

Capítulo 12

Consentimento Informado¹

*Ruy Rosado de Aguiar Jr.*²

1. Consentimento é o ato pelo qual uma pessoa manifesta a sua vontade, séria e definitiva, de concordar com ordem, desejo ou recomendação de uma outra.

Entende-se que para submeter-se a atos médicos deva existir o consentimento do paciente. E ele realmente existe, expresso ou implícito, na medida em que a pessoa aceita o que lhe foi determinado.

2. É preciso distinguir: (a) o ato de informar, que não pressupõe necessariamente nenhuma ação posterior do paciente, nem exige manifestação sua de concordância, havendo apenas o cumprimento de um dever do médico; (b) o ato de consultar, que resulta da escolha feita pelo paciente, na medicina privada, ou da busca de um estabelecimento público ou conveniado; (c) o ato de recomendar tratamento ou cirurgia, cuja execução exige a concordância ou aceitação do paciente.

3. A prestação principal do médico é a prática do ato médico. A acessória mais importante é a de prestar informação adequada e obter o consentimento informado do seu paciente.

¹ Texto básico de palestra realizada no Hospital Moinhos de Vento, Porto Alegre.

² Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Advogado.

Segundo Pereira:

“O fim principal do dever de esclarecimento é permitir que o paciente faça conscientemente a sua opção, com responsabilidade própria face à intervenção, conhecendo os seus custos e consequências, bem como os seus riscos, assumindo-se assim o doente como senhor do seu próprio corpo.”³

O médico deve esclarecer o seu paciente sobre a sua doença, prescrições a seguir, riscos possíveis, cuidados com o seu tratamento, alternativas, aconselhando a ele e a seus familiares sobre as precauções essenciais requeridas pelo seu estado. Ao reverso do que ocorria anteriormente, a tendência hoje, seguindo a escola americana, é a de manter o paciente informado da realidade do seu estado⁴.

Esse mesmo dever também foi assim desdobrado:

“O dever de esclarecer compreende: o diagnóstico; os meios e os fins do tratamento; os efeitos secundários; o prognóstico; as alternativas terapêuticas com os seus efeitos secundários, riscos e benefícios; os riscos e benefícios do tratamento sugerido; a urgência da intervenção; o risco da demora; os riscos e as consequências da recusa do tratamento; a duração aproximada do tratamento e as condições materiais que lhe estão associadas; a possibilidade de levar a cabo o tratamento num centro de saúde mais adequado, a competência ou falta de competência do médico e o custo do tratamento; o dever de comunicar novos riscos identificados posteriormente à execução de exames de diagnósticos, tratamentos ou ações de prevenção e o eventual dever de comunicar os erros médicos praticados”⁵.

A lista não é exaustiva, mas também não significa que sempre devem ser atendidos todos os itens, pois o caso determinará o que será relevante para a informação e decisão do paciente.

³ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 56.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade médica: erro médico, São Paulo, *Advocacia Dinâmica: seleções jurídicas*, v. 2, p. 2-7, jun./1994.

⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 371.

4. A doutrina do consentimento informado teve início com voto do Justice Benjamin Cardozo, em 1914:

“Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body/ and a surgeon who performs an operation without his patient’s consent, commits an assault, for which he is liable in damages. This is true except in cases of emergency where the patient is unconscious and where it is necessary to operate before consent can be obtained”⁶.

Na Alemanha, encontramos os dois primeiros textos legislativos. Em 1931, antes de Hitler, foram aprovadas as “Diretivas relativas às terapêuticas novas e à experimentação científica com o ser humano”. Ironia da História, foi tudo o que descumpriu o regime nazista, motivando então o Código de Nuremberg, de 1947, que garantia ao paciente a sua autodeterminação.

5. Na relação médico-paciente, o dever de informar existe sempre, seja quanto ao diagnóstico seja quanto ao prognóstico, sem que disso se espere necessariamente uma conduta do paciente. Assim, a pessoa que vai consultar o seu médico sobre o estado de sua saúde, tem o direito de ser informada de eventual doença, natureza, gravidade, causas e evolução.

No caso de o médico recomendar alguma providência terapêutica, a participação do paciente implica o seu consentimento. Para isso, exige-se que o consentimento seja informado. Isto é, que resulte de decisão assumida depois de prestados os esclarecimentos necessários sobre os dados acima referidos: diagnóstico, o prognóstico, os efeitos colaterais do tratamento, a terapia mais adequada (duração, consequências, benefícios, riscos, alternativas); cuidados especiais; consequências da não aceitação do tratamento; consequência com a ingestão ou não ingestão de remédios, cirurgias, vantagens e desvantagens.

6. O direito de ser informado tem (i) assento constitucional, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade para a sua autodeterminação; (ii) o fundamento legal, na regulação do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e de leis esparsas, algumas das quais serão vistas adiante (n. 19); (iii) o fundamento ético, regulado no Código de Ética Médica e em documentos internacionais.

⁶ Schloendorff v. Society of New York Hospital. 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914).

Já dever de informar é a outra face desse direito; de sua infração pode decorrer a responsabilidade civil.

