

Autonomia privada existencial, paternalismo jurídico e os relativamente incapazes: critérios para a interpretação do Art. 4º, I, CC/2002 à luz da CF/88

Aluna: Isabella Souza Costa Olivieri
Orientadoras: Caitlin Mullholand e Thamís Dalsenter

Introdução

De acordo com a perspectiva civil-constitucional, o texto constitucional tem impacto fundamental na regulação das relações privadas, nas quais devem ser aplicados os princípios constitucionais. Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana, elencado no art. 1º, III, da Constituição Federal, é um dos fundamentos da República norteador de todo o ordenamento jurídico. Seus subprincípios, dentre eles a direito à liberdade, garantem o direito à autonomia existencial privada e este, conjugado com o pluralismo jurídico, confere a possibilidade de cada indivíduo pautar sua vida da forma que mais realize a sua personalidade e concretize sua concepção de vida digna. [1]

Tendo como norte da pesquisa a doutrina do direito civil constitucional, o resultado do projeto de pesquisa realizado entre agosto de 2012 e julho de 2013 foi decorrente da análise teórica da relação entre paternalismo e autonomia privada, especificamente a partir da insuficiência do instituto das incapacidades - previsto de maneira generalizante, e de cunho predominantemente paternalista, no Código Civil de 2002 – para tutelar as escolhas existenciais de adolescentes entre 16 e 18 anos. A pesquisa investigou os contornos da tutela existencial do incapaz especificamente a partir de duas hipóteses problemáticas: imposição de tratamentos médicos e realização de diretivas antecipadas (instrumento com a finalidade de informar quais tratamentos a pessoa permite e quais não devem ser aplicados na situação em que não seja mais possível expressar sua vontade).

O princípio da dignidade da pessoa humana e a autodeterminação existencial

O princípio da dignidade da pessoa humana, elencado no Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, é dividido em subprincípios, dentre eles o direito à liberdade, previsto expressamente no Art. 5º, que garante a autonomia privada existencial das pessoas. A condição de liberdade para simplesmente *ser* o que se deseja ser é condição fundamental para a vida digna.

Além disso, a Constituição também adotou o pluralismo jurídico como um de seus fundamentos, o que implica em permitir a aceitação de diferentes visões de mundo, com o reconhecimento de espaços individuais de expressão da personalidade.

No atual projeto constitucional, cada indivíduo tem importância pelo simples fato de ser pessoa, e, portanto, todos têm igualmente o direito de interpretar o que, para si, é liberdade, bem como suas manifestações na própria vida, especialmente no âmbito existencial. É evidente que esta concepção de vida digna assume uma expressão única para cada um, pois, ao longo da vida, as pessoas constroem cada uma sua própria personalidade, absolutamente individual e insubstituível.

Para o exercício da autodeterminação individual, porém, é necessário que, além de deliberar sobre seus objetivos pessoais, os indivíduos possam agir em direção

a esta deliberação, buscando a sua concretização. As decisões fundamentais na vida de uma pessoa, especialmente as existenciais, não devem, via de regra, ser impostas por uma vontade externa a ela. Um indivíduo autônomo, portanto, é aquele que age livremente de acordo com o plano de vida que formou para si. [2]

O paternalismo jurídico e a limitação da autodeterminação individual

Ocorre que, em determinadas situações, o ordenamento jurídico realiza intervenções sobre a liberdade individual, limitando-a essencialmente sob duas justificativas: a de prevenir o dano a outros ou a um interesse coletivo; e a de preservar o bem-estar do próprio indivíduo. Em alguns momentos ambas estão presentes, como por exemplo em leis proibindo o uso de drogas, justificadas pelo argumento de que os indivíduos sob o efeito de entorpecentes, além de causar danos a si mesmos, também possuem enorme potencial de causar danos aos demais.

Quando a intervenção estatal é realizada para proteger outros além da própria pessoa cuja liberdade está sendo restringida, classificamo-a como *paternalismo positivo* (ou *impuro*, na concepção de Dworkin), quando acontece para proteger a própria pessoa, é o paternalismo *negativo* (ou *puro*). [3]

No âmbito existencial, são vigentes atualmente em nosso ordenamento várias medidas paternalistas sobre a saúde e a vida, como a exigência do uso de cinto de segurança e de capacete, a vacinação obrigatória, a já citada proibição do uso de drogas, dentre outras. Estas se baseiam na ideia de que uma liberdade plena geraria “liberticidas”, pois, em um contexto de liberdade total, as pessoas nem sempre fariam as escolhas que mais preservariam sua vida. Por exemplo, mesmo sendo consciência coletiva que andar de carro utilizando o cinto de segurança é mais seguro, por reduzir significativamente o risco de morte em acidentes, se o uso não fosse obrigatório, alguns simplesmente optariam por dispensá-lo.

O atual plano constitucional, porém, não almeja a promoção da vida pura e simplesmente, e é necessário que se faça uma análise do papel do profissional de medicina e do Estado nesse contexto.

