



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

WALTER DIÓGENES NETO

**A INFLUÊNCIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO NA
RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

**SOUSA - PB
2003**

WALTER DIÓGENES NETO

**A INFLUÊNCIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO NA
RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

**SOUSA - PB
2003**



D572i Diógenes Neto, Walter.

A influência do consentimento informado na responsabilidade civil do médico. / Walter Diógenes Neto. - Sousa - PB: [s.n], 2003.

53 f.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Responsabilidade civil médica. 2. Médicos – responsabilidade civil. 3. Consentimento informado. I Título.

CDU: 343.91:616-051(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

WALTER DIÓGENES NETO

**A INFLUÊNCIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO NA
RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

BANCA EXAMINADORA

Orientador:

Membro:

Membro:

**SOUSA - PB
2003**

Agradeço aos meus pais, Otilio e Silvana, que ao longo do curso foram de importância ímpar, me incentivaram e apoiaram, dando-me força para superar todos os obstáculos que encontrei.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro plano agradeço ao Grande Arquiteto do Universo por me ter concedido a sabedoria, dedicação e perseverança no decorrer da minha formação moral e profissional. Aos meus avós paternos, Walter Diógenes e Maria Pinto Diógenes, bem como a minha avó materna, Francisca Freire de Andrade (vovó Cici) e meu avô materno, Hamilton Freire de Andrade, IN MEMORIAN, também agradeço ao tio William e a tia Rita, que de modo carinhoso me incentivaram nesta labuta estudantil, e despendendo uma atenção toda especial, aos meus genitores, meus pais, Otilio e Silvana, pelo apoio e esforço para proporcionar-me sempre uma educação digna, norteando meu caminho consoante os ditames da moral e dos bons costumes, bem como da hombridade e lealdade. Todavia não poderia deixar de agradecer a Priscilla de Aquino Freire, minha noiva. *In fine* a todos que contribuíram e acreditaram em minha capacidade. Em especial ao coordenador deste centro, Dr. Eduardo Jorge, por ter ao longo destes anos desempenhado com maestria o seu mister, junto à coordenação desta instituição, bem como o douto promotor desta comarca, Dr. Manoel Pereira de Alencar, que em muito corroborou de forma singular para o engrandecimento do meu conhecimento técnico jurídico. Em fim agradeço a todos que pela amizade e conhecimentos transmitidos, colaboraram para concretização deste sonho, antes considerado utópico.

RESUMO

A idéia deste trabalho cresceu com o desenvolvimento da ciência médica e com a necessidade do desenvolvimento de novas e revolucionárias técnicas médico-cirúrgicas, que tenham o condão de sanear, curar as mazelas modernas, cada vez mais resistentes e de difícil tratamento. Partindo de tal premissa, passamos a nos questionar se nos seres humanos deveríamos nos arriscar, servindo praticamente de cobaias, na busca incessantes da cura para estas patogenias. Nos questionamos também a cerca da responsabilidade civil do médico, se o mesmo era ou não responsável civilmente, em que caso estaria eximido de suas responsabilidades, bem como, de que forma isto se daria. Para desvendar e decifrar estes pontos obscuros, analisamos a figura do consentimento informado, pesquisamos ainda sobre o princípio da autonomia, bem como o princípio da beneficência. Abordamos a incidência do consentimento informado em nosso país e nos demais países do globo, avaliando sua respectiva aceitação nos mesmos. Avaliamos e apontamos com o resultado dos nossos estudos, os vícios que poderiam acometer o consentimento informado, bem como de que forma este consentimento influenciaria a responsabilização do médico, na órbita civil. Avaliamos ainda o princípio do privilégio terapêutico, em que se lança mão do princípio da beneficência, isto em situações de extrema gravidade, para afastar qualquer responsabilidade do médico sobre o método de tratamento empregado, isto em padrões normais. Outro ponto abordado de forma específica foi o da responsabilidade civil e contratual do médico, sendo para tal, necessário o estudo sobre a dosimetria da culpa e o nexo de causalidade entre o ato e o fato ofensivo à integridade física e moral do indivíduo. *In fine* foi apresentado o posicionamento dos tribunais sobre o assunto, bem como às disposições do nosso novo código civil, que ora vige. Os resultados obtidos foram de caráter significativo para elucidar muitos questionamentos, acerca da responsabilidade civil do médico, isto é claro, à luz da existência ou não do consentimento informado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO 1. CONSENTIMENTO INFORMADO.....	10
1.1 Evolução histórico-filosófica.....	10
1.2 Princípio da autonomia.....	11
1.3 Princípio da beneficência.....	14
1.4 Capacidade de autodeterminação.....	15
1.5 A informação e o esclarecimento.....	17
1.6 Vícios de consentimento.....	19
1.7 O consentimento informado.....	19
1.8 Do consentimento informado nos demais países do globo.....	20
1.9 O consentimento informado em nosso ordenamento jurídico vigente.....	22
1.10 Do privilégio terapêutico.....	24
CAPÍTULO 2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....	27
2.1 Responsabilidade a nível contratual.....	28
2.2 Dosimetria da culpa.....	29
2.3 Obrigação de resultado ou de meio?.....	29
2.4 Dos danos.....	30
2.5 Nexo de causalidade.....	32
CAPÍTULO 3. INFLUÊNCIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO.....	34
3.1 Posicionamento dos tribunais.....	36
CAPÍTULO 4. NOVO CÓDEX CIVIL.....	44
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	48

INTRODUÇÃO

Através deste trabalho, pretendemos traçar e delinear liames limítrofes entre a ação médica e o princípio do consentimento informado, abordando, ainda, o reflexo do consentimento informado sobre a responsabilização do médico.

A inobservância ao dever de obtenção do consentimento tem repercussão na responsabilização do médico? A não-obtenção do consentimento informado, prévio ao ato médico, constitui fundamento suficiente para eventual indenização? Estes se consubstanciam em algum dos questionamentos que pretendemos dirimir e esclarecer. Entretanto não estamos imbuídos de ambição, no sentido de esgotar o tema, a que se propõe este trabalho, razão que nos leva, inclusive, a direcionar nosso foco às práticas médicas de terapia, pois nas pesquisas com seres humanos está consolidada a obtenção do consentimento informado.

No decorrer do trabalho verificaremos quais das hipóteses abaixo são tecnicamente adequadas à definição do reflexo do consentimento informado sobre a responsabilidade civil do médico.

A) Diante do nosso propósito, temos que o consentimento constitui dever do médico e a sua inobservância caracteriza conduta culposa, ou seja, será devida a indenização pelos danos eventualmente ocasionados pelo ato médico não precedido do consentimento informado.

B) Em uma outra abordagem, teremos, se considerarmos o consentimento informado como direito da personalidade que merece proteção por si só, independente de dano corporal, então será devida a indenização pelo dano moral puro consistente na violação ao direito de disposição sobre o próprio corpo.

C) Por outro lado, se o consentimento informado for causa excludente de responsabilidade, então o ato médico precedido de consentimento não poderá ensejar direito à reparação.

É de suma importância que se ressalte o fato de que outras várias hipóteses poderiam ser suscitadas e analisadas, todavia, não constitui esta monografia espaço adequado para tais abordagens. Ademais, esperamos que este trabalho venha contribuir para evolução do denominado direito médico, a fim de trazer maior segurança para os pacientes e profissionais que atuam na medicina.

O método a ser desenvolvido no trabalho ora em tela será o método dedutivo, isto partindo de informações coletadas, principalmente da bibliografia brasileira e eventualmente da estrangeira, bem como de jurisprudências.

CAPÍTULO 1

CONSENTIMIENTO INFORMADO

No concernente ao consentimento informado, é de suma importância que se ressalte, que o seu significado mais puro, se perfaz no direito do paciente de participar de toda e qualquer decisão sobre tratamento que possa afetar sua integridade psicofísica, devendo ser alertado pelo médico dos riscos e benefícios das alternativas envolvidas, sendo manifestação do reconhecimento de que o ser humano é capaz de escolher o melhor si sob o prisma da igualdade de direitos e oportunidades.

O referido assunto será analisado a luz de seus principais fatores, dando uma ênfase especial a cada elemento constitutivo para a validade do consentimento.

1.1 Evolução Histórico-Filosófica

A vida está permanentemente ameaçada pela doença, pela decrepitude, pela dor e pela morte; fantasmas caprichosos e persistentes que exigem constantes atenções e convincente esconjuro. Estas tarefas complicadas são desempenhadas por quem possui profundos conhecimentos, quase impenetráveis para o homem comum. Eis, pois, um ambiente em que a racionalidade dá facilmente lugar ao fantástico. Não é difícil defender a existência de um Olimpo para a medicina e alcandorar a semideuses os profissionais de tão duro mister (sic.), simultaneamente magos e sábios, eventualmente detentores da alquimia da cura¹.

O texto acima nos mostra como a prática da medicina, na antiguidade era encarada e levada para o lado sobrenatural, bem como nos revela que os médicos eram tidos como semideuses por supostamente conhecerem os mistérios daquela Ciência. A exaltação do médico decorria, em parte, da fragilidade do paciente diante das doenças, bem como a desinformação dos mesmos a respeito dos melindras das doenças.

Esta passividade fazia do doente mero objeto do exercício da medicina, sendo utilizados na maioria das vezes como cobaia de experimentos científicos, com o intuito de desenvolver novas técnicas. Além disso, em virtude do caráter punitivo que era conferido à doença, o insucesso poderia ser alegado como a manifestação da soberania divina, destarte não se questionaria a capacidade do médico.

Todavia, as lutas históricas pelos direitos civis, pelos direitos humanos, aí incluídos os direitos da personalidade, possibilitou o reconhecimento do homem como fim nos processos de desenvolvimento científico, intelectual e tecnológico. Temos ainda que com a conscientização acerca dos direitos dos consumidores aumentou significativamente a

¹ RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente*. p.14.

exigência quanto à qualidade dos serviços prestados, incluindo-se os serviços médicos, que cuidam de bens de indiscutível importância.

É válido salientar que apesar da enorme relevância dos bens jurídicos com que lidam os médicos, bem como as lutas históricas pelos direitos civis, a medicina somente começou a ter suas práticas questionadas ao final do século XIX, quando a sobre-naturalidade que revestia a medicina começou a desvanecer. Afastou-se a prática em que o médico respondia sempre pelo doente decidindo sozinho o que fazer, como fazer e quando fazer, principalmente após a descoberta de inúmeras experiências não autorizadas em seres humanos.

Houve a ruptura com o período em que se a "magia" ou a "arte" médica não funcionasse nada se questionava, não se admitindo mais que o erro tenha o nome de "desígnio divino" - fatalidade.

