

Bioética clínica e direito médico

Clinical bioethics and medical right

José Geraldo de Freitas Drumond*

RESUMO: Algumas sociedades progrediram bastante na elaboração de princípios e normas para a proteção da pessoa, definindo direitos e deveres do Estado, dos prestadores de serviços e dos profissionais que atuam na área da saúde. O Direito Médico, como ramo autônomo do Direito, baliza a práxis médica, a relação clínica e as consequências delas derivadas e tem por finalidade a proteção jurídica do ser humano face à prática e às técnicas médicas, definindo princípios básicos que regulam a relação médico-paciente, direitos e deveres de médico, pacientes e outros profissionais da saúde. A prática médica deve ter como princípio norteador a benemerência e o bem-estar do paciente, em consonância com os seus legítimos interesses e fundamentada na *Lex artis*. O médico não pode exercer a beneficência de modo absoluto, mas dentro dos limites estabelecidos pelo respeito à dignidade intrínseca de cada pessoa, considerando sua liberdade de decidir. O modelo da autonomia deve ser o preponderante na relação clínica e o consentimento informado constitui seu elemento essencial para o aperfeiçoamento do contrato de prestação de serviços médicos, que implica em um acordo de vontades. A legislação brasileira exige a manifestação expressa de vontade (consentimento) do paciente para ser submetido a tratamento ou intervenção médico-cirúrgica. O Código de Ética Médica se encontra perpassado pelo princípio da autonomia. Adequar o exercício da Medicina aos requisitos formais demandará a compreensão das partes implicadas na relação clínica, relativamente às múltiplas facetas que entrelaçam a moralidade profissional e o Direito Médico. O médico deverá respeitar a opinião do paciente como um colaborador indispensável, para se alcançar os resultados colimados. O paciente deverá aprender a tomar decisões junto com o seu médico e ser corresponsável pela gestão de sua saúde. Essa é a nova relação clínica.

PALAVRAS-CHAVE: Bioética. Profissional da Saúde. Legislação Médica.

ABSTRACT: Some societies progressed enough in proposing principles and standards for protecting persons, defining rights and duties of the State, of services providers and professionals who work in the health field. Medical Right, as an autonomous branch of Right, mark out medical práxis, clinical relationships and different consequences, aiming at the legal protection of human beings as a ultimate goal of medical practice and medical techniques, defining basic principles that regulate the patient-doctor relationship, rights and duties of patients, doctors and other health professionals. Medical practice must take as a guiding principle beneficence and the well-being of patients, in harmony with their legitimate interests and based on *Lex artis*. Doctors cannot practice beneficence in an absolute way, but according to the limits established by respect for the intrinsic dignity of persons, considering their freedom of decision. The model of autonomy must be the foundation in the clinical relationship and the informed consent constitutes the essential element for the improvement of the contract of medical services, which ask for an agreement of wills. The Brazilian legislation demands the definite demonstration of will (consent) of the patient to be subjected to surgical-medical treatment or interventions. The Code of Medical Ethics is guided by the principle of autonomy. To adapt the practice of Medicine to the formal requisites will demand the understanding of the parts implicated in clinical relationships as regards the multiple facets that intertwine professional morality and Medical Right. Doctors will have to respect patients' opinion, seeing them as an collaborators, in order for the desired results be reached. Patients will have to learn how to take decisions together with their doctors and as co-responsible for the management of their health. This is the new clinical relationship there is.

KEYWORDS: Bioethics. Health Personnel. Legislation, Medical.

INTRODUÇÃO HISTÓRICA

O Direito e a Medicina nasceram gêmeos no socorro às necessidades do homem, desde o início dos tempos. No Livro Sagrado (Gênesis) está escrito que Javeh, depois de ter criado o mundo, fez aparecer o homem e a mulher, oferecendo-lhes o paraíso para viver. No Éden viveriam felizes e teriam liberdade para agir desde que obedecessem as leis. Surgia, assim, junto com o homem e a mulher, o regulamento da conduta social como pré-condição para se viver em paz. Nasceu daí o Direito como a regulação da conduta livre e o dever de submissão à regra para se viver em paz. No entanto, o casal transgrediu as normas e,

em consequência, teve como castigo a expulsão do Paraíso, passando a experimentar o sofrimento e a morte.

Então, o homem desenvolveu remédios para mitigar suas dores fazendo surgir a Medicina. Destarte, à maneira bíblica, foram criados o Direito e a Medicina, como ramos de um tronco comum. Desde então, médico e advogado exercem um poder sobre os homens para garantir a vida e a saúde ou preservar a liberdade, respectivamente¹.

O médico incorporou o compromisso profissional do respeito à vida e à pessoa, que se transformou em dever fundamental, de acordo com as normas morais que a própria profissão impôs; no entanto, sua intervenção sobre o paciente nem sempre resulta em benefícios e, com frequência, pode produzir consequências danosas ao paciente.

* Médico. Professor Titular de Bioética e Ética Médica da Unimontes. Coordenador do Comitê de Ética em Pesquisa das Faculdades Pitágoras, Montes Claros, MG.

Por seu turno, o paciente e a sociedade na qual se encontra inserido demandam a Justiça para fazer valer os seus direitos fundamentais e inalienáveis, dentre os quais o direito à vida e a saúde são considerados essenciais.