6.1. Reza o Código de Ética Médica:

“Art. 59. É vedado ao médico – deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe danos, nesse caso, a comunicação deve ser feita ao seu responsável legal”⁷.

Há de se entender que tal dispositivo, tão enxuto, não é exaustivo, pois muitas as situações que ficaram de fora de sua enumeração. Também peca quando ordena a comunicação ao representante legal do paciente, quando isso normalmente não acontece. Isto é, não é comum reunirem-se as duas hipóteses: possibilidade de dano e representação legal do paciente. O que cabe é interpretar-se o dispositivo, em primeiro lugar, como meramente exemplificativo; em segundo, quando a comunicação direta ao paciente for causa de grave dano, só então a comunicação deve ser feita a alguma pessoa da família.

7. A conclusão sobre o âmbito da informação e da existência do consentimento deve ser extraída pelo juiz do conjunto dos fatos provados, e mais precavido será o médico que obtiver declaração escrita do paciente ou de seu representante.

Em certas circunstâncias, a inexistência do assentimento é evidente, como no caso do surgimento de um fato novo, no desenrolar de uma cirurgia. Se possível suspender o ato, sem risco, para submeter a decisão ao paciente em vista de novos exames do material encontrado, essa é a providência recomendada. Chamard e Monzein referem o caso do paciente com pequeno nódulo na face interna do braço, com diagnóstico benéfico e previsão de cirurgia simples; na operação, verificou-se a existência de um tumor maligno, que foi atacado, com secção do nervo radial, afetando o movimento do braço. A Corte entendeu culpado o cirurgião e procedente a demanda.⁸ Nos EI 208/90, o TJRJ reconheceu a liceidade da conduta do cirurgião que ampliou a cirurgia e extirpou o lobo direito da tireoide, sem o consentimento do doente. Mas o voto vencido, com irrecusável acer-

⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de ética médica: Resolução CFM n. 1246/88. 2. ed. Brasília: Tablóide, 1990.

⁸ CHAMMARD, Georges Boyer; MONZEIN, Paul. *La responsabilité médicale*. Paris: Universitaires, 1974. p. 137.

to, acentuou que o posterior exame laboratorial comprovou que o tecido extraído era sadio, e não havia perigo de vida na interrupção da cirurgia, para aguardar o resultado da biópsia.

8. A teoria do consentimento informado na área médica é de aceitação uniforme no direito comparado.

Segundo Pereira: “O consentimento informado está indiscutivelmente consagrado no direito português, seja no plano constitucional, seja no plano civil, penal ou deontológico”⁹.

Na Itália:

“[...] nell’enucleazione di ulterior obblighi discendenti dallo svolgimento delle prestazioni sanitarie, un posto centrale occupa l’obbligo di previa acquisizione del consenso informato all’atto medico da parte del paziente.”¹⁰

O Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos (1966), dispõe no art. 7º:

Ninguém será submetido a tortura nem a pena ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular, é proibido submeter uma pessoa a uma experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento¹¹.

A ordem jurídica da Espanha reconhece que “A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente pela autodeterminação consciente e responsável da própria vida.”¹²

Na Argentina, o ilustrado Prof. Ricardo Lorenzetti, hoje honrando a Presidência da Corte Suprema da Argentina, enumerou os direitos do paciente, e entre eles o direito à informação: 1) O direito de respeito à personalidade. 2) Direito à vida e saúde. 3) Direito a prestações de saúde. 4) Direito de recusar o tratamento. 5) Direito a tratamento não discriminatório. 6) Direito à identidade sexual. 7) *Direito à informação: é o direito de receber*

⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 103.

¹⁰ SMORTO, Guido. Brevi osservazioni sull’art. 1.899 del Codice italiano (“Durata dell’assicurazione”). In: GANDOLFI, Giuseppe (Coord.). *Code européen des contrats: des contrats en particulier*. Milano: A. Giuffrè, 2008. (Académie des privatistes européens). v. 2, parte 2. p. 661.

¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*. Acesso em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

¹² LORENZO Y MONTERO, Ricardo. El consentimiento informado y la información clínica. In: *Derecho médico: tratado de derecho sanitario*. Madrid: Colex, 2001. t. 1. p. 198.

uma informação que seja capaz de neutralizar a hipossuficiência de conhecimentos, peculiar ao paciente, frente ao médico, tornando possível maior discernimento. 8) Direito à confidencialidade. 9) Acesso à informação própria. 10) Direito efetivo e real de gozar o 'direito à saúde. 11) Acesso universal. 12) Direito à proteção contratual¹³.

7. A experiência aponta dificuldades que surgem nessa matéria: (a) há a possibilidade de haver excesso de informação, que antes de facilitar afasta a boa compreensão do paciente; (b) a técnica de colher assinatura em formulários previamente elaborados e apresentados ao paciente sem a devida explicação, muitas vezes no guichê da internação (daí a recomendação de que, além do formulário, prática já inafastável, haja a pessoal e articularizada informação complementar do médico); (c) a adoção legal ou administrativa de métodos e práticas médicas, a limitar a atuação do profissional e o âmbito de decisão do paciente, o que se acentua no atendimento à saúde pelos serviços públicos (INSS) e planos de saúde.

