

DIREITO
PRIVADO

Sobre o consentimento médico e outras questões conexas

Ana Cristina Miguel de Aquino¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Breve panorama histórico e filosófico. 3. Os princípios que concretizam a importância do consentimento informado. 4. Informação e compreensão do laudo médico. 5. O Consentimento e a Jurisprudencialização do Direito. 6. Apontamentos Finais. 7. Bibliografia.

1 . Introdução

“Eu juro, por Apolo, médico, por Esculápio, Higéia e Panacéia, por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue: (...)Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva. Conservarei imaculada minha vida e minha arte.(...)Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça.“
(Hipócrates²)

Esse texto reflete a matriz do pensamento de muitos profissionais da medicina que se valem até os dias de hoje dos ideais paternalistas do juramento de Hipócrates, que parte do princípio de beneficência e estipula que o médico deve basear-se em seus conhecimentos e formação profissional na busca pela cura de uma enfermidade, independentemente da vontade do paciente. Mas a sociedade evoluiu, influenciada por diversas revoluções, expandindo os

¹ Bacharelada em Direito pela Universidade Federal Fluminense, participante e vencedora em 1º lugar do I Concurso de Monografia da RDM-UFF 2009, sobre o tema “A Jurisprudencialização do Direito: A jurisprudência passou academicamente de coadjuvante à protagonista?” E-mail: anacrisaquino@gmail.com.

² Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. **Juramento de Hipócrates**. Disponível na internet: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>. Acesso em 27 de setembro de 2009.

direitos individuais, inclusive o direito de dispôr sobre o próprio corpo e a autonomia do paciente sendo concretizada pelo direito ao consentimento informado. A emancipação do paciente originou a sobreposição da autonomia de sua vontade sobre o poder da classe médica, que agora só pode intervir após o consentimento livre e informado quanto ao diagnóstico, prognóstico e processo terapêutico ao qual será submetido.

O objetivo do presente artigo consiste em destacar os limites existentes entre o poder paternalista do médico frente ao consentimento informado, o respeito à vida quando a vontade do paciente é oposta à ela e o papel que o médico representa na sociedade enquanto guardião da vida. A não efetuação do consentimento repercute diretamente na responsabilização do médico? E a prática de um ato médico isento de consentimento informado prévio estabelece margem para possíveis indenizações? Eis algumas questões que esta análise objetiva esclarecer, uma vez que aborda tema tão importante para a afirmação do direito à autonomia do ser humano, uma das principais expressões do princípio da dignidade da pessoa humana.

No decorrer do texto verificaremos quais das hipóteses abaixo são tecnicamente adequadas à definição do reflexo do consentimento informado sobre a responsabilidade civil do médico. Além disso, o trabalho pretende alcançar à discussão jurisprudencial que perpassa o tema do consentimento médico. De que forma a jurisprudência tem protagonizado a solução de conflitos envolvendo esses princípios, no caso concreto? É outra vertente que se busca analisar no breve artigo a seguir.

2. Breve panorama histórico e filosófico

Na antiguidade, o exercício da medicina era revestido por um caráter sobrenatural, onde o médico se figurava entre deuses e semideuses por serem os únicos detentores do conhecimento sobre a ciência naquela época. Esta visão sagrada era oriunda da submissão e impotência do paciente diante das enfermidades, que muitas vezes eram interpretadas como consequência do pecado.

A ignorância dos enfermos no quesito científico os remetia à uma relação de submissão ao médico. Quanto à incapacidade do médico de curar todas as doenças, a justificativa era atribuída ao infortúnio e principalmente à vontade divina, ou seja, a doença uma vez entendida como forma de sanção impedia o questionamento da capacidade do médico nos casos de insucesso.

A passividade trazia como conseqüência a idéia do paciente como objeto de estudo da medicina, como cobaia de novas técnicas e experiências.

No entanto, as revoluções históricas possibilitaram a ascensão de uma visão mais humanitária do mundo, antropocêntrica em detrimento do pensamento escolástico, teocêntrico, que remetia o homem ao medo, à obscuridade. A partir de então nasce um novo homem, aquele sujeito detentor de direitos, destemido, sedento pela verdade e pelos estudos, e este homem abriu caminho para os avanços tecnológicos, intelectuais e científicos.

As Revoluções do século XVIII disseminaram as idéias dos direitos fundamentais do homem, inculcados na idéia de Dignidade da pessoa humana. A conscientização de seus direitos, inclusive os direitos do consumidor, levou o homem a exigir prestação de contas e uma maior qualidade dos serviços que lhes eram prestados, inclusive no âmbito da medicina. Agora, aquele paciente até então alheio à vontade do médico, passa a indagar a respeito da realidade do seu quadro, reivindicando transparência sobre os procedimentos escolhidos pelo médico em seu tratamento.

Graças a isso, no século XIX se inicia a queda do caráter sobrenatural da medicina, e o questionamento de suas práticas, bem como a conscientização da importância dos bens jurídicos pelos quais o médico se responsabiliza no exercício de seu papel.

A partir daí, o médico perde seu pleno poder de decisão sobre a vontade do enfermo, principalmente quando foram descobertas inúmeras experiências não autorizadas realizadas em cobaias humanas.