FUNDAMENTOS DO DIREITO MÉDICO

Na Antiguidade, no chamado Período Babilônico (1.800 a.C. – 1.100 a.C.), sob o reinado de Hammurabi, foram elaboradas normas penais particularmente severas para os que exerciam a arte de curar e que têm grande importância na evolução histórica do Direito Médico:

“(…) se um médico abriu um tumor ou tratou com faca uma ferida grave ou curou um olho doente ele receberá dez siclos de prata se o paciente for um homem livre, cinco siclos se for um descendente de plebeus, dois siclos se for um escravo. Se um médico abriu um tumor ou tratou com faca uma ferida grave, e isso causou a morte da pessoa; se o médico fez o paciente perder o olho, então suas mãos serão cortadas, se se tratar de um homem livre. Se se tratar do escravo de um plebeu, ele deverá fornecer outro escravo”.

O Código de Hammurabi é historicamente reconhecido como a primeira legislação particularmente severa contendo sanções penais e econômicas para os delitos cometidos por profissionais da Medicina.

Na China, normas penais foram compiladas na Lei *Ta Tsin Leu Lec* que estabeleceu regulamentos para o exercício da Medicina, os quais previam a nomeação de peritos para comprovar a existência da culpa do médico. Essas normas previam sanções como a suspensão do exercício profissional e o ressarcimento econômico do paciente prejudicado. No Direito Romano, a *Lex Aquilea* foi a principal fonte para a fundamentação da responsabilidade civil do médico, ao conceituar o dano culposo como sendo aquele produzido sem intenção, porém causado por imprudência ou negligência. Essa lei contemplava, ainda, normas relativas ao abandono do paciente e condutas na experimentação.

O *Digesto*, reputada compilação legislativa, a mais importante desde a sua elaboração por determinação do imperador bizantino Justiniano I, no ano 530 da era cristã, estabelecia a atuação do médico em decorrência de sua manifesta imprudência.

No Direito Espanhol, o *Código de Las Siete Partidas*, principal instrumento jurídico da era medieval, previa a suspensão do exercício profissional, o desterro e, inclusive, a pena de morte para médicos que atuavam de modo imperito ou além dos limites de sua competência.

Constata-se, desde os primórdios da civilização, a demanda das sociedades para que uma progressiva regulamentação e controle das atividades profissionais concernentes à saúde – mormente a Medicina – e a imposição de sanções com o fito de ressarcir o dano pessoal, bem como restabelecer o equilíbrio social.

O DIREITO MÉDICO MODERNO

A práxis médica se fundamenta no compromisso com a vida e a saúde, na terapêutica do serviço desinteressado ao outro e na autonomia técnico-científica do profissional.

Os avanços científicos, observados principalmente na última metade do século passado no campo da saúde, propiciaram uma ampliação de expectativas baseadas nos prodigiosos feitos da tecnologia, mais propriamente da biotecnologia.

O século XX, a era das grandes descobertas como as vacinas e os antibióticos, deixou um legado técnico-desenvolvimentista que culminou com a interação da biologia com a informática, e do ser humano com a computação. Os resultados apareceram, quase que na velocidade da luz, sob a forma de técnicas que robotizam a medicina e possibilitando a intervenção no ser humano, onde quer que ele esteja (telemedicina).

Concomitantemente, o cidadão passou a se sentir em geral inseguro, quando não frustrado ou ameaçado, quanto à realidade científica dos tempos hodiernos, ao constatar o paradoxo existente entre o estado atual da tecnologia em saúde e a realidade ofertada pelos sistemas de saúde.

Algumas sociedades progrediram bastante na elaboração de princípios e normas para a proteção da pessoa, definindo direitos e deveres do Estado, dos prestadores de serviços e dos profissionais que atuam, direta e indiretamente, sobre a saúde, ademais do próprio sujeito dessas ações, o paciente.

Na Europa e em diversos países americanos, por exemplo, a promulgação frequente de leis tende a delimitar, cada vez mais, as relações dos diversos atores presentes nos sistemas de saúde, acrescidas de uma crescente

jurisprudência dos tribunais civis e penais. Paralelamente, alguns países já alcançaram um estágio de consolidação de normas suficiente para dirimir conflitos observados pelas relações propiciadas pelos sistemas de saúde.

AS FONTES DO DIREITO MÉDICO MODERNO

No plano internacional, notadamente depois da Segunda Grande Guerra, constituem fontes fundamentais do Direito Médico, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (1948); a Declaração para a Promoção dos Direitos do Paciente na Europa, originada da Organização Mundial de Saúde (1994); o Convênio do Conselho da Europa para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano, com respeito às aplicações da Biologia e da Medicina (1999); o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (1966); a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, promulgada pela Unesco (1997) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).

Três organismos internacionais têm se sobressaído como uma fonte permanente do Direito Médico internacional: a Organização Mundial de Saúde, a Organização Pan-americana de Saúde e a Associação Médica Mundial.

No âmbito de cada país, a legislação sanitária vem se ampliando com as reformas constitucionais e leis ordinárias que estabelecem princípios, salvaguardas, direitos e obrigações, atinentes ao provimento da saúde aos seus nacionais.

