

CONSENTIMENTO INFORMADO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

*Wanderson Lago Vaz**

*Clayton Reis***

SUMÁRIO: *1 Notas introdutórias; 2 Conceito de consentimento informado; 3 Natureza jurídica do consentimento informado; 4 Princípio da autonomia e princípio da beneficência; 4.1 Recusa à transfusão de sangue, por questões religiosas; 5 Pressupostos de validade do consentimento informado; 5.1 Capacidade; 5.2 Informação; 5.3 Consentimento livre ou esclarecimento; 6 Exceções à ausência do consentimento informado; 7 Vícios de consentimento; 8 Forma e prova do consentimento; 9 Conseqüências da ausência do consentimento informado; 10 Conclusão; Referências.*

RESUMO: O consentimento informado tem grande importância na aferição da responsabilidade do médico. Legitima a atuação do médico. Sua obtenção é obrigatória, salvo nos casos de privilégio terapêutico, tratamento compulsório e renúncia ao direito à informação. São pressupostos de validade do consentimento informado: capacidade, informação e consentimento livre ou esclarecimento. O médico deve informar todos os riscos, benefícios ou alternativas decorrentes do tratamento cirúrgico ou terapêutico que o paciente será submetido. A informação deve ser repassada de acordo com o grau de conhecimento do paciente, ou seja, de forma clara e singela. Assim, o paciente, conscientemente, terá plenas condições de autorizar ou não o tratamento. A forma do consentimento é livre, mas recomenda-se que seja por escrito, com intuito de evitar futuras demandas judiciais. O consentimento pode ser revogado a qualquer tempo, bem como ser dado, de forma parcial. O ônus da prova comprovando a obtenção do consentimento é do médico (Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, VIII), cabendo ao paciente apenas a prova da existência de algum vício de consentimento. A simples falta do consentimento informado gera a responsabilidade do médico, mesmo em caso fortuito ou força maior, vez que assumiu o risco. Mesmo com a obtenção do consentimento, o médico responderá, quando agir com culpa. O médico estará isento de responsabilidade pela ausência do consentimento apenas nos casos excepcionais.

* Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Maringá – CESUMAR; Especialista em Direito Civil e Processo Civil *lato sensu* pela Universidade Paranaense – UNIPAR. E-mail: lagovaz@fornet.com.br

**Docente do Curso de Mestrado em Direito pelo CESUMAR – Centro Universitário de Maringá. Docente da Graduação e do Mestrado em Direito das FIC - Faculdades Integradas de Curitiba. Docente da Graduação e Especialização da Universidade Tuiuti do Paraná; Docente da Escola da Magistratura do Paraná; Doutor e Mestre em Direito em Relações Negociais pela UFPR - Universidade Federal do Paraná; Especialista em Responsabilidade Civil pela UEM; Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas; Magistrado aposentado do Tribunal de Justiça do Paraná. E-mail: mestrado.fic@aena.br

PALAVRAS-CHAVE: Consentimento informado; Responsabilidade Médica; Código de Defesa do Consumidor.

INFORMED CONSENT IN DOCTOR-PACIENT RELATIONSHIP

ABSTRACT: The informed consent has great importance in assess the medical liability. It legitimizes the doctor's activities. Its obtaining is compulsory, except in cases of therapeutic privilege, compulsory treatment and renouncement to the right to information. These are the assumptions of validity of informed consent: capacity, information and free informed consent. The doctor must inform all the risks, benefits or alternatives from surgical and therapeutic treatment that the patient will be submitted. The information must be transmitted according to the patient's level of knowledge, it means, in a comprehensible way. The patient then, consciously, will have real conditions to authorize or not the treatment. It is recommended a written informed consent, even being free, to avoid future lawsuits. The consent can be annulled at any time, as well as be partial consented. The doctor has the onus of proof in proving the obtained consent (Consumer's Defense Code, article 6º, item VIII) leaving the patient only the proof of existing any vice of consent. The simple lack of informed consent leads to doctor's responsibility, even in *serendipitous* case or external force, once he/she has assumed the risk. Even with the obtained consent, the doctor will respond legally when acting with guilt. The doctor will be exempted of responsibility by the absence of consent only in exceptional cases.

WORDKEY: Informed consent; medical liability; Consumer's Defense Code.

CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

RESUMEN: El consentimiento informado tiene gran importancia en la aferición de la responsabilidad del médico. Legitima la actuación del médico. Su obtención es obligatoria, salvo en los casos de privilegio terapéutico, tratamiento compulsorio y renuncia al derecho a la información. Son presupuestos de validez del consentimiento informado: capacidad, información y consentimiento libre o aclaración. El médico debe informar todos los riesgos, beneficios o alternativas que recurren del tratamiento quirúrgico o terapéutico que el paciente será sometido. La información debe ser repasada en conformidad con el grado de conocimiento del paciente, o sea, conscientemente, tendrá plenas condiciones de autorizar o no el tratamiento. La forma del consentimiento es libre, pero se recomienda

que sea por escrito, con la intención de evitar futuras demandas judiciales. El consentimiento puede ser revocado a cualquier momento, bien como ser dado, de forma parcial. El encargo de la prueba es del médico (Código de defensa del consumidor, art. 6º, VIII), cabiendo al paciente sólo la prueba de la existencia de algún vicio de consentimiento. La falta de del consentimiento informado genera la responsabilidad del médico, mismo en caso accidental o de fuerza mayor, a la vez que asumió el riesgo. Mismo que haya la obtención del consentimiento, el médico responderá, cuando actuar con culpa. El médico estará libre de responsabilidad por la ausencia del consentimiento sólo en casos excepcionales.

PALABRAS-CLAVE: Consentimiento informado; responsabilidad Médica; Código de defensa del consumidor.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Com o advento do novo Código Civil, o consentimento informado tornou-se vital na relação médico-paciente. A informação sobre qualquer tratamento cirúrgico ou terapêutico deverá sempre ser prestada em conformidade com a capacidade, grau de conhecimento, estado físico e emocional do paciente. Conhecedor de tais informações, o paciente detentor de plena capacidade civil, poderá decidir se aceita ou não se submeter ao tratamento médico indicado. Todo médico prudente deve tomar esses cuidados para fins de evitar futuras demandas judiciais.

A falta de obtenção do consentimento informado, por si só, já configura a negligência médica, salvo nos casos de privilégio terapêutico, tratamento compulsório e renúncia ao direito à informação.

Neste contexto, de acordo com a Constituição Federal, que priorizou a dignidade da pessoa humana, o Código de Defesa do Consumidor que veio para regular as relações de consumo, e o Código Civil, que consagrou o princípio da autonomia, o médico está proibido de submeter seu paciente a tratamento cirúrgico ou terapêutico sem consentimento do mesmo, devendo a informação ser passada, de forma simples e clara, devendo a decisão ser tomada por pessoa capaz, de forma autônoma e sem vícios.

Diante deste quadro, considerando os direitos dos pacientes e a preocupação dos médicos pelo aumento das ações judiciais originadas pela ausência de informação, o presente artigo tem como objetivo abordar alguns aspectos importantes do consentimento informado na relação médico-paciente, tais como: princípio da autonomia e princípio da beneficência, pressupostos de validade do consentimento informado, exceções à ausência do consentimento informado, vícios de consentimento, forma e prova do consentimento e conseqüências da ausência do consentimento informado. Tudo com a finalidade precípua de informar os pacientes de seus direitos e para evitar as corriqueiras demandas judiciais responsabilizando os médicos, em virtude da falta de obtenção do consentimento informado.