É de se ressaltar que mesmo com todo avanço filosófico, houve necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para reconhecimento do direito do paciente à disposição sobre o próprio corpo, com consequência prática na obtenção prévia do consentimento informado.

O princípio do consentimento informado se fortalece com os questionamentos acerca da relação existente entre o médico e o paciente, que atualmente é reconhecido como expressão de respeito ao princípio ético de consideração da dignidade da pessoa humana, sob a ótica de que o paciente é sujeito autônomo, capaz e dotado de vontade própria.

1.2 Princípio da Autonomia

O surgimento e o fortalecimento da autonomia da pessoa humana foi impulsionado pelas revoluções civis, entre elas a francesa, nas quais o ser humano foi considerado sujeito de direitos e garantias que mesmo o Estado não poderia se negar a protegê-los ou pretender extirpa-los por serem considerados inerentes à pessoa.

Não dá para falar em consentimento informado sem abordar com maior profundidade o princípio da autonomia, suas características e quais os princípios em aparente conflito.

Historicamente o conceito de autonomia surge na filosofia política grega onde designava a capacidade das Cidades-Estado em editar suas próprias leis.

A autonomia pode ser definida como liberdade dos condicionamentos externos, contrapondo-se ao paternalismo, que se justificaria como medida adotada para se evitar danos ao indivíduo, aqui considerado como incapaz de escolher o melhor para si, independente de sua bagagem cultural. O paternalismo de outrora foi sendo substituído pelo consentimento informado, expressão do reconhecimento da autonomia do paciente, aceitando-se o indivíduo

como capaz de decidir, ainda que com auxílio técnico, sobre a submissão a determinado tratamento.

A discussão envolve a questão de saber se o médico pode adotar um posicionamento paternalista, que dispensa a participação do paciente na tomada de decisão sobre práticas médicas, as quais irão ser efetivadas sobre seu corpo, ou se ao contrário, deve possibilitar a intervenção do paciente na escolha e discussão do tratamento, admitindo que, mesmo evidenciados os benefícios, poderá o paciente escolher por não adotá-lo, ainda que tal decisão coloque em risco a sua própria vida ou saúde.

Debate pertinente é aquele que concerne como atribuir ao paciente que, em regra, não possui conhecimentos técnicos para identificar e avaliar o mal de que padece, poder de decisão semelhante ao do médico. Tal questionamento acerca da capacidade do paciente em compreender a real extensão da sua decisão carece de validade, pois ignora a possibilidade de o paciente ser previamente informado e esclarecido sobre os fatores mais relevantes da situação de saúde em que se encontra.

Diante disso depreendemos a finalidade do consentimento informado, que é o de munir o paciente de informações esclarecedoras para que ele próprio possa decidir, conscientemente, sobre a adoção de eventual tratamento médico. Destarte, não se deve afastar o direito do paciente decidir, conscientemente, sobre os tratamentos a que se submeterá, principalmente considerando que poderão ocorrer conseqüências permanentes, mesmo com possibilidade de que a decisão compartilhada venha a ser pior do que a decisão puramente técnica.

O Prof. João Vaz Rodrigues², do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, aborda com propriedade a questão da autonomia do paciente, vejamos:

Ao indivíduo, que se quer livre, quando não afectado por deficiência física, psíquica ou anímica comprometedora das suas faculdades naturais de entendimento ou de volição, i.e., quando juridicamente capaz para o exercício dos direitos de que é titular, a ordem jurídica reconhece, e protege *erga omnes*, uma considerável esfera de autonomia. E esta autonomia exprime-se, entre o mais, pela autodeterminação em relação ao próprio corpo. O mesmo é dizer, pelo respeito, pela vontade manifestada por uma pessoa sobre a sua própria esfera física, psicológica e social. Deste modo, em princípio, e por princípio, o paciente deve poder permitir ou impedir a intervenção do médico na sua esfera físico-psíquica, e, permitindo-a, deve poder pronunciar-se, na medida do possível, sobre o respectivo sentido e limite (sic).

Respeitar a autonomia é a expressão do reconhecimento de que cabe ao paciente, decidir sobre o próprio corpo, segundo sua visão de vida, fundada em crenças, aspirações e

² RODRIGUES, *op. cit.*, p.16.

valores próprios, mesmo quando divergentes dos dominantes na sociedade ou dos defendidos pelos médicos.

O respeito à autonomia requer tolerância com diferentes visões de mundo.

O risco do desacerto sempre acompanhará a autonomia do paciente, é verdade, mas isso não retira sua validade, pois trata-se de conferir tratamento digno ao paciente, valorizando sua participação, o que poderá até facilitar o processo de recuperação.

1.3 Princípio da Beneficência

É de suma importância que se ressalte que o princípio da autonomia da vontade aparentemente confronta-se com o tradicional princípio da beneficência, que consiste na busca implacável do "melhor" resultado para a saúde do paciente, independentemente da sua concordância. Esse entendimento sobressaiu sem muitas discussões ao longo do tempo, refletindo o juramento de Hipócrates, em que se anuncia a necessidade do médico buscar o melhor para o paciente, mesmo contra a sua vontade.

Este princípio é a manifestação mais clara do paternalismo, pois retira do paciente o poder de procurar ou recusar um determinado tratamento, de dispor de seus órgãos sem prejuízo próprio (por exemplo, para fins de transplantes), transferindo-o ao médico, o qual fica autorizado a agir autoritariamente em face da necessidade de proteger o paciente contra riscos que ele não estaria preparado para enfrentar ou não poderia compreendê-los.

É de se saber que consideramos que há compatibilidade entre o princípio da beneficência e o princípio da autonomia visto que é possível a compatibilização dos aludidos princípios, uma vez que o paciente deve ser guiado pela autonomia, e o médico subsidiariamente pela beneficência.

O paciente não exerce uma autonomia pura, sem influência externa, ao contrário, tem como de significativa importância à condução do processo de esclarecimento pelo médico. Assim sendo, há uma maior valoração do princípio do consentimento informado sobre o princípio da beneficência, mas não a sua exclusão da prática médica, mormente nos casos em que se permite o afastamento do consentimento informado. Assim temos que somente ponderando os bens jurídicos em jogo poderemos obter o máximo de proveito para o paciente.

1.4 Capacidade de Autodeterminação

No que concerne a capacidade de autodeterminação, temos que é requisito de validade do consentimento informado.

Partindo-se do princípio de que o homem tem o direito ao próprio corpo, podendo decidir sobre as medidas que incidirão sobre ele, resta-nos estabelecer o caráter dessa autonomia, discutindo-se quem detém a capacidade de autodeterminação. Ressalte-se que a integridade física é salvaguardada desde a concepção, sendo, portanto, todo ser humano com vida sujeito de direito à integridade física e psicológica, tendo a capacidade de direito, mas nem sempre a capacidade para o exercício.

Dessa forma, há que se discutir se o critério para reconhecimento da capacidade de autodeterminação coincide como o estabelecido no Código Civil em vigor, ou seja, vale para o exercício da autodeterminação o critério da capacidade civil?

Aparentemente a resposta seria simples, todavia não é, pois se adotarmos o critério da capacidade civil, podemos estar excluindo pessoas com plenas condições de participar da tomada de decisão sobre a submissão ou não a uma determinada prática médica, como é o caso do pródigo, que só tem a capacidade restringida para relações patrimoniais.

Em outro plano de análise, sabemos que se faz necessário à validade do ato jurídico, o agente ser capaz. Assim, o consentimento informado para ter validade depende da capacidade civil para a manifestação da vontade, ainda que do ponto de vista ético-filosófico possamos reconhecer a capacidade de autodeterminação dos civilmente incapazes.

Todavia é de suma importância que se aponte, que a recusa ao tratamento não requer agente capaz, vez que a regra é a inviolabilidade, motivo pelo qual admitimos que o paciente acima de 12 anos de idade – adolescente – possa recusar submeter-se a tratamento médico, desde que não seja verificado risco à sua vida.

Nesse sentido, o Novo Código Civil reconhece a importância da vontade do adolescente quando a decisão recai sobre sua pessoa, condicionando, no art.1.621, a adoção à concordância do adolescente maior de 12 anos, mesmo com o consentimento dos pais ou representantes legais.

Já, o Estatuto da Criança e do Adolescente fixa, regras que deixam evidente a necessidade de participação das crianças e adolescentes nas decisões que afetem a sua vida³. Além disso, o art. 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê o direito à

³ BRASIL. Lei 8.069/1990 – Art.28, § 1º: Sempre que possível, a criança ou o adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada.

inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, protegendo, expressamente, a autonomia.

Fato importante a ser apontado é que por ausência de dispositivo legal, que o menor de 16 anos tem direito à participação no processo que conduz ao consentimento, mas não pode sozinho legitimar o tratamento médico, pois lhes falta capacidade civil.

Mais liberal foi o entendimento da Assembléia Ordinária do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, que aprovou a resolução n. 42, de 13 de outubro de 1995, publicada no D.O do dia 17/10/1995, garantindo-se às crianças e adolescentes a participação na medida de seu desenvolvimento moral, a partir dos sete anos. Às crianças menores de sete anos é garantido, pela mencionada resolução, o direito de serem informadas, de forma adequada ao seu nível de compreensão.

Lembre-se, por oportuno, que a incapacidade civil é condição que visa a proteger os interesses dos incapazes, pois é presumida a falta de experiência para exercitarem sozinhos seus direitos. Assim, não destoia da norma legal o entendimento que permite a participação de incapaz, inclusive com recusa, no procedimento relativo à obtenção do consentimento informado. Ressalte-se que o direito à participação da criança e adolescente constitui medida protetiva em relação a ações contrárias aos seus interesses.

Já no que tange aos pacientes acometidos por perturbação ou doença mental, e outros em situação de substancial diminuição na capacidade de consentir, dependerão de autorização dada por seus representantes legais, garantindo-se a informação e participação, dentro dos limites de suas capacidades, vez que não há forma científica absoluta de estabelecer os momentos lúcidos, embora tenhamos notícias de estudos avançados na Itália.

Quando o paciente for pessoa juridicamente incapaz ou analfabeta, o consentimento deverá ser obtido com redobrada cautela, principalmente pela dificuldade de compreensão das informações, sendo recomendável o acompanhamento do representante legal do incapaz, que deverá intervir nas situações em que haja possibilidade de lesão.

Por outro lado, não compete ao médico decidir se a forma de pensar do paciente está errada ou fundada em informações falsas, mas se existe maturidade para decidir.