Agora não mais se admitia que o erro médico, a fatalidade, fosse um desígnio divino. A Medicina de fato deixa de ser uma “arte” ou ainda, “magia” e se consolida como uma ciência.

E ainda com todo o avanço intelectual e os questionamentos, para que o paciente tivesse o direito de dispor sobre o próprio corpo reconhecido, foi necessária a intervenção do Poder Judiciário, e em face disso, nasce o princípio do consentimento informado.

Atualmente, o princípio do consentimento informado é tido como a manifestação de respeito e consideração da dignidade da pessoa humana, uma vez que o paciente é sujeito autônomo, capaz e detentor de vontade própria.

3. Os princípios que concretizaram a importância do consentimento informado.

Cabe abordar o princípio da autonomia, para um melhor entendimento do consentimento médico. O Princípio da autonomia surge na antiga Grécia, na qual as Cidades-Estado conquistaram o poder de editar e criar as próprias leis. A autonomia da pessoa humana surge como resultado das grandes revoluções civis, inclusive a francesa, responsável por pregar os ideais do direito humano, que determinavam direitos e garantias fundamentais para o ser humano, os quais o Estado não poderia se negar a proteger e muito menos dispor destes direitos e garantias por considerar determinado indivíduo incapaz de possuí-los.

A autonomia pode ser visualizada como o oposto do paternalismo, medida adotada para se evitar prejuízos para o indivíduo, considerado incapaz de tomar as devidas atitudes para o seu bem, independente de sua carga cultural e intelectual. O consentimento informado, nada mais é do que o reconhecimento da autonomia do paciente, e entra em cena para combater o paternalismo e aceitar o paciente como capaz de decidir o que é melhor para si, ainda que com auxílio técnico a respeito do tratamento que mais lhe parecer ser conveniente.

Entra em voga a polêmica a respeito do posicionamento do médico, se este deve adotar uma atitude paternalista, dispensando a intervenção do paciente em suas decisões, ou ao contrário, se deve admitir a participação do paciente da escolha do melhor procedimento a ser aplicado no corpo do enfermo no decorrer de seu tratamento, ainda que esta decisão ponha em risco a própria integridade física ou saúde do paciente.

A discussão envolve a consideração de que o paciente, em regra, não possui conhecimento técnico suficiente para avaliar a melhor atitude a ser tomada, sendo o médico a figura mais apropriada para decidir o que deve ser feito e dificulta a intenção de se informar previamente o paciente e esclarecer todos os fatores da situação de seu quadro, minuciosamente.

A idéia do Consentimento Informado é justamente tornar o procedimento algo transparente para o paciente, a fim de que o próprio possa tomar alguma decisão consciente a respeito do tratamento médico a ser adotado.

O paciente, ainda que leigo, deve ter o direito de estar a par do que lhe ocorre, bem como das alternativas que lhes são oferecidas, ainda que ao decidir, este possa acarretar a própria morte. Além disso, a própria decisão técnica também é passível de erros e pode também submeter o paciente a conseqüências permanentes.

O respeito à autonomia é o respeito à visão sobre a vida que possui o paciente, fundamentada em crenças, valores morais e educação a qual recorre o indivíduo ao decidir sobre o que fazer com o seu corpo, ainda que seja contrária aos preceitos da sociedade e aos valores médicos. Esse respeito demanda por tolerância com diferentes visões sobre o mundo.

O risco do insucesso estará sempre ao lado da autonomia do paciente, o que não invalida sua capacidade de decisão, pois todo e qualquer ser humano deve ser tratado com dignidade, sendo aceita sua opinião, sua vontade, o que pode até mesmo facilitar sua cura.

(ii) O princípio da Beneficência

O Princípio da autonomia confronta-se diretamente com o princípio da beneficência, que valoriza a busca pelo resultado mais favorável à saúde do paciente, independentemente de sua vontade. Durante muito tempo esse princípio se sobrepôs sem polêmica, ilustrado principalmente pelo juramento de Hipócrates, o qual afirma que o médico deve buscar o melhor para o enfermo, mesmo contra sua vontade. Esta idéia é a mais nítida expressão paternalista, pois ignora o poder do paciente de decidir sobre os procedimentos alternativos para seu tratamento, de dispor de seus órgãos

O princípio da beneficência é a manifestação mais clara do paternalismo, pois retira do paciente o poder de procurar ou recusar um determinado tratamento, de dispor de seus órgãos sem danos, como para transplantes, transferindo seu poder decisório ao médico, incumbido de agir autoritariamente uma vez que sua prioridade é proteger o paciente contra efeitos negativos ou prejudiciais a sua saúde.

No entanto, é possível a conciliação entre ambos os princípios. O paciente deve ser orientado pela sua autonomia e o médico, pela beneficência.

O paciente não dispõe de sua autonomia sem influência oriunda de terceiros, muito pelo contrário, ele se baseia fundamentalmente no esclarecimento fornecido pelo médico.