2 CONCEITO DE CONSENTIMENTO INFORMADO

O consentimento informado é o direito do paciente que goza de autonomia (capacidade civil) de participar de toda decisão sobre tratamento médico-cirúrgico ou terapêutico que possa afetar sua integridade física ou psicológica, consistente no poder de decidir, esclarecidamente, sobre a eventual submissão ao tratamento ou diagnóstico médico.

A importância fundamental do consentimento é abastecer o paciente de informações que possam esclarecer a natureza do procedimento a ser submetido e dos riscos de possíveis complicações, benefícios e alternativas de tratamento. Em virtude disso, está arrolado no rol dos direitos da personalidade do Código Civil.¹

João Vaz Rodrigues adverte 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”.²

Já Joaquim Clotet afirma que o

consentimento informado é uma decisão voluntária, verbal ou escrita, protagonizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo, para a aceitação de um tratamento específico ou experimentação, consciente de seus riscos, benefícios e possíveis conseqüências.³

O Desembargador Miguel Kfourti Neto define o consentimento informado como “o comportamento mediante o qual se autoriza alguém a determinada atuação”.⁴

Marilise Kostelnaki Baú conceitua o consentimento informado como sendo “a decisão voluntária de pessoa autônoma e capaz após um processo informativo e deliberativo visando à aceitação de um tratamento médico ou experimentação terapêutica, determinados ou específicos, após saber de suas conseqüências e riscos.”⁵

Para Hildegard Taggesell Gostri, o consentimento informado

é o diálogo entre paciente e médico, por meio do qual, ambas as partes trocam perguntas e informações culminando com o acordo expresso do paciente para uma intervenção cirúrgica, ou para um determinado e específico tratamento ou exame.⁶

¹ Art. 15. Ninguém pode ser constringido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

² RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**: Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 29.

³ CLOTET, Joaquim. **O consentimento informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil**. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 11.

⁴ KFOURTI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: RT, 2002. p. 37.

⁵ BAÚ, Marilise Kostelnaki. Capacidade jurídica e consentimento informado. **Bioética**, v. 12, n. 1, Brasília, Conselho Federal de Medicina, 2004, p. 103-105.

⁶ GOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica**. As obrigações de meio e de resultado:

Por fim, o consentimento informado é tido como o processo que legitima a conduta do médico, quando do tratamento em seu paciente, após os devidos esclarecimentos e concordância.

3 NATUREZA JURÍDICA DO CONSENTIMENTO INFORMADO

O consentimento informado é um ato jurídico unilateral, uma vez que não gera direito a uma das partes, ou seja, ao médico. Apenas legitima a atuação do médico para proceder ao tratamento cirúrgico ou terapêutico no paciente.

A professora Luciana Mendes Pereira Roberto entende que “como ato jurídico em sentido estrito, o consentimento informado tem seus efeitos limitados à manifestação de vontade do paciente, não gerando direitos ao médico”.⁷

Portanto, pode-se afirmar que o consentimento informado trata de ato jurídico em sentido estrito.

4 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA E PRINCÍPIO DA BENEFICÊNCIA

O princípio da autonomia é aquele que obriga o médico a aceitar a vontade do paciente. Tem como embasamento o princípio da dignidade da pessoa humana protegido na Constituição Federal, no seu art. 1º, III⁸, e previsão expressa no Código Civil, no art. 15.⁹

A autonomia, quando se fala em consentimento informado, é o direito do paciente de decidir sobre o seu corpo, segundo sua visão de vida, de mundo e de religiosidade, mesmo quando conflitantes com a maioria da sociedade ou da classe médica.¹⁰

Nesse sentido é a manifestação de Paulo Antonio de Carvalho Fortes:

[...] respeitar a autonomia é reconhecer que ao indivíduo cabe possuir certos pontos de vista e que é ele que deve deliberar e tomar ações seguindo seu próprio plano de vida e ação, embasado em crenças, aspirações e valores próprios, mesmo quando diverjam daqueles dominantes na sociedade.¹¹

avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá, 2001. v. V. p. 83. (Pensamento Jurídico).

⁷ ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade civil do profissional da saúde & consentimento informado**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 96.

⁸ “A limitação médico-terapêutica respeita o princípio constitucional da dignidade humana na medida em que não deixa de haver prestação da assistência médica no final da vida, através da manutenção do dever de cuidado oferta de terapias proporcionais, e respeito à autonomia do paciente, expressa pelo consentimento informado”. (PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não-ressuscitação” hospitalares**. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 77).

⁹ Art. 15. Ninguém pode ser constringido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

¹⁰ Maria Helena Diniz assevera que o princípio da autonomia “reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade”. (DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 15).

¹¹ FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. Reflexões sobre a bioética e o consentimento esclarecido. **Revista Bioética**, v. 2, n. 2, 1999, p. 129-135.

Os autores Marcelo Dias Varella, Eliana Fontes e Fernando Galvão da Rocha, dizem que o princípio da autonomia:

[...] refere-se à capacidade de autogoverno do homem, de tomar suas próprias decisões, de o cientista saber ponderar, avaliar e decidir sobre qual método ou qual rumo deve dar a suas pesquisas para atingir os fins desejados, sobre o delineamento dos valores morais aceitos e de o paciente se sujeitar àquelas experiências, ser objeto de estudo, utilizar uma nova droga em fase de testes, por exemplo. O centro das decisões deve deixar de ser apenas o médico, e passar a ser o médico em conjunto com o paciente, relativizando as relações existentes entre os sujeitos participantes [...]¹²

Não se pode eliminar o direito do paciente decidir, conscientemente, sobre os tratamentos, sejam cirúrgicos ou terapêuticos, a que se submeterá, principalmente, levando-se em conta que poderão ocorrer situações irreversíveis, mesmo com alternativa de que a decisão do paciente não seja melhor do que a decisão técnica do médico, que tampouco está isenta de erros.

O autor português João Vaz Rodrigues trata com brilhantismo a questão da autonomia do paciente:

Ao indivíduo, que se quer livre, quando 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 pode dizer, pelo respeito, pela vontade manifestada por uma pessoa sobre a sua própria esfera física, psicológica e social. Deste modo, em principio, e por principio, 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.¹³

O médico tem o dever de informar e esclarecer o paciente de forma clara e objetiva, observando a capacidade de compreensão de cada pessoa, sobre o

¹² VARELLA, Marcelo Dias; FONTES, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão da. **Biossegurança e biodiversidade:** contexto científico regulamentar. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 228.

¹³ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português:** Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 16.

tratamento ao qual será submetido; mas, cabe ao paciente a decisão de aceitar ou não o tratamento proposto. Assim é a determinação do art. 46 do Código de Ética Médica (Resolução CFM n. 1.246/88).¹⁴

O reconhecimento do princípio da autonomia e a exigência da observância da vontade do paciente, constituem em contribuição para o aperfeiçoamento da atividade médica.¹⁵

O princípio da autonomia é antagônico ao princípio da beneficência. Neste, o médico busca a cura do paciente independentemente da sua vontade ou concordância. Tal princípio visa dar ao médico a função de avaliar os riscos e benefícios provenientes de determinado procedimento cirúrgico ou terapêutico, buscando, incessantemente, o melhor para o paciente.

O princípio da beneficência encontra-se justificado no juramento de Hipócrates, o qual retira do paciente o poder de decisão de recusa a tratamento médico, disposição do próprio corpo, transferindo-o ao médico, que fica autorizado a proteger a vida do paciente, independentemente de sua vontade.¹⁶

É preciso não se olvidar de que todos os médicos, quando colam grau, fazem obrigatoriamente o juramento de Hipócrates por meio do qual se comprometem a preservar a vida humana, a qualquer custo.