Dessa feita, se o médico verifica que existem vários preconceitos ou crenças infundadas, cabe a ele tentar esclarecer o paciente munindo-o de dados necessários à solução do impasse sobre a atuação médica. Contudo, se o paciente, mesmo após os esclarecimentos, persistir em não se submeter ao tratamento, nada mais resta ao médico fazer senão aceitar a decisão, ainda que acredite não ter sido a mais acertada.

1.5 A Informação e o Esclarecimento

No que diz respeito ao consentimento informado, se ultima com a junção da autonomia, capacidade, voluntariedade, informação, esclarecimento e o próprio consentimento. Deve ser dispensado ao paciente pressupõe o dever de informar, que encontra fundamento na transparência e boa-fé, que devem guiar as relações em geral.

O paciente deve ser tratado como verdadeiro sujeito, e não mero objeto da atuação médica, devendo o médico facultar ao paciente os elementos imprescindíveis para que este conheça e compreenda os dados do seu problema de saúde para, a partir daí, decidir em conjunto com o médico sobre o tratamento que será ou não efetivado. Assim depreendemos que dentre os elementos do consentimento informado, temos como um dos principais a informação.

É válido ressaltar que a mesma deve ser clara, objetiva e em linguagem compatível com o receptor. Assim, de nada adianta o médico falar para o paciente utilizando linguagem técnica, pois o mesmo nada entenderá, salvo raras exceções.

Dessa forma, o médico deve ser pontual, escolhendo quais informações são importantes para a decisão do paciente, não precisando esgotar as informações, devendo se ater mais aos benefícios do que aos riscos, sob pena de responder por omissão de dado relevante. Ponderando é claro a linguagem e a quantidade de informações.

Tal é a importância da participação do médico como orientador, que se o paciente mereceu o devido cuidado médico, com o correspondente esclarecimento sobre os riscos e benefícios dos tratamentos, assim como as variáveis envolvidas, ele não decidiu sozinho, a decisão foi tomada em conjunto, respondendo o médico pelas informações sonegadas, podendo invalidar o consentimento informado.

É bom frisar que o direito à informação na prestação de serviços está garantido no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, que deve ser adequada, clara, especificar as características e os riscos envolvidos. Destarte a omissão do médico em informar ao paciente sobre o tratamento a que, eventualmente, terá que se submeter poderá ser classificado como negligência a justificar a responsabilização do médico.

A que expor, que a principal importância da informação é munir o paciente de elementos básicos à sua decisão, bem como que a informação é importante para validade do consentimento, pois na hipótese de submissão do paciente ao tratamento médico por insuficiência de esclarecimento dos dados, inválido será o consentimento informado.

Diante deste contexto, vejamos o ensinamento do ilustre prof. Matielo⁴:

A insuficiência ou falta de informações ao paciente ou responsável no momento da obtenção do consentimento faz com que juridicamente se cuide da matéria como se inexistisse este, porque se presume que, recebendo corretamente os dados que foram sonegados, os diretamente interessados melhor poderiam sopesar os detalhes e decidir de forma diversa.

Portanto, a informação deverá ser prestada de acordo com a personalidade, o grau de conhecimento e as condições clínicas e psíquicas do paciente, de forma clara, abordando os dados do diagnóstico ao prognóstico, tratamentos a efetuar, riscos conexos, benefícios e alternativas, se existentes.

Quanto à forma de fornecimento das informações ao paciente, poderá ser oral ou por escrito, desde que haja certeza da compreensão dos dados, por ser elementar para a validade do consentimento. Assim, nada impede que algumas informações mais relevantes sejam fornecidas por escrito, com suplementar indagação e exame de compreensão, principalmente em tratamentos com lesões irreversíveis.

Não obstante a lei permita nos tratamentos médicos a adoção da forma verbal, desaconselhamos sua utilização solitária nos casos que apresentem grandes margens para danos corporais ao paciente, devendo-se, assim, por cautela, informar pessoalmente sobre os riscos, benefícios, diagnóstico e prognóstico, reduzindo-se as informações por escrito mediante solicitação da assinatura do concordante.

Os analfabetos e juridicamente incapazes devem ter a vontade respeitada quanto à oposição ao tratamento, mas o processo de avaliação da compreensão e concordância, deve ser explícito, principalmente nas situações que apresentem possibilidade de danos graves ao paciente, sendo exigido o consentimento do representante legal para a realização do ato médico.

Todavia, a decisão solitária do médico deverá ser esclarecida em juízo, caso haja questionamento, com a inversão do ônus da prova, cabendo ao médico provar que a gravidade da situação justificava a prática adotada, não sendo exagero recomendar ao médico que em tais casos decida auxiliado pela opinião de outros profissionais.

Todo esse cuidado pode parecer exagerado ou mesmo improvável de ser observado, mas não está longe da realidade de responsabilização de profissionais que, por negligência, têm causado sérios danos aos pacientes.

⁴ MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Responsabilidade civil do médico*. p. 107.

1.6 Vícios do Consentimento

No universo jurídico, sabemos que o erro, o dolo, a coação, são vícios do consentimento, que tornam os atos nulos e anuláveis, destarte não se pode falar em decisão consciente e voluntária quando a vontade se encontra eivada de tais vícios.

Como sabemos, na ignorância há ausência de conhecimento sobre o objeto da decisão. Já no erro, há falsa noção sobre determinado fato ou coisa.

O consentimento pode ser considerado inválido pela existência de erro substancial, que consiste na declaração de vontade viciada, no caso, por falsa noção sobre as *características*⁵ do tratamento ou da doença.

Há, ainda, a hipótese da invalidade do consentimento por *falso motivo*⁶, que poderá ser verificado no caso de diagnóstico errado, como na situação em que o médico afirma ser o tumor maligno, mas trata-se de tumor benigno.

No que diz respeito ao exemplo acima, a decisão do paciente seria pela não intervenção cirúrgica, principalmente considerando-se os riscos envolvidos na operação e a ausência de benefício.

Assim, pode se afirmar, em tese, que houve violação à integridade física do paciente que se submeteu à tratamento desnecessário, bem como teve extirpado parte de seu organismo. Vale lembrar que o consentimento informado poderá ser dado por interposta pessoa nos casos em que o paciente prefira não receber diretamente as informações, delegando a terceiros tal tarefa, existindo, ainda, a situação em que o paciente é representado ou assistido.

Nessas situações, caso haja algum vício de consentimento, poderá ser pleiteado o reconhecimento da invalidade do consentimento, apurando-se as responsabilidades.

1.7 O Consentimento Informado

Passando a analisar mais especificamente o consentimento informado, abordaremos, a concordância ou discordância do paciente com o tratamento.

Atente-se que a necessidade do médico obter o consentimento informado antes da adoção de qualquer prática médica relevante constitui dever ético do médico, que tem

⁵ O Novo Código Civil utiliza, no art. 139, II, a expressão "qualidades essenciais".

⁶ Art. 140 do Novo Código Civil: O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante.

influência na aferição de responsabilidade civil, penal e administrativa. É válido dizer que este consentimento deve ser desprovido de pressões, ou seja, deve ser voluntário e específico.

Outra característica do consentimento é o fato de que ele pode ser parcial. Assim, nada impede que a concordância do paciente seja apenas para o diagnóstico, não podendo, dessa forma, o médico aproveitar o estado do paciente para realizar cirurgia que não estava autorizada.

Quanto á revogabilidade do consentimento, a mesma é possível. Destarte o médico não deve continuar o tratamento contra a vontade do paciente, exceto nos casos em que a interrupção coloque, pelas novas circunstâncias, em grave risco à vida do paciente, pois do contrário estaríamos admitindo a eutanásia passiva, que é vedada no nosso ordenamento jurídico.

A obtenção do consentimento do paciente para adoção de determinada prática médica é a concordância parcial ou não, revogável, precedida de informação clara, pontual, abrangente, suficiente para real compreensão da situação de saúde, caracterizando-se ainda por ser um direito do paciente, isto dentre os direitos a personalidade.

Na verdade, já nos advertia João Vaz Rodrigues⁷ que: "o consentimento informado implica mais do que a mera faculdade de o paciente escolher o médico, ou de recusar um tratamento médico indesejado, antes constitui garantia da proteção contra invasões na esfera de qualquer pessoa humana".

O consentimento pode ser presumido, que se será relevante desde que em benefício do próprio paciente, e tomado de acordo com históricos de concordância para idênticas situações.

1.8 Do Consentimento Informado nos Demais Países do Globo

O Consentimento informado tem merecido especial atenção dos norte-americanos, onde, segundo João Vaz Rodrigues⁸, a expressão *informed consent* foi utilizada numa decisão proferida por um Tribunal da Califórnia, em 1957, muito embora, dois anos antes, a *Supreme Court* da Carolina do Norte tenha qualificado como conduta negligente de um cirurgião a ausência de explicação dos riscos envolvidos numa intervenção cirúrgica⁹.

⁷ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 29

⁸ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 29

⁹ Foi proferida no caso *Hunt v. Bradshaw*.

Entretanto, a sentença que cuidou do direito de autodeterminação sobre o destino do próprio corpo por parte de um adulto consciente foi proferida pelo Juiz Benjamin Cardozo no caso *Schloeendorff v. Society of New York Hospital* (1914)¹⁰.

É de suma importância salientar que essa decisão é considerada como o embrião da doutrina do consentimento informado, ao configurar o paciente como um indivíduo livre e autônomo a quem se reconhece a liberdade de tomar as suas próprias decisões.

A partir dessas decisões, firmou-se entendimento jurisprudencial sobre a necessidade de obtenção da autorização do paciente previamente a qualquer intervenção médica invasiva, ainda que seja para proveito do próprio paciente, incluindo-se os diagnósticos que envolvam, por exemplo, o pudor do paciente.

Na Alemanha tem grande importância o respeito à integridade corporal ou física do indivíduo, talvez fruto do julgamento dos crimes cometidos na II Guerra Mundial, que resultou na elaboração do Código de Noremburg, no qual ficou expressamente consignada a teoria do consentimento informado.

A partir de então médico passou a ser visto mais como conselheiro do que árbitro sobre o tratamento, entendendo os tribunais estrangeiros que o respeito pelo direito de autodeterminação do paciente aumenta ao invés de diminuir a confiança no médico, além de respeitar a liberdade e a dignidade como ser humano.

Citamos, por oportuno, a sentença do "Reichsgericht" de 31 de Março de 1894, proferida sobre o seguinte caso: um médico após ter diagnosticado uma tuberculose óssea de que padeceria o paciente – uma criança de sete anos -, procedeu à amputação de um pé deste, contra a vontade expressa do pai. Decidiu-se, ademais, que o dissentimento do paciente constituía um limite ao tratamento médico lícito, ainda que conduzido segundo a *leges artis*¹¹.