O paternalismo médico e a relatividade do conceito de vida digna

Historicamente, a nossa sociedade viveu sob um paternalismo médico fundamentado na ideia errônea de que o médico, em razão de sua superioridade de conhecimento técnico (*epistemic authority*, ou seja, autoridade científica), sempre sabe o que é melhor para a concretização do direito à vida do paciente. [4]

Diante de um dilema médico, parece mais razoável, à primeira vista, optar sempre pela perpetuação da vida, e não pela sua extinção. No entanto, o objetivo primordial da medicina não deve ser tão somente a promoção da vida, mas sim a promoção da vida *digna*. Ainda que seja um valor primário em nosso ordenamento, a vida não é um valor absoluto, que existe em si e para si. A expansão dos limites da vida pela ciência nem sempre acompanha a expansão da dignidade da pessoa humana. A vida tem que valer a pena ser vivida, tem que ser digna, e esta dignidade se concretiza na relação com outros valores, em um resultado final que é único para cada indivíduo. A pessoa mais qualificada para determinar o que é vida digna para alguém é a própria pessoa, não obstante sua incapacidade jurídica, como veremos adiante.

A evolução da relação médico paciente e a participação deste nas decisões médicas através do *consentimento informado*

A relação entre médico e paciente consiste, primariamente, em um contrato de prestação de serviços no qual o profissional médico, via de regra, fará uso de todos os

meios em seu alcance para reestabelecer a saúde do paciente, buscando sempre a preservação da vida. Mas esta relação se transpõe para além do vínculo contratual. Os deveres do médico devem ser sempre pautados no respeito à pessoa, já que o objeto do contrato é o próprio paciente. Por essa razão, hoje, o paciente passou a ser *cliente*. Ele deve saber quais são seus direitos e suas opções de escolha, e a partir daí participar ativamente na tomada de decisões médicas junto ao profissional que lhe orienta. [5]

Para isso, é necessário que o profissional de medicina busque compensar ao máximo o desequilíbrio técnico inevitável que existe na relação médico-paciente. Deve, assim, informar ao paciente, da forma mais elucidativa possível, sobre seu quadro clínico – a situação atual de sua enfermidade e as possíveis soluções e seus riscos. É importante ressaltar que a informação deve ser transmitida para o paciente de forma imparcial. É claro que o médico pode, e deve, expressar sua opinião pessoal acerca do melhor tratamento a ser feito, porém é necessário que compreenda que a decisão final deve caber, sempre, ao paciente.

Desta forma, este pode formular um *consentimento informado*, ou seja, livre e esclarecido, para fundamentar sua decisão de submeter-se ou não a determinado tratamento médico, decisão esta que deve poder ser revista quando ele assim quiser, ou seja, na duração do tratamento deve ser possível interrompê-lo, ou, se a opção anterior foi por não fazê-lo, de iniciá-lo.

O dever do médico de obter o consentimento informado do paciente é uma resposta ao exercício do direito à informação, previsto no Art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal, do qual é titular toda pessoa humana, e especialmente aquele que se encontra doente e necessitando de cuidados médicos. É também uma forma de exercício da autodeterminação individual existencial garantida pelo direito à liberdade, expressão da dignidade de cada pessoa humana em um contexto de pluralismo jurídico. O consentimento informado é, ao mesmo tempo, a *legitimação* e o *limite* do exercício da atividade médica. [6]

Nesse sentido, dispõe o Art. 24 do Código de Ética Médica, editado pelo Conselho Federal de Medicina, que veda ao médico deixar de garantir ao paciente o livre exercício do direito de decidir sobre sua pessoa ou seu bem-estar, e também o proíbe de exercer sua autoridade para limitar o exercício desse direito de autodeterminação individual. O Art. 22 do mesmo diploma exige a obtenção do consentimento do paciente ou de seu representante legal após o esclarecimento do médico a respeito do tratamento a ser adotado, “salvo em caso de risco iminente de morte”. Esta exceção deve se dar apenas nos casos em que o paciente encontra-se fisicamente incapaz (inconsciente, por exemplo) de exprimir sua vontade no momento em que for necessária uma decisão a respeito da aplicação do tratamento. Se esta capacidade física for recuperada, no caso de tratamento continuado, é preciso que o paciente consinta com o seu prosseguimento.

Parece não haver dúvida do direito de todos os pacientes exprimirem seu consentimento informado, porém, resta discussão a respeito da capacidade para consentir.

O instituto da capacidade jurídica e a incapacidade relativa em razão da idade

Em nosso ordenamento, a personalidade jurídica, ou seja, a aptidão genérica para ser sujeito de direito, titular de obrigações e deveres, é adquirida por todas as pessoas no momento do nascimento com vida (Art. 2º, Código Civil), e cessa apenas com a morte. No entanto, os atos da vida civil, que compreendem adquirir direitos e

contrair obrigações, podem ser exercidos pessoalmente pelos indivíduos apenas quando estes possuem capacidade jurídica (Art. 1º, Código Civil).

A incapacidade é uma exceção que só é admitida quando prevista expressamente em lei, e pode ser absoluta, nos casos previstos no Art. 3º do Código Civil, ou relativa, nos casos previstos no seu Art. 4º. Em razão da idade, são absolutamente incapazes para qualquer ato da vida civil os indivíduos até os dezesseis anos, razão pela qual, caso necessário, seus representantes manifestam a própria vontade em seu lugar. Dos dezesseis aos dezoito anos, idade em que se atinge a maioridade civil, a incapacidade é relativa, e os indivíduos são assistidos por seus representantes.