Torna-se visível que o princípio do consentimento médico se baseia predominantemente no paternalismo do que na autonomia. Só se pode obter o máximo de proveito pelo paciente se considerada a importância do bem jurídico com o qual lida o médico e não se pode falar da relação entre o médico e seu paciente desconsiderando por completo a beneficência ou a autonomia.

(iii) A Capacidade de Autodeterminação.

Para que o consentimento informado seja válido, é necessária a capacidade de autodeterminação. Parte-se do princípio de que o homem pode dispor do próprio corpo, mas discute-se o caráter dessa autonomia, ou seja, quem de fato detém a capacidade de

autodeterminação. É de suma importância ressaltar que a integridade física é um direito protegido desde a concepção, e todo ser humano é sujeito de direito à integridade física e psicológica, tendo a capacidade de direito, mas nem sempre a capacidade de exercício.

Assim, o consentimento informado para ter validade depende da capacidade civil para a manifestação da vontade, ainda que do ponto de vista ético-filosófico considere-se a autodeterminação dos civilmente incapazes, mas seu consentimento não terá validade jurídica.

A recusa ao tratamento não requer a capacidade civil, desde que não ofereça riscos à vida do paciente. Sendo assim, um menor de idade pode optar por não submeter-se a determinado tratamento por considerar o mesmo uma forma dolorosa de curar sua enfermidade, se houver um meio alternativo, por medicamentos, ou a longo prazo de sanar sua doença.

O artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a proteção expressa da autonomia, uma vez que defende o direito à integridade física, moral e psíquica da criança³.

O menor de 16 anos pode participar do processo do consentimento, mas não pode legitimar sozinho o tratamento médico, pois não possui capacidade jurídica plena perante a ordem civil.

É importante lembrar que a incapacidade civil visa justamente proteger o interesse dos incapazes, por isso presume-se a falta de experiência para exercitarem sozinhos seus direitos. Assim, não é contrária aos princípios defendidos pela legislação brasileira.

O direito que garante a participação da criança e do adolescente é medida de proteção aos seus interesses. No que tange as situações nas quais o paciente é dotado de problemas ou doenças mentais, ou outros casos que dificultem o exercício de sua capacidade decisória, o que vale é a autorização emitida pelos seus representantes legais, ou seja, pais, tutelares ou curadores, garantindo ao enfermo, os devidos esclarecimentos e participação legal, dentro dos limites das suas capacidades, considerando-se de que não existe um modelo padronizado para determinar os momentos lúcidos, embora haja estudos avançados sobre isso em países europeus.

A atenção deve ser maior ao formalizar o consentimento, nos casos do paciente ser juridicamente incapaz ou analfabeto, principalmente pela dificuldade de compreensão dos

³ Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069/90**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em 20 de Setembro de 2009.

termos científicos e nestes casos é importante a presença de um representante legal. Se o paciente for pessoa juridicamente incapaz ou analfabeta, o consentimento deverá ser obtido com redobrada cautela, principalmente pela dificuldade de compreensão das informações, sendo recomendável para acompanhar o procedimento, sendo este responsável por intervir nos casos que haja riscos de lesões permanentes. Compete ao médico analisar se o paciente tem maturidade para decidir as atitudes a serem tomadas e não julgar se o raciocínio do paciente está ou não está correto, ou baseada em falsas informações. Seja por medo do desconhecido, por questões religiosas, existem vários motivos que podem levar o paciente a negar submeter-se a determinados tratamentos, afinal o direito de escolha do tratamento médico pelo paciente está previsto nos arts. 5º, IV, VI, VIII e X, 19, I da Constituição Federal, e no art. 48 do Código de Ética Médica.

A religião Testemunhas de Jeová se recusa a receber transfusão de sangue alogênico (Gênesis, 9:3-4; Levítico, 17:10-14; Atos, 15:19-21 e 28,29), pois alega que o sangue é sagrado embora aceite expansores de volume de plasma isentos de sangue, hemodiálise e hemodiluição desde que utilizados mediante circuito fechado nem o sangue como volume de escorva e não envolvendo-se de seu armazenamento de sangue. Nesses casos, os seguidores desta seita não optam pelo direito de morte, mas sim, pelo direito à tratamentos alternativos que substituem o sangue, como a solução de Ringer e o dextrano, que podem ser utilizados como expansores do volume do plasma e fatores de estimulação da medula óssea, como a eritropoietina e a leucopoietina.

Acontece que a transfusão sanguínea e hemoderivados, em regra, revestem-se de caráter de urgência, nem sempre havendo opção de tratamento alternativo e nem formalismo. Como proceder nestes casos? Existe sim, uma forma de o paciente determinar o tratamento que pode ser aplicado sem ir de encontro às suas crenças, bem como nomear um terceiro para exercer o seu direito de escolha, numa possível futura incapacidade sua de fazê-lo, mediante um termo previamente escrito, que declare sua capacidade jurídica absoluta ao redigi-lo, suas crenças, tipos de tratamento aos quais se recusa, o nome do terceiro que poderia responder por suas vontades caso o paciente esteja impossibilitado de raciocinar, que possa responder legalmente por ele, escolher os tratamentos que ele admite e o termo deve prever inclusive sua total responsabilidade sobre as possíveis conseqüências.