Fator de extrema importância na legislação alemã sobre o consentimento informado refere-se ao fato de que, na oposição dos representantes legais dos incapazes sobre a adoção de tratamento que o médico repute necessário e inadiável, deverá ser levado o caso ao conhecimento da autoridade judiciária.

Menciona, ainda, as hipóteses em que o médico poderá desconsiderar a necessidade do consentimento como a situação de tratamento de saúde obrigatório, não podendo, contudo, forçar coativamente o visado a receber o tratamento, assim como os casos de necessidade e

¹⁰ Na seqüência de uma laparotomia – incisão da parede abdominal – com finalidade diagnóstica, após ter sido detectado um tumor, foi aprofundada a intervenção para sua extração; o paciente havia afirmado que não queria ser operado.

¹¹ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 36.

urgência, tal como o perigo de vida, e se o paciente não puder manifestar-se, poderá o médico agir.

O Código de Deontologia italiano de 1995 estabelece, segundo João Vaz Rodrigues¹², um conjunto de regras sobre o consentimento informado, a saber:

- Institui-se o dever de o médico dar a conhecer ao paciente - tendo em conta o seu nível de cultura, de emotividade e a sua capacidade de discernimento - informação serena e idônea sobre o diagnóstico, sobre o prognóstico e sobre a perspectiva terapêutica, as conseqüências de esta ser, ou não seguida, tudo com o fim de promover a adesão do paciente ao diagnóstico e à terapia propostas (CF. art.29);
- Dispõe que o próprio fornecimento da informação fica sob condição do paciente consentir em tal (CF. art.30);
- Dispõe, ainda, que o consentimento informado será prestado por escrito nos casos em que as particularidades da intervenção, ou as possíveis conseqüências para a integridade física determinem seja oportuna a manifestação inequívoca da vontade do paciente (CF. art.31).

Na Espanha o consentimento informado decorre da consagração constitucional do dever de respeito pela dignidade da pessoa e do direito à integridade física.

No direito estrangeiro a teoria do consentimento informado está bem avançada, talvez em razão dos graves acontecimentos de violação aos direitos da personalidade durante as guerras que afligiram diversos países.

1.9 O Consentimento Informado em Nosso Ordenamento Jurídico Vigente

No concernente ao consentimento informado, a nossa carta magna, a Constituição brasileira garante o direito à vida, incluindo-se, por extensão, o direito à integridade física, assim como o direito à saúde. Garante, ainda, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dar especial destaque aos direitos humanos, entre eles os direitos da personalidade, que compreendem o consentimento informado.

O nosso estatuto repressivo nacional, no parágrafo terceiro do artigo 146, só reconhece a excludente de ilicitude da intervenção do médico sem o consentimento nos casos de iminente risco à vida.

¹² RODRIGUES, *op. cit.*, p. 38-39.

O consentimento informado a muito tempo está regulamentado pelo Código de Ética Médica, conforme nos faz saber o prof. Léo Meyer Coutinho¹³, ao comentar o artigo 46, vejamos:

Este artigo, que já constava no Código anterior, é sumamente importante. Certamente por influência da época em que o médico era visto como um semideus, ainda é freqüente um comportamento que reflete essa atitude. Não é raro, em especial os pacientes humildes, informarem, na anamnese¹⁴, que foram operados e exibem uma cicatriz cirúrgica abdominal. Perguntamos qual cirurgia foi efetuada e ele responde: "não sei. O doutor não disse".

Continua o citado mestre que, pela experiência na atuação médica, funciona como testemunha, a saber:

"É fundamental o médico ter consciência de que o paciente não é de sua propriedade. Ele tem, e deve ser respeitada, vontade própria. Até mesmo para prescrever os medicamentos o médico deve informá-lo das finalidades".

O artigo 56 do Código de Ética Médica, por sua vez, veda a violação do direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida.

Ressalte-se, no entanto, que o consentimento informado constitui direito do paciente, que pode recusar o seu exercício por temer conhecer os diversos aspectos da sua doença, podendo, nesses casos, designar outra pessoa que receberá as informações e por ele decidirá. Nesse sentido, o artigo 59 do mencionado código veda ao médico deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa provocar-lhe dano, devendo nesse caso, o consentimento ser obtido da pessoa indicada pelo paciente ou por seus familiares.

É de bom grado lembrar que o médico deve obediência às normas contidas no Código de Ética Médica, podendo o mesmo ser responsabilizado em nível administrativo, bem como dar causa à conduta dolosa ou culposa a ensejar responsabilização civil e/ou criminal.

Fabício Zamprogna Matielo¹⁵, ao tratar do consentimento informado, assim ministrou:

¹³ COUTINHO, Leão Meyer. *Código de ética médica comentado*. p. 59.

¹⁴ MATIELO, *op. cit.*, p. 96. Anamnese é procedimento singelo, através do qual o paciente, ou o responsável por ele, informa ao médico sobre o início da moléstia em seus sintomas, tempo em que isso ocorreu, principais sintomas, bem como outras informações úteis, tais como a incidência de casos daquela patologia em parentes próximos, modo de vida (ativa, sedentária, etc.) e tudo o mais que possa auxiliar na pesquisa da melhor solução.

¹⁵ MATIELO, *op. cit.*, p. 47-48.

“As intervenções que acarretem risco mais acentuado, em especial as cirurgias, terão de ser previamente submetidas à apreciação do paciente ou de quem possa por ele decidir (em caso de impedimento pessoal), a fim de que seja dado consentimento, sob pena de responder o profissional por eventuais resultados negativos derivados do agir levado a efeito sem a devida concordância da parte interessada. Isto, à evidência, quando inexistir risco de vida concreto e atual, pois, estando presente perigo, deverá haver a tomada incontínente das providências emergenciais destinadas a salvar a vida do paciente, sem que tal atitude represente afronta aos direitos deste”.

Frise-se que o Novo Código Civil consagrou, nos artigos 13 e 15, o princípio da autonomia e da disposição sobre o próprio corpo, os quais se efetivam pelo exercício do consentimento informado, reconhecendo a importância desses direitos para o pleno desenvolvimento da pessoa.

O Novo Código Civil prevê medidas para a cessão de lesão ou ameaça de lesão aos direitos da personalidade, aí incluído o direito à autodeterminação, assim como reparação, satisfação ou compensação pelos prejuízos sofridos, ainda que somente tenha atingido a órbita moral do indivíduo no aspecto interno.

1.10 Do Privilégio Terapêutico

Estamos verificando a extrema importância do consentimento informado, todavia existem situações em que o risco à vida do paciente torna impossível ou indesejável todo o rigor na sua efetivação, sob este prisma temos as situações de urgência e emergência, em que às vezes o paciente sequer é atendido em um estabelecimento hospitalar, sendo atendido no local do acidente e sendo exposto a condições adversas.

Diante disto seria ilógico que nessas situações se imputasse ao médico a violação ao dever de respeitar o consentimento do paciente. Nesses casos em que se afasta a necessidade do consentimento informado a doutrina denomina de privilégio terapêutico, que constitui exceção à necessidade de legitimação do ato médico sobre a integridade física mediante o consentimento médico.

É bom lembrar que é plenamente aplicável o princípio da beneficência nas situações em que o grau de risco seja extremamente agravado, em que o médico deva de toda maneira tentar salvar e obter o melhor resultado para a saúde do paciente, afastando-se a necessidade de consentimento informado pelo tempo exíguo e o risco iminente.

Na oportunidade, citamos o magistério do ilustre Prof. Coutinho¹⁶

¹⁶ COUTINHO, *op. cit.*, p. 60.

“Que fique bem claro que somente em iminente risco de vida é que podemos intervir, clínica ou cirurgicamente, contra a sua vontade, ou de seus familiares. E somente quando o risco for real, não meramente potencial”.

Pelo caráter pedagógico dos exemplos citados sobre risco concreto e risco potencial nos valem dos ensinamentos do referido mestre:

“Diagnosticamos um enorme aneurisma de aorta abdominal. Esclarecemos o paciente que aquele aneurisma poderá romper a qualquer momento, sendo fatal. Ele decide não operar. Não podemos fazê-lo”.

Em contraponto, temos outra situação:

“Chega ao hospital um paciente com abdome agudo, que puncionado revela sangue na cavidade peritonial. Temos a obrigação de operar, queira ou não o paciente ou seus familiares. Se necessário, podemos solicitar até a intervenção policial para garantir a segurança necessária ao ato”.

Além disso, nos casos em que o paciente esteja inconsciente e não tenha responsável legal para autorizar ou não a prática médica, entende-se que basta grau médio de risco à saúde ou à vida do paciente para justificar o afastamento do consentimento informado, vez que impossível de ser obtido. Isto se dá em atenção ao ponto de vista criminal o médico encontra amparo na excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, no estado de necessidade ou mesmo no exercício regular de um direito.

Destarte não se pode caracterizar crime nem ilícito civil a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante, se justificada por iminente perigo à vida. Portanto, não constitui constrangimento ilegal – crime contra a liberdade pessoal – agir para salvar a vida do paciente, ainda que contra a sua vontade.

Todavia se faz necessário uma enorme cautela, pois o privilégio terapêutico constitui exceção ao dever de obtenção do consentimento informado, pelo que compete ao médico a prova da existência da situação extraordinária autorizadora da intervenção, sob pena de responsabilização do médico, conforme já reconhecido pelo Conselho Federal de Medicina¹⁷, a saber:

“Infração aos artigos 46 e 59 do cfm: efetuar procedimento médico sem esclarecimento e consentimento do paciente - deixar de informar ao paciente os riscos e objetivos do tratamento.”

¹⁷ Disponível em: <<http://www.cfm.org.br>>.

“i - alterar procedimento anteriormente planejado, quando não caracteriza emergência médica, sem o devido esclarecimento do paciente ou responsável legal, constitui ilícito ético.”

Rel. Moacir Soprani - Proc.111/1997 - Origem: CRM-DF

Tribunal: Câmara do CFM - Publicação: D.O.U. 11/OUT/1999 SEC. I PAG. 17.

CAPÍTULO 2.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Para podermos falar a respeito da responsabilidade civil do médico, inicialmente temos que nos reportar ao aspecto histórico, fazendo isto perceberemos que o tratamento da responsabilidade na Antigüidade era bem diferente da atualidade, vez que o médico era tido como semideus, não sendo questionado o exercício do ofício, principalmente pela existência da figura do médico da família e da pequena evolução científica.

Todavia, conforme apontamos na evolução histórica, esse quadro mudou drasticamente com o avanço científico e tecnológico, ressaltado pela busca da cidadania plena. Assim temos que da irresponsabilidade civil de outrora, o médico passou a ser alvo de desconfiança, investigações e punições nas esferas administrativa ou judicial, respondendo pelas violações éticas, civis e penais, fruto, em grande parte, da relação médico-paciente que, aparentemente, pouco melhorou com o passar dos anos.