O primeiro documento moderno sobre os direitos do paciente teve lugar nos Estados Unidos da América, após demandas insurgidas contra a postura paternalista de médicos e hospitais. Constituíram um marco histórico as 26 demandas da Organização Nacional pelos Direitos de Bem-estar dos Estados Unidos, apresentadas no mês de junho de 1970, ante a comissão conjunta de acreditação de hospitais formada pela Associação Médica Americana, Associação Americana de Hospitais, Colégio Americano de Médicos e Colégio Americano de Cirurgiões.

As pressões dos usuários do sistema de saúde norte-americano determinaram, no ano de 1972, a adoção da Declaração de Direitos do Paciente pela Associação Americana de Hospitais, pela qual se reconhecem as seguintes prerrogativas: cuidado respeitoso; acesso a toda informação médica; informação necessária para o consentimento infor-

mado; recusa de tratamento; privacidade; confidencialidade; resposta às demandas de atenção; informação médica sobre atendimento em outras instituições; recusa na participação em projetos de pesquisa; continuidade da atenção médica; acesso e explicações sobre despesas e acesso aos regulamentos do hospital.

Essas mudanças de atitude, conquistadas por movimentos sociais em prol dos direitos dos pacientes alcançou, durante a década de 1970, países europeus, sendo tais direitos incorporados às diversas legislações nacionais. No entanto, esse fenômeno só chegou ao continente latino-americano no final do século XX no bojo das reformas das constituições nacionais e de outros estatutos como os códigos civil e penal, assim como a promulgação de códigos de defesa do consumidor e leis nacionais de saúde que passaram a constituir fontes progressivas do direito médico comparado. Além disso, organizações colegiadas de profissionais de saúde contribuem para o incremento do Direito Médico, por meio da elaboração de seus códigos deontológicos ou códigos de ética.

O Direito Médico pode ser considerado um ramo autônomo do Direito que balisa a práxis médica, a relação médico-paciente e as consequências dela derivada. Sua finalidade é a proteção jurídica do ser humano em face da prática e das técnicas médicas, definindo princípios básicos que regulam a relação clínica, os direitos e deveres de médicos, pacientes e demais profissionais, cujo resultado final deve ser a proteção integral da saúde².

Essa área especializada da ciência jurídica reúne saberes e experiências de outros campos do conhecimento humano, notadamente do Direito, de onde se originou, e vem ganhando notoriedade devido à importância de seus fundamentos, que propõem nortear as relações sociais no que tange à proteção à vida e à saúde do ser humano. Daí porque a estruturação de um direito médico se justifica na medida em que se considera o direito de ser protegido contra doenças, o direito à vida, o direito à integridade biológica e a obrigação do Estado para com a saúde em uma sociedade organizada e tutelada por normas³.

BIOÉTICA E DIREITO MÉDICO

O neologismo bioética foi originalmente cunhado por Fritz Jahr, teólogo e pastor protestante de Halle que, em 1927, na Alemanha, que publicou na conceituada re-

vista *Kosmos*, artigo intitulado “*Bio-Ethik: Eine Umschau über die ethischen Beziehungen des Menschen zu Tier und Pflanze*”.

Cerca de cinquenta anos depois, essa inusitada reflexão filosófica veio a se concretizar nos Estados Unidos, tendo Potter⁴ como um de seus protagonistas. Naquela nação a bioética foi alvo de diferentes abordagens metodológicas para o seu referencial teórico, entre as quais o principialismo, o modelo casuísta, o modelo do cuidado e modelo das virtudes.

Beauchamp, Childress⁵ adotaram o principialismo para a abordagem de dilemas éticos aplicáveis à práxis médica e que requerem para a sua atuação um perfeito equilíbrio entre si: beneficência, não-maleficência, autonomia e justiça.

Esse modelo, de natureza utilitarista, tem como inconveniente um excessivo pragmatismo influenciado pela cultura norte-americana donde se originou. Todavia, se torna útil como norma de referência para a análise de situações conflituosas, quando se encontra complementado por outros princípios não contemplados pela escola estadunidense.

A medicina e os médicos ainda se encontram fortemente impregnados pelo princípio da beneficência de Hipócrates, insculpido no Juramento hipocrático: “*Aplicarei os regimes para o bem dos doentes, segundo o meu saber e a minha razão, nunca para prejudicar ou fazer mal a quem quer que seja*”.

Destarte, o médico de Cós e os seus sucessores até os dias correntes têm praticado o “*bonum facere*” de acordo com o “seu saber” e a “a sua razão”, segundo o seu critério de julgamento profissional, submetendo o paciente à condição de receptor passivo de um “bem” que lhe é concedido, com critérios de atuação que escapam ao conhecimento e possível controle do enfermo.

Jaz na tradição hipocrática uma beneficência paternalista que não permite ao paciente, em geral, manifestar a sua vontade, devido a implícita superioridade excludente do julgamento profissional. A beneficência médica, muitas vezes, representa não mais que um paternalismo impositivo e cerceador da autonomia do paciente. O surgimento de sucessivas gerações do direito propiciou ao cidadão conquistas definitivas da autonomia e, portanto, do direito de decidir sobre si mesmo⁶.