8. A teoria do consentimento informado responde ao seguinte: capacidade para consentir; dever de esclarecer; dever de obter o consentimento do paciente; direito do paciente consentir ou dissentir.

O ponto principal diz com esclarecimento a respeito dos riscos, *quais riscos?*

“Em geral, ensina o Des. Kfoury, admite-se que o médico deva informar os riscos mais comuns, pena de se transformar a consulta médica em verdadeiro curso de medicina. Assim, não haveria necessidade de relatar riscos excepcionais, anormais e estranhos.”¹⁴

O ilustre autor, especialista na matéria, cita a Profa. Vera Maria Jacob Fradera: “O dever de informar sobre risco residual constitui exceção à regra geral de que o paciente não necessita informação sobre riscos pouco prováveis.”¹⁵

¹³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1997. t. 1. p. 54.

¹⁴ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado, responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 301.

¹⁵ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado*,

A doutrina majoritariamente entende que a obrigação de informar abrange os riscos normais: “D’autre part, le médecin n’est généralement tenu d’informer son patient que des risques normalement prévisibles, et non des risques exceptionnels.”¹⁶ Mas há exceções, a exigir informação exaustiva, como nos casos dos atos operatórios, principalmente os estéticos, na retirada de membros ou órgãos, na interrupção da gravidez e na pesquisa médica.

No tema, já assim votei no Resp. 436.827-SP:

“Do ponto de vista doutrinário e legal, o r. acórdão apenas acentuou o dever ético do médico de informar o paciente sobre as conseqüências da cirurgia, o que não se confunde com a singela comunicação de que o ato operatório seria difícil e demorado, nada esclarecendo sobre a conveniência da intervenção cirúrgica, resultados, expectativas e possibilidades de êxito ou de agravamento do quadro. 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, ou diminui a possibilidade de êxito. Nas circunstâncias dos autos, assim como admitido pelo Tribunal e acima parcialmente descrito, o dever de informação antes e depois da cirurgia não foi cumprido.”¹⁷

Para a gravidez, dispõe o Código de Ética:

“O art.67 do Código de Ética Médica veda ao médico “desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo ou contraceptivo, devendo o médico sempre esclarecer sobre a indicação, a segurança, a reversibilidade e o risco de cada método.”¹⁸

responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 301.

¹⁶ PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin*. 2^e éd. Paris: Dalloz, 1996. p. 18.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 436.827 – SP*. Quarta Turma. Recorrente: Agenor Melo Filho. Recorrido: Maria Benedita Fabel e outro. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Acórdão de 1 out. 2002.

¹⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica*: Resolução CFM n. 1246/88. 2. ed. Brasília: Tablóide, 1990.

9. Andrea Pinna observou que o aumento do rigor, relativamente à atividade médica, fez com que “[...] les informations que doivent être obligatoirement révélées au patient sont de plus en plus nombreuses.”¹⁹

Essa tendência fez com que surgisse a opinião de que a obrigação de comunicar compreende os ‘riscos significativos’, tais como: a cirurgia estética; a doação de órgãos; a pesquisa científica; os riscos com frequência estatística; os riscos com gravidade.²⁰ A Corte de Cassação, informa Raggazzo, passou a exigir, além dos normais e previsíveis, informação sobre os riscos graves.²¹

10. Toda a ação de informar traz consigo a dificuldade de definir o modo e os limites do conteúdo da informação, e as pessoas que devem ser informadas.

Quando os prognósticos são graves, é preciso conciliar esse dever de informar com a necessidade de manter a esperança do paciente, para não levá-lo à angústia ou ao desespero.²² Se a perspectiva é de desenlace fatal, a comunicação deve ser feita ao responsável. O prognóstico grave pode ser compreensivelmente dissimulado; o fatal, revelado com circunspeção ao responsável. Em se tratando de risco terapêutico, o médico deve advertir os riscos previsíveis e comuns, os excepcionais podem ficar na sombra.²³ Na cirurgia, porém, muito especialmente na estética, a informação deve ser exaustiva, assim como no uso de novos medicamentos. Tais esclarecimentos devem ser feitos em termos compreensíveis ao leigo, mas suficientemente esclarecedores para atingir seu fim, pois se destinam a deixar o paciente em condições de se conduzir diante da doença e de decidir sobre o tratamento recomendado ou sobre a cirurgia proposta.

¹⁹ PINNA, Andrea. La responsabilité médicale en France après la loi du 4 mars 2002. In: RESPONSABILIDADE civil dos médicos: integrado no projecto de investigação bianual responsabilidade civil dos médicos. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 115.

²⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica. In: RESPONSABILIDADE civil dos médicos: integrado no projecto de investigação bianual responsabilidade civil dos médicos. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 443.

²¹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 94.

²² CHAMMARD, Georges Boyer; MONZEIN, Paul. *La responsabilité médicale*. Paris: Universitaires, 1974. p. 132.

²³ PENNEAU, Jean. La Réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. Paris, *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 42, n. 2, p. 525-544, avr./juin 1990. p. 530.