A justificativa para tal é que o incapaz não deve ter sua própria vontade considerada em razão da falta ou pouco discernimento. No entanto, há situações no ordenamento em que a vontade do próprio relativamente incapaz é apta a produzir efeitos jurídicos, como no casamento civil, instituto misto de cunho tanto patrimonial quanto existencial.

De acordo com a regra geral do Art. 1.517 do Código Civil, a idade núbil é de dezesseis anos, ou seja, a partir desta idade a pessoa já poderia casar, exigindo-se autorização de seus pais, ou representantes legais, para tal, enquanto não atinge a maioridade civil. No entanto, o Art. 1.519 determina que a denegação desta autorização pode ser suprida pelo juiz, quando for injusta. Nesse caso, o próprio nubente, ainda que relativamente incapaz, pode fazer requerimento judicial para tal, sendo assistido por defensor público ou advogado, sendo requerido ao Judiciário a nomeação de curador especial (Art. 9º, inciso I, do Código de Processo Civil).

Percebemos, nessa hipótese, uma expressa previsão legal da consideração, em juízo, da vontade própria do relativamente incapaz, que será ponderada em contraponto à vontade de sua família.

Além disso, mesmo nos casos em que o nubente relativamente incapaz celebra o casamento sem autorização de seus pais e sem o seu suprimento judicial, este casamento não é nulo, apenas anulável (Art. 1.550, inciso II, do Código Civil), o que implica em validade jurídica da vontade do relativamente incapaz se os legitimados não requererem a anulação a tempo.

Por fim, cabe ressaltar que a incapacidade civil cessa para os menores de idade em razão do casamento, conforme determina o Art. 5º, par. único, inciso II, do Código Civil. Todas essas situações demonstram um reconhecimento implícito do ordenamento jurídico de que a incapacidade relativa em razão da idade nada mais é do que uma escolha arbitrária do legislador, pois a sua justificativa, qual seja, a imaturidade de espírito, nem sempre se reflete no caso concreto.

A distinção entre incapacidade jurídica e incapacidade para consentir em tratamentos médicos

Se a manifestação de vontade do relativamente incapaz pode ser válida e produzir efeitos jurídicos em um instituto como o casamento, torna-se ainda mais imperiosa a necessidade de admitir a possibilidade de validade dessa manifestação em questões médicas, que tratam da preservação do direito à saúde e à vida digna da pessoa. Muitos relativamente incapazes de dezesseis a dezoito anos têm capacidade racional para compreender informações dadas pelo médico e, a partir delas, tomar decisões, ou seja, de exprimir um consentimento informado.

Onde existe a capacidade de entendimento e de ponderação, deverá igualmente existir uma vontade atendível. A faixa de idade na qual o paciente está inserida, por si só, não significa necessariamente imaturidade de espírito, devendo ser

tratada apenas como ponto de referência pelo médico. A capacidade jurídica não se confunde com a *capacidade para consentir* com tratamentos médicos.

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente deu voz aos incapazes em diversos dispositivos, determinando que sejam ouvidos em ações de seu interesse (Art. 28, §1º; Art. 45, §2º; Arts. 124, 179 e 186).

Portanto, o relativamente incapaz deve ter o direito de ter sua vontade ouvida, e ter sua validade jurídica posta em debate judicialmente e, no caso de ser auferida a maturidade de espírito para o consentimento informado, essa vontade deve ser plenamente respeitada. A existência ou falta de capacidade para consentir deve ser analisada casuisticamente. [7]

A imposição de tratamentos médicos

A prática da medicina, muitas vezes, coloca o profissional médico diante de situações extremas e complexas que envolvem vida e morte e exigem tratamentos controversos. Dentre eles estão a eutanásia, distanásia, e, a mais pertinente para esta discussão, ortotanásia.

A ortotanásia é ação médica que trata da morte sem apressar de forma intencional a sua vinda, como na eutanásia, nem adiá-la a todo custo, como na distanásia. É uma aceitação da morte, permitindo que ela venha a seu tempo. A diminuição do tempo de vida do paciente é um efeito previsível sem ser desejado, pois o objetivo primário é oferecer o máximo de conforto possível a este.

A recusa de tratamento médico pelo paciente, mediante consentimento informado, e a anuência do médico caracterizam uma situação de ortotanásia. É importante observar que a não submissão do paciente a determinado tratamento médico não necessariamente importará em abdicação de todo e qualquer tratamento, podendo o médico fazer uso de um cuidado paliativo, ou de intervenções de duplo efeito (como medicamentos que aliviam a dor, porém agravam a doença). Caso o enfermo assim deseje, porém, deve poder se ver livre de qualquer tipo de cuidado médico. [8]

Muitos profissionais, no entanto, relutam em assumir tais condutas, sob o temor de serem criminalmente penalizados pelo crime de homicídio na modalidade omissiva (Art. 121 do Código Penal), pois a decisão do paciente de descontinuar, ou nem mesmo começar, determinado tratamento, no ordenamento atual, em tese não alteraria o caráter criminoso da conduta. Em razão disso, ainda hoje são frequentes disputas judiciais entre os médicos ou hospitais e os pacientes ou suas famílias.