Mas foi na sociedade estadunidense que, seguindo a tradição liberal anglo-saxônica, a autonomia consagrou-se como princípio predominante ou hipertrofiado de atenção médica, a ponto de Pellegrino ressaltar que o “bem

médico” é só uma parte do bem total e que os pacientes não deveriam outorgar a seus médicos a responsabilidade de determinar a totalidade de seu bem, assim como os médicos não deveriam admitir que lhes fossem outorgado um mandato tão amplo⁷.

Deve-se considerar que muitos direitos positivos e de bem-estar não aparecem de igual forma em todos os contextos culturais. Daí que a expressão “direito à saúde” pode ser considerada “coisa” suscetível de aquisição e venda. Melhor afirmar “direito aos meios para a construção e a preservação da saúde”, pois a saúde é um processo e um ritual pessoal que cada indivíduo administra segundo as suas predileções, se não afetarem negativamente a outros. Na demanda por direitos, devem ser distinguidos *direitos opcionais* dos *direitos essenciais*. Os primeiros surgem da liberdade individual e podem ser exercidos enquanto não façam dano a outros. Os segundos são vitais, também considerados como direitos de subsistência ou direitos de assistência, onde se destacam a alimentação, a habitação, a assistência à saúde e a educação, por serem consideradas as mais básicas e demandantes necessidades. Não se deve confundir essas necessidades com o *desejo*, que significa aspiração de um bem ou uma coisa. Muitas vezes ambas as demandas são formuladas como direitos, tema especialmente relevante quando se leva em conta a oferta de certos serviços que são terapêuticos em sentido especial ou restrito. São exemplos as tecnologias reprodutivas, que satisfazem o desejo (ou a necessidade?) de conceber de alguns casais estéreis à custa do desembolso de recursos que poderiam servir para fins mais altruístas. Também a cirurgia plástica pode cair no âmbito da chamada “*medicina do desejo*”. Por isso, deve-se reafirmar que um direito não é *per se* desejo, necessidade, interesse nem capacidade. No entanto, a lei pode legitimar direitos⁸.

BENEFICÊNCIA E AUTONOMIA

A prática médica deve ter o princípio norteador da benemerência, o bem-estar do paciente em consonância com os seus legítimos interesses, de acordo com critérios fundamentados na *Lex artis*. A medicina como atividade humana é, por necessidade, uma forma de beneficência⁹.

No entanto, o médico não pode exercer a beneficência de modo absoluto, senão nos limites estabelecidos pelo respeito à dignidade intrínseca de cada pessoa, con-

siderando a sua liberdade de decidir, a sua autonomia. Como direito do paciente, a autonomia deve estar adequadamente sopesada à beneficência, que é um dever médico. A autonomia se acha condicionada à capacidade de consentir do paciente e, em caso de limitações (em razão da própria doença, menoridade, retardo ou transtornos mentais, por exemplo), a decisão sobre o paciente trará aos seus responsáveis legais¹⁰.

A beneficência, como princípio bioético da promoção do bem distingue-se da tradição beneficente hipocrática por quatro delimitadores de sua ação: a necessidade de definição do “bem” para o paciente; a recusa ao “paternalismo”; a liberdade de decisão do paciente para e, finalmente, a aplicação da equidade na atenção prioritária aos pacientes mais vulneráveis.

Autonomia e paternalismo são como que faces distintas de uma moeda, verso e anverso que se excluem, pois uma face é negação da outra. A aplicação da beneficência sobrepujando a autonomia estaria justificada nos casos de sujeitos desprovidos da capacidade de consentir, na vigência de interesses sociais ou de terceiros (em consonância com o princípio da justiça). Quando justapostas, autonomia e beneficência podem gerar forte tensão na relação clínica e provocar conflitos muitas vezes insolúveis.

AUTONOMIA: JURISPRUDÊNCIA ORIGINÁRIA

O conceito de autonomia, que em Medicina implica necessariamente considerar o consentimento informado, segundo a tradição que tem raízes em Aristóteles que, ao se encontrar enfermo, exclamou ao seu médico: “Não me trates como a um boiadeiro nem como a um que cava a terra, senão que, depois de ilustrar-me primeiro da causa, me terás assim pronto para obedecer(...)”¹⁰.

A conceituação moral do princípio da autonomia é originária de Immanuel Kant, que respaldou a dignidade do ser humano baseado na sua autonomia moral, ou seja, na sua liberdade: o homem como o seu próprio agente moral.

Já o consentimento informado não é da tradição hipocrática senão que surge do Direito, sendo considerado uma das mais importantes colaborações à Medicina para a sua consolidação como um direito humano primário e fundamental, conformando-se à teoria dos direitos humanos¹⁰.

Embora Hipócrates, em sua prédicas, tenha aconselhado a seus discípulos informar os pacientes sobre o estado clínico, o dever de informação do médico só começou a ser discutido em finais do século XIX, como parte da doutrina alemã, alcançando notoriedade por sua jurisprudência e influenciando países como França e Estados Unidos.

A primeira decisão judicial referente ao consentimento informado ocorreu na Inglaterra, no ano de 1767, no famoso caso “Slater versus Baker & Stapleton”, em que o demandante solicitara de seus médicos a retirada do aparelho gessado de uma fratura da perna, que havia se consolidado parcialmente. No entanto, os médicos resolveram refratar o membro e colocá-lo em um aparelho experimental de modo a tracioná-lo e retificá-lo durante a recuperação. O Tribunal decidiu favoravelmente ao paciente demandante: “(...) e está claro que é razoável que um paciente deveria ser informado daquilo que se vai realizar, para que se arme de valor e tome consciência da situação, de modo que possa enfrentar a situação”.