No tempo de Hipócrates, o dever do médico era fazer o bem, e o paciente deveria acatar, passivamente, as decisões e prescrições. Na atualidade, tais atitudes caracterizam uma forma indireta de desrespeito à autonomia do paciente, uma vez que esses pacientes aceitam, passivamente, propostas terapêuticas, sem estarem informados e esclarecidos sobre seus objetivos e suas respectivas repercussões na saúde.¹⁷

Na relação médico-paciente, tal princípio é de observância contínua e irrestrita, haja vista que o paciente, ao procurar o profissional da área de saúde, busca a cura para o seu mal, e o profissional, por sua vez, tentará empreender todos os esforços para não agravar o mal do paciente e para curá-lo da doença que o aflige.

¹⁴ É vedado ao médico: Art.46 – Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida.

¹⁵ “o reconhecimento da autonomia da pessoa, paciente ou sujeito de experimentação, e a insistência em que ela seja respeitada, constituem mais uma contribuição para o aperfeiçoamento da prática médica no país, no interesse do diálogo e respeito exercitados em nível de profissão e pela melhora do relacionamento médico-paciente baseado no princípio da justiça”. (CLOTET, Joaquim. O consentimento informado nos comitês de ética e pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade. **Bioética**, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1995, v. 3, n. 1, p. 51-59).

¹⁶ “O princípio da beneficência não nos diz como distribuir o bem e o mal, só nos manda promover o primeiro e evitar o segundo. Quando se manifestam exigências conflitantes, o mais que ele pode fazer é aconselhar-nos a conseguir a maior porção possível de bem em relação ao mal. [...] é uma ação feita no benefício de outros, estabelece uma obrigação moral e difere de benevolência, que é a virtude de se dispor a agir no benefício dos outros. No âmbito da saúde, e mais especificamente no contexto médico, a beneficência é operacionalizada no sentido de agir no interesse do paciente. [...] requer não causar danos, prevenir danos e retirar os danos ocasionados”. (AMORIM, Cloves. Princípio da beneficência e da não-maleficência. In: URBAN, Cícero de Andrade. **Bioética clínica**. Rio de Janeiro: Revinter, 2002. p. 12-13).

¹⁷ GARRAFA, V. Bioética e odontologia. In: KRIGER, L. **Promoção de Saúde Bucal**. São Paulo: ABOPREVE–Artes Médicas, 1997. p. 467-475.

O princípio da beneficência é que estabelece esta obrigação moral de agir em benefício dos outros. É importante não confundir a beneficência com a benevolência, que é a virtude de se dispor a agir no benefício dos outros.

A beneficência, no contexto médico, é o dever de agir no interesse do paciente, a fim de lhe proporcionar o maior conforto possível e/ou o menor sofrimento ao seu mal, sempre com vistas aos demais princípios bioéticos.

Atualmente, há explícita predominância do princípio da autonomia sobre o princípio da beneficência. Tanto que este é o fundamento basilar do consentimento informado e tem previsão expressa no Código Civil, art. 15¹⁸ e Resolução do CFM n. 1.246/88 (Código de Ética Médica, arts. 46 e 56).¹⁹

Asseveram Joaquim Clotet, José Roberto Goldim e Carlos Fernando Francisconi que:

[...] o componente de consentimento baseia-se na autonomia. A autodeterminação é uma condição necessária ao Consentimento Informado, cuja validade moral e legal depende da capacidade do indivíduo. Esta capacidade de decisão autônoma individual, além das características de desenvolvimento psicológico, se baseia em diversas habilidades, entre as quais o envolvimento com o assunto, a compreensão das alternativas e a possibilidade de comunicação de uma preferência, que nos remete a outro componente que é o da informação.²⁰

Mas toda regra possui exceção. O princípio da beneficência prevalece, nos casos de privilégio terapêutico, situações de tratamento compulsório e renúncia ao direito de informação (casos estes que serão tratados em tópicos próprios).

Portanto, embora predomine no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da autonomia do paciente, nos casos de ocorrências das exceções retro citadas, o médico está liberado da obtenção do consentimento do paciente para atuar, competindo-lhe apenas comprovar tais situações.

4.1 RECUSA À TRANSFUSÃO DE SANGUE, POR QUESTÕES RELIGIOSAS

É um exemplo clássico do confronto entre o princípio da autonomia e o princípio da beneficência.

A Constituição Federal, no art. 5º, II, reza que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Não existe no

¹⁸ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

¹⁹ É vedado ao médico: Art. 46 – Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévio do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida. Art. 56 – Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida.

²⁰ CLOTET, Joaquim; FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto (Org.). **Consentimento Informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 72.

ordenamento jurídico brasileiro lei que determine a obrigatoriedade da transfusão de sangue. Conseqüentemente, o paciente tem a faculdade de aceitar ou não fazer a transfusão de sangue. Mesmo nos casos de iminente risco de vida, o paciente pode optar pela não transfusão de sangue, quando não existirem outras alternativas.

O direito à vida, protegido na Constituição Federal, não se refere apenas aos elementos materiais e físicos da pessoa, mas, também, aos psíquicos e espirituais, que serão atingidos, caso haja a transfusão de sangue sem o consentimento do paciente.

Assim, é o comentário de José Luiz Quadros de Magalhães:

Acreditamos, no entanto, que o direito à vida vai além da simples existência física. [...] O direito à vida que se busca através dos Direitos Humanos é a vida com dignidade, e não apenas sobrevivência. Por esse motivo, o direito à vida se projeta de um plano individual para ganhar a dimensão maior de direito [...], sendo, portanto, a própria razão de ser dos Direitos Humanos.²¹

Para os seguidores da religião Testemunhas de Jeová, a recusa às transfusões de sangue é princípio fundamental que norteia as suas vidas. É uma relação íntima protegida pela Constituição Federal por meio do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

Atualmente, existe um crescente número de médicos que está criando alternativas para o tratamento sem a necessidade de transfusão de sangue. Em conseqüência disso, acabam beneficiando toda a sociedade, uma vez que trata de procedimentos mais seguros e independentes dos bancos de sangues cada vez mais escassos nos hospitais.

Para fazer uma intervenção cirúrgica sem transfusão de sangue, o médico precisa ficar atento para a preparação pré-operatória, evitar a perda de sangue durante a cirurgia e ter cuidados no pós-operatório. Também, existem instrumentos que reduzem a perda de sangue durante a cirurgia, tais como: o eletrocautério, coagulador por feixe de gás argônico, cola de fibrina, hemodiluição, recuperações intra-operatórias de células, etc. Máquinas de recuperação intra-operatória de sangue recuperam e, imediatamente, reutilizam o sangue do paciente, permanecendo ligadas ao corpo, separando o sangue em seus componentes e reutilizando os que forem necessários.

Quando existe uma emergência e o paciente perde muito sangue, os médicos devem, imediatamente, estancar a hemorragia e restaurar o volume do sistema circulatório do paciente com algum líquido próprio para isso, como expansores e outros produtos farmacêuticos capazes de, provisoriamente, assumirem as funções, normalmente, exercidas pelo sangue.

Assim, ao recusar uma transfusão de sangue, o paciente apenas está fazendo valer seu direito constitucional à vida, uma vez que este engloba os direitos da

²¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Livraria Mandamentos, 2000. t. 1, p. 189.

personalidade na dimensão espiritual. É preciso ressaltar, ainda, que sem os atributos espirituais, as pessoas são rebaixadas à condição análoga de animais.

Portanto, pode-se concluir que, no caso da recusa da transfusão do sangue, não há ofensa ao direito à vida, pois existem tratamentos alternativos. A medicina encarou o desafio e tem desenvolvido métodos terapêuticos alternativos sem sangue, respeitando a dignidade e encarando o paciente como um todo e não só como um ser biológico.