O consentimento informado, no entanto, deve ser capaz de salvaguardar o médico da persecução penal, caso contrário haveria um incentivo ao paternalismo médico fundado na autoridade do profissional sobre o paciente, modelo de relação já abandonado, como vimos anteriormente. O bom médico é aquele que prolonga a vida digna, e não a sobrevivência a qualquer custo, mesmo que da dignidade humana, conforme corroborado pelos Arts. 22 e 24 do Código de Ética Médica.

O caso das Testemunhas de Jeová

As testemunhas de Jeová são um grupo de cristãos que crêem em si mesmos como os declaradores da verdade sobre Jeová, que seria, segundo a Bíblia, o segundo nome de Deus. Os seguidores desta religião não aceitam determinados tratamentos médicos quando julgam que estes entram em conflitos com princípios bíblicos. Um destes tratamentos é a transfusão de sangue, que não é aceita pois acreditam que a Bíblia proíbe o uso de sangue para sustentar a vida (em Gênesis 9:4, Levítico 17:14, Deuteronômio 12:23 e Atos 15:20), algo sagrado para Deus.

Em alguns casos, a recusa em submeter-se à transfusão de sangue pode implicar em grande aumento das chances de morte do paciente, quando os tratamentos alternativos apresentam elevado risco de vida. Se esta recusa é feita mediante o consentimento informado, não há razão para que não seja levada em consideração, mesmo quando o paciente é relativamente incapaz em razão de sua idade, ou seja, tem entre dezesseis e dezoito anos.

Por vezes, a vontade do próprio paciente entra em conflito com a de seus familiares. Nesse caso, ele não deve ser obrigatoriamente submetido à decisão de seus pais ou representantes legais. É necessário que haja um debate em juízo a respeito da seriedade e maturidade do consentimento informado do relativamente incapaz, para que haja a *possibilidade* de sua decisão prevalecer nesse conflito, ao invés da desconsideração automática de sua vontade em razão apenas de sua incapacidade relativa.

De forma semelhante ao instituto do casamento, os indivíduos entre dezesseis e dezoito anos devem ter direito ao suprimento judicial do consentimento de seus pais para não submeter-se a determinado tratamento médico. A pretensão do relativamente incapaz de *não-fazer*, ou seja, não submeter-se ao tratamento, merece tutela jurídica tanto quanto a sua pretensão de *fazer* que é casar.

Surge, porém, uma indagação a respeito da falta responsabilização do paciente por sua escolha na relação médica. Como visto, o casamento cessa a incapacidade para todos os atos da vida civil, ou seja, com o exercício de um direito, vem o peso da capacidade para adquirir deveres. Mas é preciso observar a justificativa por trás da regra. O casamento gera complexos efeitos patrimoniais para ambos os cônjuges e para a sua eventual prole. Por essa necessidade, de gestão do patrimônio, que se torna fundamental que o nubente adquira a capacidade civil com o casamento.

Quanto tratamos da decisão de não submissão a um tratamento médico, porém, estamos diante de uma relação de cunho essencialmente existencialista. Ainda que esta decisão possa gerar efeitos patrimoniais (por exemplos sucessórios, caso resulte na morte do paciente), estes serão sempre indiretos e jamais devem se sobrepôr ao latente direito existencial de autodeterminação individual que está em foco. Não há questão patrimonial que possa ser mais importante do que a questão existencial em jogo, qual seja, a realização da dignidade do paciente, a concretização de seu plano individual de vida digna.

Portanto, não é imperioso, nesse caso, que cesse para o paciente a incapacidade, o que também não significa dizer que este estará isento de responsabilização pela decisão tomada. Na verdade, não haveria como escapar dessa responsabilização, por ela ser de cunho existencial – no momento em que a decisão foi formulada e acatada em juízo, e o paciente não recebeu o tratamento, ele já estará arcando com as consequências de sua escolha. Lembrando que, como qualquer outro paciente, inclusive os maiores de dezoito anos e capazes, tem o direito de mudar de opinião a respeito de seu conceito de vida digna, e ser submetido ao tratamento anteriormente rejeitado. A informação atrelada ao consentimento implica no conhecimento dos eventuais danos irreversíveis que possam ocorrer nesse meio tempo, o que não importa em responsabilização de ninguém caso de fato ocorram, da mesma forma que não importariam caso o relativamente incapaz fosse capaz.

As diretivas antecipadas

As diretivas antecipadas são, na definição da Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no

momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade, como nos casos de doença crônico-degenerativa.

As diretivas são, portanto, um importante meio de exercício da autodeterminação individual do paciente, e representam a concretização da dignidade em uma nova situação: a de *morte digna*. O paciente poderá optar entre várias possibilidades, que incluem o prolongamento artificial ou não da vida, ou, em situações-limite, sua abreviação. [9]

Além disso, para o médico, as diretivas antecipadas serão um guia de como agir quando não for mais possível o diálogo com o paciente. Como já anteriormente exposto, o dever de salvar vidas não é salvá-las a qualquer custo, mas garantir a dignidade do doente, mesmo quando este é mentalmente incapaz. Além disso, as diretivas também servirão como meio de resguardá-lo por eventual responsabilização por fazer ou não fazer uso de determinado tratamento.