Caso o médico, mediante este termo, ainda assim sinta-se impossibilitado profissionalmente e emocionalmente de prosseguir com o tratamento naquele indivíduo, pode recusar-se a cumprí-lo, desde que se abstenha de cuidar daquele caso e nomeie um substituto para tal, com as mesmas competências e devidamente instruído por ele.

Assim como as Testemunhas de Jeová, existem várias hipóteses nas quais o paciente pode negar-se a determinados tratamentos. Nestes casos, cabe ao médico esclarecer conceitos e o que de fato acontece, abastecendo o paciente de argumentos válidos e dados verídicos que contribuirão para uma solução consciente aos obstáculos enfrentados em seu tratamento. Ainda assim, permanecendo a decisão, cabe ao médico acolher a vontade do paciente, ainda que ele acredite não ser a decisão mais coerente. No entanto, por exemplo, um médico não deve esterilizar um paciente por razões econômicas ou justificar condições sociais, mesmo havendo o consentimento expresso do paciente. Por não haver respaldo jurídico, tal situação deve ser evitada, por melhor que seja a intenção do médico ou do paciente.

Além disso, também se considera o paciente como ser humano, e não como simples objeto do exercício da medicina. A decisão deve ser tomada com atuação de ambas as partes, tanto pela parte do paciente, quanto pela parte da equipe médica envolvida na busca pelo tratamento. Mas não se admite casos como o aborto provocado, por exemplo, independentemente do consentimento da gestante. Maria Helena Diniz emite de forma clara sua opinião a respeito do aborto provocado:

“O aborto provocado é uma prática criminosa em sua natureza e deve ser repudiado como contrário não só a consciência médica, como também ao comando contido no art. 5º da Constituição Federal de 1988.”⁴

O aborto criminoso constitui um delito contra a vida, inerente ao estágio fetal correspondente a data da cirurgia abortiva, e a pessoa que o pratica, desde que haja morte do fruto da concepção, com ou sem a expulsão do ventre materno.

O aborto com o consentimento da gestante acarreta punição do terceiro que o praticou de 1 a 4 anos, de acordo com o Código Penal, art. 126, *caput*. É obrigação do médico ter a consciência de que além de retirar violentamente a vida de um nascituro, que juridicamente é expectável de vida e de uma personalidade, também coloca a vida da gestante em risco, podendo acarretar conseqüências físico-mentais permanentes, bem como até a própria morte. No Brasil, tal prática, mesmo sendo ilícita, é comum, porém a grande maioria é feita em locais inóspitos, através de técnicas comprometedoras e instrumentos mal esterilizados e o terceiro que a exerce, muitas vezes, faz dela sua profissão. É importante destacar também que existem outros nos quais a legislação prevê a exclusão de ilicitude do aborto⁵.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. 6. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁵ **Art. 128:** “Não constitui crime o aborto praticado por médico se: I - não há outro meio de salvar a vida ou preservar a saúde da gestante; II - a gravidez resulta de violação da liberdade sexual, ou do emprego não

Há situações em que o paciente, correndo riscos graves de vida, é submetido a procedimentos médicos emergenciais, muitas vezes até no próprio local do acidente. Nestas situações, evidentemente não se pode responsabilizar o médico por violação ao consentimento do paciente, visto que a gravidade do quadro e as demais circunstâncias remetem ao médico a uma situação que exige atitudes imediatas, sob risco de morte do paciente. A estes casos, que dispensam a necessidade de consentimento informado, atribui-se o nome de privilégio terapêutico. São exceções à obrigatoriedade de legitimação da autonomia e autodeterminação do paciente mediante o consentimento médico.

Neste caso é plenamente admissível a sobreposição da beneficência sobre a autonomia, na busca pela preservação da vida e saúde do enfermo, em situações de emergências e fatalidades. Cabe ressaltar que só é válida a intervenção clínica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seus familiares, ou qualquer outro representante, em casos cujo risco seja real, e não meramente potencial.

Assim, pode e deve o médico adotar práticas médicas para salvar a vida do paciente, ainda que para isso deva sacrificar algum bem jurídico, no caso o direito ao consentimento informado. Não constitui nenhum constrangimento ilegal, crime contra a liberdade pessoal, no caso, agir com o intuito de resguardar a vida do paciente, ainda que contra a sua vontade. Contudo, o privilégio terapêutico constitui exceção à regra do consentimento informado.

4. Informação e compreensão do laudo médico

Para valer o princípio do consentimento informado, deve-se presumir a boa-fé do médico e a clareza das informações transmitidas ao paciente.

O exercício e a eficácia do consentimento médico se concretizam após a união da autonomia, capacidade, voluntariedade, informação esclarecedora e um acordo entre as partes. Entre os elementos de validade do consentimento informado talvez a informação seja um dos mais importantes, motivo pela qual deve ser clara, objetiva e em linguagem compatível com o receptor. Ilustrando o fato, significa dizer que não há fundamento se um médico indaga ao paciente se este está ou não disposto a submeter-se a uma “angioplastia transluminal

consentido de técnica de reprodução assistida; III - há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais.