Apesar de tudo e tendo em vista a importância do médico para a sociedade a lei protege o exercício da medicina, não sendo nada fácil a comprovação das falhas médicas em razão do arcabouço jurídico que favorece ao profissional de tão nobre função social, conforme perceberemos ao longo da análise dos aspectos da responsabilidade civil.

2.1 Responsabilidade a Nível Contratual

No que concerne a responsabilidade contratual, temos inicialmente que ressaltar que o contrato normalmente é verbal em razão da dificuldade de se estabelecer burocracias na medicina, mesmo por que tal fato atrasaria e poderia comprometer o atendimento.

É de suma importância que se ressalte que existe uma vasta divergência doutrinária a respeito natureza deste referido contrato. Alguns defendem que o médico recebe um mandato do paciente, realiza empreitada ou prestação de serviço, sendo último posicionamento majoritário, ao qual aderimos. Todavia se tem como consenso entre os doutrinadores que a prestação de serviços pelo médico ao paciente submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, além de apresentar características de contrato de adesão.

Sobre o contrato de adesão, assim manifestou o ilustre Fabrício Zamprogna Matielo¹⁸:

“Além dessas considerações, ainda se tem de mencionar a maneira *sui generis* em que normalmente se dá a contratação de serviços médicos, onde uma das partes, na ânsia de buscar a recuperação física ou psíquica, teria reduzida sua capacidade de discussão das condições contratuais, firmando, em verdade, um genuíno contrato de adesão”.

¹⁸ MATIELO, *op. cit.*, p.35.

Embora seja mais comum o caráter contratual da relação entre o médico e o paciente, surgem situações onde não há contrato, como no atendimento médico na rua ao paciente em situação de urgência. Nesse caso, o vínculo existente é extracontratual, protegendo o profissional, obviamente, pelas condições adversas em que realizou seu mister, não podendo exercer o mesmo rigor dedicado ao profissional que tem vários recursos à sua disposição.

2.2 Dosimetria da Culpa

Nesse momento passaremos a avaliar a culpa pois a responsabilização civil do médico depende de demonstração de culpa (negligência, imperícia ou imprudência), vez que a responsabilidade civil do médico é subjetiva, conforme dispõe o parágrafo 4º do art.14 do Código de Defesa do Consumidor.

Destarte, a responsabilização do médico depende de prova da existência dos elementos da culpa ou do dolo, sendo que a última hipótese traz consigo maior gravidade em razão da intenção de prejudicar.

Temos então que aprender a distinguir o que vem a ser negligência, imprudência e imperícia. Temos que negligência é o descaso, a desídia do profissional quanto aos deveres da profissão. Ao passo que a imprudência pode ser definida como ação precipitada, irrefletida, em que o profissional não se preocupou em evitar dano previsível. Por fim, controvertida a situação relativa à imperícia, vez que parte da doutrina entende que a formação recebida afasta a possibilidade de imperícia do médico, vez que a imperícia é considerada como falta de conhecimento, ou técnica profissional.

2.3 Obrigação de Resultado ou de Meio?

Outra discussão pertinente e que portanto deve ser abordada, é a que se refere a saber se estamos falando de uma obrigação de meio ou de resultado. Via de regra a obrigação do médico é de meio, consistindo no dever de efetivação de todas as medidas necessárias para salvar o paciente, não se obrigando a resultado positivo. Pois o médico deve utilizar os recursos disponíveis, não medir esforços e sempre atuar dentro da técnica, não podendo experimentar meios de cura, sob pena de responsabilização.

No que diz respeito a obrigação de resultado, o contratado obriga-se a proporcionar determinado resultado positivo, não sendo suficiente a diligência e os esforços empregados para isentar o obrigado da responsabilidade.

Há discussão doutrinária acerca da obrigação a que estão sujeitos os Cirurgiões Plásticos e Dentistas, sendo majoritária a parte da doutrina que considera ser obrigação de resultado.

É de salientar que esta discussão é importante, pois dependendo se for de uma ou de outra, haverá a inversão do ônus, vez que na obrigação de resultado cabe ao médico comprovar ter alcançado o resultado a que se comprometera, já na obrigação meio cabe, em regra, ao paciente demonstrar culpa ou dolo a justificar a reparação pretendida.

2.4 Dos Danos

Outro ponto imprescindível para que haja a responsabilização civil do médico, é a ocorrência do dano, pois sem a ocorrência do mesmo tal fato não será possível. Destarte para responsabilização não é suficiente a existência do inadimplemento de uma obrigação ou a comprovação de culpa, há que se existir, em regra, um dano.

Dai, normalmente recorreremos à tradicional classificação dos danos em patrimoniais ou em danos morais, estes também chamados extrapatrimoniais, embora de abrangência diversa. Os danos representam lesões aos interesses juridicamente protegidos, atingindo direta ou indiretamente o patrimônio de terceiro ou a sua moralidade.

É válido salientar que a moralidade do indivíduo pode ser afetada no aspecto íntimo (honra subjetiva) ou ter repercussão externa (honra objetiva). Bem como que os danos decorrentes da ação médica podem ter efeitos patrimoniais, como é o caso das despesas com tratamento, perda decorrente de deformidade que impossibilite o exercício de atividade laboral, bem como pode atingir o moral do indivíduo, como o sentimento de desprezo, estresse, depressão, angústia, traumas etc.

Situação conflituosa é a de definir se a violação do direito ao consentimento informado caracteriza, por si só, dano passível de reparação ou satisfação.

Seria a violação ao direito de disposição sobre o próprio corpo efetivado no consentimento informado um dano a ser indenizado?

Os direitos decorrentes da personalidade, tem proteção constitucional, estando salvaguardados, também por diversas leis infraconstitucionais, inclusive pelo Novo Código Civil.

Os direitos à integridade física e à disposição sobre o próprio corpo são protegidos - dada a sua importância - pela legislação penal, sendo que a observância desses direitos natos decorre da possibilidade de decisão do indivíduo sobre o seu corpo (*consentimento informado*), excetuadas as situações em que o legislador tornou-os indisponíveis, pois podem afetar o direito à vida, que é garantido a despeito do interesse egoísta de cada pessoa, pois importa à coletividade.

Assim, o direito ao consentimento informado é dever do médico que, em não observando, age com negligência, bem como viola o direito personalidade, que encontra salvaguarda no Novo Código Civil.

Para alguns doutrinadores¹⁹ a violação ao consentimento informado somente teria o efeito de agravar a responsabilidade do médico na aferição da culpa, pois sua inobservância constituiria negligência profissional, elemento da culpa. Apesar de ser respeitável o posicionamento ora apresentado, acreditamos, que a violação ao consentimento informado além de constituir elemento caracterizador da culpa do médico, tem também proteção autônoma, em outras palavras, a disposição sobre o próprio corpo e o direito à integridade física.

Para facilitarmos a visualização de eventual efeito danoso da ausência do consentimento informado, imaginemos uma situação onde a pessoa contrata um médico para realizar uma determinada cirurgia corretiva, todavia o médico decide por si só realizar uma outra intervenção, esta não autorizada, para uma suposta uniformização de um novo visual, tendo o mesmo logrado êxito. Assim não havia que se falar em dano no sentido objetivo, pois a intervenção foi bem sucedida.

Entretanto é de se atentar para o fato da privação ao direito de decidir sobre o próprio corpo é uma ação extremamente intrusiva e prejudicial ao indivíduo, razão pela qual entendemos que aquela intervenção cirúrgica deu causa ao dano moral por violação ao direito da personalidade representado no consentimento informado, embora possa se discutir ou não existência de dano corporal. Todavia indubitavelmente houve a violação da integridade física do enfermo, visto que o médico, apesar de ser especialista, não pode decidir sobre o que não lhe pertence, pois agindo assim fere a dignidade do paciente.

Além disso, se lembrarmos que a maioria dos tratamentos médicos desencadeia uma situação de fragilidade e sofrimento, mais mesmo nessas condições o ser humano ter direito ao próprio corpo, não podendo o médico decidir por ele, salvo nas hipóteses justificadas pelo

¹⁹ Veja MATIELO, *op. cit.*, p.35

risco concreto à vida, sob pena de ser responsabilizado pela violação ao consentimento informado, que representa a efetivação da disposição sobre o próprio corpo e garantia sobre a integridade física.

Por outro lado, a que se atentar de que nada adianta impor um dever ao médico, ou seja, respeitar o consentimento informado, se não houver reparação ou satisfação nos casos de violação, pois de certo estaremos premiando médicos negligentes quanto aos seus deveres, pois raros os casos em que as vítimas conseguem administrativamente ao menos advertência do profissional pela negligência quanto ao consentimento informado.

A reparação, com escopo pedagógico, que independe da comprovação do dano, vem sendo admitida pela teoria do dano moral puro, consagrada pela jurisprudência, razão pela qual deve ser aplicada por analogia às hipóteses de violação ao consentimento informado.

Entendemos ser possível a indenização (satisfação) pela violação ao consentimento informado, que agride a liberdade autodeterminação do paciente, podendo trazer angústias e dificuldade de recuperação médica, principalmente considerando o poder das doenças psicossomáticas, que podem ser ocasionadas pelo estresse dos tratamentos médicos indesejados.

Nesse norte, brilhantemente, o Novo Código Civil Brasileiro, no parágrafo único do art. 953, possibilita ao juiz *fixar equitativamente valor da indenização na impossibilidade do ofendido provar o prejuízo material*, sendo que consideramos plenamente aplicável por analogia aos casos de reconhecida violação do consentimento informado.

2.5 Nexo de causalidade

No que concerne ao nexo de causalidade, temos que trata do vínculo entre a ação e a omissão, geradores do evento fatídico, em especial é a demonstração do vínculo entre o dano suportado ou sofrido e a conduta comissiva ou omissiva do agente responsável.

Via de regra é árdua a missão probatória no que concerne a responsabilidade médica, visto a existência de um extremo corporativismo da classe, bem como o fato de a maioria das práticas médicas serem ultimadas sem presença de testemunhas ou acompanhamento de técnicos imparciais.

Todavia, o nexo de causalidade é essencial e de importância sumária para responsabilização do médico, sendo matéria geralmente utilizada como defesa, atribuindo-se o resultado negativo às causas incontrolláveis ao homem, tais como o caso fortuito ou força maior. Dessa forma, pode ocorrer que o dano seja decorrência de caso fortuito ou força maior,

assim como pode ter origem no comportamento culposo da vítima, elidindo a culpa do médico.