Apesar de representar uma importante avanço na relação médico-paciente, as diretivas antecipadas, tal qual estipuladas na Resolução do Conselho Federal de Medicina, não asseguram o exercício de autodeterminação individual do paciente da melhor forma.

A Resolução determina que as diretivas sejam registradas pelo médico no prontuário do paciente, mediante sua autorização. Não exige, porém, testemunhas ou assinaturas, pois o médico seria detentor de fé pública em razão de sua profissão, e portanto, seus atos teriam efeitos legais. O paciente pode optar por registrar as diretivas antecipadas em cartório, no entanto, este documento não será exigido para que o médico cumpra a vontade do paciente, sendo suficiente o registro no prontuário.

Este modelo de registro é passível de diversas fraudes. Para ser válida, a diretiva antecipada deveria ter pelo menos um registro de sua existência em cartório, tal como um testamento público ou cerrado, e, da mesma forma que estes, também deveria haver presença de pelo menos duas testemunhas, que assinariam o documento, bem como o próprio paciente. É inadmissível que qualquer documento, para ter validade jurídica, não necessite pelo menos da assinatura do declarante!

Outra determinação da Resolução é que, independente da forma (em prontuário ou cartório), essa vontade não poderá ser contestada por familiares, sendo o único capaz de alterá-la o próprio paciente. Além disso, é possível que o paciente nomeie um representante, que pode ser ou não seu parente, sendo certo que a família não tem prioridade sobre o representante legal. Esta determinação está de acordo com a concretização do projeto de vida, mesmo que perto de seu fim, que cada um tem para si, expressão de sua autonomia individual. Porém, para revestir de tamanha autoridade a manifestação de vontade do paciente, também é imperioso a sua assinatura e de suas testemunhas, e o registro do documento, de forma que não possa ser contestada.

Outro problema está no critério de validade das diretivas antecipadas. De acordo com a Resolução, apenas as pessoas capazes para os atos da vida civil podem fazer diretivas. Os incapazes não podem nem mesmo ser representados ou assistidos por seus pais ou tutores neste ato, que é, portanto, personalíssimo. Porém, a Resolução determina que, nesses casos, a vida e o bem-estar dos incapazes é responsabilidade do Estado. Não deve ser admitida, de forma alguma, uma determinação paternalista e aniquiladora da liberdade individual como esta.

O critério correto para a validade das diretivas antecipadas é o consentimento informado do paciente que a emitiu, não obstante sua relativa incapacidade jurídica.

Em nosso ordenamento, os relativamente incapazes que estiverem em uma situação médica desse tipo têm a sua autonomia privada patrimonial garantida, pois

aqueles entre dezesseis e dezoito anos de idade têm, pelo Art. 1.860, par. único, do Código Civil, capacidade de testar, capacidade esta que não se confunde com a capacidade civil, da mesma forma que a capacidade para consentir. Ressalte-se que o caput do artigo não confere capacidade testamentária aos que, no ato de fazê-lo, “*não tiverem pleno discernimento*”. Pela autorização de seu parágrafo único, fica implícito o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, dos maiores de dezesseis anos como pessoas dotadas de pleno discernimento para manifestação prévia de vontade.

Além disso, como o testamento é ato personalíssimo, não tem lugar a assistência dos pais ou representantes legais do relativamente incapaz nesse ato, devendo o testamento resultar tão somente da vontade do declarante. Não há, também, previsão de necessidade de revisão do testamento quando este atingir a maioridade. Por fim, cabe lembrar que a incapacidade superveniente do testador, por doença terminal, por exemplo, não invalida o testamento (Art. 1.861 do Código Civil). [10]

Ora, se é permitido pelo ordenamento que o relativamente incapaz faça disposições a respeito de seu patrimônio, o que obsta que disponha também sobre questões existenciais? Para pessoas nesta faixa de idade, inclusive, muito mais valiosa é a preservação de seus direitos da personalidade do que de eventuais bens que possuam, visto que, via de regra, os relativamente incapazes que possuem patrimônio são uma exceção, mas os direitos da personalidade são inerentes a toda pessoa humana.

Diante de todas essas questões, fica evidente a necessidade de uma autorização legislativa para que os maiores de dezesseis anos possam fazer diretivas antecipadas, tendo a validade de sua manifestação de vontade assegurada por sua assinatura e de suas testemunhas, e pelo seu registro, em ato personalíssimo. Além disso, um diploma legal é o instrumento apto para dispor sobre questões controversas do tema, como a recusa pessoal do médico em cumprir a diretiva, o surgimento de novo tratamento não existente à época do registro da diretiva, dentre outros. Dessa forma, a manifestação de vontade do paciente, mediante o consentimento informado, além de válida, será absoluta, de forma a assegurar a preservação de sua dignidade como pessoa humana.