10.1. A regra geral é a de que o médico deve informar dos riscos normalmente previsíveis, não dos excepcionais; mas a regra não se aplica para os atos operatórios, que exigem informação exhaustiva.²⁴

Penneau recomenda: “[...] pour être intelligible l’information peut être simple et approximative, à condition d’être loyale.”²⁵

A Declaração dos Direitos dos Pacientes (OMS – 1994) assegura:

“2.2 Os pacientes têm o direito de ser totalmente informados do seu estado de saúde, incluindo os dados médicos que a eles dizem respeito; dos atos médicos considerados, com riscos e vantagens que comportam, e das possibilidades terapêuticas alternativas, incluindo os efeitos de uma ausência de tratamento; e do diagnóstico e progressos do tratamento.” (Tradução nossa).²⁶

11. O ônus da prova ordinariamente é do médico, aplicando-se aqui a teoria da dinâmica da prova, uma vez que o profissional é quem tem condições de esclarecer o juízo sobre as condições em que fora prestado o serviço médico, cabendo a ele recolher os elementos probatórios relativos à informação e ao consentimento. Incide o Código de Defesa do Consumidor, que consagra o princípio da inversão do ônus da prova em favor do consumidor do serviço:

“Art. 6.º São direitos básicos do consumidor: [...] inciso VIII – a facilitação da defesa dos seus direitos, inclusive com a 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.”²⁷

12. Com o princípio da inversão do ônus da prova, tem-se propagado a prática de elaborar formulários escritos a serem preenchidos pelos médicos e assinados pelo paciente, na presença de testemunhas.

²⁴ PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin*. 2º éd. Paris: Dalloz, 1996. p. 18.

²⁵ PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin*. 2º éd. Paris: Dalloz, 1996. p. 18.

²⁶ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *A Declaration of Patients Rights in Europe, European Consultation on the rights of patients: European Consultation on the Rights of Patients* Amsterdam 28 – 30 March 1994. Disponível em: <http://www.who.int/genomics/public/eu_declaration1994.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2016.

²⁷ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 23 fev. 2016.

Esse “de acordo” deve ser obtido de paciente que esteja lúcido, com capacidade de saber sobre o que está sendo informado, portanto fora dos preparativos para a cirurgia, por quem não seja doente mental, surdo-mudo incapaz de expressar a sua vontade, ou de algum outro modo fora do seu juízo normal.

Nos Estados Unidos, alguns modelos de formulários são adotados, variando de caso para caso, especialmente entre os pacientes com tratamento ambulatorial e os que serão submetidos a cirurgia. De um modo geral, devem conter informação sobre: o estado do paciente, o tratamento proposto, o potencial benefício e desvantagem, os problemas da recuperação, os tratamentos alternativos, o nome do profissional responsável, ou do cirurgião chefe, o sangue a ser empregado, o nome do anestesista.

O ilustrado Kfoury recomenda:

“O consentimento deverá ser documentado e registrado, pena de o profissional ver-se impossibilitado de provar a efetiva obtenção do assentimento do enfermo – fato que poderá redundar em consequências gravosas no âmbito da responsabilidade civil.

[...]

O consentimento deve ser expresso de forma escrita, preferencialmente. Quando verbal, recomenda-se que seja testemunhado”.²⁸

13. O consentimento pressupõe capacidade do paciente para tomar decisões e a ausência dos vícios de vontade (dolo, coação, fraude). Essa capacidade deve estar presente para celebração do contrato com o médico escolhido, e na aceitação do tratamento proposto.

A doutrina tem procurado distinguir entre a capacidade para os atos negociais e a capacidade para consentir a um ato médico. Pereira cita três correntes: (a) Segundo Amelung, a capacidade para consentir tem quatro momentos: a capacidade de decidir sobre valores, a capacidade para compreender os fatos, a capacidade para compreender as alternativas e a capacidade para se autodeterminar com base na informação obtida. Se faltar um desses elementos a pessoa deve ser considerada incapaz para

²⁸ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado, responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 297; 300.

consentir; (b) Para a British Medical Association, haverá capacidade quando o paciente puder compreender em que consiste o tratamento, os principais benefícios, riscos e alternativas, as consequências de não receber o tratamento, e a capacidade de tomar decisões livres; (c) Nos Estados Unidos, Grisso e Appelbaum identificam cinco regras: incapacidade jurídica está relacionada, mas não equivale a estados de perturbação mental; a incapacidade refere-se a défices funcionais, tais como para compreensão, apreciação da informação, reflexão e expressão da escolha.²⁹

Nenhuma dessas explicações é suficiente e definitiva, mas suas lições acentuam a necessidade de ser considerada a situação especial do consentimento médico, que também varia de pessoa a pessoa, da natureza da doença e do tratamento, e das consequências da aceitação ou da recusa.

Ainda não está construída uma teoria sobre a especificidade da figura do consentimento médico, sua natureza, pressupostos e autonomia diante de outros institutos. Por isso, a cada caso, cabe ao médico e, depois, se for o caso, ao juiz, avaliar a validade do consentimento, a partir das regras sobre a capacidade negocial e atendendo às lições da doutrina e dos poucos precedentes jurisprudenciais. Em última análise, a manifestação do paciente deve corresponder a uma decisão consciente de pessoa informada.