Um dos primeiros textos legais com a finalidade de exigir dos médicos a necessária obtenção do consentimento prévio para experimentação científica foi promulgado pela Alemanha, no ano de 1931, sob o título “Diretrizes referentes às novas terapêuticas e à experimentação científica no homem” que, em seu artigo 12, vedava a experimentação nos casos em que não havia sido obtido o consentimento, ao mesmo tempo em que excluía da experimentação os menores de 18 anos e moribundos. Tragicamente essa legislação foi olvidada pelos médicos que colaboraram com o regime nazista.

No ano de 1906, o Supremo Tribunal de Illinois (EUA), julgando o caso “Pratt versus Davis”, limitou a aceitação do consentimento implícito para a hipótese de urgência vital e para aqueles casos em que o paciente, no uso de suas faculdades intelectuais e volitivas, livre e conscientemente, deixasse a seus médicos a decisão sobre o que pudesse afetá-lo.

Em 18 de janeiro de 2000, a Primeira Instância Civil da Corte de Cassação de Paris condenou um médico por não ter informado ao seu paciente, portador de uma forte miopia, do perigo de uma intervenção de catarata com anestesia local, firmando a seguinte jurisprudência: 1) a decisão de aceitar ou não a intervenção médica é do paciente; 2) ao médico cabe propor o tratamento e esclarecer o paciente, com informações adequadas, sobre os riscos e 3) o paciente assume os riscos da decisão tomada¹¹.

BASES JURÍDICAS DA RELAÇÃO CLÍNICA¹²

O modelo da autonomia deve ser o preponderante na relação clínica e o consentimento informado constitui elemento essencial para o aperfeiçoamento do contrato de prestação de serviços médicos, pois implica em um acordo de vontades. A análise da natureza do ato médico não é nada simples, do ponto de vista jurídico e médico-legal. A evolução da sociedade no transcurso dos séculos fez com que os médicos fossem observados sob duas perspectivas.

De um lado, a maioria da sociedade tem na figura do médico um ser quase mágico e onipotente, que sempre deve estar ao seu serviço para dar soluções às demandas de saúde. De outro, um já razoável número de descontentes com os resultados obtidos em intervenções médicas demandam queixas de responsabilidades ante os tribunais, com argumentos legais.

Deve-se contemplar o exercício da Medicina como a consolidação de um acordo de interesses. Assim, uma pessoa tem uma demanda sanitária e busca, voluntariamente, a um profissional que possa satisfazê-la. Por seu turno, o profissional médico aceita, de forma voluntária, assumir a prestação demandada. Surge daí a relação profissional médico-paciente que se concretiza no denominado contrato de serviços médicos, característica de uma relação contratual direta.

Atualmente, em decorrência da socialização da Medicina, essa relação se encontra alterada e muitas vezes distorcida, em razão de, em um grande número de casos, o solicitante do serviço não demandar diretamente a um médico específico, senão se dirige a uma instituição que oferta serviços médicos, mediante modelo de convênios. Daí brotam as denominadas relações contratuais complexas entre o médico e a pessoa solicitante do serviço, com a interposição de uma instituição provedora.

Mesmo sendo essa situação predominante nos sistemas de saúde público e complementar, é importante examinar a situação original – relação contratual direta – fazendo abstração da interposição institucional, já que, em realidade, essa última pode ter alguns efeitos adicionais sob o ponto de vista da responsabilidade civil. O ato profissional do médico, como negócio jurídico, somente será válido quando reunir os requisitos de legitimidade do autor, consentimento válido do paciente e finalidade adequada.

O Código Civil brasileiro¹³, pertinente ao artigo 104, preceitua que “a validade do negócio jurídico requer agen-

te capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”. Atendidos os requisitos, materializa-se uma relação entre médico e paciente que reúne todos os elementos de um negócio jurídico e que, no ordenamento legal vigente, adota a forma de um contrato a que se obrigam as partes.

Uma tendência forte na atualidade é considerar o contrato de serviços médicos um contrato misto ou complexo, já que goza de características presentes em diferentes classes de contratos. Mas há outras inclinações teóricas para distintas formas possíveis de contrato.

Uma delas é o entendimento de que entre o paciente e o médico se estabelece o denominado contrato de arrendamento de obra ou de empreitada (obrigação de fim). Sob esse prisma o profissional deverá concluir uma determinada tarefa (realizar uma determinada «reparação cirúrgica», se for admitido o conceito) e o paciente deverá remunerar o profissional mediante o pagamento de uma quantia previamente estabelecida e pactuada. É um exercício que deve se dar por meio de uma série de serviços, atos e meios que asseguram a obtenção de um resultado em troca de uma remuneração pactuada.