Análise jurisprudencial

Julgou o tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em ação cautelar intentada pela fundação mantenedora do Hospital Geral de Caxias do Sul, pleiteando a realização de transfusão de sangue contra a vontade de paciente Testemunha de Jeová, para tentar salvar-lhe a vida, no sentido de fazer valer a manifestação de vontade da paciente. Disse o relator, Des. Cláudio Baldino Maciel, em seu voto: [11]

“A liberdade de crença expressada pela paciente, ora agravante, reveste sua vida de sentido, sentido este não compreendido, na sua verdadeira dimensão, por quem não vive e não comunga de tais valores. A dignidade que emana da sua escolha religiosa tem tamanha importância para ela que, entre correr o risco de perder a vida, mas permanecer íntegra em relação aos seus valores/ideais religiosos, e receber uma transfusão de sangue, tendo violados seus valores e sua dignidade de pessoa humana, esta escolheu manter-se íntegra em sua crença.

O presente recurso é a representação clara da irrisignação da agravante frente ao que considera desrespeito às suas convicções, pois não aceita ser submetida a tratamento com o qual não concorda.

A postulante “não quer morrer, não está escolhendo morrer”, como afirma em suas razões recursais, apenas nega-se a receber tratamento que viola suas crenças e aceita em face disso correr risco de morte ou ter sua melhora postergada.

A Constituição Federal protege o direito à vida, a dignidade da pessoa humana e a liberdade de crença na mesma proporção. O direito à vida, diferentemente do que se possa acreditar, não é valor “super-preponderante”, é condição para o exercício dos demais direitos, mas isso não o torna blindado quando conflitante com os demais valores fundamentais postos na Carta Magna.

(...)

Não vejo como possa a recorrente ser submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial; tratamento este que não obstante possa preservar-lhe a vida, retira dela toda a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido, desnecessária, vazia.

Desse modo, constata-se que o pedido da postulante é para que o Poder Judiciário proteja essencialmente seu direito de escolha, direito calcado na preservação de sua dignidade, para que somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas.

A questão está, em última análise, em saber quais os limites da intervenção de um Estado democrático e pluralista na órbita individual, mesmo em situações extremas.

O Estado brasileiro, conquanto laico ele próprio, é conformado pelos valores do pluralismo, sendo direito de seus cidadãos viver de acordo com distintos valores e crenças.”

O entendimento do Desembargador acerca da proteção do direito à vida é no mesmo sentido exposto no presente trabalho, de que a vida que o ordenamento procura proteger é a vida digna, em sua concepção única para cada indivíduo. Para a recorrente, a vida após a transfusão de sangue, ainda que talvez com maior saúde física, seria de dor e sofrimento psicológico, e, portanto indigna. Não cabe ao médico, à família e nem ao juiz querer impor um tratamento contra a sua vontade, especialmente porque as consequências diretas de sua escolha recairão apenas sobre ela mesma. No mesmo sentido posiciona-se julgador:

(...)

Evidentemente, se os valores ou a crença de alguém fossem, por sua exteriorização, nocivos a terceiros ou ao corpo social, não haveria maior dificuldade na solução do problema. Mas quando a crença de alguém não coloca sob risco direitos de terceiros, a questão é saber-se se, também nesse caso, o Estado pode intervir na órbita individual para “salvar a pessoa dela própria”.

(...)

Colocada assim a questão, dir-se-ia que o Estado não pode intervir nessa relação íntima da pessoa consigo mesma, nas suas opções filosóficas, especialmente na crença religiosa, constitucionalmente protegida como direito fundamental do cidadão, mesmo que importe risco para a própria pessoa que a professa (e para ninguém mais), sob pena de apresentar, o

Estado, sua face totalitária ao ingressar cogentemente no âmbito da essência da individualidade do ser humano, onde não deve estar.”

Aqui, ele se expressa contra o paternalismo negativo, que ocorre quando o Estado limita a liberdade do indivíduo para protegê-lo de si mesmo, pois vislumbra em tais medidas caráter totalitário, como de fato o são. Como dito, na nova ordem civil-constitucional, todos os indivíduos tem um espaço individual e intransponível, formulado por suas crenças, gostos, opiniões e escolhas para o projeto de vida que deseja para si. Não cabe ao Estado interferir nessa esfera particular. A liberdade de escolha acerca do próprio destino não pode ser exceção. [12]

No entanto, esses conceitos por vezes se confundem na mente dos juristas, como veremos a seguir.

(...)

Ainda em outro caso poderia – penso - o Estado intervir. Se a pessoa, ainda que tivesse manifestado sua vontade por escrito, caísse em estado de inconsciência. E isto porque da vontade antes expressa sempre alguém, ante a proximidade da morte, poderá recuar, poderá arrepender-se, inclusive em face da excitação do instinto de autopreservação ante a aproximação do momento extremo. Inconsciente, tal pessoa teria suprimida tal possibilidade de recuar da decisão anterior, o que permitiria, em meu sentir, que, também nesta hipótese, o Estado-juiz estabelecesse que o direito à vida deve ser preservado.

(...)

Afigure-se a hipótese de que determinada pessoa tome ciência de que tem uma doença grave. Desde que submetida a doloroso e custoso tratamento, terá uma sobrevida de alguns meses. Sem tratamento, terá uma sobrevida muitas vezes menor. Neste caso, parece não haver dúvida de que a pessoa pode optar por não se submeter ao tratamento, mesmo que com isto diminua sensivelmente o período de vida. Ou seja, também aqui prevalece, em face do princípio da dignidade da pessoa humana, a decisão do paciente devidamente esclarecido, mesmo que isso também signifique violação ao direito à vida, já que a escolha poderia significar consciente abreviação da vida em prol de melhores condições de existência, com menos dor, aflição e sofrimento.”