14. A informação deve ser dada ao paciente, pessoalmente, e com o tempo necessário para que ele possa buscar outras informações e então decidir. É importante, e mesmo comum, que a família (aí compreendidos os cônjuges, companheiros, ascendentes e descendentes, ou colaterais próximos) ou quem legalmente o represente, saibam e acompanhem o objeto da informação e do tratamento. Resguarda-se, porém, o sigilo se esse é o categórico desejo do paciente, desde que isso não impeça de modo concreto a possibilidade de êxito do tratamento.

O curatelado ou o tutelado é representado ou assistido pelo curador ou tutor. Em caso de assistência, deve prevalecer a vontade do assistido.

O incapaz tem limitação quanto ao consentimento, mas não quanto à recusa, que deve ser respeitada quando o paciente veta a realização de ato terapêutico, especialmente cirúrgico, salvo quando, assim decidindo, estará se expondo a grave risco de vida.

²⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 155.

15. Sobre a informação a ser dada ao paciente, tem ele o direito de saber a realidade de sua saúde, só devendo ela ser evitada se causar dano grave ao doente. Esse entendimento resulta da mudança de visão do paciente como sujeito de direitos. Antes, “[...] o comportamento esperado do paciente era uma obediência cega e não contestadora das decisões médicas.”³⁰ Disse Vieira, no Século XVII, no Sermão da Sexagésima: “Que médico há que repare no gosto do enfermo, quando trata de lhe dar saúde?” (Col. 80.81).³¹

16. A informação deve ter em conta a assimetria de conhecimento entre o profissional médico e o paciente, daí a necessidade de clareza do comunicado, com esclarecimentos em termos compreensíveis, pelo paciente, considerando suas condições intelectuais. Hoje, qualquer um pode obter extensas informações sobre qualquer doença. A *Internet* é uma fonte inesgotável de dados médicos; mas nem sempre tem o paciente condições de compreendê-los. De qualquer forma, ainda que sejam acessíveis estes informes externos, não fica o médico liberado do seu dever pessoal de informar.

17. O consentimento é inválido quando tenha por objeto ato violador da ordem pública, dos bons costumes, da moral social, quando não foi prestada ao paciente a informação adequada, ou quando o consentimento tenha sido dado por pessoa incapaz.

18. A teoria do consentimento envolve alguns aspectos muito específicos: (a) Entre eles o da telemedicina, que pode ser exercida de diversos modos, mas sempre a exigir o consentimento do paciente manifestado ao médico com quem trata pessoalmente, embora as informações sejam prestadas à distância. Entende-se por telemedicina: “[...] o exercício da medicina à distância, cujas intervenções, diagnósticos, decisões de tratamentos e recomendações estão baseadas em dados, documentos ou outra informação transmitida através de sistemas de telecomunicações.”³²; (b) A pesquisa médica (Resolução 196-96, do Conselho Nacional de Saúde) depende de manifestação expressa e escrita, com maior rigor no conteú-

³⁰ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 40.

³¹ ANTÔNIO VIEIRA, Padre. *Sermão da Sexagésima*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000034.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

³² DECLARAÇÃO de Tel Aviv sobre Responsabilidades e Normas Éticas na Utilização da Telemedicina: Adotada pela 51ª Assembléia Geral da Associação Médica Mundial em Tel Aviv, Israel, em outubro de 1999. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/27telaviv.html>>. Acesso em 23 fev. 2016.

do da informação quanto aos riscos; (c) Se mais de um médico participar do atendimento ao paciente, é dever de todos repassar aos demais as informações relevantes sobre o estado de saúde do paciente; (d) A receita de medicamentos não deve estar submetida a interesses comerciais de empresas farmacêuticas; (e) A escolha de hospitais ou centros clínicos, laboratórios e centros investigação deve ser deixada livremente à escolha do paciente, depois de explicada a razão de preferência por um ou outro.

19. Destaco a eutanásia, a ortotanásia, a mistanásia e o transplante de órgãos e de tecidos, situações em que o consentimento informado assume especial relevo.

Elizabeth Moura³³ definiu a “terminalidade da vida” como sendo a etapa final da vida humana, nos casos em que a pessoa é acometida de doença grave, incurável de acordo com os conhecimentos atuais da Medicina, circunstâncias nas quais se cogita da eutanásia e da doação de órgãos para transplantes.

Fase terminal é a condição patológica que leva a uma expectativa de morte em breve tempo como consequência direta da doença.

Eutanásia é o ato de produzir a morte fácil e sem sofrimento de um indivíduo portador de moléstia incurável.

Ortotanásia é a suspensão de meios medicamentosos ou artificiais de vida de um paciente em coma irreversível e considerado em ‘morte encefálica’, quando há grave comprometimento da coordenação da vida vegetativa e da vida de relação.