Como em todo contrato, naquele da execução de uma obra são estabelecidos determinados vínculos entre o paciente e o médico. De um lado se situa o vínculo científico ou técnico, que nasce do profissional e cuja finalidade é obter um resultado. De outro existe o vínculo patrimonial, que surge do cliente e tem como objetivo a remuneração daquele. Outra forma possível de negócio jurídico é a que surge quando a relação médico-paciente é considerada um contrato de arrendamento de serviços. Ainda que permaneçam os denominados vínculos científico e patrimonial, exsurge o conceito da obrigação de meios. Essa obrigação de meios se concretiza pela prestação diligente de cuidados baseados na ciência e técnica médicas e que estejam dirigidos para o restabelecimento, a melhora ou conservação da saúde da outra parte. Atua-se utilizando-se uma série ordenada de serviços tendentes a obter um resultado em troca de uma remuneração proporcional.

Nessa perspectiva, admite-se que o médico cumpre a sua obrigação contratual mesmo quando não tenha alcançado os resultados para os quais estavam dirigidos os seus cuidados, sempre que esses tenham sido prestados de forma diligente. Seja qual for a modalidade contratual invocada da parte do profissional, estará estabelecido o que

ficou conhecido como vínculo científico, pelo qual o profissional deve oferecer sua capacidade científica com vistas a solucionar um problema médico. Esse vínculo científico é invariável, independentemente da especialidade que se pratica. Obviamente, o médico está obrigado a cumprir igual desiderato junto com um paciente do sistema público de saúde e aquele atendido de forma privada ou conveniada.

Da parte do paciente fica estabelecido o vínculo patrimonial pelo qual é fixada a obrigação de remunerar o profissional pelo serviço prestado.

Uma terceira forma de contemplar a relação clínica se refere a casos onde não existe a demanda do serviço por parte do paciente. O exemplo que melhor ilustra a situação é a da assistência nas urgências. Além dessas formas contratuais, diversos estudiosos têm sugerido novas formas de relação jurídica entre médico e paciente, como contrato inominado, *sui-generis* etc.

O CONSENTIMENTO DAS PESSOAS CONTRATANTES

Dado que são duas as vontades que devem contratar, é evidente que ambas devem reunir algumas condições que lhes outorgam capacidade para consentir negociar.

No caso do médico, as condições que lhe dão capacidade para contratar são a titulação e o respectivo registro no Conselho de Medicina. E, evidentemente, não se encontram em nenhuma das situações de incapacidade que são previstas no ordenamento legal em matéria de capacidade para o trabalho.

No caso do paciente as possíveis condições podem aparecer de forma muito diferente. Antes de apresentá-las é conveniente recordar que no Direito o consentimento para um negócio é válido sempre que inexistir qualquer tipo de vício na vontade de quem o outorga. Genericamente, o vício na vontade pode aparecer por erro, por uso de violência, por intimidação e por dolo.

Em se tratando de contrato de serviços médicos, na prática diária o vício na vontade poderia se dar nas seguintes situações:

1. Por erro: é o caso, muito debatido em diversos foros, de não ter sido facilitada ao paciente uma informação adequada (o que é sempre um termo vago) sobre todos os aspectos da intervenção terapêutica a que vai se submeter.

2. Por intimidação: são situações pouco frequentes, mas nem por isso menos importantes. É o caso de comunicar ao paciente (de forma mais ou menos direta) que, em caso de não se submeter a uma determinada intervenção, poderá perder o direito a coberturas concretas que tenha contratado com uma companhia de seguros ou um plano de saúde.

3. Por dolo: situação praticamente impensável no exercício da Medicina, já que haveria de se supor que o médico, de forma intencionada, viesse a enganar o paciente para obter o seu consentimento.

No exame do consentimento deve ser examinado o caso dos incapazes – menores de idade e enfermos mentais declarados incapazes. Em ambas as circunstâncias os representantes legais devem velar pelo respeito aos seus direitos. Aqui se impõe uma distinção entre direitos pessoais e personalíssimos.

Enquanto nos direitos pessoais se admite que o tutor represente o tutelado, nos direitos personalíssimos (como o direito à vida e à integridade física e psíquica) não se admite tal representação, senão a exigência de velar pela sua defesa. Essa exigência não alcança somente o tutor, mas se estende até a representação da defensoria pública.

Em nenhum caso deve-se olvidar que um paciente menor ou incapaz, ainda que acrescidas as limitações que a idade ou a intensidade do padecimento possam impor, continua sendo uma pessoa portadora de um direito irrenunciável, que é o de pronunciar-se a respeito de seus direitos personalíssimos. Por isso eles devem ser os primeiros a serem informados de sua situação clínica e das medidas terapêuticas previstas.

A obtenção do consentimento nos incapazes de fato (no caso de urgência ou inconsciência do paciente), é perfeitamente superposto ao exemplo anterior.

Como corolário, são três as situações nas quais o ato médico pode ser realizado, do ponto de vista jurídico, resumidamente: 1. Como um contrato perfeitamente estabelecido, sempre que ocorram todas as situações favoráveis analisadas anteriormente. Inclui-se aqui o caso da intervenção sobre um menor ou incapaz quando o representante legal não se opõe à realização do respectivo ato necessário. 2. Como uma gestão de negócios alheios sem mandato, quando não se pode obter o consentimento, porém não existe qualquer oposição à intervenção sanitária. 3. Como um contrato no qual o consentimento do paciente é substituído por quem melhor cuida da defesa

dos interesses personalíssimos do enfermo. Engloba as situações nas quais o representante de um menor ou incapaz se opõe à realização de um ato necessário.

