação, encontram-se, normalmente, descritos em normas legais ou administrativas, ou em políticas estabelecidas pelos órgãos a quem cabe à regulamentação da prestação da saúde no país.

Postergar-se-á para outro estudo a análise aprofundada das limitações que impedem a livre manifestação da autonomia como ato subjetivo, ou seja, situações decorrentes de vício da vontade como erros causados pela falta de informações adequadas, ou, pela ação de alguma força coatora ilegítima que obrigue o paciente decidir em determinado sentido.

Manifestação objetiva de autonomia

A autonomia (1) do paciente manifesta-se, de forma mais evidente, na ocasião em que este consente à realização do tratamento, após devidamente informado. A autorização livre e consciente do paciente para a prática dos atos diagnósticos ou terapêuticos sobre o seu corpo (incluído o psiquismo), é o momento da relação médico-paciente onde a sua autonomia ganha maior expressão, torna-se mais concreta. Observa-se que, no tocante ao universo jurídico, nenhuma outra manifestação da autonomia, durante o período em que é prestada assistência ao paciente, mereceu regulamentação específica como, por exemplo, na Lei de Planejamento Familiar (Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996), na Lei de Transplantes (Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997), entre outras que exigem expressamente o Termo de Consentimento Informado.

O direito tem sido instrumental ao reconhecimento e garantia da autonomia do paciente. Os remédios jurídicos vêm derrubando os resquícios de paternalismo que ainda obstruem as possibilidades do paciente poder manifestar livremente a sua vontade e tê-la respeitada. Atualmente, já são numerosas as decisões judiciais brasileiras que sustentam seu juízo condenatório na ausência de consentimento informado. Nesse sentido, vale transcrever parte do Acórdão proferido em Apelação Cível, pelo Tribunal de Justiça Gaúcho (Apelação Cível nº 70018951905): "Todavia, do depoimento pessoal prestado pela ré extraio a prova da sua conduta negligente, consubstanciada, essencialmente, na violação do dever de informar a autora acerca dos riscos do procedimento a que estava se submetendo. O consentimento informado é a expressão da autonomia da vontade do paciente frente às intervenções médicas que trarão reflexos à sua saúde".

É com razão que Robert Veatch (2) afirma que o consentimento informado é um elemento crítico de qualquer teoria sobre autonomia. O autor ressalta que o princípio da autonomia não provém da tradição hipocrática, mas da filosofia política liberal, de tradição kantiana, havendo ocasionalmente conflito entre as duas posições, no que diz respeito ao consentimento informado. Refere que o privilégio terapêutico, que faculta ao médico a omissão de informação do paciente, de orientação hipocrática, conflita com o princípio da autonomia.

A discussão sobre a extensão da autonomia, no sentido dela abarcar, ou não, a faculdade do indivíduo tirar a própria vida ou da prática da eutanásia, tem ocupado um grande número de juristas, concentrando-se as discussões sobre o sentido e abrangência do direito fundamental de dignidade do ser humano.

Embora indiscutível o respeito demandado pela lei ao direito a autonomia, é importante ressaltar que em nenhum momento o sistema jurídico brasileiro indica, inequivocamente, que a autonomia do indivíduo, sobre sua própria vida e saúde, é absoluta, pelo contrário, a análise da constituição federal e legislação infraconstitucional aponta restrições. O civilista brasileiro Caio Mário da Silva Pereira (3) parece melhor resumir a posição prevalente no Brasil, ao dizer: "O direito ao próprio corpo é um complemento do poder sobre si mesmo, mas só pode ser exercido no limite da manutenção da sua integridade. Todo ato que implique atentado contra esta integridade é repelido por injurídico" (4). No Brasil, pode-se então afirmar, há uma disponibilidade contida do indivíduo sobre seu próprio corpo.