Distanásia “[...] é o tratamento insistente, desnecessário e prolongado de um paciente terminal, que não apenas é insalvável, mas também submetido a tratamento fútil.”³⁴

19.1. Luciana Dadalto nos dá outras definições, que completam e ajudam a compreender as anteriores:

A eutanásia propriamente dita é a promoção do óbito. É a conduta, através da ação ou omissão do médico, que emprega, ou omite, meio eficiente

³³ MOURA, Elizabeth Maria. Eutanásia, ortotanásia e doação de órgãos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 39-50, jan./mar. 2007.

³⁴ MOURA, Elizabeth Maria. Eutanásia, ortotanásia e doação de órgãos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 39-50, jan./mar. 2007.

para produzir a morte em paciente incurável e em estado de grave sofrimento, diferente do curso natural, abreviandolhe a vida.³⁵

Ortotanásia é definida por Pessini como “a arte de bem morrer”. Garay afirma que a ortotanásia se concretiza com a abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento fútil, extraordinário ou desproporcional diante da iminência da morte do paciente:

“[...] morte que não se busca (pois o que se pretende é humanizar o processo de morrer, sem prolongá-lo abusivamente) nem se provoca (já que resultará da própria enfermidade de que o sujeito padece).”³⁶

Já o suicídio assistido é resultado da própria ação do paciente que, com a ajuda de terceiros, provoca o resultado morte. O suicídio assistido difere da eutanásia porque a ação que gera a morte é praticada pelo paciente.

Em contrapartida a esses institutos está a mistanásia, conceito que corresponde à “morte miserável, fora e antes da hora”, também conhecida como eutanásia social, ou seja, a morte causada por falta de atendimento médico, por ausência ou precariedade dos serviços médicos e hospitalares, em pacientes com doenças que poderiam ser tratadas.³⁷

19.2. Do ponto de vista penal, a doutrina majoritariamente mostrou-se contrária à eutanásia, diante do que está no Código Penal. Nelson Hungria, o mais importante dos nossos criminalistas, autor do Código Penal de 1940, assim discorreu:

“É sabido que a nossa vigente lei penal desacolhe a tese de impunibilidade do homicídio eutanásico, isto é, do homicídio praticado para abreviar piedosamente os sofrimentos de um doente incurável. Apenas transige em considerá-lo um *homicidium privilegiatum* [...]. Pode o médico assistente, para poupar ao enfermo a dilatação de tormentosa agonia, interceptar a continuidade das injeções ou retirar o tubo sabendo que, assim, a morte sobrevirá

³⁵ DADALTO, Luciana. Diretivas antecipadas de vontade e mistanásia por erro médico: debates e possibilidades. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, p. 239251, jul./set., 2015.

³⁶ GARAY, Oscar E. *Derechos fundamentales de los pacientes*. Buenos Aires: AdHoc, 2003. p. 339.

³⁷ DADALTO, Luciana. Diretivas antecipadas de vontade e mistanásia por erro médico: debates e possibilidades. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, p. 239251, jul./set., 2015.

imediatamente ou em prazo mais breve, e querendo isso mesmo, com plena consciência de vontade? Tenho para mim que a resposta deve ser, categoricamente, redondamente, esta: “Não”! Se o fizer, comete um indubitável homicídio doloso, embora com pena atenuada.³⁸

19.3. Mais recentemente, a tendência tem sido a flexibilização da regra, surgindo regulamentos, leis e projetos a tratar do assunto, sempre com resguardo da vontade do paciente e com a exigência de sua adequada informação.

(i) Resolução 1805-2006, do Conselho Federal de Medicina:

“Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.”³⁹

(ii) A Resolução n. 1931, 2009, do Conselho Federal de Medicina, aprovou o Código de Ética Médica:

“Capítulo V

Relação com pacientes e familiares

É vedado ao médico:

[...]

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

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em

³⁸ HUNGRIA, Nelson. Ortotanásia ou eutanásia por omissão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 752, p. 749-753, jun. 1998.

³⁹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM n. 1.805/2006*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2016.

consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Art. 42. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.⁴⁰

(iii) Tocante ao transplante de órgãos, o Código de Ética dispõe:

Capítulo VI

Doação e transplante de órgãos e tecidos

É vedado ao médico:

Art. 43. Participar do processo de diagnóstico da morte ou da decisão de suspender meios artificiais para prolongar a vida do possível doador, quando pertencente à equipe de transplante.

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

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

Art. 46. Participar direta ou indiretamente da comercialização de órgãos ou de tecidos humanos.⁴¹

(iv) A Lei 9.434, de 4.2.97, dispõe sobre o transplante. A doação de órgãos para transplante, cujo tema principal e de maior dificuldade reside na verificação da morte, aqui nos interessa porque o consentimento do doador e do donatário são importantes. Para a morte, adota-se o critério da morte encefálica, cujos parâmetros clínicos são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supraespinal e apnéia (art. 4.º da Resolução do Conselho Federal de Medicina 1480 de 08.08.1997).

Reza a lei:

⁴⁰ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM n. 1931/2009*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2016.