O CONSENTIMENTO PARA OS ATOS MÉDICOS NO SÉCULO XXI

Na Espanha, a legislação contempla os direitos de informação relativos à saúde, à autonomia do paciente e a respectiva documentação clínica, fundamental para a regulamentação da autonomia do paciente e de direitos e obrigações em matéria de informação e documentação clínica. Ainda assim, há previsão para situações nas quais se pode atuar sem o prévio consentimento ou mesmo que ele possa ser outorgado por outras pessoas relacionadas com o paciente.

No Brasil, a Constituição Federal¹⁴ define, no artigo 5º, inciso II: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. Por seu turno, o Código Civil brasileiro determina, *verbis*¹³:

“Art. 13. 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.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial(...).

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Os mandamentos estabelecidos nesses artigos são o da exigência de uma manifestação expressa de vontade (consentimento) do paciente para ser submetido a tratamento ou intervenção médico - cirúrgica.

O Código Civil estabelece, ainda, a obrigatoriedade de ressarcimento de dano profissional, pertinente ao artigo 186, *verbis*:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O Código Penal¹⁵ alcança a responsabilidade profissional relativamente ao artigo 18, quando tipifica o crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o

risco de produzi-lo; e culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

O Código de Ética Médica dos Conselhos de Medicina do Brasil¹⁶ adota o princípio da autonomia e o seu componente consentimento informado, em várias situações: Capítulo I. Princípios fundamentais (inciso XXI); Capítulo III. Responsabilidade profissional (artigos de número 15, § 3º); Capítulo VI. Direitos humanos (artigos de número 22, 24, 26 e 28); Capítulo V. Relação com pacientes e familiares (artigos de número 31, 34, 39,41 e 42); Capítulo VI. Doação e transplante de órgãos e tecidos (artigos de número 44 e 45); Capítulo IX. Sigilo profissional (artigos de número 73 e 77) e o Capítulo XII. Ensino e pesquisa médica (artigos de número 101, 103 e 110).

“Capítulo I. Princípios fundamentais

XXI – No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

Capítulo III. Responsabilidade profissional

É vedado ao médico

Art. 15. Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética(...).

§ 3º Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo.

Capítulo VI. Direitos humanos

É vedado ao médico

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Art. 26. Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente,

devendo científicá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la.

Art. 28. Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade.

Parágrafo único. Caso ocorram quaisquer atos lesivos à personalidade e à saúde física ou mental dos pacientes confiados ao médico, este estará obrigado a denunciar o fato à autoridade competente e ao Conselho Regional de Medicina.

Capítulo V. Relação com pacientes e familiares

É vedado ao médico

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Art. 39. Opor-se à realização de junta médica ou segunda opinião solicitada pelo paciente ou por seu representante legal.

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Art. 42. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.

Capítulo VI. Doação e transplante de órgãos e tecidos

É vedado ao médico

Art. 44. Deixar de esclarecer o doador, o receptor ou seus representantes legais sobre os riscos decorrentes de exames, intervenções cirúrgicas e outros procedimentos nos casos de transplantes de órgãos.

Art. 45. Retirar órgão de doador vivo quando este for juridicamente incapaz, mesmo se houver autorização de seu representante legal, exceto nos casos permitidos e regulamentados em lei.

Capítulo IX. Sigilo profissional

É vedado ao médico

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente (...).

Art. 77. Prestar informações a empresas seguradoras sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, além das contidas na declaração de óbito, salvo por expresso consentimento do seu representante legal.

Capítulo XII. Ensino e pesquisa médica

É vedado ao médico

Art. 101. Deixar de obter do paciente ou de seu representante legal o termo de consentimento livre e esclarecido para a realização de pesquisa envolvendo seres humanos, após as devidas explicações sobre a natureza e as consequências da pesquisa.

Parágrafo único. No caso do sujeito de pesquisa ser menor de idade, além do consentimento de seu representante legal, é necessário seu assentimento livre e esclarecido na medida de sua compreensão.

Art. 103. Realizar pesquisa em uma comunidade sem antes informá-la e esclarecê-la sobre a natureza da investigação e deixar de atender ao objetivo de proteção à saúde pública, respeitadas as características locais e a legislação pertinente.

Art. 110. Praticar a Medicina, no exercício da docência, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, sem zelar por sua dignidade e privacidade ou discriminando aqueles que negarem o consentimento solicitado”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exercício da medicina pressupõe deveres de conduta indispensáveis para a construção das virtudes inerentes à qualidade do ato médico. Se observados a contento e, mais que isso, se estimulados e desenvolvidos, contribuem

de fato para amenizar ou reduzir ao mínimo a possibilidade do erro profissional.

Seus atos devem estar submetidos a uma equânime apreciação, como são as ações de todos os outros cidadãos, qualquer que seja seu estado ou sua condição.

Na avaliação do controle social da profissão podem ser arguidos os chamados deveres de conduta do médico¹⁷, relativos aos deveres de informação, atualização, vigilância e abstenção de abuso.