De qualquer forma, em se tratando do direito nacional, entende-se que o reconhecimento claro da autonomia absoluta do paciente exigiria que fosse expressamente afastada do sistema legal qualquer restrição, por exemplo,

à eutanásia, a ortotanásia, assim como a regulamentação dos ditos "testamentos de vida" (onde o paciente deixa instruções sobre a possibilidade de receber tratamento excepcional ou não quando não mais puder manifestar-se pessoalmente), distinguindo claramente estas condutas das condutas penais do auxilio ao suicídio, lesões corporais, homicídio, entre outras.

A autonomia do paciente, seja qual for a extensão que se lhe reconheça, concretiza-se no consentimento informado, e os limites à decisão livre representam limitações à esta autonomia. Tais limitações poderão ser de duas ordens, objetiva e subjetiva.

Subjetivamente o paciente terá limitado o exercício de sua autonomia porque foi induzido em erro, ou seja, a sua decisão não contou com todos os elementos necessários à escolha livre. Há erro quando o indivíduo forma uma imagem psíquica da realidade dissociada, ou falsa, e com base nela toma as suas decisões ou manifesta a sua vontade. São diversos os elementos que poderão levar o paciente ao erro, por exemplo, a sonegação das informações adequadas, ou a prestação destas informações de forma ininteligível.

Além do erro, a coação também vicia a decisão do paciente. A coação ou intimidação poderá ser física ou psíquica. O indivíduo poderá sofrer a ameaça diretamente ou indiretamente, contra si, contra pessoa que lhe é cara ou contra seus bens. Não erra, porque sabe exatamente o que está fazendo, apenas não tem liberdade para fazê-lo de forma diferente.

A coação tem outra face, quando há submissão voluntária do indivíduo ao profissional que lhe assiste porque nutre sentimento de inferioridade frente ao conhecimento e estatura do médico. O paciente, nesta hipótese, submete-se "voluntariamente" àquilo que entende ser a indicação ou prescrição desejada pelo médico. Este tipo de coação também é denominado subordinação ou dependência.

Os limites objetivos à autonomia do paciente não dependem das suas condições pessoais ou de suas relações com os profissionais que o assistem, ou mesmo com terceiros. São limitações aplicáveis a toda população independentemente de aspectos ou características individuais, independentemente da capacidade de compreensão destes indivíduos e da completude da informação que lhes for prestada. São limites que decorrem de normas que proíbem direta ou indiretamente a realização do procedimento ou tratamento desejado pelo paciente. Tais limites, ao contrário dos subjetivos, que surgem contemporaneamente ao momento do consentimento informado, existem previamente à escolha do procedimento almejado.

Os limites objetivos

O consentimento informado, como instituto jurídico, para que goze de validade e possa produzir efeitos legais, terá de atender alguns requisitos. Inobservadas estas condições, ainda que exista consentimento informado, no sentido de que o paciente tenha sido suficientemente informado e que consinta tal consentimento não terá validade no universo legal, e por via de consequência, haverá limitação à autonomia do paciente.

Capacidade

A norma civil brasileira não reconhece igual capacidade de "autogovernar-se" para todos os indivíduos. A lei cria níveis de capacidade, partindo do estado de incapacidade absoluta (o indivíduo não pode decidir, havendo uma decisão substituta por parte de seus representantes legais) passando pela capacidade relativa (o indivíduo necessita da assistência de seus representantes legais) culminando na capacidade plena, onde nenhuma exigência limita-lhe a autonomia. O critério escolhido pelo legislador para a definição destes níveis foi o cronológico, que se inicia com o nascimento com vida (absolutamente incapazes – do zero até 16 anos), e atinge a sua plenitude aos 18 anos, quando é reconhecida a capacidade plena.

Porém, conforme Aida Kemelmajer de Carlucci (4), a capacidade estabelecida na legislação civil é uma noção que atende, principalmente, o direito contratual, por razões de segurança jurídica. A capacidade para consentir ao tratamento médico, segundo a autora, decorreria diretamente da Constituição Federal, dos direitos fundamentais, sendo que para o indivíduo decidir bastaria que tivesse condições físico-psíquicas para tal.

De qualquer forma, parece-nos irrefutável que os pacientes, independentemente da sua idade, deverão ser informados e ouvidos quanto às questões referentes à sua saúde física e emocional.