Elucidando a questão, o professor Silvio Romero Beltrão comenta que

[...] o papel do médico, na tomada de decisão quanto a que tipo de tratamento que um paciente receberá ou se é que receberá algum tratamento, é explicar as várias opções de diagnóstico ou tratamento que existem para o caso em concreto e os possíveis riscos de cada um desses tratamentos.²²

Conseqüentemente, como vigora, atualmente, o princípio da autonomia, via consentimento informado, tem-se que o paciente tem o direito de recusar-se a tratamento no qual será utilizada a transfusão de sangue.²³

5 PRESSUPOSTOS DE VALIDADE DO CONSENTIMENTO INFORMADO

São três os pressupostos de admissibilidade do consentimento informado: capacidade, informação e consentimento livre ou esclarecido.

5.1 CAPACIDADE

O consentimento informado, para ter validade, é essencial que seja dado por um agente capaz. Nos casos de incapacidade, este deverá ser dado pelo representante legal, tutor ou curador.

Nas situações em que envolve menores de 16 anos, o consentimento será dado pelos pais. Em havendo discordância dos pais sobre autorizar ou não o tratamento de saúde, deverão ser aplicados os arts. 1.567 e 1.631, parágrafo único do Código Civil.²⁴

Se a pessoa for maior de 18 anos, e estiver, momentaneamente, incapaz e não tiver representante legal, será chamado o cônjuge ou alguém da sua família. Na falta destes, o médico, para salvaguardar sua decisão, deve pedir autorização judicial para proceder ao tratamento ou para nomear algum representante legal.

²²BELTRÃO, Silvio Romero. **O médico e o respeito às crenças religiosas**. Disponível em <<http://www.faculademarista.com.br/argumentum/volume1/Silvio.htm>> Acesso em: 3 out 2006.

²³ “O poder de disposição sobre o próprio corpo é um direito personalíssimo, cabendo somente à pessoa determinar o que é certo ou errado para si, possuindo livre arbítrio, o qual é inerente à pessoa”. (VIEIRA, Luzia Chaves. **Responsabilidade civil médica e seguro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 22).

²⁴ Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete

Nos casos dos idosos, o que determina sua capacidade é a sua condição física e psíquica.²⁵

Na realidade, o que comprova a capacidade da pessoa é a possibilidade de discernimento do paciente de entender os riscos, conseqüências e benefícios do tratamento cirúrgico ou terapêutico a que será submetido.²⁶

5.2 INFORMAÇÃO

A informação é fundamental para que o paciente possa saber quais são os riscos e benefícios que determinado tratamento médico possa acarretar. A partir destas informações, o paciente poderá autorizar ou não que o médico proceda ao tratamento cirúrgico ou terapêutico. Inclusive, ela deve ser fornecida pelo médico, antes do início do tratamento.

O desembargador Miguel Kfoury Neto afirma que “a informação deve estar relacionada com a complexidade da terapia e a cultura do paciente. Deve proporcionar ao enfermo condições de discernir os aspectos técnicos do tratamento proposto”.²⁷

O doutrinador Ricardo Luis Lorenzetti afirma que os fundamentos do dever de informar são os seguintes:

1. fundamentos constitucionais – o dever de informar possui base constitucional. Assenta-se no respeito à liberdade, posto que não se pode comprometer a autodeterminação da pessoa, sem seu expresso consentimento; 2. fundamentos dogmáticos – sendo o contrato um ato jurídico, deve ser voluntário. Para que exista a voluntariedade, deve haver discernimento, intenção e autonomia. A ocorrência de um desnível informativo afeta esses três elementos; 3. fundamentos legais – todos temos direitos a receber adequada informação sobre a terapia que nos será dispensada²⁸.

o poder familiar aos pais, na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

²⁵ Lei n. 10.741, art. 17 (Estatuto do Idoso). Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável.

²⁶ “Na verdade, desde pelo menos a década de setenta que inúmeros testes de capacidade foram sendo sucessivamente construídos e apresentados para auxiliar a determinação da avaliação da capacidade para tomar decisões em termos médicos.[...] assumem importância especial a compreensão, a memória, o raciocínio, a comparação, a avaliação, a projecção, a opção, a expressão e a decisão. Os graus de capacidade que se pretendem fixar variam consoante a complexidade da intervenção e a relação com o perfil do paciente”. (RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**: Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 204-205).

²⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: RT, 2002. p. 298.

²⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, 1997 apud KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: RT, 2002, p. 298.

A informação deve ser transparente e esclarecedora. Deve ser prestada de acordo com o grau de discernimento, o grau de conhecimento, condições físicas e psíquicas do paciente, de forma clara, abordando desde os diagnósticos aos prognósticos, tratamentos a efetuar, riscos conexos, benefícios e alternativas, se existentes²⁹. Cabe ao médico zeloso tomar todos esses cuidados como forma de prevenir futuras demandas judiciais.³⁰

O médico deverá sempre informar o paciente dos riscos e benefícios do tratamento cirúrgico ou terapêutico, respondendo por sua atuação desnecessária ou equivocada.

Christoph Fabian aborda o assunto com precisão:

Ao dever de informar corresponde a necessidade de o médico obter o consentimento do paciente [...] O consentimento é somente eficaz quando o paciente 'souber' a que tratamento ele deu seu consentimento. O consentimento pressupõe o conhecimento. Um consentimento sem informação anterior é ineficaz, mesmo se o tratamento fosse *leges artis*.³¹

O direito à informação está garantido no Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 6º, III.³²

O médico que omite as informações sobre o tratamento médico ou cirúrgico ao paciente é considerado negligente. Deve, portanto, responder, judicialmente, por sua omissão.

Assim se posiciona Fernanda Schaefer :

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).³³

²⁹ “O consenso livre ou esclarecido, ou consciente, apenas será aceitável se estiver fundamentado na informação acessível no nível intelectual e cultural do paciente, na competência, no entendimento e na voluntariedade” (DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 537).

³⁰ “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 sonogados, os diretamente interessados melhor poderiam sopesar os detalhes e decidir de forma diversa”. (MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998. p. 107).

³¹ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002. p. 134-135.

³² Art. 6. São direitos básicos: III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

³³ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 80.

Quando o tratamento envolver vários médicos, por exemplo, paciente vítima de acidente automobilístico que requer atendimento do ortopedista, clínico geral, cardiologista, do anestesista etc, é importante salientar que o consentimento informado deve ser obtido pelo profissional, devendo este prestar a devida informação sobre o procedimento que adotará.

O médico, também, deve estar atento ao que vai informar ao paciente. Dependendo do estado físico e psicológico do paciente, uma determinada informação poderá piorar a sua saúde, por exemplo, informar que seu câncer está em estágio avançado e que terá, no máximo, três meses de vida.³⁴

O essencial é informar as questões relevantes e ser compreensível para prevenir qualquer tipo de equívoco. Cabe ao médico verificar se o paciente entendeu, corretamente, as informações prestadas.

A informação visa a proporcionar ao paciente o direito de optar entre autorizar ou não o tratamento de saúde, de acordo com sua condição financeira (despesas com tratamento), motivação religiosa (questão das Testemunhas de Jeová sobre transfusão de sangue), questão profissional (tempo em que precisará ficar afastado de suas atividades profissionais), urgência do tratamento (quando houver gravidade da doença), as possíveis alternativas de tratamento (cirúrgico, ambulatorial, fisioterápico), riscos e benefícios e outras situações que envolvem o caso concreto.