Diante do exposto vemos que a questão impar do erro médico é a previsibilidade, que pode ser aferida do ponto de vista objetivo – a partir do conhecimento do homem médio, ou sobre a ótica subjetiva, onde se apura a previsibilidade de acordo com as condições pessoais do agente. Todavia é bom frisar que a imprevisão também afeta a necessidade de obtenção do consentimento informado previamente, sendo dispensável, como já descrito, nas situações de urgência ou emergência, que coloquem a vida em risco concreto.

Pela teoria objetiva de aferição da previsibilidade deve ser punido o médico que, mesmo diante da possibilidade de antevisão do resultado por uma pessoa de mediana diligência, não adotou medidas para evitar ou sanar o dano previsível.

O atual Código Civil confere ao caso fortuito e a força maior o efeito de excluir a ilicitude do fato, pois se enquadram nas hipóteses em que o acontecimento é inevitável, cujos efeitos não seria dado ao homem prevenir ou impedir.

Na medicina existe grande margem para ocorrência de situações imprevisíveis, tanto consequência de características próprias do paciente como resultado de reações adversas de medicamentos ministrados, sendo que nesses casos não há como imputar ao médico a responsabilidade se agiu com o devido cuidado. Por isso mesmo é que se faz necessário o consentimento, pois o paciente pode discriminar a quais substâncias o mesmo é alérgico, por exemplo.

Frise-se que nas hipóteses de dano moral pela violação ao consentimento informado, há presunção do dano, pois não decorre de fatos plenamente verificáveis, vez que afeta a honra subjetiva do indivíduo.

Diante de tudo acima exposto, deduzimos que o consentimento informado é de suma relevância, pois o corpo humano não é elemento disponível ao livre arbítrio do médico, tendo este de atuar sempre de acordo com a vontade do titular do direito à integridade, sob pena de indenizar o paciente pelo dano moral que venha a causar, quer agindo por culpa ou por dolo.

CAPÍTULO 3.

INFLUÊNCIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO

Em virtude de todos os aspectos analisados e avaliados com a devida cautela, em pontos anteriores, é de fácil absorção que o consentimento informado, em tese, exime o médico de responsabilidade, isto, caso o mesmo não cometa excessos, pois consoante o que é difundido por muitos doutrinadores, o consentimento informado obtido do paciente não é um salvo-conduto para o médico cometer excessos e descuidar da técnica a todos imposta.

O consentimento informado legitima a ação médica, embora não afaste a possibilidade de responsabilização por erro decorrente de culpa. Isso porque o consentimento informado não isenta o médico do dever de cautela, de diligência e perícia, visto que ao consentir com o tratamento sugerido o paciente está apenas autorizando a aplicação dos meios indicados, mantendo o direito de exigir que o profissional tenha diligência.

Ocorre que, diante da inexistência do Consentimento Informado, a culpa do médico já se faz existente pela negligência quanto a um dos seus deveres, que é o de obter o consentimento informado.

É de se apontar e repudiar a cláusula de não indenizar, onde alguns profissionais, dotados de esperteza, procuram se isentar da responsabilidade sobre os riscos, o ilustre MATIELO²⁰ assim ministrou:

“Logo, considerando-se que o direito à recomposição de danos causados à saúde do paciente é irrenunciável, a cláusula prévia de não indenizar carece de sustentáculo legítimo de existência e não prospera quanto estabelecida entre as partes”.

Todavia, consideramos que o consentimento informado tem grande repercussão na aferição de responsabilidade, além de evitar muitas demandas, pois o paciente informado dos benefícios e riscos é co-participante da decisão, levando-o a realizar um juízo de reflexão, que certamente trará maiores ponderações antes de buscar a tutela do judiciário.

Ademais, a falta de oportunidade ao paciente de não se submeter a qualquer tratamento, que posteriormente lhe ocasionou o dano corporal ou psíquico, enseja, ainda que o médico tenha agido de acordo com a técnica, a indenização pela violação do consentimento informado, vez que o paciente, ciente dos riscos, poderia não se submeter ao tratamento médico, não se aplicando o caso fortuito ou força maior para isenção da responsabilidade.

Assim, na hipótese em que não haja consentimento informado, mesmo que o médico empregue todos os meios disponíveis, se houver dano, ele responde pela negligência, já que a decisão do paciente poderia ser pela não submissão ao tratamento que ocasionou modificação

²⁰ MATIELO, *op. cit.*, p. 36.

no seu organismo ou mesmo lesão permanente. A mesma imputação ocorrerá caso o dano seja proveniente de caso fortuito e força maior, deste que não tenha sido dado o consentimento.

*Inclinado para este norte é o ensinamento de Matielo*²¹

Atuando contra a vontade do paciente, estará o médico deliberadamente assumindo todos os riscos por qualquer resultado danoso que venha a ocorrer, porque lhe é defeso dispor de forma livre do organismo alheio quando o titular conscientemente rejeita a atuação pretendida. Embora as circunstâncias apontem para o óbito caso não se proceda à intervenção recomendada, estará o médico adstrito à vontade do paciente se o risco de vida não for iminente, porque soberana uma vez livremente emitida depois de munido aquele de esclarecimentos bastantes.

Continua seu magistério:

Mais do que isso, a única prova que poderá opor a eventual pretensão indenizatória derivada do agir despido de aquiescência dirá respeito à impossibilidade de esclarecer o paciente sobre o quadro de pleitear autorização dele ou de seus familiares, haja vista a necessidade premente de intervir em proveito da vida do paciente, ameaçada e destinada ao perecimento em caso de inação.

3.1 Posicionamento dos Tribunais.

Os tribunais, ainda que de forma tímida, têm reconhecido a ausência de consentimento constitui elemento constituinte da culpa do médico.

Para demonstrarmos o posicionamento dos tribunais, apresentamos o caso do anesthesiologista, que responde pelo dano causado ao paciente, quando não obteve previamente anuência para realizar a anestesia geral, visto a mesma não ser necessária ao caso (imprudência), bem como não realizou exames pré-anestésicos (negligência) e não empregou todos os recursos técnicos existentes no bloco cirúrgico (imperícia)²².

Ap. Cível 597 009 992. 5ª CC. Rel. Des. Paulo Augusto Monte Lopes. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. D.J 20.03.97.

O caso objeto da ementa refere-se a paciente menor de idade internada para cirurgia de pequena complexidade, com anestesia local. Passadas três horas, do início da intervenção, foram informados os pais que a pequena, por apresentar grande agitação, fora submetida à anestesia geral (sem autorização ou conhecimento daqueles). Ato contínuo sofreu uma parada cardio-respiratória, sendo conduzida à UTI em estado crítico.

É de se apontar que o médico pode se abster de realizar um tratamento, quando este for desnecessariamente arriscado, não sendo suficiente o consentimento informado para isentá-lo de culpa, pois de nada adianta esta de posse de um consentimento para uma cirurgia, em que a possibilidade de malefícios é bem maior do que a de benefícios, pois só se justifica a

²¹ MATIELO, *op. cit.*, p.106.

²² GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. p.148.

autuação do médico nas situações de risco extremamente agravado se houver perigo concreto à vida, nesse caso dispensável, inclusive, o consentimento informado.

Sobre o tema, vejamos o que diz Fernanda Schaefer²³ :

“Vale lembrar que, para o mundo jurídico, o não-esclarecimento ou a insuficiência das informações prestadas ao paciente sobre o seu estado de saúde e as formas e conseqüências do tratamento fazem que o consentimento dado nestas situações seja considerado como inexistente, pois se presume que, se o paciente tivesse sido mais bem instruído talvez, com aquele tratamento ou experimento, não tivesse consentido. Mesma conseqüência jurídica haverá quando constatada a presença de vício no consentimento (dolo, coação, simulação ou fraude)”.

Acreditamos que é viável e recomendável a inversão do ônus da prova da obtenção do consentimento informado, conforme permite o Código de Defesa do Consumidor, competindo ao médico a prova de que o paciente autorizou o tratamento, mormente considerando que as práticas médicas ocorrem a portas fechadas, todavia é cabível ao enfermo a prova da eiva do seu consentimento, invalidando-o.

Quanto à possibilidade da inobservância do consentimento, por si só, conferir direito à reparação, entendemos que a autonomia do paciente acrescida do poder relativo de disposição sobre o próprio corpo pode dar ensejo ao dever de reparação, mormente nos casos que resultem afetação à integridade física ou grave abalo psíquico, não se justificando somente nos casos de pequenas intervenções médicas em que o resultado supere em muito o dano extrapatrimonial suportado, pois poderíamos entender que houve compensação dos "danos" pelos benefícios.

Para um melhor entendimento, imaginemos uma situação onde o médico realize, sem o consentimento, a amputação da perna do paciente para evitar a evolução da gangrena.

Ora, sob o aspecto médico, pode-se afirmar que o tratamento foi um sucesso, pois evitou possível evolução da doença. Contudo, pode ser que a decisão do paciente fosse pela não intervenção imediata, principalmente diante de tão grave tratamento, mesmo correndo o risco de perder a perna. Ademais, esse comportamento não seria desprovido de lógica, vez que a doença tem evolução diferente nos diversos organismos, o que poderia evitar a amputação da perna.

Adotar o entendimento de que o consentimento informado somente funciona como reforço na aferição de culpa, é diminuir em muito a sua importância, colocando o paciente em

²³ SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico*. p.80.

situação de desamparo, pois deverá demonstrar a culpa do médico, por exemplo, por uma intervenção precipitada, o que é demasiadamente difícil de se provar.

Assim, é possível o consentimento informado funcionar como fator isolado de responsabilização do médico, por violação a sentimento íntimo de autodeterminação, à integridade física e ao dever ético do profissional, afetando-se a honra subjetiva do paciente.

Os Tribunais brasileiros têm abarcado a responsabilidade pela violação ao consentimento informado, impondo, nos casos em que envolvam interesse de menor, a submissão ao Judiciário para solução do impasse, senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIRURGIA EM FILHO MENOR. DIVERGÊNCIA DOS PAIS. O FILHO, SOB A GUARDA DA MÃE, DIVERGINDO OS PAIS A RESPEITO DE CIRURGIA QUE ENVOLVE RISCO DE VIDA, CABE AO JUDICIÁRIO SE MANIFESTAR NO SENTIDO DA MAIOR PROTEÇÃO AO MENOR, SUSPENDENDO QUALQUER TENTATIVA DE SUBMETÊ-LO A UMA NOVA CIRURGIA CARDÍACA, JÁ QUE A UMA PRIMEIRA OPERAÇÃO FOI SUBMETIDO SEM CONSENTIMENTO DO PAI, QUE AGORA SE OPÕE QUE O FILHO SEJA NOVAMENTE OPERADO, SEM ANTES SER AVALIADO ATRAVÉS DE UMA BATERIA DE TESTES. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 599064656, OITAVA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. ANTÔNIO CARLOS STANGLER PEREIRA, JULGADO EM 09/09/99²⁴.