Parágrafo 1º. Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro;

Parágrafo 2º. No caso do inciso III, o aborto depende, também, da não oposição justificada do cônjuge ou companheiro.” BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei 2848/1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 20 de Setembro de 2009.

percutânea” se o paciente leigo dentro da área médica, não tiver o devido conhecimento a respeito deste exame clínico. Inclusive, o mais comum é justamente a ignorância de termos técnicos, tendo o médico o dever de evitar utilizá-los, exceto se for constatado que o paciente não é leigo na área e houver um nível considerável de instrução intelectual.

Assim, cabe ao médico agir de forma objetiva e concisa no momento em que for selecionar as melhores opções de tratamento para disponibilizá-las ao paciente, filtrando as informações que devem ser repassadas, evitando a informação obscura, complexa e dificultando sua compreensão pelo paciente envolvido. Também deve o médico preocupar-se em alertar tanto os riscos como os benefícios de cada tratamento, sob pena de omissão de dados específicos para o paciente. Deve o médico observar o grau de educação do paciente, bem como seu desempenho intelectual para medir os melhores termos lingüísticos dos quais se valerá para transmitir ao receptor as devidas informações. O médico tem o papel de orientar seu paciente, desconsiderando seus interesses pessoais ou vantagens que ele obterá com quaisquer procedimentos adotados. Deve o médico considerar o que for melhor para o paciente, de acordo com a medicina, ao passo que o paciente considera o que lhe for mais conveniente, no que diz respeito às disposições e resistência física, uma vez que ambos são relativos e variam de pessoa para pessoa. Cada indivíduo tem consciência da dor que é capaz de suportar, ou do desgaste ao qual é capaz de submeter-se.

O direito à informação está previsto no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, o qual determina que a mesma deva ser clara, adequada, além de especificar os riscos e as características de cada procedimento.

Ao omitir qualquer informação considerada importante para o conhecimento do paciente, o médico eventualmente poderá responder por negligência, pois se responsabiliza diretamente pelas conseqüências das medidas por ele adotadas, sem a consciência e consentimento do paciente. Sua função é oferecer o mínimo necessário ao paciente, para que ele possa decidir racionalmente e logicamente a respeito do que deve ser feito em seu corpo.

De acordo com a Medicina, o que se entende é que a insuficiência ou falta de informação ao paciente transfere a responsabilidade jurídica ao médico, pois anula a existência do consentimento, uma vez que alguns dados essenciais foram sonegados e as decisões tomadas poderiam ser outras, por influência dos dados que faltaram. A informação deverá ser dada de forma clara, detalhada e deve trazer consigo as vantagens, bem como as desvantagens, os riscos que se corre e alternativas, se houver, tudo isso de acordo com as condições clínicas e psíquicas do paciente, além do seu grau de conhecimento e personalidade. A forma utilizada pode ser oral ou escrita, desde que se assegure a

compreensão de toda a mensagem transmitida, em sua integridade, já que esta é elementar para a validade do consentimento.

Assim, nada impede que as informações sejam entregues por escrito, desde que acompanhadas de um diálogo e respostas a possíveis perguntas emitidas pelo paciente ou por seus responsáveis legais, sobretudo nos quadros em que se corre risco de lesões graves. É desaconselhada pela lei a utilização solitária da forma verbal, principalmente nos casos com grande margem para danos corporais ao paciente, sendo assim importante a solicitação de um documento, por escrito, com todas as informações contidas, como prognóstico, diagnósticos, riscos e benefícios, além da assinatura do concordante. Nos casos de analfabetos e juridicamente incapazes, o processo de avaliação da compreensão e concordância deve ser explícito, sendo exigido o consentimento do representante legal para a efetuação do ato médico.

Nos casos de grave risco à vida do paciente, os médicos costumam ser favoráveis à intervenção, se possível, precedida de esclarecimento, mas independente de sua vontade. Neste caso o médico deve provar que a situação era grave e exigia a prática adotada, inclusive, se possível, sendo auxiliado pela opinião de outros profissionais. Toda essa cautela em relação ao exercício da medicina está diretamente ligada à responsabilidade dos profissionais que, por negligência, provocam sérios danos ao corpo do paciente, podendo até mesmo acarretar a morte do mesmo.

Também podemos apontar as hipóteses de desvios do consentimento informado. Não existe um consentimento válido, fundado em compreensão e voluntariedade se este estiver marcado por vícios, como a ignorância, o erro ou a coação. No caso da ignorância, o paciente desconhece a real situação de seu caso. No erro, o que acontece é a falsa compreensão sobre o que acontece. Sendo o erro um fator relevante, o consentimento pode ser invalidado com a justificativa de vontade viciada, no caso, por falsa noção sobre as características do tratamento ou da doença. Existe ainda a hipótese de nulidade do consentimento por falso motivo, que é o que ocorre no caso de um médico, por exemplo, acusar um tumor maligno, quando na verdade trata-se de um tumor benigno no organismo do indivíduo.