Para auxiliar os médicos e evitar futuros transtornos, Susana Albanese elaborou um esquema das informações a serem fornecidas aos pacientes:

1. Na primeira consulta, o médico informará ao paciente as providências que adotará, para possibilitar adequado diagnóstico;
2. Já em condições de diagnosticar e prognosticar, o médico informará ao paciente sobre a situação existente, de maneira clara e compreensível; aconselhará qual o tratamento necessário, riscos, natureza, inconvenientes, vantagens, duração, custos e possibilidades de tratamento alternativo. Tudo isso, constará de documento assinado pelas partes;
3. Se o paciente tiver que ser internado, deve informar aproximadamente o tempo de internação, os resultados conhecidos segundo o atual estágio de desenvolvimento da ciência médica, naquela especialidade, as estatísticas que indiquem os resultados do internamento e demais informações adequadas, para predispor positivamente o enfermo. Tudo mediante documento escrito;
4. Quando o internamento preceder intervenção cirúrgica, mais amplas deverão ser as informações: natureza e finalidade do ato cirúrgico, vantagens e inconvenientes, complicações segundo estatísticas

³⁴ “En tales casos la doctrina suele estar de acuerdo al juzgar que es el médico quien debe decidir hasta qué punto la información debe ser dada sin perjudicar al paciente [...] porque cuando se dice que la información ha de ser ‘leal y honesta’, se quiere decir que el médico no debe traicionar la confianza en que ha puesto el paciente”.

atualizadas, bem como as conseqüências que advirão da recusa ao ato cirúrgico, por decisão do paciente. O paciente deve ser informado do tempo aproximado da recuperação da cirurgia; 5. após o internamento, o médico que o recomendou continuará a informar a evolução da recuperação até a sua cura; 6. O paciente deve consentir expressamente sobre a visita de pessoas estranhas – tais como estagiário de medicina; 7. todo o [sic] paciente no momento do internamento deve receber informações por escrito de seus direitos e deveres, bem como dos meios disponíveis para torná-los efetivos; 8. todo paciente tem direito, uma vez internado, a chamar seu médico de confiança, para que tome conhecimento de seu caso ou conferencie com os médicos responsáveis e emita seu parecer; 9. o paciente tem direito de receber do médico informação completa sobre a sua enfermidade; 10. Tais informações encontram-se limitadas nos casos de doentes terminais, até por questão de humanidade.³⁵

Existem casos em que o médico está isento do dever de informar. Isso ocorre, nos casos de renúncia ao direito à informação, quando o paciente não quer saber nem sobre a doença tampouco sobre o tratamento (exemplo, o paciente tem um tumor e não quer saber se é maligno ou benigno), nos casos de privilégios terapêuticos (exemplo, câncer em estágio bastante avançado) e nos casos de tratamento compulsório (campanha de vacinação contra hanseníase, varíola, tratamento de presidiários doentes, entre outros).³⁶

Conclui-se, diante do exposto, que dentre os pressupostos de validade do consentimento informado, a informação é a mais importante, razão pela qual deve ser transparente, compreensível e compatível com o grau intelectual do paciente.

5.3 CONSENTIMENTO LIVRE OU ESCLARECIMENTO

O Consentimento livre e esclarecido trata-se de uma decisão voluntária, realizada por pessoa autônoma e capaz, após um processo informativo e deliberativo, visando à aceitação de um tratamento específico ou experimentação, sabendo da natureza do mesmo, das suas conseqüências e dos seus riscos.³⁷

O esclarecimento deve ser feito ao paciente, da maneira mais singela possível, para que este possa compreender seu problema de saúde. Posteriormente, munido de

³⁵ ALBANESE, Susana. **Casos médicos**. Buenos Aires: La Rocca, 1994. p. 54-55.

³⁶ “No plano jurídico, a justificação desta prerrogativa encontra-se no direito à reserva da vida privada, no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na integridade e autodeterminação do sujeito. [...] um direito a ‘ser respeitado como indivíduo autônomo, capaz de uma decisão de vontade’, que radica no direito geral de personalidade, na sua configuração como direito à autodeterminação, e de modo mediato à dignidade da pessoa humana”. (PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 470-471).

³⁷ CLOTET, Joaquim. O consentimento informado: uma questão do interesse de todos. **Jornal MEDICINA do Conselho Federal**, out./nov. 2000, p. 9.

tais informações poderá o paciente, livre e conscientemente, decidir sobre a submissão ou não a determinado tratamento médico.

O consentimento do paciente deve ser isento de pressões.

A forma da informação é livre, pode ser escrita ou verbal; mas, recomenda-se que seja por escrito. Principalmente, nos tratamentos mais complexos, haja vista que exime o médico de responsabilidade, pois conterà todas as informações prestadas quanto aos riscos, benefícios, alternativas e outras informações imprescindíveis.³⁸

O consentimento pode ser revogado, a qualquer momento. Inclusive, pode o paciente revogar apenas, parcialmente, o consentimento. Nestes casos, o médico deve respeitar a decisão do paciente e se abster de prosseguir o tratamento.³⁹

Outra característica do consentimento é que ele pode ser parcial. A permissão, por exemplo, pode ser apenas para que seja feito o diagnóstico, não podendo, assim, o médico aproveitar-se da situação delicada do paciente para realizar uma cirurgia ou qualquer outro procedimento a que não estava autorizado.

O paciente, em virtude do princípio da autonomia que fundamenta o consentimento informado, via de regra, tem o direito de não se submeter a tratamento médico, quando não é de sua vontade, seja por motivos profissionais, religiosos, entre outros.

O médico, quando sabedor da recusa à submissão a tratamento cirúrgico ou terapêutico por parte do paciente, tem o dever de apresentar tratamentos alternativos. Se, mesmo assim, a decisão do paciente for irreversível, cabe ao médico apenas respeitar tal decisão, por mais irresponsável que lhe pareça, salvo, é evidente, se houver risco iminente de morte, se for o caso de tratamento compulsório ou privilégio terapêutico.

Por fim, é necessário frisar que o consentimento autorizando o tratamento cirúrgico ou terapêutico deverá ser obtido pelo médico.⁴⁰

6 EXCEÇÕES À AUSÊNCIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO

Existem situações em que o médico está liberado de obter o consentimento do paciente. São os casos do privilégio terapêutico, situações de tratamento compulsório e renúncia ao direito à informação.

³⁸ “A informação escrita deverá sempre visar a troca de informação e, até, a respectiva actualização entre o paciente e os agentes médicos. [...] Na verdade, as informações visam inteirar e conscientizar o paciente do seu estado e do seu futuro, permitindo que este tome posições relativamente a estes. Servem ainda para fornecer ao paciente elementos que lhe permitem cumprir o seu dever de informar o médico de modo a viabilizar-lhe uma decisão”. (RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**: Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 246-247).

³⁹ “[...] no decurso do tratamento, (o paciente) revoga o consentimento anteriormente prestado, quando, então, é de [sic] se aplicar os princípios que norteiam a revogação do consentimento. A revogação obriga o médico a abster-se do tratamento”. (PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido**: na teoria do delito. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 203).

⁴⁰ “O exercício da profissão de médico está reservado para aqueles que são legalmente habilitados. Consequentemente, só ao médico pode ser dado um consentimento válido para a realização do tratamento, observados, portanto, os limites de sua habilitação profissional”. (PIERANGELI, op. cit., p. 190-191).

A primeira exceção é o privilégio terapêutico, que sofre influência direta do princípio da beneficência, caracterizando-se quando o paciente está em iminente risco de vida ou grave lesão física, sem poder comunicar-se, pessoalmente, sem tempo hábil para conseguir o consentimento do representante legal⁴¹, devendo o atendimento ser feito de imediato, caso contrário o prejuízo poderá ser maior, ou seja, o próprio óbito do paciente. Trata-se, na verdade de consentimento presumido, pois, se o paciente estivesse nas suas perfeitas condições, com certeza concordaria com o procedimento.⁴² É o caso de acidente automobilístico, no qual a pessoa sofreu graves ferimentos e precisa de uma cirurgia de emergência para salvar sua vida.