Nesse momento, parecemos estar diante de posições contraditórias do julgador. Poderia o paciente fazer diretivas antecipadas diante de uma grave doença, porém, no momento em que, por consequência direta ou não de sua diretiva, caísse em estado de inconsciência, esta vontade deixaria de ser respeitada? Ora, não parece certo que, justo no momento em que o paciente mais necessita de atenção à manifestação escrita de sua vontade, pois de outra forma não pode exprimi-la, esta seja ignorada. Dessa forma, estaríamos tirando das diretivas antecipadas a sua razão de ser, qual seja, um meio de fazer valer a vontade do indivíduo quando este já não pode se fazer ouvir.

“(…)

Por isso, tenho que o Poder Judiciário não pode autorizar previamente que o hospital ou o médico adotem, contra a vontade manifesta e atual da paciente, a transfusão de sangue, desde que a paciente lucidamente permaneça com a convicção e manifeste, presentemente, municiada das

informações adequadas e necessárias, especialmente quanto ao grau de risco decorrente de sua opção, que não aceita tal tipo de intervenção porque a mesma contraria sua crença religiosa.”

Ao final de sua decisão, o relator adota como critério para a preservação da vontade da paciente que esta permaneça lucidamente com esta convicção e que o seu consentimento seja informado. Omitiu outro critério já tido como necessário mais anteriormente no voto, o de capacidade civil, sendo admitida, no caso dos relativamente incapazes, a intervenção do Estado na decisão individual, entendimento que não deve prosperar.

Parece um absurdo que os relativamente incapazes de dezesseis a dezoito anos não tenham sua opinião levada em consideração em uma situação tão importante, quando possuem autonomia em tantas outras questões da vida civil, como o casamento e o testamento. Mas mais absurdo ainda é assumir que a opinião a ser considerada deve ser, automaticamente, a estatal. É demasiado abusivo que uma pessoa pública defina o rumo de uma situação tão particular na vida de uma pessoa privada. Ao Judiciário cabe intervir nas relações privadas com essência de mediador, fazendo a solução surgir das partes, e menos como conciliador.

Mais alarmente ainda é a posição do desembargador Umberto Guaspari Sudbrack, que votou em sentido contrário, defendendo a realização compulsória da transfusão de sangue:

“O médico e a instituição hospitalar, ao prestarem seus serviços aos pacientes, têm o dever de manejar todas as variáveis técnicas ao seu alcance, capazes de atuar de forma decisiva no progresso do estado clínico do enfermo, o que inclui, no caso concreto, a transfusão de sangue.

A corroborar essa assertiva, o Código de Ética Médica, em seu art. 46, dispõe que o profissional, em caso de iminente perigo de vida, efetuará qualquer procedimento médico sem o prévio consentimento tácito ou explícito do paciente.

O mesmo código define a medicina como “profissão que tem por fim cuidar da saúde do homem, sem preocupações de ordem religiosa”, tendo o médico o dever de “agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”.

Nesse passo, não há necessidade nem utilidade da intervenção jurisdicional, no caso concreto, pois o médico é obrigado a empreender todos os meios disponíveis para salvar a vida dos pacientes. Ao profissional da medicina subjaz a obrigação de cunho moral, legal e ético, atuável no empenho de esforços necessários para a manutenção da vida do paciente, em caso de risco, cenário reproduzido nos autos em exame.”

Da mesma forma posicionou-se este julgador em outra ocasião, quando foi relator em apelação cível interposta por hospital contra a decisão que indeferiu a inicial que pleiteava ordem judicial para a realização de transfusão de sangue em paciente contra a sua vontade: [13]

“(…) não há necessidade nem utilidade da intervenção jurisdicional, pois o médico é obrigado a empregar todos os meios disponíveis para salvar a vida dos pacientes. Portanto, diversamente do alegado nas razões recursais, a manifestação judicial não é imprescindível, porquanto o profissional da

medicina tem o dever de tratar o internado, em caso de risco de vida, independentemente de seu consentimento.”

Estes argumentos são claramente defensores da relação médica tradicional, já ultrapassada, na qual o médico é uma autoridade inquestionável por sua superioridade técnica, ditador do destino ao qual o paciente deve inevitavelmente submeter-se. Ora, o bom profissional médico, como já dito, não é o que almeja a sua realização pessoal ao fim do dia, mas sim a realização pessoal de seu paciente-cliente. Afinal, trata-se de uma prestação de serviço, e, como em todos os contratos desse tipo, quem decide qual o resultado a ser atingido deve ser o cliente, e não o prestador. A este cabe fazer uso dos meios e da técnica para satisfazer o primeiro.

O ministro revisor deste caso votou também pela não intervenção do Judiciário na questão, no entanto, sua justificativa foi outra:

“Acompanho o eminente relator no que diz respeito ao julgamento de carência da ação por falta de interesse processual, porém por motivos diversos.

(...)

Uma vez seguidos os procedimentos adequados para a obtenção do consentimento/recusa informado(a), tem-se que foram cumpridas todas as formalidades jurídicas ao caso, não cabendo ao judiciário interferir na relação médico-paciente.”