Neste exemplo, o paciente poderia optar pela não intervenção cirúrgica, principalmente considerando os riscos dela e ausência de benefícios. Pode-se afirmar, neste caso, que houve violação à integridade física do paciente, que se submeteu a tratamento desnecessário, e ainda teve parte de seu organismo retirado, na hipótese em que o médico realmente efetuou a decisão tomada.

O consentimento informado pode ainda ser dado por intervenção de terceiro, desde que o paciente delegue essa tarefa ao indivíduo responsável por intermediar a relação entre o médico e o paciente, ainda que o paciente seja representado ou assistido.

Nos mencionados casos, havendo qualquer tipo de vício de consentimento, poderá ser revogada a validade do consentimento, depois de explicitadas as responsabilidades.

A importância de o médico obter o consentimento informado antes de adotar qualquer prática médica relevante constitui um dever ético do médico, que implica na responsabilidade civil, penal e administrativa.

O consentimento deve ser voluntário e específico, ou seja, sem nenhuma espécie de pressão. Não devem ser aceitas frases do tipo: “qualquer coisa que me traga a cura”, por exemplo, pois tal frase nos remeteria a situação de escolha solitária do médico, sem consentimento.

O consentimento também pode ser parcial. O paciente pode apenas concordar com o diagnóstico, não podendo assim, o médico intervir contra a vontade do paciente ao adotar alguma cirurgia não autorizada, diante do estado debilitado do indivíduo. Além disso, o consentimento pode ser revogado, neste caso o médico deve interromper o tratamento, salvo nos casos em que a interrupção ofereça graves riscos à vida do paciente, ao contrário admitir-se-ia a eutanásia passiva, vedada em nossa legislação.

Consentimento, assim, é um acordo parcial ou total, revogável, posterior à emissão de informações claras, precisas, suficientes para compreensão do real quadro clínico do concordante.

Trata-se de um pacto acordado entre o médico e o paciente, oriundo dos direitos da personalidade, exercício da autonomia do paciente sobre a disposição de seu corpo, respeitando seu direito à integridade física e psicológica e a sua vontade evitando abusos médicos ou qualquer providência tomada sem seu conhecimento prévio. Constitui garantia da proteção contra invasões na esfera de qualquer pessoa humana.

O consentimento pode ser presumido, desde que em benefício do próprio paciente e baseado, por analogia, em casos de concordância em outras situações idênticas e bem sucedidas.

5. O Consentimento e a Jurisprudencialização do Direito

É assegurado pela Constituição Federal Brasileira, o direito à vida, bem como a integridade física, psicológica e saúde. A Constituição também garante o exercício do princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive o direito da personalidade que abrange o consentimento informado.

Está previsto no artigo 146 do Código Penal o reconhecimento da licitude da intervenção médica sem o consentimento em casos de iminente risco à vida⁶.

O Código de Ética Médica menciona em seu artigo 46⁷, o respeito obrigatório pelo médico à vontade do paciente, inclusive na prescrição de medicamentos tendo o médico o dever de informar ao paciente das finalidades de cada remédio.

O artigo 56 do mesmo Código, veda a violação do direito do paciente de exercer sua vontade relativa a aplicação de práticas médicas ou terapêuticas, salvo nos casos nos quais o paciente corre riscos de vida.

É importante ressaltar que o consentimento pode ser delegado pelo paciente a outrem, caso o paciente se sinta apreensivo por descobrir as causas e conseqüências de sua doença, podendo nesses casos designar um terceiro para receber as informações e decidir por ele, se o médico deve ou não adotar determinado procedimento.

Ainda dentro do Código de Ética Médica, é vedado ao médico omitir informação, diagnóstico, prognóstico, riscos, finalidades do tratamento, salvo quando a informação direta ao paciente possa submetê-lo a quadros de estresse psicológico, temor, desespero e outras emoções exaltadas que dificultem o andamento do tratamento, devendo neste caso o consentimento ser obtido da pessoa designada pelo paciente para tal ou por seus familiares.

Qualquer espécie de transgressão ao Código de Ética Médica auferida pelo profissional, o submeterá à responsabilidade administrativa, bem como conduta culposa ou dolosa, a ensejar responsabilidade civil ou criminal.

Anterior a qualquer intervenção médica que ameace o paciente à riscos mais sérios ou mesmo irreversíveis é imprescindível uma prévia análise do quadro clínico do paciente pelo

⁶ **Art. 146.** Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei 2848/1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 15 de Setembro de 2009.

⁷ É vedado ao médico:

Art. 46. Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida.

BRASIL. **Código de Ética Médica.** Resolução CFM nº 1.246/88. Disponível em http://biblioteca.cremepe.org.br/consulte_online.php. Acesso em 22 de setembro de 2009.

próprio ou pelo seu representante, a fim de se obter o consentimento, sob pena do profissional responder a eventuais insucessos oriundos de uma ação sem a concordância do interessado. Em casos de riscos de vida, numa atitude emergencial visando salvar a vida do indivíduo, é aceita qualquer intervenção que, tendo em vista o curto prazo de tempo para obter consentimento, tenha sido tomada de imediato.

Nos artigos 13 e 15 do Código Civil, está previsto o princípio da autonomia e da disposição sobre o próprio corpo, que são exercidos pelo consentimento informado⁸.