A segunda exceção é o tratamento compulsório, caracterizado quando o problema de saúde de uma pessoa, se não tratado, adequadamente, pode trazer danos a toda uma população. A saúde da sociedade prevalece sobre a autonomia individual da pessoa.⁴³

Tem-se como exemplo de tratamento compulsório, as campanhas de vacinação obrigatória, tratamento para evitar epidemias de cólera, meningite, rubéola, tuberculose etc. Outro exemplo são os presos, pois estão sob tutela do Estado, e, conseqüentemente, deverão ser tratados, compulsoriamente, independentemente de consentimento.

Também, a exceção do tratamento compulsório está enquadrada no Código Penal. A falta de tratamento de doenças que podem atingir toda a população é crime, como são os casos dos arts. 267⁴⁴ e 269⁴⁵ do Código Penal.

A terceira exceção, é a recusa à informação, que acontece, quando o paciente, usufruindo do princípio da autonomia, não quer saber sobre um determinado tratamento ou procedimento médico, pois tais informações piorariam, ainda mais, seu estado emocional e psicológico. É o caso do paciente que ficou sabendo que tem câncer e não quer saber qual será o procedimento adotado, autorizando o médico a fazer o que melhor lhe convier.

⁴¹ “Que fique bem claro que somente em iminente risco de vida é que podemos intervir, clinica ou cirurgicamente, contra a sua vontade, ou de seus familiares. E somente quando o risco for real, não meramente potencial”. (COUTINHO, Leão Mayer. **Código de ética médica comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 60).

⁴² “O privilégio terapêutico consiste na faculdade de actuação médica, perante situações de mal iminente ou conseqüente, sem que previamente se prestem as informações devidas ao esclarecimento do paciente e, conseqüentemente, sem a obtenção do seu consentimento. [...] o privilégio terapêutico funciona como regime excepcional à protecção da liberdade e autonomia. Trata-se, pois, de um esclarecimento para a autodeterminação, em relação ao qual preferimos sublinhar a referência à excepcionalidade do comportamento médico como caracterizadora do privilégio terapêutico. [...] o privilégio médico transcendente a protecção da liberdade e da autonomia do paciente porque justifica a preferência pela protecção da saúde e da vida quando estes valores concorram ou colidam com aqueles”. (RODRIGUES, João Vaz, op. cit., p. 279-282).

⁴³ “Por tratamento compulsivo queremos designar a operação potestativa de actuação médica susceptível de ser invasiva da esfera fisico-psíquica de uma pessoa, prosseguida por uma autoridade de saúde com o objectivo de protecção social da saúde, ou seja, de proteger os interesses da colectividade, garantindo o direito fundamental à saúde, a nível coletivo e/ou individual, em caso urgente; [...]”. (RODRIGUES, João Vaz, op. cit., p. 290-291).

⁴⁴ Art. 267. Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos: Pena - reclusão, de cinco a quinze anos.

⁴⁵ Art. 269. Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

As exceções acontecem, quando existe um dano grave e iminente à pessoa do paciente, quando a obtenção do consentimento poderá ocasionar lesões definitivas, e até mesmo, o óbito do paciente, em virtude das informações prestadas.

O risco de morte ou grave lesão física ou psíquica libera o médico da obtenção do consentimento do paciente.

Portanto, quando ocorrer qualquer dos casos de exceções, o médico está livre da obrigatoriedade da obtenção do consentimento do paciente, competindo-lhe, sempre, comprovar tais situações.

7 VÍCIOS DE CONSENTIMENTO

O consentimento informado pode padecer de vícios que geram a sua invalidade. São casos de vícios de consentimento:

Primeiro, quando o consentimento for dado por pessoa incapaz, conforme dispõe o Código Civil, art. 166, I c.c art. 185.⁴⁶

Segundo, quando a vontade do paciente for decorrente de erro⁴⁷, dolo⁴⁸, coação⁴⁹ e estado de perigo.⁵⁰

Terceiro, quando houver erro de diagnóstico ou indicação de tratamento inadequado. Por exemplo, no caso do paciente que está com a perna esquerda gangrenada e o médico amputa a perna direita.

Quarto, quando o consentimento for contra a ordem pública, como no caso de o paciente consentir em doar o próprio coração.

Quando for comprovada a existência de qualquer dos vícios acima, o médico será responsabilizado pelos danos causados ao paciente, tanto o físico quanto o psicológico.

Nos casos de vícios de consentimento, o ônus da prova é, exclusivamente, do paciente que terá que comprovar a sua ocorrência.

8 FORMA E PROVA DO CONSENTIMENTO

O consentimento é livre; mas, de preferência, deve ser expresso e de forma escrita. Quando verbal, deve ser testemunhado. Quanto mais complexo ou arriscado o procedimento, mais prevenido deve ser o médico, para documentar o consentimento do paciente.

⁴⁶ Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se no que couber, as disposições do título anterior. Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I- celebrado por pessoa absolutamente incapaz.

⁴⁷ Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

⁴⁸ Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.

⁴⁹ Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

⁵⁰ Art. 156. Configura-se estado de perigo, quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo às circunstâncias.

O termo do consentimento não exime o médico de eventual responsabilidade; caso haja com culpa, deverá responder pelos seus atos.⁵¹

Faz-se oportuno o comentário de Fabrício Zamprogna Matielo:

O consentimento não é carta de alforria para o médico agir como quiser: ao contrário, é marco inicial do incremento de mais extensos deveres. A conduta eivada por culpa determinará o surgimento da obrigação de recompor os prejuízos, eis que ao concordar com o tratamento sugerido o paciente está apenas autorizando a aplicação de meios indicados, mantendo o direito de exigir que o profissional se desincumba com zelo e cautela das obrigações contratualmente assumidas.⁵²

O médico deve tomar cuidado para não transformar o termo de consentimento informado em simples formulários padronizados, no qual o paciente apenas assina tal documento, como forma de se prevenir de futuras demandas judiciais. É preciso não se olvidar de que, neste caso, falta um dos pressupostos de validade do consentimento, qual seja a ausência de informação.

Esta questão é abordada pelo desembargador Miguel Kfourri Neto:

O próprio documento poderá, ao contrário do que pretendia o médico ou hospital, fazer prova de erro na formulação do consentimento, que por sua vez culminou por prejudicar o paciente. É o caso de minutas pré-elaboradas, de redação deficiente, vagas e imprecisas que permitam, por exemplo, uma intervenção cirúrgica a qualquer médico do serviço, não apenas àquele envolvido na obtenção do consentimento e na documentação do respectivo esclarecimento. Também se o documento for demasiadamente rígido, com permissões ou recusas em bloco, informações deficientes, unilaterais, por óbvio de nada valerão.⁵³

José Roberto Goldim assevera que “o consentimento informado é um processo, e não uma simples assinatura de um documento. Este processo envolve respeito mútuo, diálogo, paciência e persistência na relação pesquisador-paciente ou profissional de saúde-paciente”.⁵⁴

⁵¹ “O médico que aceita realizar uma intervenção perigosa e inútil, ou ao menos pouco útil em relação ao risco que cria, é responsável pelos resultados da mesma, mesmo que seja o paciente que tenha insistido para realização de tal ato. O médico, como responsável técnico, é quem conhece os riscos do tratamento ou da cirurgia e, portanto, tem a obrigação de negar-se a praticá-los quando forem desproporcionais os benefícios que dela se esperam obter. (BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **Consentimento nos transplante de órgãos**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 134).

⁵² MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998. p. 110.

⁵³ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: RT, 2002. p. 313.

⁵⁴ CLOTET, Joaquim; FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto (Org.).