Dever de informação compreende todos os esclarecimentos na relação clínica, incondicionais e obrigatórios, como:

a) informação ao paciente: essencial para que o paciente tenha conhecimento sobre as práticas, condutas, manobras ou quaisquer intervenções que nele vão ser realizadas, seus riscos e consequências. Deve ser respeitado o princípio da autonomia.

b) Informações sobre as condições de trabalho, pertinentes à infraestrutura, condições dos equipamentos, ao pessoal auxiliar e a correlação dessa infraestrutura com a necessidade do paciente e os possíveis resultados.

c) Informações registradas: é imprescindível o registro em prontuário, ficha clínica, ou equivalente, do histórico clínico do paciente, as suas condições vitais, medicamentos, tratamentos, cronograma de revisões, de maneira a mais pormenorizada possível. Tais informações devem ser mantidas sob a tutela do sigilo profissional e o paciente deve ser esclarecido acerca de sua importância do ponto de vista profissional e institucional.

d) Informações de outros profissionais: se necessária a participação de outro médico ou profissional de saúde para uma avaliação especializada. As impressões desses profissionais devem ser registradas no mesmo prontuário.

O dever de atualização: o regular exercício da medicina não requer apenas uma habilitação legal. Exige o aprimoramento permanente, por meio de educação continuada, de modo a atualizar o acervo de conhecimentos da *Lex artis*. Esse dever profissional é sempre ajuizado quando se encontra em discussão a responsabilidade do médico.

É imprescindível ao médico conhecer os avanços técnico-científicos de sua profissão. Atualmente, são cada vez

mais frequentes as ocasiões em que é convocado a prestar contas dos seus conhecimentos à sociedade.

O dever de vigilância: o dever de vigilância diz respeito ao apuro na atenção e no acompanhamento do paciente. A recusa a esse dever resulta em negligência, omissão, deixar de fazer o que deveria ser feito (acompanhar, orientar, prescrever, avaliar, reavaliar, programar, re-programar etc.). O dever de vigilância médica pode se estender além dos limites do ambiente de trabalho ou do horário de atendimento, nos casos de o paciente necessitar de informações complementares ou apresentar intercorrências que exijam uma comunicação à distância. Nessas ocasiões, o paciente deve ser orientado e, conforme o caso, encaminhado a uma instituição adequada para a solução de seu problema.

O dever de abstenção de abuso: o médico deve abster-se de agir com precipitação, sofreguidão ou insensatez. Isso porque a norma penal relativa aos atos culposos exige das pessoas o cumprimento de certas regras cuja finalidade é evitar danos aos bens jurídicos protegidos. Qualquer ato profissional mais ousado ou inovador, fora do consentimento do paciente ou de seu representante legal, não terá amparo legal.

O dever de abstenção de abuso poderá, ainda, estar comprometido pela vaidade profissional ao ousar técnicas audaciosas ou inovadoras, sem uma eficiência comprovada, abandonando uma prática convencional e segura, tão somente para demonstrar uma alegada proficiência.

Finalmente, adequar o exercício da Medicina a todos os requisitos formais demandará compreensão das partes implicadas na relação clínica, pertinente às múltiplas facetas que entrelaçam a moralidade profissional com o Direito Médico. O médico deverá respeitar a opinião do paciente como um colaborador necessário para serem alcançados os fins colimados. Por sua parte, o paciente deverá aprender a tomar decisões junto com seu médico, tornando-se também responsável pela gestão de sua saúde.

Essa é a novíssima relação clínica.

REFERÊNCIAS

1. Drumond JGF. A evolução histórica do Direito Médico. In: Lana RL, Figueiredo AM, coords. Temas de Direito Médico. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico; 2004, p.3-15.
2. Varsi Rospigliosi E. Derecho Médico Peruano. 2ª. ed. Lima: Grijley; 2006.
3. França GV. Direito Médico. 8ª. ed. São Paulo: Byk; 2003.
4. Potter VR. Bioethics: a Bridge to the future. New Jersey: Prentice Hall; 1971.
5. Beauchamp TL, Childress JF. Princípios de Ética Biomédica. São Paulo: Loyola; 2002.
6. Bobbio N. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus; 1992.
7. Pellegrino ED. Trust and distrust in professional ethics. In: Pellegrino ED, Veatch M, Langan JP, eds. Ethics, Trust and the Professions: Philosophical and cultural aspects. Washington D.C.: Georgetown University Press; 1991.
8. Lolas Stepke F, Drumond JGF. Fundamentos de uma antropologia bioética: o apropriado, o bom e o justo. São Paulo: Loyola; 2007.
9. Pellegrino ED, Thomasma DC. The future of Bioethics. Quarterly of Health Care Ethics 1997; 6: 373-375.
10. Tamayo CT, Lee, GM, Mata COM, (eds). Consentimiento Válidamente Informado. México: La Edición, 2004.
11. Drumond JGF. Bioética e Direito Médico: o princípio da beneficência na responsabilidade civil do médico. Unimontes Científica 2001; 1: 1-8.
12. Pascual FV, Drumond JGF. Medicina Legal do Esporte: Aspectos éticos e legais da medicina esportiva. Montes Claros: Editora Unimontes; 2007.
13. Brasil. Lei número 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
14. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Centro Gráfico do Senado; 1988.
15. Brasil. Decreto-Lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940.
16. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Brasília: CFM, 2010.
17. Drumond JGF. O Ethos médico: a velha e a nova moral médica. Montes Claros: editora Unimontes; 2005.

Recebido em: 16 de janeiro de 2012.
Aprovado em: 07 de fevereiro de 2012.