Quanto à proteção da pessoa, os direitos da personalidade é o responsável por essa função. Pode ser nato ou adquirido e a autonomia deriva do direito nato à inviolabilidade da integridade física do indivíduo.

O Código Civil prevê também formas de reparação, satisfação ou compensação pelos prejuízos sofridos, físicos ou morais, bem como o direito da autodeterminação, visando cessar a lesão ou ameaça de lesão aos direitos da personalidade.

Mas, e quanto à jurisprudência? Como o entendimento dos tribunais da república vêm contribuindo para consolidar o entendimento acerca desse tema de tamanha complexidade?

Os trechos a seguir, colhidos da jurisprudência dos tribunais de justiça, ilustram como o judiciário vem compreendendo e construindo o tema:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ANESTESIA.

O anesthesiologista responde pelo dano causado ao paciente, em razão do procedimento anestésico, quando não obteve previamente anuência para realizar a anestesia geral (imprudência), não realizou exames pré-anestésicos (negligência) e não empregou todos os recursos técnicos existentes no bloco cirúrgico (imperícia)⁹.

Outro exemplo:

APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA - ESTERILIZAÇÃO (LAQUEADURA) DESAUTORIZADA DURANTE CESARIANA - ATO CULPOSO - DANO MORAL.

(...) Em assim procedendo, agiu culposamente o apelante, ao proceder a laqueadura sem autorização, e que naquele momento era desnecessária.¹⁰

⁸ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

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

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 de setembro de 2009.

⁹ TJ-RS, Apelação Cível 597009992, Relator Desembargador Paulo Augusto Monte Lopes, DJ 20/03/97.

¹⁰ TJPR, Apelação Cível 614886, Relator Cunha Ribas, DJ 20/03/200.

E ainda:

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

(...) A cirurgia em que ocorre a perda da capacidade reprodutiva do ser humano, em decorrência de esterilização, há de ter o inquestionável consentimento do paciente, por não se poder conceber que o médico decida, por si mesmo, ato de extrema importância, que comprometa a vida, o bem estar ou a saúde dos pacientes, e que estejam em desacordo com as regras de seu ofício.¹¹.

Por fim, um exemplo do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado.

A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano¹².

Esses julgados demonstram como desde a década passada a jurisprudência tem trabalhado no sentido de consolidar a aplicabilidade do princípio do Consentimento Informado no caso concreto, incluindo o consentimento médico como elemento formador da *culpa* do médico, atribuindo ao consentimento um grau excepcional de importância na relação médico-paciente.

Outro exemplo que abarca o princípio do consentimento médico pode ser encontrado no trecho da ementa exposto abaixo.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIRURGIA EM FILHO MENOR. DIVERGÊNCIA DOS PAIS. O FILHO, SOB A GUARDA DA MÃE, DIVERGINDO OS PAIS A RESPEITO DE CIRURGIA QUE ENVOLVE RISCO DE VIDA, CABE AO JUDICIÁRIO SE MANIFESTAR NO SENTIDO DA MAIOR PROTEÇÃO AO MENOR, SUSPENDENDO QUALQUER TENTATIVA DE SUBMETÊ-LO A UMA NOVA CIRURGIA CARDÍACA, JÁ QUE A UMA PRIMEIRA OPERAÇÃO FOI SUBMETIDO SEM **CONSENTIMENTO** DO PAI, QUE AGORA SE OPÕE QUE O FILHO SEJA NOVAMENTE OPERADO, SEM ANTES SER AVALIADO ATRAVÉS DE UMA BATERIA DE TESTES¹³.

¹¹ TJMG, Apelação Cível 322.443-5, Relator Jurema Miranda, DJ 03/02/2001

¹² STJ, Recurso Especial 436.827, Relator Ministro César Asfor Rocha, DJ 18/11/2002.

¹³ TJ-RS, Agravo de Instrumento 599064656, Relator Desembargador Antônio Carlos Stangler Pereira, DJ 09/09/1999.

Em um passo além do exemplo anterior, o trecho da ementa acima demonstra não apenas que atualmente o princípio do consentimento é amplamente reconhecido, mas é atualmente objeto de questões mais complexas. Questões que não são abarcadas no texto abstrato da lei, mas nascem no estudo do caso concreto.

Por exemplo, no caso de menores de idade, a quem caberia decidir se o menor deve ou não se submeter a determinado procedimento, em caso de desacordo entre os pais? Na ausência de lei que regule o tema de forma específica, o judiciário acaba por traçar esse tipo de parâmetro, contribuindo para que o princípio do consentimento tenha não apenas efetividade no caso concreto, mas também pacificando outros tipos de controvérsia que possam vir a surgir.

Com os exemplos anteriores, observamos de forma clara a necessidade do judiciário em não apenas intermediar a relação médico-paciente, mas também em traçar parâmetros de entendimento e aplicabilidade do princípio do consentimento médico no caso concreto, principalmente nas situações onde há omissão da lei. Um exemplo visível de uma dita “jurisprudencialização” no âmbito do Direito Privado.