Fundamentando seu argumento em extensa doutrina, o revisor pretende preservar a autonomia privada existencial dos pacientes, mediante o consentimento informado. No entanto, nem sempre a omissão do Poder Judiciário representa uma concretização do exercício dessa autonomia. Por vezes, a intervenção judicial é requisito para tal, como nos casos de oposição da vontade do paciente com a de sua família, em que deve ser apreciada em juízo a possibilidade de suprimento do consentimento dos familiares com a decisão do paciente.

Também pela necessidade do consentimento informado temos um julgado TJRJ cuja ementa dispõe: [14]

“INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. CONSENTIMENTO INFORMADO INOBSERVÂNCIA DO ART. 15 CC/02. PRECEDENTES. DANO MATERIAL. PERDA DA CHANCE. DANO MORAL CONFIGURADO. O paciente deve participar na escolha e discussão acerca do melhor tratamento tendo em vista os atos de intervenção sobre o seu corpo. Necessidade de informações claras e precisas sobre eventual tratamento médico, salientando seus riscos e contra-indicações, para que o próprio paciente possa decidir, conscientemente, manifestando seu interesse através do consentimento informado. No Brasil, o Código de Ética Médica há muito já previu a exigência do consentimento informado ex vi arts. 46, 56 e 59 do atual. O CC/02 acompanhou a tendência mundial e positivou o consentimento informado no seu art. 15. A falta injustificada de informação ocasiona quebra de dever jurídico, evidenciando a negligência e, como consequência, o médico ou a entidade passa a responder pelos riscos da cirurgia não informados ao paciente. A necessidade do consentimento informado só poderá ser afastada em hipótese denominada pela doutrina como privilégio terapêutico, não ocorrentes no presente caso. (...)”

Aqui, percebe-se uma concepção da relação médico-paciente atualizada, em que este é informado e efetivamente ouvido. Além disso, o seu consentimento informado é reconhecido como exigência para a sua submissão a determinado tratamento médico. No caso, considerou-se que o médico quebrou o seu dever, que é não só ético, como também jurídico, de informar corretamente o paciente, razão pela qual foi civilmente responsabilizado.

Devido ao segredo de Justiça em que correm os processos envolvendo os menores de dezoito anos, não foi possível encontrar muitos julgados que tratassem da questão específica dos relativamente incapazes. Mesmo no que tange aos indivíduos juridicamente capazes, porém, o quadro jurisprudencial, apesar de animador por apresentar alguns julgados atualizados com as concepções mais atuais do direito civil-constitucional e da prática médica, ainda é permeado por outros de posição claramente tradicionalista e retrógrada.

Conclusões

A tutela da autonomia privada existencial através da autodeterminação sobre o destino do próprio corpo deve ser estendida, sempre que possível, ao relativamente incapaz. Há uma distinção entre a incapacidade jurídica e a incapacidade para consentir em tratamentos médicos. O incapaz deve ser ouvido sempre e, depois disso, é necessário que haja uma avaliação casuística a respeito de da maturidade de seu consentimento informado, devendo ser respeitada a manifestação de seus interesses caso a avaliação seja positiva.

Referências

- [1] BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- [2] BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina. *Saúde, Corpo e Autonomia Privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- [3] DWORKIN, Gerald. *Paternalism*. In: *The Monist*, Vol. 56, no. 1. 1972, pp. 64-84.
- [4] LÓPEZ CALERA, Nicolás. *La vida y la muerte ante la ética y el derecho: paternalismo médico y desarrollo científico*. Doxa. N. 15-16 (1994). ISSN 0214-8876, pp. 715-729.
- [5] BOMTEMPO, Tiago Vieira. *Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11206&revista_cader no=6>. Acesso em: Jun 2013.
- [6] NUNES, Lydia N. B. T. *O incapaz e o consentimento informado*. In: *Seqüência*. UFSC, Florianópolis, SC, Brasil, 2007, ISSN 2177-7055, pp. 287-302. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15058>>. Acesso em: Jun 2013.

[7] BARBOZA, H. H. G. . *Poder Familiar em face das práticas médicas*. Revista do Advogado (São Paulo), São Paulo, v. 76, p. 40-46, 2004.

[8] BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Bioética e Direitos Fundamentais* (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2012.

[9] FACHIN, L. E.; RUZYK, C. E. P.; FACHIN, M. G. e GONÇALVES, M. A. R. *O presente do futuro incapaz*. In: Publicações do Portal do site do Ministério Público de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/34114>>. Acesso em: Jun 2103.

[10] PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de Direito Civil – Direito das Sucessões*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

[11] AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 70032799041. TJRS. Julgado em 06 de Maio de 2010.

[12] BODIN de MORAES, Maria Celina . *Ampliando os direitos da personalidade*. In: José Ribas Vieira. (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 369-388.

[13] APELAÇÃO CÍVEL nº 70020868162. TJRS. Julgado em 22 de Agosto de 2007.

[14] APELAÇÃO CÍVEL nº 2006.001.13957. Nona Câmara Cível do Estado do Rio de Janeiro. Julgado em 17 de Outubro de 2006.