Outro caso não menos ilustrativo teve a sentença condenatória confirmada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná por violação ao consentimento informado na realização de prática médica, no caso, consistente na laqueadura das trompas da paciente sem a devida autorização, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA - ESTERILIZAÇÃO (LAQUEADURA) DESAUTORIZADA DURANTE CESARIANA - ATO CULPOSO - DANO MORAL (grifos inexistentes no original). TJPR - APELAÇÃO CÍVEL Nº 61488-6 DE PONTA GROSSA, RELATOR: CUNHA RIBAS JUIZ CONVOCADO²⁵.

Pela importância do caso, colacionamos trechos do voto do ilustre relator Dr. Cunha Ribas, vejamos:

²⁴ Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em 04/11/2002

²⁵ Disponível em: <www.tj.pr.gov.br/csp/juris/list.csp?flag=1&seq=133235&job=422&nro=1&sen=pro>.

A questão central da liça reside na ocorrência ou não de autorização para realização de uma laqueadura pelo Apelante, na Apelada, durante uma cesariana, bem assim as razões de sua realização.

(...)

O Apelante alega que diante do quadro pessoal da Autora, já tendo feito antes duas cesarianas, a última com filhos gêmeos, correria ela risco de vida, caso tentasse mais uma maternidade.

Sustentou que tinha autorização verbal e escrita por parte da Autora, para tal ato.

(...)

Quanto a alegada autorização verbal, nenhuma prova veio aos autos. Já como autorização escrita, pretende o Apelante valer-se do documento de fls. 33, e que estava assim pré-escrito:

Declaro que eu, abaixo assinado, consinto em ser submetida a qualquer cirurgia, anestesia ou terapêutica que for julgado necessário ou prudente para o meu tratamento.

Ponta Grossa, 21/05/93.

Paciente

Responsável

Ora, tal documento em momento algum autorizou o médico a realizar a laqueadura na Autora, que, adentrara ao Hospital para fazer uma cesariana.

Na prova oral restou extreme de dúvida que tal tipo de autorização era exigida para todo e qualquer paciente que se internasse no Hospital (conforme o médico WALTER GOETZ, testemunha arrolada pelo réu-apelante, fls. 115).

(...)

Em assim procedendo, agiu culposamente o apelante, ao proceder a laqueadura sem autorização, e que naquele momento era desnecessária.

(...)

O planejamento familiar é um direito de livre decisão do casal, assegurado pela Carta Magna (art. 226, parágrafo 7º), por isso, não cabe a terceiros tomar-lhe a decisão, salvo em caso de estado de necessidade, o que no caso inoconria.

Ressalte-se que o Conselho Regional de Medicina, por meio do colegiado daquele órgão, já havia afastado qualquer responsabilidade do médico.

No entanto, verifica-se que o médico foi negligente ao não obter o consentimento da paciente por escrito ou diante de testemunhas para realização de cirurgia tão grave.

Além disso, como mencionado, pouco adianta consentimento genérico, mormente quando não precedido de esclarecimento.

Outro aspecto relevante refere-se ao fato de que risco potencial não enseja a exceção do privilégio terapêutico.

Isso mostra que o Judiciário está adotando posicionamentos coerentes com a tendência mundial em responsabilizar os médicos negligentes quanto ao dever de obtenção do consentimento informado.

Hipótese de responsabilização do médico ocorre nas situações com danos materiais ou corporais, não obstante o emprego da técnica, mas sem a obtenção do consentimento informado, pois a presunção é de que o paciente não se submeteria ao tratamento conhecendo os riscos envolvidos.

O dano corporal só não enseja responsabilização quando legitimado pelo paciente mediante o consentimento informado, salvo impossibilidade do fornecimento ou dispensa pelo risco concreto à vida do paciente.

Acerca da possibilidade do médico ser responsabilizado a despeito de ter adotado prática tecnicamente perfeita, pela ausência da obtenção do Consentimento Informado, colacionamos o caso relatado pelo ilustre Prof. Sérgio Cavalieri Filho²⁶, a saber:

A paciente era possuidora de glaucoma congênito, o que ocasionava deficiência visual, e, por conta desta situação, necessitava de tratamento, o que levou a procurar o oftalmologista. Após a realização do primeiro exame, foi constatado que seria mais indicado a retirada do referido órgão, com o que não concordou a paciente. Procedido um exame mais minucioso, foi revelada a existência de capacidade visual. Diante de tal quadro, já em nova consulta, foi a paciente informada de que seria possível realizar uma cirurgia visando, em outro momento, a reaquisição da capacidade visual. Tratava-se de cirurgia fistulizante, como forma de reduzir a pressão, e, em segundo momento, tentar um transplante de córnea. Enquanto procedida à obtenção da verba para operar, teve a paciente nova crise, fazendo com que procurasse seu médico. Neste momento foi indicada a cirurgia, que pensava a paciente ser a fistulizante, quando, em realidade, era a de retirada do órgão visual. Procedida a intervenção, conhecida tecnicamente como enucleação, muito embora bem-sucedida motivou o ingresso da autora na justiça em busca de indenização por danos materiais e morais porque o seu consentimento foi dado para outro tipo de cirurgia. A Ação foi julgada procedente, como não poderia deixar de ser, uma vez que o médico descumpriu dever inerente à sua profissão de bem informar e obter o consentimento do paciente.

Outro precedente do Egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais²⁷, assim abordou a relevância da informação, que ausente, afasta a discussão acerca do caráter da obrigação do médico, a saber:

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. p. 279-280

²⁷ Disponível em <www.ta.mg.gov.br/Consulta/Teor.asp?Processo=52994>.

INDENIZAÇÃO. CIRURGIA DE LAQUEADURA TUBÁRIA. INSUCESSO. CDC. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO. - Embora possa ser considerada obrigação de meio ou mesmo de resultado, em caso de cirurgia de laqueadura tubária, a responsabilidade pelo insucesso deve ser apurada mediante culpa, podendo essa ser caracterizada pela ausência de informação de percentual mínimo de insucesso.

(...) não havendo prova de que o médico sequer alertara a paciente para o possível insucesso da cirurgia, ainda que em percentual mínimo, a obrigação de indenizar a paciente pelo médico é mero corolário jurídico (Juiz Belizário de Lacerda).

Presidiu o julgamento o Juiz BELIZÁRIO DE LACERDA (Relator, vencido parcialmente) e dele participaram os Juízes DÁRCIO LOPARDI MENDES (Revisor e Relator para o acórdão) e VALDEZ LEITE MACHADO (Vogal). Belo Horizonte, 11 de abril de 2002.

Noutro caso de igual relevância o supracitado Tribunal assim decidiu:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - RESPONSABILIDADE MÉDICA - PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE LAQUEADURA - NECESSIDADE DE EXPRESSO CONSENTIMENTO - DANOS MORAIS - FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO.

(...)

A cirurgia em que ocorre a perda da capacidade reprodutiva do ser humano, em decorrência de esterilização, há de ter o inquestionável consentimento do paciente, por não se poder conceber que o médico decida, por si mesmo, ato de extrema importância, que comprometa a vida, o bem estar ou a saúde dos pacientes, e que estejam em desacordo com as regras de seu ofício.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 322.443-5 - MONTES CLAROS - 13.12.2000

Terceira Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.

O Conselho Federal de Medicina, ainda que de forma tímida, também tem reconhecido o dever médico de obtenção do consentimento informado, senão vejamos:

PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL. RECURSO DE APELAÇÃO. PRELIMINARES ARGÜIDAS: CERCEAMENTO DE DEFESA POR NEGATIVA DE JUNTADA DE PROVA EMPRESTADA – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO REGIONAL – ERRO NA DOSIMETRIA DA PENALIDADE. INFRAÇÃO AOS ARTIGOS 4º, 46, 55, 63 E 65 DO CEM: AO MÉDICO CABE ZELAR E TRABALHAR PELO PERFEITO DESEMPENHO ÉTICO DA MEDICINA E PELO PRESTÍGIO E BOM CONCEITO DA PROFISSÃO - EFETUAR QUALQUER PROCEDIMENTO MÉDICO SEM O ESCLARECIMENTO E CONSENTIMENTO PRÉVIOS DO PACIENTE OU DE SEU RESPONSÁVEL LEGAL, SALVO IMINENTE PERIGO DE VIDA - USAR DA PROFISSÃO PARA CORROMPER OS COSTUMES, COMETER OU FAVORECER CRIME - DESRESPEITAR O PUDOR DE QUALQUER PESSOA SOB SEUS CUIDADOS PROFISSIONAIS - APROVEITAR-SE DE SITUAÇÕES DECORRENTES DA RELAÇÃO MÉDICO/PACIENTE PARA OBTER VANTAGEM FÍSICA, EMOCIONAL, FINANCEIRA OU POLÍTICA. MANUTENÇÃO DA PENA DE "CASSAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL"

(...)

IV- Exames de partes pudendas ou os que envolvam a intimidade das pessoas precisam de justificativas e consentimento dos examinandos. Comete infração ética grave o médico que, ao proceder a exames, desrespeita o pudor dos pacientes. V- Preliminares rejeitadas. VI- Apelação conhecida e improvida.

Relator: OLIVEIROS GUANAIS DE AGUIAR - Número: 105/1997 Origem: CRM-SP.
Tribunal: PLENO - D.O.U. 20 DE FEVEREIRO DE 2002, SEC. 1 PAG. 54.

Noutro precedente o Pleno do Conselho Federal de Medicina reiterou a necessidade da obtenção do consentimento informado, a saber:

PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL. RECURSO DE APELAÇÃO. INFRAÇÃO AOS ARTIGOS 46 E 59 DO CEM: EFETUAR TRATAMENTO SEM O ESCLARECIMENTO E CONSENTIMENTO PRÉVIO DO PACIENTE OU DE SEU RESPONSÁVEL - DEIXAR DE INFORMAR AO PACIENTE OU A SEU RESPONSÁVEL DO PROGNÓSTICO, DIAGNÓSTICO E OS RISCOS DO TRATAMENTO. MANUTENÇÃO DA PENA DE "ADVERTÊNCIA CONFIDENCIAL EM AVISO RESERVADO".

Relator: JOSE HIRAN DA SILVA GALLO Número: 111/1997

Origem: CRM-DF - Tribunal: PLENO - D.O.U. 14/DEZ/2000 - SECAO 1 - PAG. 75.