Licitude do objeto do consentimento

O procedimento (de diagnóstico ou de tratamento) a ser consentido pelo paciente deve ter uma finalidade médica, não deve constituir crime descrito na legislação penal, nem de outra forma violar o sistema legal, devendo ainda, ser reconhecido ou autorizado pelos órgãos que regulam a prestação da saúde no país (Conselho de Medicina, Ministério da Saúde, entre outros).

Essas restrições encontram-se consubstanciadas, de forma direta, no Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), artigo 13, que diz: "Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes". A "exigência médica" ou finalidade terapêutica, somada a outros requisitos, descriminaliza conduta que, sem a presença desta característica, seria considerada ato delitivo, como por exemplo, lesão corporal prevista no Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940).

O Conselho Federal de Medicina, na sua Resolução 1609/2002, estabelece expressamente que "os procedimentos diagnósticos ou terapêuticos, para serem reconhecidos como válidos e utilizáveis na prática médica nacional,

deverão ser submetidos à aprovação do Conselho Federal de Medicina". A falta deste reconhecimento implicará que o procedimento seja realizado apenas como experimental, submetido, portanto, às normas da Resolução do Conselho Nacional da Saúde 196/1996. O Código de Ética Médica, no seu art. 14 veda que os profissionais da medicina pratiquem procedimentos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente.

Interessante é a discussão sobre a finalidade terapêutica do procedimento, quando se adentra o campo da estética e das "modificações corporais" (exemplo: "piercing", entre outros). Nos casos de procedimentos puramente estéticos e estético-reparadores, há que se considerar a saúde completa do paciente, não apenas a física, mas também a psíquica e a social. Neste sentido, a cirurgia estética propicia ao paciente saúde emocional. Os seres humanos necessitam do convívio social para desenvolverem-se plenamente como indivíduos e, neste contexto, a correção de algum fator que possa, seriamente, interferir na habilidade social do indivíduo terá um caráter terapêutico.

Quanto às modificações corporais, e muitas delas "transcendem" a estética tradicional, visando constituir uma espécie de manifesto ou "personalização" do indivíduo que não se vê distinguido da massa social, ainda há que se discutir sobre o tema, não havendo consenso sobre a sua classificação numa ou noutra espécie.

Igualmente o Código Penal brasileiro e legislação esparsa (exemplo: Lei de Transplantes, Lei da Engenharia Genética, Código de Defesa do Consumidor entre outras), que dispõe sobre matéria criminal, representam importantes limitações diretas e indiretas ao arbítrio do paciente. O paciente não poderá exercer a sua autonomia se isso implicar, direta ou indiretamente, na tipificação (ocorrência) de crime, o que também torna ilícito o objeto, do consentimento.

Ainda, em sede de direito penal, há que se mencionar as chamadas Medidas de Segurança, que com as penas privativas de liberdade e restritivas de direito compõem o conjunto de sanções penais, embora sejam distintas em razão do seu fundamento. As Medidas de Segurança não têm o caráter retributivo-preventivo das demais sanções. Têm natureza somente preventiva e fundamentam-se na periculosidade do agente. Implicam na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou sujeição a tratamento ambulatorial. Estas terapias são compulsórias e por prazo indeterminado.

Nestes casos, o Poder do Estado sobrepõe-se ao poder do indivíduo, limitando a sua autonomia, visando benefício à sociedade e ao próprio paciente. Além disso, o discernimento desses pacientes, na maioria das vezes, encontra-se severamente comprometido. De certa forma, retornamos ao âmbito da capacidade no direito civil, e o representante legal do paciente será, nestes casos, o Estado, a quem compete às decisões sobre as terapias que deverão ser aplicadas.

Assim, independentemente do grau de compreensão do paciente e da sua concordância para a realização de um procedimento, se o mesmo não for reconhecido pelos órgãos competentes, se a sua finalidade não for para o benefício da saúde do indivíduo, e se for proibido, direta ou indiretamente pela lei penal, tal procedimento não poderá ser realizado.