Gilberto Baumann Lima, citando Kemal E. Kutait Jr., elenca aspectos imprescindíveis ao consentimento informado:

- 1 – O médico (em alguns casos, uma enfermeira bem experiente) é responsável pela obtenção do consentimento informado;
- 2 – Todo o procedimento de consentimento informado, incluindo o termo de consentimento, deve ser conduzido no nível de entendimento do paciente;
- 3 – O paciente precisa ser informado sobre os riscos importantes e possíveis complicações do tratamento ou cirurgia proposta;
- 4 – A documentação deve ser completa e precisa;
- 5 – O paciente não deverá ser coagido ou ameaçado para consentir;
- 6 – O paciente tem o direito de recusar.⁵⁵

O médico zeloso e precavido deve documentar o consentimento informado, para evitar futuras demandas judiciais⁵⁶. O documento deve ser claro, singelo e compreensível pelo paciente. Para que isto aconteça, é necessário que o médico esteja consciente de sua obrigação para com o paciente, repassando todas as informações necessárias sobre o tratamento cirúrgico ou terapêutico a que este será submetido. Conseqüentemente, o paciente terá condições de optar sobre o melhor caminho que adotará. Dessa forma, com certeza, o médico estará evitando inúmeras demandas judiciais ou, na pior das hipóteses, terá provas robustas da sua isenção de culpa, no caso concreto.

O ônus da prova, nas questões em que o objeto do litígio seja a obtenção ou não do consentimento informado, é do médico, seguindo, assim, a orientação do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor⁵⁷, já que as consultas médicas sempre acontecem apenas entre médico e paciente, sem a presença de testemunhas. Ao paciente competirá, apenas, a prova de eventual vício de consentimento.

Portanto, o consentimento informado do paciente escrito tem enorme valor *probandi*.⁵⁸ Sendo tal documento bem elaborado, no qual o médico demonstra que seu paciente

Consentimento Informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 111.

⁵⁵ LIMA, Gilberto Baumann. Consentimento informado do paciente para o tratamento de saúde. In: URBAN, Cícero de Andrade (Coord.). **Bioética clínica**. Rio de Janeiro: Revinter, 2002. p. 223-224.

⁵⁶ “O consentimento informado deve ser expresso de forma escrita, preferencialmente. Quando verbal, recomenda-se que seja testemunhado. Quanto mais complexo ou arriscado o ato, maiores cuidados deverão ser adotados, para se documentar a aquiescência do paciente”. (KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: RT, 2002. p. 288).

⁵⁷ Art. 6. São direitos básicos:...VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

⁵⁸ “O termo serve de prova de que o médico forneceu as informações necessárias ao paciente, cumprindo com esta obrigação. Por último, a utilização do termo deve fazer parte de um procedimento padrão de conduta, que diminui riscos para todos [...]”. (FARAH, Eduardo Elias; FERRARO, Leonora. **Como prevenir problemas com os pacientes: responsabilidade civil para dentistas, médicos e profissionais da saúde**. 3. ed. São Paulo: Quest, 2000. p. 88).

estava ciente de todos os procedimentos, tratamentos, diagnósticos, prognósticos, riscos, benefícios, tratamentos ou procedimentos alternativos, bem como, dos seus direitos e deveres, pode inibir a propositura de futuras ações judiciais por parte do paciente, ou em caso de demanda judicial propriamente dita, isentá-lo de qualquer responsabilidade.⁵⁹

9 CONSEQÜÊNCIAS DA FALTA DO CONSENTIMENTO INFORMADO NA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

O consentimento informado produz dois efeitos, ou seja, legitima a atuação do médico e o isenta de responsabilidade civil, quando não agir com culpa. Tem grande relevância na apuração da responsabilidade do médico, sendo sua falta um fato gerador de inúmeras ações judiciais.

A simples ausência do consentimento informado gera responsabilidade do médico, em virtude de sua negligência⁶⁰. Mesmo que utilize todos os meios possíveis, se houver dano, seja físico ou psíquico, responderá por sua negligência, haja vista que o paciente poderia não autorizá-lo a proceder a determinado procedimento ou tratamento que originasse alteração no seu organismo ou lesão definitiva. Exemplo clássico disso são as Testemunhas de Jeová, que preferem a morte a fazer transfusão de sangue.

Este é o entendimento do doutrinador Paulo Roque Khouri:

Se o profissional deixar de informar corretamente o paciente, inclusive, sobre os riscos de uma seqüela em função do ato cirúrgico, independentemente do mesmo ter sido ou não diligente na execução da atividade advindo a seqüela, o médico será obrigado a indenizar o paciente, pois agiu culposamente ao negligenciar uma informação importante, que poderia influir na sua decisão de se submeter à cirurgia. Anote-se que ainda que a seqüela seja inerente ao risco de determinado ato cirúrgico, o paciente tem o direito de ser informado corretamente. O médico ou o hospital só não serão obrigados a indenizá-lo se este direito do paciente tiver sido claramente

⁵⁹ “Hoje, mais do que nunca, os profissionais médicos têm sentido a necessidade de se munirem deste tipo de documentação. Devido ao aumento das reclamações por parte dos pacientes e, também, como garantia, em face da sempre crescente ‘indústria da indenização por erro médico’. [...] E, ainda: não só é importante que o paciente seja clara e ostensivamente informado [...] como é também necessário que o médico se documente de ter fornecido aquelas informações ao seu cliente”. (GOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica**: as obrigações de meio e de resultado: avaliação. Uso e adequação. Curitiba: Juruá, 2004. p. 82-83).

⁶⁰ “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”. (MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998. p. 106).

respeitado, tendo o mesmo sido amplamente informado sobre este risco da cirurgia.⁶¹

Ricardo Luis Lorenzetti afirma que a ausência do consentimento pode constituir lesão autônoma, por si só danosa e passível de indenização.⁶²

Mesmo quando houver caso fortuito ou força maior, se o médico não obteve o consentimento do paciente, deverá responder pelo dano ocasionado, uma vez que assumiu os riscos da empreitada. Pode-se citar como exemplo uma reação inesperada do organismo do paciente, que ainda não seja conhecida pela ciência, em que o médico tenha utilizado toda diligência e técnicas disponíveis, e, ainda assim, o paciente tenha vindo a óbito.

O Superior Tribunal de Justiça se manifesta, favoravelmente, à condenação dos médicos, nos casos de falta de consentimento do paciente:

Responsabilidade Civil. Hospital Santa Casa. Consentimento informado.

A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda de visão da paciente. Recurso não conhecido.⁶³

No mesmo sentido, tem entendido o Tribunal de Justiça do Paraná:

ACÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAL E MATERIAL. ERRO MÉDICO. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. CULPA E NEXO CAUSAL. DANOS MATERIAL E MORAL.

Médico que, em cirurgia de tornozelo esquerdo, operou também o direito. Verifica-se a ausência de consentimento da autora, bem como ausência de necessidade que justificasse o não consentimento da paciente para a outra cirurgia. 1) AGRADO RETIDO. NÃO CONHECIMENTO. Não há o entendimento do art. 523 do CPC, devendo o não conhecimento do recurso segundo § 1º do mesmo dispositivo. 2) INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA MANTIDO. Aplicação do CDC, art. 6º, VIII, devido a [sic] hipossuficiência e verossimilhança das alegações. O ônus da prova é regra de julgamento, portanto, sua aplicação deve ser observada na sentença. 3) CULPA INEQUÍVOCA

⁶¹ KHOURI, Paulo Roque. Erro médico. *Revista Consulex*. Rio de Janeiro, ano III, n. 36, dez. 1999, p. 21.

⁶² LORENZETTI, Ricardo Luis, 1997 apud KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: RT, 2002. p. 302.

⁶³ STJ, REsp 467878/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, data do julgamento 5.12.2002, DJ 10.2.2003, p. 222.