⁴¹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM n. 1931/2009*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&vivi=article&id=20661:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-vi-doacao-e-transplante-de-orgaos-e-tecidos&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122>. Acesso em: 23 fev. 2016.

“Art. 4º. A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Art. 5º. A remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa juridicamente incapaz poderá ser feita desde que permitida expressamente por ambos os pais, ou por seus responsáveis legais.

[...]

Art. 9º. É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consangüíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

[...]

§ 3º Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

§ 4º O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada.

§ 5º A doação poderá ser revogada pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização.

§ 6º O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde.

§ 7º É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto.

§ 8º O auto-transplante depende apenas do consentimento do próprio indivíduo, registrado em seu prontuário médico ou, se ele for juridicamente incapaz, de um de seus pais ou responsáveis legais.”⁴²

⁴² BRASIL. Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 23 fev. 2016.

(v) Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado, n. 236, de 2012, que contém as seguintes regras sobre a eutanásia:

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§ 1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Exclusão de ilicitude

§ 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.⁴³

(vi) Vale transcrever as disposições do recente Código Civil argentino, que regula excelentemente as diversas situações aqui tratadas:

“ARTICULO 59.- Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de

⁴³ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado, n. 236, de 2012*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite.

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario.

Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

ARTICULO 60.- Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.⁴⁴

20. Transcrevi esses textos normativos para destacar que todos eles exigem o consentimento informado do paciente. Quanto mais grave o resultado da ação ou da omissão médica, maior o cuidado com o dever de informar.

Iberê Garcia considera mesmo que o consentimento do paciente é parte essencial da eutanásia:

“Este ponto é consenso entre os autores, mas Roxin reconhece a presunção desse consentimento como suficiente. Podese criticar esse ponto de vista

⁴⁴ ARGENTINA. *Ley 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación*. Disponível em: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

pela insegurança jurídica que acarreta. No entanto, as situações em que se aplica a eutanásia muitas vezes ocorrem durante períodos de inconsciência do paciente. Se não houver manifestação escrita da vontade do doente nessas circunstâncias, somente a informação obtida junto àqueles que lhe são próximos pode legitimar uma forma de euthanasia.⁴⁵

Na verdade, admitida a eutanásia ou a ortotanásia, o consentimento do paciente é parte essencial do processo decisório. Como a situação surge, de ordinário, em momentos de inconsciência do paciente, conveniente que haja prévia manifestação da vontade do doente, suprida pela manifestação dos parentes ou representantes.

21. Dispensa-se o consentimento em situações excepcionais: a) em caso de urgência, quando o consentimento não puder ser obtido em condições adequadas para permitir intervenção indispensável à saúde da pessoa; b) Em casos de intervenção determinadas pela lei, para preservação da saúde pública, como na vacinação obrigatória e no tratamento obrigatório de certas doenças contagiosas (Lei 6.259-75), exames *antidoping*, etc) O Código Penal considera excludente da criminalidade a intervenção médica realizada sem o consentimento do paciente, quando justificada pelo iminente risco de vida. Ragazzo corretamente admite a incidência da regra também no âmbito civil e a estende para o caso lesão grave:

“Na verdade, a exclusão do tipo penal quanto à intervenção médica sem o consentimento deve se estender também aos casos de iminente lesão grave ao paciente, não se restringindo apenas aos casos em que há risco de vida. Esse entendimento está de acordo com o dever de cuidado que todo médico possui, excluindo-se também a eventual responsabilidade civil, tendo em vista a primazia do interesse de preservação da integridade física, que supera a autonomia nessa situação.”⁴⁶

22. Merece destaque o nosso Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual a obrigação de informar é um dos principais deveres do prestador de serviços, entre eles os médicos.

⁴⁵ GARCIA Iberê Anselmo. Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 67, p. 253-275, jul./ago. 2007.

⁴⁶ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 107.

Reza o art. 6º, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor:

“É direito básico do consumidor: [...] Inciso III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta da quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como, sobre os riscos que apresentem”.⁴⁷

O Código de Defesa do Consumidor mantém o princípio da responsabilidade subjetiva do profissional liberal, cuja responsabilização depende de culpa. Mas caberá ao médico demonstrar que agiu de acordo com as exigências legais e regulamentares a fim de se liberar da reparação do dano que eventualmente tenha decorrido da falta de informação. Observa-se que a responsabilidade, por falta do cumprimento dos deveres da prestação de suficiente informação e da obtenção do consentimento do paciente somente leva à condenação do médico se o dano tiver decorrido exclusivamente da falta da informação ou da obtenção do consentimento, porquanto essa responsabilização não se confunde com a responsabilidade pelo erro médico.

Há forte pressão para excluir o médico da incidência do Código de Defesa do Consumidor, mas sem razão. O Código refere-se expressamente aos profissionais liberais, para dizer que só respondem pela culpa, e nada justifica excluir do âmbito da lei especial o regramento sobre a prestação do serviço médico.

23. O Código Civil tem duas disposições que são do nosso interesse:

“Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

[...]

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

Nos casos do art.13, fica excluída a possibilidade de o ato realizar-se com o consentimento, ainda que informado, do paciente.

⁴⁷ BRASIL. BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 23 fev. 2016.