Dessa forma, como mencionado anteriormente, o Judiciário tem se mostrado sensível aos direitos da personalidade, entre eles o direito ao consentimento informado, não se restringindo tal posicionamento aos Tribunais de Justiça dos Estados, senão vejamos acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado.

A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano.(destaque inexistente no original).

Recurso conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Sustentou, oralmente, o Dr. Maurício Rhein Félix, pelo recorrente.

Brasília (DF), 01 de outubro de 2002(Data do Julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente (Resp. 436.827 DJ: 18/11/2002)

Na oportunidade, pedimos licença para transcrever trecho do voto do Min. Ruy Rosado Aguiar, o qual ilustra bem a circunstância fática em que se fundou o acórdão originário, que foi mantido pelo STJ, a saber:

"São fatos incontrovertidos... a paciente foi recebida em anexo do Hospital da Beneficência Portuguesa, destinado aos atendimentos de emergência, para vítimas de atropelamento, de indigentes e de contribuintes do INSS; constou, sob a responsabilidade de quem iria operá-la, que estava sendo internada de emergência (fl. 430); o internamento de emergência até se justificava, pois o próprio Dr. Agenor admitiu ter diagnosticado uma 'hemorragia diabética' (fl. 307 e documento de fl. 25), para depois admitir que não era o caso, 'mas tinha característica' (fl. 307); após sete horas de espera a autora foi chamada para trocar de roupas no WC feminino, de uso público no local em que se encontrava; não o fez em quarto particular, a que tinha direito por ter pago (sic.) o tratamento; em seguida, foi levada pela enfermeira para a sala de cirurgia; ali, o Dr. Agenor lhe fez a seguinte pergunta: 'O que a Sra. vê? Ela respondeu: Vejo vultos, clarões' (fl. 303); em seguida, analisou os exames e disse: 'Vou operar. É uma cirurgia difícil, demorada, vamos fazer? Ela disse vamos'; foi o único diálogo entre a paciente e o cirurgião, tal como ele mesmo reconheceu em seu depoimento pessoal" (fl. 581)... "como já acentuado no único diálogo mantido entre o cirurgião e a paciente, que aconteceu no dia da intervenção, não ficou comprovado, tal como afirmado na contestação do Dr. Agenor, que a paciente foi informada 'das dificuldades da cirurgia e do prognóstico reservado, como é comum nestes casos' (fl. 80); estava a paciente, portanto, com a informação enganosa do Dr. Saulo - e verdadeira ante a pena de confissão ficta (fl. 296) - de que 'poderia ele devolver a visão da autora' (fl. 03); foi nesta pessoa desconhecida (fl. 415) que o Dr. Agenor confiou, certo de que os riscos da cirurgia haviam sido esclarecidos; foi à esta pessoa desconhecida (fl. 415) que o Dr. Agenor 'prestou o favor' de aceitar a paciente necessitada; foi esta pessoa desconhecida (fl. 415) que, depois de ter recebido importância equivalente a R\$ 65.054,27, devolveu apenas importância equivalente a R\$ 5.464,39 (fl. 582)".... "O Dr. Agenor não custodiou com seriedade a paciente que, submissa e dominada pelos pré-anestésicos, estava ali à sua mercê, na mesa de cirurgia. Saiu-se com evasivas no que tange à necessidade de dimensionar a pressão intra-ocular, diagnosticou hemorragia diabética sem fazer exame algum, limitou-se a conversar com a paciente poucos minutos antes da operação, presumiu que um desconhecido, sem a especialidade exigida para o caso, houvesse informado conveniente a autora sobre os riscos da cirurgia, deixou que a paciente mantivesse a esperança de que o médico em que confiava estava prestes a chegar; enfim, não a custodiou sob o compromisso de seu grau, sob o compromisso de sua vocação, sob o compromisso da medicina" (fl. 584)."

Fazendo um apanhado geral, verificamos que no primeiro caso analisado pelo STJ restou patente o desprezo do médico acerca do dever de informar a paciente sobre os riscos de tão complexa cirurgia, que, ao final, ocasionou perda total da visão e gastos inúteis, sem o sofrimento a que foi submetida pela cirurgia.

Consoante havíamos explicitado outrora a violação ao dever de obtenção do consentimento informado, gera a obrigação para o médico, obrigação esta que será de reparar os danos suportados pelo paciente, apurando-se apenas o "*quantum*" devido, todavia se faz necessário a comprovação da culpa - negligência pela inobservância de dever ético e jurídico.

In fine, a obtenção do consentimento informado não isenta o médico do dever de observar a técnica recomendada pela Ciência, não podendo o profissional aproveitar a concordância para experimentar "terapias" ou ressuscitar procedimentos não recomendados, pois os experimentos humanos possuem regras próprias.

CAPÍTULO 4.

NOVO CÓDEX CIVIL

O legislador ao edificar o nosso novo código civil, atentou pra singularidade dos direitos referentes a personalidade humana, entre eles o direito da autonomia efetivado no consentimento informado, dispondo, no artigo 15, que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica (destaque inexistente no original).

Observando bem, o presente artigo, pode diante da hermenêutica jurídica, gerar interpretações diferidas, vez que seria possível, pela letra do dispositivo, obrigar o paciente a submeter-se a todos tratamentos que não impliquem riscos à própria vida. Tal interpretação, contudo, não encontra amparo no ordenamento jurídico, pois ninguém pode ser compelido a fazer nada contra a sua vontade, salvo quando imposto por força de lei congente e vigente.

Na verdade, a interpretação mais acertada do presente artigo, é que, ao paciente é conferido o exercício da resistência, mediante o poder de autodeterminação, legitimando-se o uso de todos os meios necessários, inclusive a força amparada na legítima defesa, para não se submeter ao tratamento quando implicar risco à vida.

Já o artigo 13 dispõe que "*salvo por exigência médica* – aqui entendemos que melhor seria o termo necessidade - *é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes*". Diante do dispositivo, a disposição do próprio corpo, quando resultar diminuição permanente da integridade física, só poderá ocorrer por necessidade médica. Destarte o consentimento informado se faz necessário, visto que só quem pode dispor sobre o próprio corpo é o paciente.

Já o artigo 13 do Novo Código Civil protege a integridade física e os bons costumes, e não as situações de risco à vida como dispõe o artigo 15 do mesmo Código. Dessa forma, inválido o consentimento informado concedido nos casos que possam resultar diminuição permanente da integridade, e que não exista necessidade médica, em outras palavras, o risco da doença era menor que perda decorrente do tratamento.

Por fim é de importância impar que se ressalte que o consentimento informado concedido para tratamentos que atentem aos bons costumes é inválido. Todavia não o será quando comprovadamente existir necessidade médica.

CONCLUSÃO

Após avaliar e compulsar todas as informações possíveis a respeito deste assunto fascinante e de importância sumária, tornou-se possível depreender que durante muito tempo a medicina utilizou como válvula de escape, o caráter sobrenatural que a ela foi atribuído, desde seus primórdios. Tal fato funciona como uma proteção para o profissional que temia ter sua capacidade questionada. É válido salientar que tal fato se verificou principalmente em tempos de pouca evolução científica, não se justificando e nem sendo mais tolerado no mundo contemporâneo, onde cada vez mais predomina a defesa dos direitos e o questionamento acerca de tudo e todos.

Tendo em vista, em um primeiro momento ter havido um certo protecionismo, em benefício da classe médica, isto através da obscuridade que reinava outrora, gerou-se uma desconfiança demasiada a respeito dos profissionais da medicina, distanciando assim, os pacientes de seus médicos, passando a aproxima-los da justiça, para que esta resolvesse os litígios surgidos desta relação contratante-contratado (paciente-médico). Entretanto é de se apontar, que em um primeiro momento o poder judiciário esteve tímido quanto à responsabilização, mas que hodiernamente tem se tornado cada vez mais exigente.

No que concerne ao consentimento informado, temos que por ser uma salvaguarda do médico, não um salvo-conduto, e um direito do paciente, o mesmo deveria ser praticado com mais freqüência, a fim de se evitar o crescente número de ações judiciais, pois é fator de sérios reflexos na responsabilidade do médico, podendo gerar repercussão na esfera penal. Bem como o aumento da desconfiança em relação ao serviço médico prestado. Devendo lembrar que a medicina é exercida com o apoio da confiança depositada no profissional, não sendo interessante perdê-la.

Ficou demonstrado que tecnicamente o consentimento informado é valor elevado do ser humano que deve receber tutela efetiva independente da existência de dano corporal, sendo possível à satisfação de dano moral puro consistente na violação ao direito de disposição sobre o próprio, salvo os casos as pequenas intervenções médicas, sem repercussão na integridade física do paciente.

Ex posits, a hipótese de o consentimento informado constituir excludente de ilicitude na esfera cível não restou aceita, vez que, por seus fundamentos, o consentimento informado só confere legitimidade ao ato médico adotado dentro dos ditames da medicina, não constituindo imunidade ao profissional da saúde.

Contudo a assertiva mais pertinente que pôde ser extraída deste estudo ora em tela, é que o consentimento informado não versa apenas sobre um direito exclusivo do paciente, e sim, consubstancia-se em uma forma de garantia do profissional da medicina, talvez sendo a única possuída pelo mesmo, visto que se a sua intervenção se encontra legitimada, diminui significativamente a probabilidade de pretensões judiciais em seu desfavor, isto porque o consentimento informado só deve ser afastado nas hipóteses restritas à impossibilidade de fornecimento ou risco concreto à vida, à integridade física ou à saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. Revista Jurídica, Porto Alegre, n. 231, p. 122-147, jan. 1997.

BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. Consentimento no transplante de órgãos. Curitiba: Juruá, 2001.

CARVALHO, José Carlos Maldonado. Responsabilidade civil médica: acórdãos dos Tribunais Superiores. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Destaque, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 2. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

COUTINHO, Leão Meyer. Código de ética médica comentado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

DIAS, José Aguiar. Da responsabilidade civil. 10. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995, 2 v. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro médico à luz da jurisprudência comentada. Curitiba: Juruá, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, Alvino. Culpa e risco. 2. ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. Responsabilidade civil do médico. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

MORAES, Irany Novah. Erro médico e a lei. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PIERANGELI, José Henrique. O consentimento do ofendido na teoria do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RODRIGUES, João Vaz. O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente. Évora: Coimbra Editora, 2001.

SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade médica civil, criminal e ética: legislação positiva aplicável. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SCHAEFER, Fernanda. Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico. Curitiba: Juruá, 2002.

SEVERO, Sérgio. Os danos extrapatrimoniais. São Paulo: Saraiva, 1996.

TRIBUNAL DE ALÇADA DE MINAS GERAIS Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.ta.mg.gov.br/frames.asp?Tipo=9>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/csp/juris>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudencia>>.