6. Apontamentos finais.

Da irresponsabilidade civil o médico passou a ser alvo de desconfiança, investigações e punições nas esferas administrativa ou judicial, respondendo pelas violações éticas, civis e penais, fruto, em grande parte, da relação médico-paciente que, aparentemente, pouco melhorou com o passar dos anos.

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

É possível que a Medicina revestida do sobrenatural dos tempos antigos tenha sido o grande motivo impulsionador dos questionamentos e posteriores conquistas de direitos, inclusive o de preservação do corpo humano.

Todo aquele mistério que intimidava o paciente, tornando-o uma figura submissa ao médico, até então visto como uma autoridade sagrada acabou provocando o distanciamento entre o paciente e o médico, e aproximando o paciente do Poder Judiciário. A atividade dos tribunais passou a ser necessária para mediar aspectos controversos da relação médico-paciente, conforme depreendemos dos casos estudados, onde a atuação do judiciário traça

parâmetros para mediar tais relações no caso concreto. A situação dos transexuais e da transfusão de sangue para as testemunhas de Jeová, por exemplo, são objetos de controvérsia cujo entendimento tem sido construído predominantemente nos tribunais.

É nítido o papel do consentimento médico enquanto um meio de depósito de confiança no médico e barreira às intervenções judiciais nas relações entre médico e paciente. É de suma importância ressaltar que o consentimento informado reflete diretamente na responsabilidade do médico sobre o ato clínico, inclusive sob riscos de sanções, já que legitima a decisão tomada baseada em elementos jurídicos.

O trabalho evidenciou que o consentimento informado é direito do ser humano, sujeito de proteção assegurada inclusive pelo Estado, independente da existência de dano físico, sendo possível até mesmo indenizações em casos morais, justificadas pela violação ao direito de disposição sobre o próprio corpo.

No entanto, a pesquisa também defende que no caso de pequenas intervenções médicas, sem repercussão física ou permanente no paciente dificilmente possibilitará dano moral ao paciente, pois caberia neste caso analisar os benefícios trazidos pela atitude do médico ao próprio paciente. O poder judiciário deve levar em consideração na análise do caso concreto.

E finalmente, conclui-se também que o consentimento informado não atribui imunidade ao profissional, pois só confere legitimidade ao ato praticado dentro das permissões da medicina, não podendo o consentimento justificar possíveis falhas graves ocasionadas por negligência ou displicência do médico.

O consentimento informado só deve ser dispensado nas hipóteses de real risco de vida, integridade física ou à saúde. O consentimento informado não é um direito exclusivo do paciente, mas, principalmente, garantia do médico que tem sua intervenção legitimada, diminuindo significativamente a probabilidade de pretensões judiciais em seu desfavor.

Espera-se que esse breve estudo da inserção da temática do consentimento médico no ordenamento jurídico contemporâneo sirva para delinear um pouco melhor a zona cinzenta de indeterminação que permeia determinados aspectos da relação médico-paciente. Como tem feito de forma excepcional o Judiciário nos casos estudados, ao trazer a aplicabilidade desse princípio no caso concreto e traçando seus limites em casos mais complexos, demonstrado claramente a inserção do fenômeno da “jurisprudencialização” no âmbito do Direito Privado.

7. Bibliografia

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. Revista Jurídica, Porto Alegre, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. "**Direito de Recusa de Pacientes Submetidos a Tratamento Terapêutico às Transfusões de Sangue, por Razões Científicas e Convicções Religiosas**", in Revista dos Tribunais, nº 787, maio/2001, pp. 493-507.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

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

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

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. 6. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. atual. Ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2009.

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

MURIEL, Christine Santini. "**Aspectos Jurídicos das Transfusões de Sangue**", in RT 706/30 a 35 e <<http://www2.e-net.com.br/hemonline/aspectos.htm>> Acesso em: 13 set. 2009.

OLIVEIRA, J.M. Leoni. **Temas de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ROXIN, Claus. **CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN EN DERECHO PENAL**, Madrid, REUS, s.a., 1981, pp. 57-92.

SILVA, Carlos Alberto. **O consentimento e a responsabilidade civil do médico**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3809&p=1>>. Acesso em: 21 set. 2009.

Julgados:

BRASIL, TJ-RS, Apelação Cível 597009992, Relator Desembargador Paulo Augusto Monte Lopes, DJ 20/03/97.

BRASIL, TJPR, Apelação Cível 614886, Relator Cunha Ribas, DJ 20/03/2002.

BRASIL, TJ-RS, Agravo de Instrumento 599064656, Relator Desembargador Antônio Carlos Stangler Pereira, DJ 09/09/1999.

BRASIL, STJ, Recurso Especial 436.827, Relator Ministro César Asfor Rocha, DJ 18/11/2002.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Jurisprudência.**
Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 14/09/2009.

Legislação

BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 12 de setembro de 2009.

BRASIL. **Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.246/88.** Disponível em
<http://biblioteca.cremepe.org.br/consulte_online.php> Acesso em: 22 de setembro de 2009.

BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei 2848/1940.** Disponível em
<<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/De12848.htm>> Acesso em: 15 de Setembro de 2009.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069/90.** Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 20 de Setembro de 2009.