O art. 15 permite a leitura de que, não havendo risco de vida no tratamento ou na intervenção, a pessoa poderia ser constrangida a submeter-se ao ato médico. Não é assim, porém. Se o fosse, o dispositivo seria inconstitucional, por obrigar a pessoa a submeter-se a tratamento ou intervenção cirúrgica contra sua vontade. O princípio a ser obedecido é o inverso: ninguém deve ser constrangido a tratamento ou cirurgia contra sua vontade, ressalvados casos especiais (urgência, imposição legal, absolutamente incapaz).

A objeção de consciência tem sido admitida, nas seguintes condições, assim como exposto no Enunciado 403 da V Jornada de Direito Civil:

“O direito à inviolabilidade de consciência e de crença, prevista no art. 5º, VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão de tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante.”⁴⁸

A regra contida nesse enunciado não prevalece quando o paciente está em iminente perigo de vida. Bem decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“O profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento do paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares.”⁴⁹

24. O tema da responsabilidade civil do médico pela falta de informação merece uma distinção inicial. A simples falta de informação, por si só, sem qualquer consequência de ordem material, não gera responsabilidade outra que não a de natureza moral, quando a omissão impede o paciente de conhecer o seu estado de saúde e de autodeterminar-se de acordo com

⁴⁸ JORNADA DE DIREITO CIVIL, 5., 2011, Brasília, DF. [Anais...]. Apresentação Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, DF: CJF, 2012.

⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70020868162, citado por NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código civil comentado. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. art. 15, item 9.

esse conhecimento. Se a intervenção era indispensável e houve a omissão informativa, sem dano físico, a falta de informação adequada não pode ser levada em linha de conta. Se a intervenção era dispensável e não houve a informação adequada, há responsabilidade pela falta de informação, porque o paciente poderia ter decidido não correr o risco.

Por isso se diz que a responsabilidade civil pelo descumprimento do dever de informar decorre da violação do direito do paciente, e nisso consiste o dano que autoriza a indenização pelo dano moral, independentemente de que do tratamento ou da cirurgia tenha decorrido algum dano físico ao paciente. Se este também acontecer, a reparação deve cobrir os dois danos, a ofensa ao direito de autodeterminação e o dano físico pela má prática.

A informação é um bem, ensina Pietro Perlingieri:

“A informação como serviço postula a informação como bem. Pergunta-se se a informação é um bem jurídico, se e quando a informação pode ser deduzida em uma relação jurídica e quais são os instrumentos de tutela. A solução é de direito positivo; ela requer que a informação tenha uma utilidade socialmente apreciável e, ao mesmo tempo, encontre no ordenamento globalmente considerado uma avaliação em termos de merecimento de tutela.”⁵⁰

A informação médica atende aos requisitos enumerados pelo mestre: a informação é útil socialmente, o ordenamento jurídico a contempla e o direito de obtê-la é merecedor de tutela.

Salvo situações excepcionais, o médico mantém uma relação contratual com o seu paciente, daí que a sua responsabilidade civil é de natureza contratual: “La tesi della natura contrattuale della responsabilità per violazione dei doveri informativi può dirsi oggi prevalente.”⁵¹

25. Finalmente, nada do que for relevante deve ser simulado ou negado. Assim, se houver interesse do médico na realização de alguma pesquisa, ou no uso de certo medicamento, a circunstância deve ser levada ao conhecimento do paciente. Muito especialmente se houver algum interesse econômico.

⁵⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 235.

⁵¹ SMORTO, Guido. Responsabilità medica. In: DIGESTO delle discipline privatistiche: sezione civile: aggiornamento. Presidente Comitato Scientifico Rodolfo Sacco. 4a ed. Torino: UTET, c. 2013. v. 8. p. 664.

A conveniência de ser obtido o consentimento informado é cada dia mais evidente. O cumprimento da obrigação aprimora o serviço, comprova o fato de o médico ter atendido exemplarmente a sua obrigação, resguarda-o de futura responsabilidade, protege o hospital em que atua.

E não só os profissionais, mas também as instituições de saúde, públicas ou privadas, devem empenhar-se em que haja suficiente informação à pessoa que procura seus serviços, não só prestando informações institucionais, como também se assegurando de que o seu pessoal médico está cumprindo adequadamente o dever de informar.

Em resumo, a boa informação, prestada de modo claro, compreensível e suficiente, é elemento indispensável para o exercício da medicina e para o bom relacionamento médico-paciente; o consentimento informado há de existir sempre que houver a necessidade de uma conduta esperada do paciente, a ser por ele decidida diante das informações que recebeu; o consentimento deve ser obtido em condições adequadas, preferentemente de modo escrito, feito por quem estava autorizado a fazê-lo, com todos os elementos exigidos pelas circunstâncias do caso. O uso de formulário não dispensa a atuação pessoal do médico.

Tratado Brasileiro sobre Direito Fundamental à Morte Digna

2017

Adriano Marteleto Godinho
George Salomão Leite
Luciana Dadalto

REFERÊNCIA:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Consentimento informado. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). **Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 339-362.