Objeção de consciência

Uma limitação externa, porém não normativa, que gera muita discussão, é a objeção de consciência do médico que se recusa a tratar o paciente, para a prática de interrupção legítima da gravidez. Não se trata realmente de uma limitação à autonomia do paciente, pois o ato poderá ser praticado por outro profissional que não se oponha ao mesmo. Contudo, o paciente não poderá realizá-lo com o médico que escolheu em quem confia e sente-se seguro. A autonomia do paciente, de certa forma, frustra-se ao chocar-se com a negativa do profissional.

O Código de Ética Médica, Resolução CFM nº 1931/2009, estabelece no seu Capitulo II: "É direito do médico: IX – Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência".

Saúde pública

A possibilidade e legitimidade da coerção estatal para que o indivíduo submeta-se a algum tratamento médico, principalmente vacinação, é amplamente discutido. Questões de interesse público e liberdades individuais chocam-se e parecem justificar ambos os posicionamentos (daqueles que defendem, e dos que recusam a possibilidade de interferência direta do ente público sobre a decisão do indivíduo em submeter-se ou não a determinado tratamento médico).

A interferência estatal nestas situações poderá se dar de forma direta – realização da intervenção contra a vontade do indivíduo – assim como poderá realizar-se indiretamente, ao atribuir uma limitação ao sujeito que se negar a permitir ou submeter-se ao procedimento. Este é o caso das exigências de vacinas para ingressar em determinadas regiões geográficas dentro do próprio Estado, assim como em Estados estrangeiros.

Em quaisquer das situações levantas, haverá limitação à autonomia do indivíduo. Diferentemente das demais situações de limitação, onde o indivíduo pretende submeter-se ao tratamento e encontra impedimento alheio à sua vontade, neste caso o sujeito recusa, não autoriza o procedimento. O exercício da autonomia revela-se também na livre decisão do paciente em recusar tratamento. Mais uma vez se retornará à questão da extensão da autonomia e da disponibilidade do sujeito sobre seu próprio corpo.

CONCLUSÕES

A relativização da autonomia, em razão de seus limites objetivos, considerados coerentes com o sistema jurídico,

não representa a sua violação ou desconsideração. Os limites objetivos, ao contrário daqueles que denominamos subjetivos, são legítimos e, encontram respaldo legal. São limites impostos em razão dos valores de determinada sociedade que se encontram consubstanciados em normas jurídicas, e que poderão mudar conforme a evolução desta mesma comunidade.

As limitações aqui tratadas independem da habilidade do indivíduo em compreender as informações que lhe são prestadas, da sua capacidade de refletir e considerar quais são os seus desejos e necessidades. Trata-se de necessidades ou pressupostos da vida comunitária que se opõem não à liberdade do sujeito, mas ao exercício arbitrário da autonomia.

O conhecimento prévio das limitações impostas pelas normas jurídicas permite a sua discussão inclusive na instância judicial. As demais limitações referidas, as subjetivas, alijam o sujeito do seu direito de fazer suas escolhas de forma livre e autônoma.

Assim, pode-se dizer que as fronteiras ao exercício livre da autonomia estabelecida por seus limites normativos, ainda que limites, não violam ou agridem o princípio da autonomia do paciente. Importante, contudo, que mantenham sempre coerência com a ordem ético-jurídica de determinada nação, e representem legitimamente os valores inerentes àquela coletividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Beauchamp T, Childress JF. Principles of Biomedical Ethics. New York: Oxford University Press, 2001.
2 Veatch RM. The Basics of Bioethics. New Jersey: Prentice Hall, 2002.
3 Pereira CM. Instituições de Direito Civil. São Paulo: Forense, 1995.
4 Carlucci AK. La Dignidad Humana en La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. In: Casado M. (org.) Sobre la Dignidad y los Principios: análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, 1ª ed. Barcelona: Editorial Aranzadi, 2009.

✉ Endereço para correspondência
Instituto Bioetica
Av. Ipiranga, 6681/703
90.619-900 – Porto Alegre, RS – Brasil
institutobioetica@pucrs.br

Recebido: 10/11/2011 – Aprovado: 12/11/2011