DO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. ART. 159 DO CCB/16. NEGLIGÊNCIA. ANTONIO CHAVES, em Responsabilidade Civil do Ato Médico – Ato Médico – Contrato de Meios (Publicada na RJ nº 207 – JAN/1995, pág. 19), nos ensina que a negligência “é, sabem todos, descuido, desídia, desleixo: falta de cuidado capaz de determinar a responsabilidade por culpa. Entre os casos de negligência, os mais comuns são os erros de diagnósticos, tratamentos impróprios ou inadequados, falta de cuidados indispensáveis, falta de higiene, esquecimento de compressas em operações cirúrgicas, curetagens mal feitas”- grifou-se. 4) DANO MORAL E MATERIAL. Comprovado o dano, o nexo de causalidade e a culpa, há o dever de indenizar. 5) DANO MORAL VALOR MANTIDO. ARBITRAMENTO. Correto o arbitramento do dano moral, o qual não deve causar enriquecimento ilícito da autora, respeitando-se as forças econômicas do réu. RECURSO 1 DESPROVIDO E RECURSO 2.⁶⁴

O médico só estará liberado da obtenção do consentimento do paciente, nos casos de privilégio terapêutico, tratamento compulsório e renúncia ao direito de informação.

Mesmo assim, o consentimento informado não afasta a responsabilidade do médico, nos casos de culpa. Nem é um salvo-conduto para que os médicos cometam excessos ou não observem o que recomendam as técnicas usualmente utilizadas e disponíveis pela ciência.⁶⁵

O autor José Henrique Pierangeli aborda, com precisão, o assunto:

Não pode ser justificado pelo consentimento o erro do médico que se manifesta por uma equivocada utilização de meio, em razão de um diagnóstico incorreto ou de aplicação de teoria errônea. Se o erro deriva de manifesta imperícia (erro inescusável), ou seja, quando o erro deriva da falta de conhecimento ou de capacitação que nenhum profissional habilitado poderia cometer, o fato culposo não é consentido, pois, a representação do risco está ligada a uma regular intervenção em que se deve observar a *lex artis*.⁶⁶

⁶⁴ TJ-PR, 7ª Câmara Cível (extinto TA), acórdão 19298, Rel. Desembargador Eugênio Achille Grandinetti, julgamento 2.6.2004, DJ-PR 6.680.

⁶⁵ “[...] o médico que aceita realizar uma intervenção perigosa e inútil, é responsável pelos resultados da mesma, mesmo que seja o paciente que tenha insistido para realização de tal ato. O médico, como responsável técnico, é quem conhece os riscos do tratamento ou da cirurgia e, portanto, tem a obrigação de negar-se a praticá-los quando forem desproporcionais os benefícios que dela se esperam obter”. (BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **Consentimento nos transplante de órgãos**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 134).

⁶⁶ PIERANGELI, José Henrique. **Consentimento do ofendido na teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 191.

Portanto, o consentimento informado é obrigatório, sendo facultativo, apenas, excepcionalmente, gerando sua falta responsabilidade civil do médico pelos danos ocasionados, sejam físicos ou psíquicos ao paciente.

10 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da autonomia (Código Civil, art. 15). Conseqüentemente, o consentimento informado, atualmente, é obrigatório, exceto nos casos de privilégio terapêutico, tratamento compulsório e renúncia ao direito à informação.

O consentimento informado deve ser visto como direito do paciente, mas, também, como fator de legitimação à atuação do médico.

Para ter validade, o consentimento deve ser concedido por agente capaz, sendo a informação e o esclarecimento completos, sem deixar margem de dúvidas.

O médico deverá prestar informações, da forma mais simples possível. Informará dos riscos e benefícios do tratamento, sobre a existência de tratamentos alternativos, para que o paciente possa compreender e escolher o melhor procedimento.

O consentimento pode ser revogado, a qualquer momento, bem como pode ser concedido, de forma parcial. Em ambos os casos, o médico, mesmo contrariado, tem a obrigação de respeitar a vontade do paciente.

Nas questões que versam sobre ausência ou não do consentimento informado, o ônus da prova compete ao médico (Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, VIII). Compete ao paciente, apenas, a prova da existência de vícios de consentimento.

A ausência do consentimento gera a responsabilidade do médico, pois comprovada está a sua negligência, mesmo nos casos fortuitos ou de força maior. Só estará isento de responsabilidade, nos casos de exceção, como, privilégio terapêutico, tratamento compulsório e renúncia ao direito à informação.

Mesmo com a obtenção do consentimento, o médico não está isento de responsabilidade, nos casos em que haja culpa comprovada.

Finalmente, é preciso salientar que o consentimento informado possui, na atualidade, relevância ímpar, principalmente se for documentado. Inibe inúmeras demandas judiciais ou, no mínimo, isenta de culpa o médico.

REFERÊNCIAS

ALBANESE, Susana. **Casos médicos**. Buenos Aires: La Rocca, 1994.

AMORIM, Cloves. Princípio da beneficência e da não-maleficência. In: URBAN, Cícero de Andrade. **Bioética clínica**. Rio de Janeiro: Revinter, 2002, p. 12-13.

BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **Consentimento nos transplantes de órgãos**. Curitiba: Juruá, 2001.

BELTRÃO, Silvio Romero. **O médico e o respeito às crenças religiosas**. Disponível em: <<http://www.faculademarista.com.br/argumentum/volume1/Silvio.htm>>. Acesso em: 03 out 2006.

BAÚ, Marilise Kostelnaki. Capacidade jurídica e consentimento informado. **Bioética**, Brasília, Conselho Federal de Medicina, v. 12, n. 1, 2004.

CLOTET, Joaquim; FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto (Org.). **Consentimento Informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

CLOTET, Joaquim. O consentimento informado: uma questão do interesse de todos. **Jornal MEDICINA do Conselho Federal**, out./nov. 2000, p. 9.

_____. O consentimento informado nos comitês de ética e pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade. **Bioética**, Brasília: Conselho Federal de Medicina, v. 3, n. 1, 1995.

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

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FABIAN, Chirstoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002.

FARAH, Eduardo Elias; FERRARO, Leonora. **Como prevenir problemas com os pacientes**: responsabilidade civil para dentistas, médicos e profissionais da saúde. 3. ed. São Paulo: Quest, 2000.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. Reflexões sobre a bioética e o consentimento esclarecido. **Bioética**, v. 2, n. 2, 1999, p. 129-135.

GARRAFA, V. Bioética e odontologia. In: KRIGER, L. **Promoção de Saúde Bucal**. São Paulo: ABOPREVE – Artes Médicas, 1997. p. 467-475.

GOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica: as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação.** Curitiba: Juruá, 2004.

_____. Responsabilidade médica. As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. **Pensamento Jurídico**, Curitiba: Juruá, v. V, 2001.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova.** São Paulo: RT, 2002.

KHOURI, Paulo Roque. Erro médico. **Revista Consulex**, Rio de Janeiro, ano III, n. 36, dez. 1999, p. 21.

LIMA, Gilberto Baumann. Consentimento informado do paciente para o tratamento de saúde. In: URBAN, Cícero de Andrade (coord.). **Bioética clínica.** Rio de Janeiro: Revinter, 2002. p. 223-224

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional.** Belo Horizonte: Livraria Mandamentos, 2000. Tomo 1.

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

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade civil do profissional da saúde & consentimento informado.** Curitiba: Juruá, 2006.

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

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido: na teoria do delito.** 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

PITHAN, Livia Haygert. **A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não-ressuscitação” hospitalares.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

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

VARELLA, Marcelo Dias; FONTES, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão da. **Biossegurança e biodiversidade: contexto científico regulamentar**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VIEIRA, Luzia Chaves. **Responsabilidade civil médica e seguro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.